The cover of the journal 'Revista de Informação Legislativa' features a stack of papers as the background. The papers are fanned out, creating a sense of depth and movement. The lighting is dramatic, with strong highlights and deep shadows, emphasizing the texture of the paper. The title is printed in a large, bold, sans-serif font, slanted across the top. Below the title, the issue information is provided in a smaller font.

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

JANEIRO MARÇO 1993 • ANO 30 • Nº 117

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

a. 30 n. 117 jan./mar. 1993

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
(1964-1988)

Diretoras da Subsecretaria de Edições Técnicas
LEYLA CASTELLO BRANCO RANGEL
(1964-1988)

ANNA MARIA VILLELA
(1988-1993)

WILMA FERREIRA

Chefe de Diagramação e Revisão:
JOÃO EVANGELISTA BELÉM

Capa de PAULO CERVINHO e CÍCERO BEZERRA

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 — 70165-900 — Brasília — DF

R. Inf. legisl.	Brasília	a. 30	n. 117	jan./mar. 1993
-----------------	----------	-------	--------	----------------

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

Encomendas à Subsecretaria de Edições Técnicas

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

prega

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

v. trimestral

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

Diretores: 1964-1988 Leyla Castello Branco Rangel
1998-1993 Anna Maria Villela
1993 Wilma Ferreira

ISSN 0034-835X

1. Direito — Periódicos. I. Brasil. Congresso. Senado Federal. Subse-
cretaria de Edições Técnicas. II. Ferreira, Wilma, dir.



CDD 340.05
CDU 34(05)

SUMÁRIO

	<i>Pág.</i>
Os Fundamentos da Responsabilidade Civil do Estado — <i>Arnoldo Wald</i>	5
Administração Pública no Estado Contemporâneo — Eficiência e Controle — <i>Diogo de Figueiredo Moreira Neto</i>	23
Responsabilidade do Poder Público Municipal na Segurança Pública em Face da Revisão da Constituição Federal — <i>Diógenes Gasparini</i>	57
O Esforço Legal no Contexto do Trânsito — <i>Alvaro Lazzarini</i>	67
Princípios do Processo Penal — <i>René Ariel Dotti</i>	89
La Criminología entre la Deontología y la Victimología — <i>Antonio Beristain</i>	115
O “Ombudsman” e a Realidade Brasileira — <i>Ana Cláudia Ailet Aguiar</i>	145
A Instituição Brasileira do “Ombudsman”: o Papel do Ministério Público da União — <i>Daisy de Asper y Valdés</i>	155
O Ministério Público e a Defesa de Direitos Individuais Homogêneos — <i>Teori Albino Zavascki</i>	173
Advocacia de Estado: Posição Institucional — <i>Mário Bernardo Sesta</i>	187
SIAFI — Um Mecanismo de Administração e Controle do Gasto Público — <i>Aldery Silveira Júnior e Gilberto Tristão</i>	203
O Limite Constitucional aos Gastos Relativos às “Despesas com Pessoal” — <i>Judith H. Martins-Costa</i>	219
Ministério Público e Tribunais de Contas na Constituição — <i>Maurício Augusto Gomes</i>	227
A Tutela do Ambiente: Dúvidas e Dificuldades — <i>José Arthur Rios</i> ..	231
Competência Tributária Estadual, Exoneração do ICMS na Constituição do Estado de Santa Catarina (Art. 131, X, d) — <i>A. C. Fonseca da Silva</i>	251
IRPJ — Lei nº 8.383, de 30-12-91 — <i>Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho</i>	263
Análise dos Níveis de Produção, Aproveitamento e Desperdício de Projetos de Lei Apresentados — <i>Luiz Mário Marques Couto, Maria do Carmo Arruda Furtado e Adelce Pinto de Queiroz</i>	283
Poder Judiciário: Autonomia e Justiça — <i>Clémerson Merlin Clève</i> ...	293
Reestruturação dos Tribunais do Trabalho (impacto constitucional) — <i>Paulo Emilio Ribeiro de Vilhena</i>	309

Contratos Internacionais e Ordem Pública — <i>Negi Calixto</i>	321
MERCOSUL: Um Primeiro Enfoque sobre as Relações de Trabalho — <i>João de Lima Tetzera Filho</i>	329
Solução Pacífica dos Conflitos Internacionais: Esquipulas II e a Pacificação da América Central — <i>Fredys Orlando Sorto</i>	339
O Conceito de Obrigação Civil — <i>Dilvanir José da Costa</i>	351
Impugnação da Paternidade: Crise e Superação do Sistema Clássico — <i>Luiz Edson Fachin</i>	363
Direito Público Romano. Instrumento de Crítica — <i>Ronaldo Poletti</i> .	371
Os Códigos Civis e a Felicidade dos Povos — <i>Silvio Meira</i>	397
A Ética Sanitária na Constituição Brasileira — <i>Sueli Gandolft Dallari</i>	419
DIREITO COMPARADO	
Lei Portuguesa de Prevenção, de Reabilitação e de Integração do Deficiente	429
Lei de Tecnologia da Reprodução de 1988	437

Os Fundamentos da Responsabilidade Civil do Estado

ARNOLDO WALD

Advogado em São Paulo e Professor
Catedrático de Direito Civil da UERJ

SUMÁRIO

*I — Introdução. II — A Posição da Jurisprudência.
III — A Posição da Doutrina.*

1. *Introdução*

Na realidade, desde os primórdios da República, tem sido discutida, nos Tribunais, a questão da responsabilidade do Estado pelos prejuízos causados por terceiros, em virtude da inércia dos Poderes Públicos.

Ainda em 1898, RUI BARBOSA defendeu, em parecer, a responsabilidade do Estado em virtude da inércia da polícia local, que não impediu o empastelamento do jornal *O Comércio de São Paulo*, então dirigido por AFONSO ARINOS e pertencente a EDUARDO PAULO DA SILVA PRADO¹.

Afirmou, naquela ocasião, RUI BARBOSA que: “Princípio corrente foi sempre o de que *o poder em cujas mãos se ache a autoridade policial responde pelo dano cometido no seu território pelos ajuntamentos armados*”

1 “Obras Completas de Rui Barbosa”, ed. da Casa Rui Barbosa, vol. XXV, tomo IV/168, “Trabalhos Jurídicos”, e vol. XXVII, 1900, tomo II, 1211, “Trabalhos Jurídicos”, e, ainda, ARNOLDO WALD, “A Responsabilidade Civil e seus Antecedentes Doutrinários no Direito Brasileiro”, in *Revista do Serviço Público*, março, 1955, p. 540.

ou desarmados. Por isso, já a legislação do período revolucionário, na França, nos fins do século passado, estatuiu para as comunas essa obrigação, em vigor até hoje, além daquele país, em todos os outros onde a Polícia é municipal, inclusive a Inglaterra e os Estados Unidos. Em São Paulo, é o Estado que exerce a polícia. A esta, logo, incumbe a responsabilidade pela culpa ativa ou passiva dos seus agentes”².

2. A Posição da Jurisprudência

Posteriormente, PEDRO LESSA defendeu a teoria do risco integral como fundamento da responsabilidade civil do Estado³, enquanto vários acórdãos consagravam o dever da União Federal de indenizar os prejuízos ocorridos por ocasião dos bombardeios de Manaus e Salvador e nos distúrbios que danificaram empresas alemães, por ocasião da 1.ª Guerra Mundial, e do afundamento de navios brasileiros, que precederam a entrada do Brasil na 2.ª Guerra Mundial.

Alguns acórdãos anteriores à Constituição de 1946, citados por SEABRA FAGUNDES, na sua obra *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, já consagram a *responsabilidade objetiva do Estado por omissão do adequado policiamento*, salientando que: “Responde o Estado pelos danos causados à tipografia e oficinas de um órgão de imprensa, não importando averiguar, no caso, se o ato lesivo do patrimônio particular foi praticado por funcionários ou empregados públicos, no exercício de suas atribuições, porque, *na falta de medidas tendentes a prevenir a alteração da ordem, a violação da propriedade, a descobrir e punir os delinquentes, o Estado é obrigado, pela culpa “in vigilando”, a satisfazer o dano*”⁴.

No mesmo sentido, os acórdãos com as seguintes ementas:

“A ação é procedente, diante da prova existente nos autos, porque *foi por falta de providências por parte da autoridade policial de Santos que a propriedade do autor foi assaltada e saqueada pela multidão desarmada*”⁵.

A autoridade policial não tomou providências de natureza preventiva e o Código Civil, no art. 15, estatui que as pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis pelos atos de seus representantes que causem dano a terceiros. No caso, a autoridade dispunha de força e devia impedir o dano. Não ficou

2 *Loc. cit.*

3 *Do Poder Judiciário*, Rio, 1915, pp. 166/167.

4 STF, 29-11-1916, *Revista de Direito*, 45/104.

5 TJSP, 27-11-1938, *Arquivo judiciário*, 41/507

provado que foram empregados todos os meios para evitar o ataque.”⁶

As decisões acima transcritas comprovam que a jurisprudência, já naquela época:

a) reconhecia o dever da polícia de prevenir movimentos de multidões, aos quais se equiparam os movimentos terroristas;

b) estabelecia, em tais casos, uma presunção de culpa da autoridade, que deveria provar que fizera os esforços preventivos necessários ou que ocorrera força maior.

Em 1943, o Min. PHILADELPHO AZEVEDO afirmou, no STF, em voto que se tornaria histórico, que “o problema da responsabilidade civil do Estado ainda não encontrou, entre nós, o terreno sedimentado, em que pudesse descansar, após tormentoso embate na doutrina e na jurisprudência”⁷.

O mencionado voto, no qual, embora vencido, PHILADELPHO AZEVEDO sustentava a necessidade de indenizar os prejuízos decorrentes de movimentos populares, ensejou a reversão da nossa jurisprudência na matéria, manifestando-se, naquela ocasião, pela última vez, o nosso mais alto Tribunal pela aplicação da teoria da culpa como fundamento exclusivo da responsabilidade do Estado.

De fato, alguns anos mais tarde, a Constituição de 1946 iria consagrar a responsabilidade objetiva do Estado, enquanto o fim do regime ditatorial libertaria o Poder Judiciário da pressão do Executivo, dando novos contornos à questão e mantendo-se o princípio da responsabilidade objetiva na Constituição de 1967, na Emenda Constitucional n.º 1, de 1969 (art. 107) e, ainda, com caráter mais amplo, na Constituição de 1988, cujo artigo 37, § 6.º a fez incidir, também, no caso de pessoas jurídicas de direito privado quando prestadoras de serviços públicos.

Efetivamente, já vigente a Constituição de 1946, o STF, pela sua 2.ª Turma, sendo relator o Min. OROSIMBO NONATO, determinou que fosse indenizado o Cotonifício Crespi pelos danos sofridos em virtude do bombardeio de São Paulo, na Revolução de 1924. O voto vencedor, acolhendo a tese anteriormente defendida por PHILADELPHO AZEVEDO, fez uma profissão de fé objetiva, salientando que:

“... insuficientes e inadequados se mostram os critérios civilísticos da culpa, já repulsados no livro famoso de AMARO CAVALCANTI e veementemente combatidos, neste Tribunal, por PEDRO LESSA.

6 “Arquivo Judiciário”, 42/54 — v. MIGUEL SEABRA FAGUNDES, *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 4ª ed., Rio, Forense, 1967, pp. 180, nota, e 181, nota.

7 Voto na A. Cível 7.264, de 12-4-1943, in RDA 1/565 e segs.

A responsabilidade do Estado deriva de outras fontes: da equidade, das razões de alta política jurídica da alusão de MAURICE HAURIOU, das idéias solidaristas, da distribuição, pelos membros do consórcio civil, dos ônus e dos cômodos.

E elas confluem, no caso, para o reconhecimento da procedência da ação, valendo realçar que a tendência da doutrina e da jurisprudência é para relegar, no caso, os critérios de Direito Civil sobre culpa e reconhecer a responsabilidade do Estado pelos atos de guerra.”⁸

Numerosas decisões posteriores dos Tribunais de Justiça do então Distrito Federal e de São Paulo e do TFR reafirmaram a tese já acolhida pelo STF, de acordo com a qual:

“A Constituição Federal de 1946, pondo termo às controvérsias sobre o fundamento da responsabilidade civil do Estado pelos atos de seus representantes ou funcionários, consagrou, expressamente, a teoria objetiva do risco integral, assentando-a na causalidade do ato e não na culpabilidade do agente.”⁹

Em 1952, o STF confirma decisão de Minas Gerais que tem a seguinte ementa:

“Independente do pressuposto de culpa a responsabilidade civil do Estado, máxime no que toca aos danos causados pela execução de obras públicas.”¹⁰

Ampliando os fundamentos doutrinários dos seus acórdãos, o Excelso Pretório admite expressamente, em 1958, a responsabilidade do Estado por “falta anônima de serviço”, ou seja, por deficiente funcionamento da Administração, independentemente da prova de qualquer culpa dos seus agentes. Tratava-se, no caso, de depredações sofridas por vários cinemas em Araguari, em virtude de movimento popular, por ocasião do aumento de preço dos ingressos. O STF concedeu a indenização, considerando o desaparecimento do serviço policial. No seu voto, o Min. MÁRIO GUIMARÃES ponderou que:

“O povo paga impostos para que a polícia garanta a propriedade e não é possível deixar de assegurar essa garantia por falta de aparelhamento.”¹¹

8 Recurso Extraordinário nº 17.352, in RDA 32/285.

9 *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Distrito Federal*, 2/64; RDA 32/282 e 33/84.

10 RF 147/105

11 RDA 55/266.

Por sua vez, o Min. RIBEIRO DA COSTA reconheceu o "direito à segurança" de todos os cidadãos, "direito que só poderia desaparecer em virtude de força maior". Esclareceu o eminente e culto magistrado que:

"só tenho admitido a isenção do Estado em indenizar nos casos em que fique provada a força maior; fora daí, concedo a indenização, porque o Estado é obrigado a garantir a propriedade privada."¹²

A mencionada decisão tinha sido, inicialmente, tomada pela 1.^a Turma e foi posteriormente confirmada pelo Plenário. A ementa da decisão da Turma fora a seguinte:

"Se, por negligência das autoridades ou mau aparelhamento do serviço policial, não tomou a polícia as providências necessárias para evitar que a multidão amotinada causasse danos à propriedade privada, responde o Estado pelos prejuízos que o Estado não scube ou não quis impedir."

Ao votar nos embargos, o Min. OROSIMBO NONATO, mantendo a decisão recorrida, estendeu os seus fundamentos teóricos para dizer que, no seu entender, a responsabilidade do Estado decorria do risco administrativo, justificando-se *a fortiori*, quando, evidenciada a falha da Administração, esta não conseguia fazer a prova de que inexistia culpa de sua parte. Salientou OROSIMBO NONATO que:

"... não ficou provada ausência de negligência ou que não ocorria o mau aparelhamento e seria mister que o Estado provasse essa ausência de culpa ou provasse não lhe ter sido possível debelar o movimento..."¹³

Comentando o mencionado acórdão, que revela o novo encaminhamento da nossa jurisprudência, o Professor CAIO TÁCITO nele viu, na ocasião, um "sintoma da dispersão opinativa" dos Ministros do STF na matéria¹⁴, mas, na realidade, se os fundamentos de fato divergem, já se pode apontar um consenso no critério prático a ser aplicado, ou seja, na solução a ser dada ao caso concreto. Efetivamente, para a maioria dos Ministros, desde que haja falha objetiva no funcionamento do sistema, existe responsabilidade do Estado, ressalvado o caso de prova da força maior pela Administração.

Assim sendo, o STF transplantou para o Direito Brasileiro a teoria da *faute de service*, elaborada, na França, pelo Conselho de Estado. A culpa do serviço se caracteriza pela ineficácia, pelo mau funcionamento ou pelo

12 *Loc. cit.*

13 *Revista*, cit. p. 270.

14 *Revista*, cit., p. 262.

funcionamento tardio da Administração, que ensejam a responsabilidade. Em tais casos, não há motivo para examinar a culpa do agente, bastando que se reconheça a deficiência no funcionamento do serviço público, caracterizando a chamada "culpa ou falta anônima".

Para CAIO TÁCITO, que comentou o mencionado acórdão, cabe lembrar que:

"a noção da culpa administrativa, fundada na falta impessoal de serviço ou, na frase de VEDEL, "dans tout manquement aux obligations du service", é a fórmula transaccional entre os deveres da boa administração e a estabilidade do patrimônio individual, fórmula, aliás, que se inspira no princípio da repartição dos encargos públicos e/ou da igualdade dos indivíduos diante das cargas públicas." ¹⁵

O que é muito mais importante no acórdão de que as eventuais divergências doutrinárias e os argumentos filosóficos dos Ministros do STF é o reconhecimento, pela maioria, da responsabilidade baseada na culpa de serviço e a transferência do ônus da prova, passando a incumbir à Administração a prova de ter ocorrido a força maior. Diante da complexidade da máquina estatal, o acórdão não mais exige do autor da ação, vítima do dano, que prove a culpa dos agentes ou do sistema. Basta provar a ineficiência do Estado, cabendo ao Estado a prova de ter ocorrido a força maior e não bastando que comprove a simples ausência de culpa, ou seja, a impecabilidade da conduta de cada um dos seus agentes, pois a falha seria do sistema, ou seja, da máquina estatal considerada globalmente.

A igualdade dos encargos como fundamento da responsabilidade civil do Estado foi expressamente aceita pelo Excelso Pretório, em acórdão de 30-4-63, do qual foi Relator o Min. RIBEIRO DA COSTA e que tem a seguinte ementa:

"A razão jurídica de ser o Estado obrigado a indenizar as ofensas feitas aos direitos individuais está no princípio da igualdade de ônus e encargos." ¹⁶

Em decisões posteriores, o STF considerou pacífica a responsabilidade do Estado em casos de movimento multitudinário, fundamentada na inércia do Poder Público ¹⁷ e na hipótese de danos decorrentes da falta de conservação de córrego, ensejando o seu transbordamento ¹⁸

15 *Revista*, cit., p. 273.

16 Recurso Extraordinário nº 52.311, in *Arquivo do Ministério da Justiça*, 88/141.

17 Embargos na Apelação Cível nº 6.447-SP, julgado pelo Plenário em 10-8-66, in *RTJ* 41/508 e ss.

18 Recurso Extraordinário nº 61.387, julgado pela 2ª Turma em 29-5-68, in *RTJ* 47/381.

Neste último julgamento, o Excelso Pretório entendeu que o problema da responsabilidade do Estado envolvia a interpretação do mandamento constitucional, admitindo expressamente que as pessoas jurídicas de direito público deveriam indenizar os danos com base no "risco administrativo", ou seja, na "culpa anônima da Administração", correspondente à *faute de service* do direito francês. Acrescentou que tal responsabilidade se impunha sempre que ocorresse inércia da Administração Pública na execução ou manutenção dos serviços públicos que visam à segurança da população e dos usuários. É de suma importância, neste sentido, o seguinte trecho do voto do eminente Ministro Relator:

*"A verdade é que o ponto sensível da controvérsia em torno dos problemas da responsabilidade são os casos de ação ou "falta de providências indispensáveis ao bom funcionamento do serviço". É o que se chamou de inércia da administração na execução de serviços públicos que visam à segurança da população e dos usuários."*¹⁹

"Nesses casos, a responsabilidade se aproxima da culpa, pela omissão em tomar as providências para a segurança do serviço."²⁰

Em outra decisão, o Supremo Tribunal Federal, mantendo o princípio da responsabilidade objetiva, salientou que o mesmo só ficava afastado no caso de culpa exclusiva da vítima, tendo adotado a nossa jurisprudência a teoria do risco temperado e não do risco integral (que, em tese, poderia abranger a responsabilidade do Estado, mesmo no caso de culpa exclusiva da vítima), como se verifica pela decisão proferida no RE n.º 91.376, pela 1.ª Turma, em 28-6-79²¹.

Mais recentemente, examinando a responsabilidade do Estado e do empreiteiro, no caso de dano por este causado na realização de obra pública, o Supremo Tribunal Federal, em decisão da sua 2.ª Turma, no RE número 94.121-MG, do qual foi Relator o Ministro MOREIRA ALVES, decidiu que, no caso, ocorria uma responsabilidade solidária da pessoa jurídica de direito privado (por culpa) e da pessoa jurídica do direito público (objetiva). Esclarece a ementa do acórdão que:

"Responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público por dano decorrente de culpa do empreiteiro na realização de obra pública.

19 PIERRE MONTANE DE LA ROQUE, *L'inertie des pouvoirs publics*, Paris, 1950.

20 RTJ 47/381, *in fine*.

21 RTJ 91/371.

A alusão do artigo 107 da Constituição Federal a danos que os funcionários das pessoas jurídicas de direito público, nessa qualidade, causaram, não implica não possam elas ser responsabilizadas solidariamente com o empreiteiro, quando o prejuízo decorra de culpa deste, na realização da obra pública. É isso porque essa alusão diz respeito, não necessariamente, a que o ato que diretamente tenha causado prejuízo haja sido praticado por funcionário, atuando como tal, mas, sim, a que este se prenda. É o que basta para imputar-se o dano à pessoa jurídica de direito público.

Dissídio de jurisprudência não demonstrado. Recurso Extraordinário não conhecido.”²²

No seu voto, o Ministro Relator teve o ensejo de salientar que:

“Alega a recorrente que não sendo a causadora do dano sua funcionária, mas, sim, uma empreiteira, e tendo o dano decorrido de culpa desta — como reconheceram as Instâncias ordinárias —, não poderia ela, recorrente, ser condenada como responsável solidária com base no art. 107 da Constituição Federal, que se restringe a danos causados por funcionário.

É esta questão controvertida e que tem sido examinada, muitas vezes, à luz da doutrina francesa sobre a responsabilidade decorrente das obras públicas. Na França, a respeito, vigoram os seguintes princípios, nesta síntese devida à pena de SAVATIER (*Traité de La Responsabilité Civile en Droit Français Civil, Administratif, Professionnel, Procédural*, tomo I, 2.^a ed., n.º 440, p. 554, Paris, 1951):

“440. Sur qui pèse la responsabilité? Les travaux publics peuvent se faire, soit en régie, soit en concession, et utiliser dans les deux cas, des entrepreneurs.

La personne publique répond seule des dommages qui sont le résultat nécessaire et normal de l'ouvrage à établir (v. supra n.º 432). Ils se rattachent au plan des travaux à exécuter, plan approuvé par l'Administration, imposé au concessionnaire ou à l'entrepreneur, et qui ne saurait engager leur responsabilité.

Pour les dommages qui ne résultent point nécessairement du plan de l'Administration, c'est le concessionnaire qui, si les travaux sont concédés, en répond envers les tiers, sans

22 RTJ 105/225.

pouvoir, à l'égard de ceux-ci, se décharger sur les entrepreneurs qu'il utilise. L'Administration n'échappe d'ailleurs point elle-même, à toute responsabilité, du fait de la concession. Mais, sauf faute de sa part, elle n'est plus responsable que subsidiairement, et à charge, pour la victime, de prouver le concessionnaire insolvable. En outre, aux yeux des tribunaux judiciaires, s'il s'agit d'un accident, le concessionnaire est responsable devant eux de sa faute personnelle ou de la faute de ses préposés (v. infra n.º 697).

En cas de régie, c'est la personne publique faisant exécuter les travaux à son profit, qui en répond envers les tiers. Elle non plus, même par une clause spéciale du cahier des charges, ne peut substituer à sa responsabilité, d'une manière opposable aux tiers, celle d'un entrepreneur. Pas davantage, si elle appelle l'entrepreneur en garantie, elle ne peut se la faire substituer dans la condamnation envers le tiers". . .

Como se vê, a primeira parte do texto acima transcrito trata do dano decorrente da atuação de concessionário, por si ou por intermédio de empreiteiro. Em tais casos, há três partícipes distintos: a Administração Pública, o concessionário e o empreiteiro. E as soluções, no tocante à questão de sobre qual deles recai a responsabilidade pelos danos causados a terceiro, são no sentido de responsabilizar exclusivamente a Administração Pública, ou subsidiariamente, nos casos em que o responsável principal for o concessionário. Mas — note-se — o terceiro prejudicado não está obrigado a acionar o empreiteiro, em qualquer hipótese.

Já na segunda parte da transcrição, está a hipótese que ocorre no caso presente; a em que a obra pública é realizada, não por concessionários, mas pela própria Administração Pública, por intermédio de empreiteiro. Nesse caso — e não importa haja, ou não, a utilização de empreiteiros — responsável pelo dano, em face de terceiro, é sempre a Administração Pública. É certo, porém, que SAVATIER (Tomo I, p. 555), pouco adiante, ocupando-se do direito de regresso da Administração Pública ou do concessionário contra o empreiteiro (no caso de culpa deste, ou de cláusula de garantia constante no contrato de empreitada), salienta que, se este for o culpado pelo dano, "*La victime doit pouvoir le poursuivre directement devant le conseil: il sera plus sage, pour elle, de mettre, en même temps, en cause l'Administration*". O que implica dizer que o prejudicado pode voltar-se só contra a Administração (princípio geral), só contra o empreiteiro (no caso de ~~este~~ ser culpado pelo dano), ou contra ambos (ainda nessa segunda hipótese).

Essa solução do direito francês é acolhida, no Brasil, por HELY LOPES MEIRELLES em dois de seus trabalhos: "A Responsabilidade Civil Decorrente da Obra Pública", artigo publicado na *Revista de Direito Administrativo*, vol. 62, pp. 16 e segs.; e *Direito de Construir*, pp. 350/351, São Paulo, 1961. Lê-se neste último:

"Responsabilidade do Construtor da Obra Pública.

Perante terceiros — A responsabilidade do construtor particular de obra pública, perante terceiros, restringe-se aos seus atos culposos na execução dos trabalhos, pois já vimos (a) que os danos resultantes do fato da construção cabem, unicamente, à entidade administrativa que ordenou a execução da obra. Por *fato da construção* devem-se entender aquelas situações e conseqüências que decorrem, necessária e inevitavelmente, da simples execução da obra, diversamente dos atos da construção que se tornam lesivos quando executados com imperícia, negligência ou imprudência, vale dizer, com culpa do construtor. Quanto às lesões decorrentes do fato da construção, ou, por outras palavras, do plano da obra ou de sua localização pela Administração, só o Poder Público é responsável, como dono da construção e autor da ordem de sua execução. Quanto aos danos provenientes de ato culposo do construtor, respondem este e o Poder Público, conjunta e solidariamente, como co-autores da lesão indenizável ao particular, estranho à relação contratual de que se originou a obra pública.

E assim é porque o construtor da obra pública — qualquer que seja a modalidade do contrato administrativo — não se equipara ao construtor de obra particular, na condução dos trabalhos. Na construção particular o Engenheiro e o Arquiteto, como profissionais ou empresas, dispõem da mais ampla liberdade concepcional, técnica e direcional da construção, ao passo que na obra pública ficam adstritos às mais diversas imposições da Administração, desde o plano do empreendimento até a sua escritura e especificação dos serviços e dos materiais a serem utilizados. O construtor de obra particular é o técnico soberano e exclusivo na idealização e execução da obra e por isso mesmo há de responder por todos os danos decorrentes da construção, diversamente do construtor de obra pública, que, atendendo ao edital de concorrência, ao caderno de encargos, e às exigências do interesse coletivo, tem a liberdade técnica condicionada aos

padrões da Administração e, por isso mesmo, não assume os riscos impostos pelo Poder Público.

Em face dessa realidade impõe-se distinguir os encargos indenizatórios que tocam ao Poder Público e os que recaem sobre o construtor da obra pública, atribuindo-se à Administração, com exclusividade, as responsabilidades resultantes do só fato da construção ou do plano de obras, e a ambos, solidariamente, as decorrentes dos atos culposos do construtor da execução do projeto. Essa solução se nos antolha a única consuetânea com a responsabilidade absoluta e objetiva da Fazenda Pública, erigida em mandamento constitucional (Const. Federal, art. 194), conciliada com a responsabilidade civil subjetiva do agente direto do dano, quando obra com culpa (Código Civil, art. 159).”

Essa, a orientação que me parece, no que toca à responsabilidade da pessoa jurídica de direito público, condizente com o art. 107 da Emenda Constitucional n.º 1/69.

Esse dispositivo constitucional, ao estabelecer a responsabilidade objetiva dos entes públicos, o fez para que os particulares não ficassem prejudicados com o risco administrativo. Para que essa responsabilidade se verifique, é necessário que o dano decorrente de atividade, até lícita, de pessoa jurídica de direito público. E como a pessoa jurídica de direito público atua por meio de seus funcionários, é mister que o dano resulte, direta ou indiretamente, de ato destes, no exercício de suas funções. O que implica dizer que não é indispensável que o prejuízo decorra, diretamente, de ato material de execução do funcionário. Por isso é que se explica a responsabilidade objetiva do Estado pelo fato do empreiteiro que a está executando, e que, portanto, materialmente foi quem, de modo direto, deu causa ao prejuízo. O mesmo sucede, em face do terceiro prejudicado, quando o dano decorre de culpa do empreiteiro. Não fora a obra cuja feitura foi determinada pelo Estado, e o prejuízo não se teria verificado. Nem teria sentido que, quando a obra fosse realizada pelo Estado por intermédio de funcionários seus, a responsabilidade dele existisse independentemente da culpa destes, ao contrário do que ocorreria se o Estado se valesse de empreiteiro para a feitura material da obra. A alusão feita pelo artigo 107 da Constituição Federal a funcionário, no exercício de suas funções, diz respeito, não necessariamente, a que o ato que diretamente tenha causado prejuízo haja sido praticado por funcionário público, atuando como tal, mas, sim, a que a este se prende. É o quanto basta para imputar-se o dano ao Estado. A culpa do

empreiteiro, em face do prejudicado, só interessa no plano civil, uma vez que a vítima do dano só poderá acionar, também, o empreiteiro, se este houver agido com culpa; responsabilidade resultante do artigo 159 do Código Civil. Não, porém, *no plano do direito público, em que a responsabilidade do Estado continua a resultar do art. 107 da Constituição Federal e, não, do art. 159 do Código Civil. O prejudicado pode acionar um ou outro, ou ambos conjuntamente, à semelhança do que decidiu o STF, ao julgar o RE 84.328 (Pleno, sessão de 13-4-77), quando encampou a tese da responsabilidade solidária ao dono da obra (mesmo sem culpa).*"²³

Conclui-se, pois, que a ausência de medidas para garantir o bom funcionamento dos serviços e impedir eventuais danos a particulares enseja uma responsabilidade, que é presumida até que a Administração possa fazer a prova de ter ocorrido, no caso, força maior. Sistematizando as teses dos acórdãos que acabamos de referir, concluímos que a jurisprudência do STF, ao adotar a teoria da culpa de serviço, firmou os seguintes princípios:

a) quando o Estado causa algum dano, por ação ou omissão, deve o mesmo ser reparado, independentemente da prova da culpa;

b) a relação de causalidade decorre do simples fato de ter ocorrido o dano ou sido ensejada ou facilitada a sua ocorrência em virtude de ação ou de inércia dos Poderes Públicos;

c) a pessoa jurídica de direito público só se exonera da responsabilidade comprovando a força maior, não bastando a prova de simples ausência de culpa dos seus funcionários, como entendia a jurisprudência anterior;

d) ao autor da ação cabe provar os fatos e não a culpa, que se presume pela simples razão de os fatos evidenciarem, no caso, o funcionamento deficiente ou a ausência de funcionamento adequado do serviço público.

Os princípios tanto se aplicam à falta de conservação de rios ou estradas como à falta de policiamento efetivo, ou até a falta de diligência dos órgãos fiscalizadores do mercado financeiro, pois, nestas situações, aparentemente díspares, há sempre uma *falta de funcionamento adequado do serviço público*, que não cumpriu as obrigações que a lei lhe atribui e para a execução das quais foi criado.

²³ RTJ 105/230 a 233.

A posição do STF tem sido acompanhada pelos demais tribunais do País. Assim, o Tribunal de Justiça de São Paulo teve o ensejo de manifestar-se nos acórdãos com as seguintes ementas:

"A responsabilidade da Administração pelos danos causados por obra pública independe de prova de culpa, bastando a existência do nexo causal." ²⁴

"A responsabilidade civil do Poder público, perante os particulares, por inundações ocorridas pelo mau funcionamento dos serviços públicos é integral e não parcial, ainda que outros fatores atribuíveis a terceiros, ou a caso fortuito, concorram para o evento danoso." ²⁵

"Danos resultantes de enchentes ocasionados por forte chuva. Deficiência na execução de obras e serviços pela Municipalidade demonstrada." ²⁶

"Danos resultantes de enchentes do rio Tietê. Art. 107 da CF. Falta de serviço de controle. Fato que provocou prejuízos às lavouras de proprietários rurais." ²⁷

"Danos causados em estabelecimento comercial, por deficiente escoamento de águas pluviais, durante forte chuva." ²⁸

"A Municipalidade responde por prejuízos a estabelecimento industrial decorrentes da má conservação de bueiros e galerias de águas pluviais e da omissão de obras indispensáveis de limpeza e regularização das margens e do leito de rio." ²⁹

"A Municipalidade responde por danos causados por enchentes a imóvel, se decorrentes de mau funcionamento do serviço a que se obrigou." ³⁰

"Danos causados em residência, por deficiente escoamento de águas pluviais, agravados por depósito de terra deixada pela Prefeitura, concorrendo para os entupimentos." ³¹

24 Apelação Cível nº 140.926, in *RDA*, 87/221.

25 Recurso de Revista nº 175.975, in *RDA*, 12/214.

26 2ª Câmara Cível do TJSP, 7-11-80, *RJTJSP*, 66/103.

27 5ª Câmara Cível do TJSP, 18-12-79, *RJTJSP*, 62/92.

28 6ª Câmara Cível do TJSP, 21-8-79, *RJTJSP*, 62/96.

29 2ª Câmara Cível do TJSP, 5-12-74, *RT*, 528/74.

30 5ª Câmara Cível do TJSP, 4-6-75, *RT*, 530/70.

31 3ª Câmara Cível do TJSP, 29-5-81, *RJTJSP*, 47/125.

“A Municipalidade responde por danos causados a residência por enchente resultante não de chuvas anormais e imprevisíveis, mas de deficiência do serviço público.”³²

“Enchente do rio Tamanduateí, na Capital, que causa dano a particulares. Responsabilidade da Prefeitura Municipal de São Paulo decorrente da culpa administrativa ou culpa anônima do serviço.”³³

“Sendo a causa de sucessivos transbordamentos da corrente a diminuta profundidade de seu canal, aliada ao acúmulo de galhos e detritos carregado pelas águas, caracterizada está a falha do serviço administrativo devendo a Municipalidade arcar com os prejuízos causados pelas inundações.”³⁴

Por sua vez, o antigo Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara tem admitido a responsabilidade objetiva do Estado por atos de pilhagem que a polícia não impediu³⁵.

E, também, a consagrou em caso de tiroteio entre a polícia e bandidos, no qual faleceu terceiro, conforme se verifica no acórdão da 5.^a Câmara do TJERJ, na AC n.º 2.711/86, de 30-9-86, no qual foi decidido que:

“Com base na teoria do risco administrativo o Estado é responsável pela morte de pessoa ocorrida em razão de tiroteio iniciado por policiais contra bandidos³⁶.”

Quanto ao mérito, a espécie é de ação contra o Estado, pretendendo a autora indenização pela morte da mãe, ocorrida em virtude de disparos de uma arma de fogo feitos em diligência policial de captura de marginais.

Invocando o art. 107 da Constituição Federal a Dra. Juíza julgou procedente o pedido.

Apela o Estado, insurgindo-se contra o reconhecimento de sua responsabilidade, sob a assertiva de que, havendo dúvida quanto à autoria dos disparos que atingiram a mãe da autora, a ação deveria ter sido julgada improcedente.

Sem razão, contudo, o apelo.

32 5.^a Câmara Cível do TJSP, 14-5-76, RT 511/116.

33 TJSP, RJTJSP, 17/173.

34 A. C. n.º 61.979-1, TJSP, in RT 605/58.

35 Apelação Cível n.º 40.928, in Revista de Jurisprudência do TJGB 14/175.

36 Ementa do EMENTÁRIO FORENSE.

A espécie aplica-se à teoria do risco administrativo segundo a qual a obrigação de reparar o dano decorre do ato lesivo e injusto causado à vítima em decorrência da diligência policial.

Como se sabe, *na teoria do risco administrativo exige-se apenas o fato do serviço*. Não se cogita de culpa da Administração ou de seus agentes. *Basta que se demonstre o fato danoso em virtude de ação do Poder Público*.

E isto foi feito.

Para se eximir da responsabilidade, o Estado deveria *comprovar culpa exclusiva da vítima ou a ocorrência de caso fortuito ou de força maior*.

Nesse sentido, porém, nada diligenciu o recorrente, não havendo, assim, por que exonerá-lo de responsabilidade”.

3. A posição da doutrina

A doutrina brasileira, além de consagrar a responsabilidade objetiva e o risco administrativo como fundamentos da responsabilidade civil, reconhece que, havendo mau funcionamento do serviço, o Estado é responsável pelos danos causados, salvo se fizer prova da existência, no caso, de força maior.

Já vimos que RUI BARBOSA defendera a responsabilidade do Estado pela depredação de jornal pela multidão. No mesmo sentido AMARO CAVALCANTI, na sua monografia sobre o assunto, esclareceu que:

“...a responsabilidade civil da Administração Pública ou do Estado, pelo contrário, parte das condições objetivas do dano... se podia dizer que a indenização, por parte da Administração Pública também se dá sem o concurso da voluntariedade e pela só condição de haver um dano verificado ... na responsabilidade civil específica da Administração Pública ou do Estado, o que prepondera é o caráter objetivo da mesma responsabilidade”³⁷.

A teoria objetiva, baseada no risco, foi admitida por FRANCISCO CAMPOS³⁸, SAN TIAGO DANTAS³⁹, SEABRA FAGUNDES⁴⁰, MÁRIO

37 *Responsabilidade Civil do Estado*, nova ed., Rio, 1967, p. 345.

38 “Pareceres”, 1.ª série, p. 230.

39 *Problemas do Direito Positivo*, Rio, 1963, pp. 149 e seqs.

40 *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 4ª ed., Rio, Forense, 1967, p. 188.

MASAGÃO⁴¹, AGUIAR DIAS⁴², HELY LOPES MEIRELLES⁴³, RUY CIRNE LIMA⁴⁴ e CAIO TÁCITO⁴⁵, constituindo, hoje, matéria mansa e pacífica, não apenas como simples aspiração num direito *in fieri*, de *de lege ferenda*, mas, sim, como norma concreta consolidada no Direito Positivo e com categoria de regra constitucional.

Houve, no tocante à responsabilidade civil, uma evolução no sentido de substituir, nas relações entre o indivíduo e a coletividade, a responsabilidade baseada na culpa pela reparação fundada no risco e no direito à segurança, evolução que foi estudada, entre nós, por ALVINO LIMA⁴⁶ e por WILSON MELO DA SILVA⁴⁷, ensejando, ainda, no exterior, os trabalhos de GEORGES RIPERT, RENÉ SAVATIER, B. STARCK, os irmãos MAZEAUD, RENÉ CHAPUS e outros.

No campo do Direito Público, estabeleceu-se que as relações entre as pessoas de direito público e os particulares se regeriam pela teoria do risco ou pela idéia ainda mais ampla de segurança, enquanto a responsabilidade do funcionário perante o Estado continuaria vinculada à idéia de culpa. Em defesa da noção de segurança das pessoas e dos bens, admitiu-se que qualquer violação de direito devia ser indenizada, só se excluindo a responsabilidade no caso da força maior e de culpa exclusiva da vítima ou do lesado.

Na realidade, a diferença fundamental entre a teoria do risco e a culpa presumida consiste no fato de que, no primeiro caso (risco), só se exclui a responsabilidade na hipótese de força maior, enquanto, no segundo (culpa presumida), reconhecem-se como causas de exoneração o caso fortuito e o fato de terceiro⁴⁸. Em relação ao Estado, tem entendido a nossa jurisprudência que ao réu cabe provar a ocorrência da força maior⁴⁹. De acordo com a melhor doutrina, podemos, pois, afirmar que o critério jurisprudencial adotado no Brasil é o do risco administrativo.

41 *Curso de Direito Administrativo*, 5ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1974, p. 303.

42 *Da Responsabilidade Civil*, 3ª ed., Rio, Forense, vol. II/584.

43 *Direito Administrativo Brasileiro*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1966, p. 534.

44 *Princípios de Direito Administrativo*, Porto Alegre, ed. Sulina, 1964, p. 198.

45 *Direito Administrativo*, São Paulo, Saraiva, 1975, pp. 354 a 362.

46 *Da Culpa ao Risco*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1960.

47 *Responsabilidade sem Culpa*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1974.

48 LAUBADERE, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 4ª ed., Paris, 1967, p. 632.

49 *RDA* 55/267.

Uma parte da doutrina continua exigindo a prova da culpa da Administração nos casos de depredações por multidões e enchentes. Em tais hipóteses, entendemos que a culpa é anônima, constituindo o que se denominou "falta de serviço", que não necessita ser provada, presumindo-se pelo simples fato do mau funcionamento do aparelho administrativo, como, aliás, decidiu a jurisprudência no acórdão-líder de 1958. A ocorrência do dano comprova, por si só, que os serviços não funcionaram ou funcionaram mal, caracterizando, assim, a falta de serviço que justifica a indenização. A doutrina francesa reconhece, a este respeito, que a falta de serviço não deixa de constituir uma falha da empresa ou do Estado, concluindo que *l'accident anonyme est présumé faute de l'entreprise*⁵⁰. No caso, a falha do serviço, o resultado danoso e a prova da causalidade são elementos suficientes para ensejar a responsabilidade pública. E vimos que este tem sido o entendimento jurisprudencial, que presume a culpa da Administração e só permite que ela se exonere da responsabilidade fazendo a prova da força maior⁵¹.

Aplica-se, no caso, o mandamento constitucional por se entender que houve culpa de serviço, pois a Administração não conseguiu, em tempo hábil, prevenir, evitar, controlar ou reprimir a enchente ou o movimento multitudinário. Daí surge, automaticamente e de pleno direito, a responsabilidade civil da pessoa jurídica de direito público.

Embora a idéia da falta de serviço estivesse inicialmente relacionada com defeitos na construção ou manutenção de obras públicas, a jurisprudência aplicou o mesmo princípio às hipóteses de falta de policiamento para garantir a segurança de pessoas ou bens. Assim, o Conselho de Estado, na França, considerou que havia falta de serviço pelo fato de não ter a Administração tomado as providências necessárias para defesa do público no caso de um campeonato de tiro⁵².

Nada impede que a falta de serviço consista numa omissão, pois o Estado assume, em relação ao cidadão, um conjunto de deveres, entre os quais avulta o de manter adequado sistema policial para garantir a segurança das pessoas e dos bens. CAMBIER escreve, a este respeito que:

"Le particulier qui paie à prix d'impôts le fonctionnement des services publics a le droit d'attendre que ceux-ci, comme c'est leur raison d'être, lui assurent toute garantie normale"⁵³.

50 LUCIEN SPEZ, *Contributions du Doyen Hauriou au Droit Administratif Français*, Paris, 1966, p. 133.

51 RDA 55/267.

52 PAUL DUEZ e GUY DIEBEYRE, *Traité de Droit Administratif*, Paris, ed. Dalloz, 1962, p. 426.

53 *La Responsabilité de la Puissance Publique et de ses Agents*, Paris, 1947, p. 503.

Dentro da mesma orientação, GERARD CORNU lembra ser a obrigação de manter o adequado funcionamento dos serviços um imperativo básico da Administração Pública, acrescentando PAUL DUEZ que:

“reconnaitre une faut c'est dire que le service était obligé et qu'il doit réparer pécuniairement les conséquences de son inaction”.⁵⁴

Como bem salientado na jurisprudência, não procede o argumento *ad terrorem*, segundo o qual a responsabilidade do Estado não pode abranger todos os atos criminosos realizados no seu território. Trata-se, na maioria dos casos, na lição de PEDRO LESSA, de situações que podiam ter sido previstas e evitadas pela autoridade.

Finalmente, a responsabilidade do Estado tem amparo no princípio da igualdade de encargos de todos os cidadãos, ao qual já se referia AMARO CAVALCANTI e que foi consagrado pelo Excelso Pretório. Para o mestre do Direito pátrio:

“assim como a igualdade dos direitos, assim também a igualdade dos encargos é, hoje, fundamental no Direito Constitucional dos países civilizados”.

Este pensamento firmou-se na doutrina universal, ensejando a igualdade de todos os indivíduos diante dos encargos públicos⁵⁵. Na realidade, a verdadeira solução jurídica impõe sempre a reparação dos danos nas relações entre o indivíduo e a coletividade, fazendo recair sobre a comunidade os riscos decorrentes da vida social. Assim, a responsabilidade objetiva se impõe na legislação de acidentes do trabalho, dos transportes e nas relações entre as entidades de direito público e o indivíduo, conservando-se a culpa, tão-somente, como critério de composição de conflitos nas relações interindividuais como já sustentamos num dos nossos primeiros trabalhos há cerca de quarenta anos.⁵⁶

Se a aplicação de tal princípio acaba parecendo onerosa é porque, como salienta PEDRO LESSA, o aparelho administrativo não está devidamente organizado e o único remédio contra tal desorganização — acrescenta o eminente mestre do nosso Direito — “seria, precisamente, forçar o Estado, por aplicação severa da regra da responsabilidade, a escolher empregados mais esclarecidos e mais devotados ao interesse público”.⁵⁷

54 Apud MARTINHO GARCEZ NETO, “Prática da Responsabilidade Civil”, Rio, ed. Jurídica, 1970, p. 156.

55 LAUBADERE, *ob. cit.*, p. 630, nº 1.166.

56 ARNOLDO WALD, *Influência do Direito Francês sobre o Direito Brasileiro*, Rio, ed. Imprensa Nacional, 1953, p. 74.

57 *Do Poder Judiciário*, Rio, 1915, p. 166.

Administração Pública no Estado Contemporâneo

— Eficiência e Controle

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO

SUMÁRIO

I — Sociedade Pluralista, Poliarquia e Estado Pluriclasse. II — Problemas de Governabilidade. III — A Crise Ética. IV — A Crise Técnica. V — Eficiência da Administração Pública: Regras de Atuação Uniforme. VI — Eficiência do Controle: Regras para a Garantia da Plenitude Ética. VII — Conclusões.

1. *Sociedade pluralista, poliarquia e Estado Pluriclasse*

Ontem, tínhamos um Estado simples com complexas doutrinas de atuação; hoje, temos uma doutrina de atuação simples para Estados complexos.

Ontem, agitavam-se no cenário político complicados modelos, sistemas e ideologias procurando estabelecer uma conciliação entre o interesse público e o privado, entre o domínio do Estado e o âmbito da sociedade.

Hoje, embatem-se no cenário político interesses diversificadíssimos, cuja satisfação não mais depende de receitas políticas substantivas, mas da existência de fórmulas instrumentais que permitam um amplo e flexível diálogo e a livre negociação entre as partes interessadas.

Ontem, em razão das normais dificuldades de conciliação entre os interesses públicos e privados, proliferavam os modelos, sistemas e regimes radicais, com características totalitárias, despóticas, ideologizadas ou autoritárias, sacrificando a negociação política em aras de uma apregoada racionalidade decisional.

Hoje, por fim, até maravilhados, constatamos a falência dos radicalismos políticos e o triunfo, ao menos parcial, do primado do diálogo, da moderação e da tolerância políticas, resultando tudo na consecutória afirmação das condições de *legalidade*, como essencial da construção do Estado de Direito, da *legitimidade*, como básica para a existência do Estado Democrático e da *licitude*, como fundamental para a realização plena da moralidade e do Estado de Justiça.

Essas transformações juspolíticas, que hoje vemos em pleno curso, não vieram, todavia, sem o ônus de um alto preço em guerras, sofrimentos e vidas humanas e não lograram afirmar-se senão depois da Segunda Guerra Mundial e, por fim, o reconhecimento de sua inevitabilidade, senão depois dos funerais da última grande ideologia do século, com a derrubada do muro de Berlim e a derrocada do império soviético marxista-leninista.

A razão dessas mudanças políticas está na própria transformação das sociedades contemporâneas, que evoluíram dos modelos de hegemonia burguesa, caracterizados por poucos centros de interesse politicamente definidos, a modelos destituídos de centros de interesse hegemônicos.

Essa evolução de *sociedades de classe*, nas quais uma delas detinha o poder, o que, em última análise, fazia do Estado o seu instrumento — um *Estado Monoclasse*, para *sociedades pluralistas*, nas quais o poder é compartilhado entre dezenas de classes ou de concentrações organizadas de interesses — um *Estado Pluriclasse*, resultou da multiplicação e da diversificação dos interesses, todos reclamando afirmação política e proteção jurídica.

A ninguém, nesta geração, notadamente aos que cultivam as Ciências Sociais, passou despercebido esse fenômeno da multiplicação e da diversificação dos interesses; a tal ponto, que a tradicional classificação romanista, que havia prevalecido no Direito por toda a Antigüidade, Idade Média, Renascença e havia chegado intacta à Idade Moderna, consagrando a *summa divisio* entre interesses *públicos* e *privados*, se tornou insuficiente para enquadrar uma nova tipologia de interesses em expansão, a princípio, com os interesses *coletivos* e, logo, depois, com os *difusos*.

Nas sociedades de classe, os indivíduos se alinham em grandes grupos de interesse predominante, como a nobreza, a burguesia, o campesinato e o proletariado, a cada classe correspondendo um *status* jurídico e político determinado, com pouca ou nenhuma mobilidade ou variação de uma para outra.

Na sociedade pluralista, os indivíduos podem assumir vários alinhamentos simultâneos, segundo a gama, mais ou menos extensa, de interesses privados, públicos, coletivos e difusos de que sejam titulares, ou de sua especial combinação, o que produz, conseqüentemente, diversificadas situações jurídicas e políticas, e, até mesmo, necessidade de tomadas de posição sucessivas em relação a seus próprios interesses eventualmente antagônicos, com uma intensa mobilidade social.

Foi, portanto, como resposta e adaptação à sociedade *pluralista*, em termos de interesses, e *poliárquica*, em termos de poder, que se desenvolveu o Estado Pluriclasse, sucedendo ao Estado Monoclasse, em que o Poder Público era exercido em representação e em benefício dos interesses de uma fração hegemônica da sociedade.

A formação do Estado Pluriclasse, na visão de MASSIMO SEVERO GIANNINI, se deu porque os próprios parlamentos passaram a refletir o

pluralismo dos interesses da sociedade, deixando, pouco a pouco, de ser a representação de uma ou duas classes para sê-lo de todas as categorias de interesses em intercurso na sociedade¹.

Com essa multiplicação de interesses e, por isso, de centros de poder para sustentá-los, ficou no passado a configuração simplista da luta de classes, que havia servido de fundamento à visão dialética e mecanicista da História, dando lugar a uma complexíssima e generalizada disputa de interesses que se trava ora no campo político ora no campo jurídico, cada vez mais interagindo um sobre o outro.

Com efeito, o Direito, que nas sociedades de classe custodiava os interesses do estamento hegemônico ou, no máximo, em fase mais recente, que refletia o equilíbrio político entre duas, no máximo três classes de maior expressão, perdeu, nas sociedades pluralistas, esse papel, para garantir quaisquer interesses, desde que fossem recolhidos pela ordem jurídica como *valiosos*.

Em outros termos: a fria interpretação dogmática, que prestigiava a exegese gramatical e lógica, perdeu expressão para a interpretação finalística, que perquire os fins da norma e sustenta os seus valores sociais.

No quadro do Estado Pluriclasse, a *sociedade política* perde a exclusividade da representação hegemônica que detinha e passa a repartir o poder com a *sociedade civil*, que, teoricamente, como "povo", deveria ser a própria origem de qualquer poder, mas que, na verdade, funcionava apenas como órgão de legitimação periódica dos governantes. Dilarga-se, com isso, o conceito juspolítico de povo para corresponder, no máximo de amplitude possível, ao próprio conceito de sociedade.

Observe-se que tal evolução só se tornou possível porque a sociedade civil passou a se articular em defesa de seus múltiplos interesses e a diversificar seus centros de poder, refletindo-se, essa poliarquia, no próprio Estado, que, passando a ser Pluriclasse, renovou-se através de um neocontratualismo, não mais de indivíduos, mas de grupos organizados de interesses².

Nesse novo modelo pluralista, poliárquico e pluriclasse de organização política, a participação da sociedade civil não fica mais restrita aos processos políticos de *acesso ao poder*, com a periodicidade considerada satisfatória

1 MASSIMO SEVERO GIANNINI dedica ao tema grande parte do primeiro volume do recentíssimo *Trattato di Diritto Amministrativo*, sob a denominação de *L'Amministrazione Pubblica dello Stato Contemporaneo*, Ed. Cedam, Pádua, 1968, p. 61.

2 A respeito, S. FRACAPANE, em *Contratualismo e Sociologia Contemporanea*, citado por NORBERTO BOBBIO, *O Futuro da Democracia*, Ed. Paz e Terra, São Paulo, 1967, p. 9.

para legitimizar os governos, mas se estende a todos os demais processos do poder: a *atribuição*, a *destinação*, a *distribuição*, o *exercício* e a *contenção* ³.

O *acesso* ao poder, sem dúvida, havia sido um marco importante na conquista da legitimidade, mas o processo atendia muito mais ao princípio do rodízio pessoal no poder que à necessidade de representação de interesses, pois nas sociedades de classe e, assim, nos Estados Monoclasse, dava-se, por definição, a garantia dos interesses da classe hegemônica e, no máximo, dos resultantes do equilíbrio entre as poucas classes que repartiam o poder estatal.

No quadro da poliarquia, passou a ser igualmente importante não apenas definir *quem* detém o poder, mas *para que* o detém, estendendo-se a disputa legitimatória à decisão fundamental sobre a *destinação* do poder, para exprimir os fins sociais do próprio Estado; a *atribuição* do poder, para partilhá-lo entre a sociedade e o Estado; o *exercício* do poder, para decidir como empregá-lo; a *distribuição* do poder, para reparti-lo entre entidades e órgãos da sociedade política; e a *contenção* do poder, para limitar e controlar o poder concentrado, notadamente, no Estado.

Em suma, à pluralização dos interesses sucedeu-se a da organização social para sustentá-los, multiplicando-se as entidades e órgãos dotados de "poder público" além do próprio Estado, que, para esse efeito, também passou a redistribuir seu poder estatal. O Estado perdia o monopólio do poder na sociedade para se tornar seu centro hegemônico, dotado da última palavra sobre o Direito que deve equilibrar todo o sistema. A observação deste fenômeno é que levou M. S. GIANNINI a concluir que "existem, assim, os Poderes Públicos das coletividades pluriclasse; um desses poderes pública é o Estado". ⁴

O grande fenômeno sócio-político deste fim de século, no Direito Político ou, se preferir, mais restritamente, na Teoria do Estado, vem a ser, assim, o desabrochar do ilimitado potencial de associação e de organização da sociedade civil, além do Estado e de suas próprias organizações de Estado, talvez como um início da sociedade global que um dia surgirá.

No âmbito do Estado Pluriclasse, a sociedade civil ganha condições, até então sonhadas em utopias, de desenvolver funções políticas diversificadas em todos os campos e setores decisoriais. Muito além, portanto, de seu papel conquistado no início do liberalismo de seleção de representantes.

Nessa evolução, a sustentação e a defesa dos mais diversificados interesses, antes de tutela inexistente, imprecisa, e até mesmo impossível, provocou a criação de inúmeras formas de articulação de segmentos da socie-

³ Remete-se o leitor, para aprofundamento, a nosso ensaio *Metodologia Constitucional*, publicado na *Revista de Informação Legislativa* do Senado Federal, a. 23, nº 91, jul./set. -1986, pp. 63 e ss.

⁴ *Esistono quindi i pubblici poteri di collettività pluriclasse; uno di questi pubblici poteri è lo Stato* (op. cit., p. 67).

dade, que, anteriormente, não o poderia fazê-lo, sem confronto com aqueles interesses solidamente sedimentados e garantidos pelos estamentos hegemônicos.

Na sociedade pluriclasse a mesma pessoa pode ser titular de interesses tão diversificados que, por vezes, são difíceis de conciliar: o interesse cívico de garantir o Estado mais eficiente com o interesse financeiro de pagar menos tributos; o interesse de consumidor em pagar bens e serviços mais baratos com interesse de cidadão em preservar a indústria nacional; o interesse ecológico de manter o meio ambiente com o interesse econômico de desenvolver atividades industriais potencialmente poluidoras, e assim por diante.

Em suma, a sociedade pluralista tornou-se poliárquica à medida em que se organizou, e esta tornou o Estado pluriclasse, à medida em que o desfigurou enquanto centro de poder de estamentos dominantes.

2. *Problemas de governabilidade*

Embora *Governo*, em sentido lato, venha a ser um dos elementos estruturais do Estado, é mais comum reservar-se a expressão para definir o conjunto de órgãos e entidades que exercem a função executiva estatal desdobrada na direção superior da administração pública e na sua realização.⁶

É nesse sentido que o desaparecimento do Estado Monoclasse, ao qual corresponde um modelo governamental relativamente simples, cedeu lugar a um sistema de administração pública cada vez mais complexo, que se pode considerar ainda em pleno curso de organização.

Deixou de existir, assim, sublinha GIANNINI, “um Estado correspondente ao modelo que tinham elaborado os grandes teóricos da tradição clássica”, aquele que “se acreditava fosse a possível teorização universal tanto da ciência jurídica quanto das instituições jurídicas”.⁶

Na verdade, esse autor foi buscar na Ciência da Administração a noção do *aparato*, como o “complexo de homens e de meios a serviço de uma figura subjetiva (uma entidade, uma empresa, uma associação, etc.) com os quais esta provê o desempenho de sua própria atividade”.⁷

O aparato administrativo público é, portanto, a resposta organizativa a demandas de uma entidade de caráter público, devendo corresponder ao volume e aos tipos de interesses que lhe são cometidos. Enquanto no Estado Monoclasse esse atendimento estava reduzido à solução do antagonismo público-privado, no Estado Pluriclasse, as novas formas de conflitualidade

5 V. SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA, *Comentários à Constituição*, Livraria Freitas Bastos S/A, Rio, 1991, 8º volume, p. 17.

6 M. S. GIANNINI — *op. cit.*, p. 20.

7 *Op. cit.*, p. 21.

envolvendo interesses individuais, coletivos, difusos, públicos e privados passaram a demandar um aparato administrativo público muito mais complexo, de maior capilaridade social e com maior entrosamento com os inúmeros aparatos administrativos desenvolvidos na sociedade civil que o complementam.

A ausência ou tardança na adequação do aparato administrativo às novas demandas caracteriza a crise de governabilidade que hoje vem preocupando cientistas políticos e jurídicos. Perdida a eficiência governamental das instituições do Estado Monoclasse, tornou-se problemática a readaptação do aparato administrativo para satisfazer as tumultuadas demandas políticas do Estado Pluriclasse. O Estado, para lembrar DANIEL BELL, havia se tornado grande demais para os pequenos problemas e pequeno demais para os grandes problemas.

Na raiz dessa inadequação, todavia, está a *inconfiabilidade ética* do aparato administrativo público, reconhecido como ainda preso a interesses persistentes de algumas classes, inclusive do próprio estamento conformado por políticos e burocratas profissionais.

Mirado com suspicácia pela sociedade pluralista, o aparato do Estado Monoclasse não só não pode como não se esforça muito para mudar, mas somente essa mudança, que poderá torná-lo o aparato dúctil de um Estado Pluriclasse, logrará devolver-lhe a necessária *autoridade*.

Esse aspecto *ético* da inadequação do aparato administrativo público se prolonga como uma perda da *capacidade técnica* de atuar eficientemente na solução dos interesses emergentes nas sociedades pluralistas. Demandados por múltiplos segmentos, os recursos se diluem sem nada produzir, pois falta a correta decisão política para alocá-los bem.

Assim, a falta de autoridade legitimatória leva à falta de eficácia decisória, gerando o perverso círculo vicioso da ingovernabilidade, tendo, num setor, a *crise ética*, com a demanda não correspondida da sociedade sobre a administração pública, para a observância de referências morais e, no setor antípoda, simultaneamente, como causa e efeito, a *crise técnica*, com a demanda não correspondida da sociedade sobre a administração pública, para a solução de problemas que se acumulam, nas áreas econômicas e sociais, fortemente comprometedores da segurança pública.

Embora reconhecendo que os problemas de governabilidade sejam, na sua integralidade, por demais complexos para serem reduzidos, geometricamente, às duas crises apontadas, nelas, sem dúvida, está muito de sua explicação, notadamente no campo ético, em razão das novas exigências da legitimidade democrática, no que estamos na confortadora companhia de NORBERTO BOBBIO, que assim magistralmente os resume: 1.º) a maior sobrecarga de demandas da sociedade nos regimes democráticos, em comparação com os regimes autocráticos. Isso não só porque elas afloram mais facilmente como porque se acumulam mais rapidamente nos meandros dos

processos decisórios; 2.º) a maior conflitualidade social nos regimes democráticos e pluralistas, em oposição aos sistemas fechados, nos quais as demandas e conflitos são reprimidos; e 3.º) a maior distribuição e desconcentração do poder existente nas sociedades democráticas, caracterizadoras da demanda poliárquica, que, se de um lado possibilita uma saudável concorrência entre centros de poder, termina, por outro, por "criar um conflito entre os próprios sujeitos que deveriam resolver os conflitos, uma espécie de conflito à segunda potência"⁸.

A essa devolução da eficiência — *ética e técnica* — nessa ordem, é que se pode denominar coerentemente de *modernização*, escoimada de conotações emocionais e até mesmo ideológicas, que teimam em conspurcar-lhe o verdadeiro sentido, que não há de ser outro que não o que se refere à tarefa, jamais concluída, de adaptar e readaptar o aparato administrativo do Estado, e o próprio Estado, às realidades políticas, sociais e econômicas das sociedades que deve reger.

3. A crise ética

A *crise ética* tem, por isso, avassaladora preferência em nossas preocupações modernizantes. A *ordem jurídica* contemporânea não se limita à dimensão da *legalidade*, estendendo-se à *legitimidade* e à *licitude*.

Foi dádiva do liberalismo oitocentista o conceito de Estado de Direito, sob o império da *legalidade*, tão brilhantemente desenvolvido pelos juristas do século seguinte. Foi árdua conquista deste século, o Estado Democrático, que se realiza pela *legitimidade*, hoje afirmado nas Constituições contemporâneas, como a brasileira, de 1988. Tem sido a última fronteira ética, o Estado de Justiça, que vem nos prometer a *licitude* nos processos político-administrativos.

A *legalidade* submeteu a sociedade e, depois, o Estado, à *vontade lei*, como "o mínimo ético indispensável que a sociedade exige de seus membros".⁹ A *legitimidade* submeteu o Estado e a lei à *vontade da sociedade*, como expressão de um consenso democrático sobre o poder¹⁰. Finalmente, a *licitude* pretende realizar a derradeira submissão, a mais ambiciosa das conquistas éticas: a sujeição do Estado, notadamente de seu aparato administrativo, à *moral*.

8 NORBERTO BOBBIO, *Liberalismo e Democracia*, Ed. Brasiliense, São Paulo, 1988, pp. 92 a 97.

9 É de JOSÉ DA SILVA PACHECO a expressão, referindo-se à doutrina JELLINEK sobre as relações entre moral e direito (in *Repertório Enciclopédico*, verbete "moral", p. 295).

10 Embora o conceito de legitimidade tenha surgido com as primeiras manifestações da consciência política, conotado ao tipo de relacionamento de poder típico do patriarcalismo primitivo, que MAX WEBER denominou de "dominação tradicional", hoje ele está definitivamente ligado à noção de *instituição*.

Essas etapas de aperfeiçoamento ético da ordem jurídica não se substituíram uma à outra senão que se acresceram, pois cada uma delas necessita da convalidação da anterior, numa trajetória para a plena submissão ética do poder, tendo passado, nessa evolução do direito moderno, que parte da Revolução Francesa e da derrubada do Estado Absolutista, absolutamente aético, pois obedecia à *vontade do soberano*, da jurisprudência dos conceitos à dos interesses e, por fim, à dos valores¹¹.

A *jurisprudência dos conceitos* ancorou numa sólida dogmática, a legalidade necessária para que medrasse o Estado de Direito; a *jurisprudência dos interesses* foi buscar nas razões sociológicas a legitimidade exigida para que o Estado Democrático se tornasse possível; a *jurisprudência dos valores* faz dos princípios morais a base de licitude capaz de realizar o Estado de Justiça.

Assim é que, não obstante as milenares vicissitudes e decepções que marcam a vida política e que tanto a aviltam aos olhos do homem comum, é fora de dúvida que o senso fundamentalmente ético da humanidade¹² vai lentamente triunfando sobre o arbítrio e a injustiça, incorporando-se à *ordem jurídica* e tornando-a, pouco a pouco, efetiva.

A introdução de diferentes e sempre mais exigentes valores na ordem jurídica dos povos civilizados, como luzeiros orientadores de toda atividade do Estado, e não somente na administrativa, responde às mais lídimas exigências do progresso humano, superando as doutrinas artificiais, forjadas no passado, dogmatizadas e ideologizadas.

O progresso não se confunde com a racionalidade pura, nem com o crescimento econômico, nem com as conquistas materiais: ele brota naturalmente da alma humana, iluminado pelos valores éticos que só se desenvolvem no pluralismo e na tolerância.

4. A crise técnica

A crise técnica aponta duas vertentes no campo da administração pública: a perda de eficiência na *execução* e a perda da eficiência no *controle*.

A *perda de eficiência na execução* decorre do inadequado tratamento político-administrativo dos interesses públicos, seja por excessiva centralização das decisões, que emperram o aparato administrativo público, seja pelo excesso de concentração de interesses a defender por este aparato.

11 Referência às etapas evolutivas do Direito Moderno, expostas por MIGUEL REALE (in *Nova Fase do Direito Moderno*, Saraiva, 1990, pp. 93 e ss.).

12 JOHN RAWLS, formulador de uma teoria da justiça, insta que acreditemos na prevalência desse imperativo, pois, segundo ele, a humanidade tem uma *natureza moral* e, dadas as necessárias condições objetivas, muitas das quais institucionais, os homens atuarão, comprovadamente, de acordo com seus princípios (*A Theory of Justice*, Belknap Press, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1980, p. 580).

O excesso de concentração de interesses cometidos ao Estado se supera pela *desestatização*, enquanto que a excessiva centralização decisória, se supera pela *descentralização*.

Se mirarmos a experiência dos países à vanguarda das transformações modernizadoras do aparato administrativo público, encontramos exatamente essas duas tendências dominando o cenário contemporâneo e mudando o que M. S. GIANNINI denomina o "quadro de referência" do que hoje se deve entender por administração pública.

A idéia de uma administração pública *exclusiva* ou quase que exclusivamente centralizada no Estado, vem cedendo, inexoravelmente, neste século, à pressão dos fatos: o Estado não se mostrou eficiente para atender a todas as demandas administrativas que dele se esperou no passado e o aparato administrativo não se mostrou eficiente para solucionar satisfatoriamente a todas as demandas públicas exigidas de um ou poucos centros de *poder decisório*.

Despontam, portanto, duas novas tendências, a serem acompanhadas, estudadas e compreendidas racionalmente, sem interferência emocional ou preconceito ideológico: a *desestatização* — que, no caso, vem a ser a administração fora do Estado, e a *descentralização*, que vem a ser a desagregação dos centros de decisão ou de execução no interior do Estado.

Quanto ao surgimento de tipos de administração pública *fora do Estado* — a *descentralização* — o quadro de referência debuxado por MASSIMO SEVERO GIANNINI nos fornece uma impressionante lista, da qual destacamos: a) a *administração internacional*, através da qual o Estado e a sociedade recebem da comunidade internacional organizada as normas sobre vários setores de atividade, como aviação civil, telecomunicações, correios e, em alguma medida, comércio internacional e patentes. Os Estados se limitam a dar-lhes aplicação em seu âmbito; b) a *administração supra-estatal não estatal*, como são as convenções internacionais de caráter profissional (industrial, empresarial do terciário, operários), a UNESCO, o Comitê Olímpico Internacional e, de modo geral, as federações esportivas; c) a *administração das comunidades das nações*, tal como já a tem a Europa, se desenvolve na América do Norte, na Ásia e se esboça no Cone Sul, deixando o Estado como executor de normas concertadas em centros de poder cada vez mais distintos dos parlamentos nacionais; e d) as *estruturas empresariais transnacionais*, que desnacionalizam o capital e a tecnologia e que os localizam nos Estados que escolhem, com eles negociando regras administrativas simbióticas, como nos exemplos dos NECS asiáticos,

Quanto à desagregação da administração pública *dentro do Estado* — a *descentralização* — ainda a partir das indicações do mesmo autor, temos: a) *os entes territoriais locais*, que embora inseridos na órbita estatal, cada vez mais reclamam e obtêm poderes autônomos de decisão administrativa sobre uma extensa gama de interesses identificados como das circunscrições territoriais menores, como o dos *burgos*, das cidades, dos municípios, dos

distritos e até dos bairros, em última e profunda correlação com as correspondentes frações da sociedade. No Brasil isso é particularmente observável no reforço da autonomia dos Municípios, hoje constitucionalmente guindados a membros *sui generis* da Federação, juntamente com a União, os Estados e o Distrito Federal (arts. 1.º e 18 da Constituição de 1988); b) os *partidos políticos*, não só por serem os canais oficialmente reconhecidos do acesso ao poder, como por neles terem origem as propostas de decisão eventualmente executadas, assim como por neles se iniciar, sem interferência estatal, a escolha dos candidatos aos ofícios estatais da administração pública e, não menos importante, por exercerem, eles próprios, parcelas de poder, enquanto instituições autônomas, ao comporem colegiados administrativos de toda sorte; c) as *associações profissionais*, sindicatos ou federações de classe de todo tipo, às quais se reservou, por lei, o poder de polícia administrativa com exclusão da ingerência direta do Estado, com competência desde o reconhecimento da habilitação profissional até a negociação coletiva de contratos em representação classista; d) as *entidades delegatárias* de todo o gênero, não só as tradicionais *concessionárias* e *permissionárias* de serviços públicos como as moderníssimas *entidades de gestão privada* de interesses públicos, as *auditorias privadas* das contas públicas e, finalmente, não sem menor importância, as entidades que executam atividades *reconhecidas* como de interesse público, que conformam a categoria em expansão da *descentralização social*, na qual o Estado, em vez de delegar, limita-se a reconhecer eficácia de pública administração às atividades praticadas por entes de colaboração, que gerem certos interesses de natureza pública, como ocorre, por exemplo, com os chamados *clubes de serviço*, com as associações de bombeiros voluntários, com as associações de moradores, com as associações civis e as associações assistenciais, em geral.

Já se pode observar, apenas com esses elementos, que os fenômenos se tangenciam e que a *descentralização*, nas suas expressões mais avançadas, das delegações para a gestão privada de interesses públicos e das delegações sociais, se aproximam da *desestatização*, se não que com ela se confundem, pelo menos dando lugar a uma zona de transição, em que a administração pública e privada se sobrepõem e se interpenetram.

Ora, à medida em que esses fenômenos ganham expressão, o Estado vai perdendo a *administração* dos interesses públicos para se concentrar na sua *direção*, à semelhança do que GEORGES LANGROD observou, em meados do século, quanto à *legislação*, cujo monopólio da elaboração saía dos Parlamentos para que esses pudessem se concentrar no *monopólio da política legislativa*. Hoje, os Executivos, da mesma sorte, perdem o *monopólio da execução administrativa* para bem desempenharem o *monopólio da decisão administrativa*.

E, portanto, nesse complexo quadro de referência, da sociedade pluralista e poliárquica e de seu produto, o Estado Pluriclasse no qual a *prestação* da administração pública perde em importância para a sua *direção*, que

se deve examinar o tratamento constitucional do tema em nosso País, formulando para uma contribuição doutrinária moderna e vigorosa para sua revisão.

A própria modernidade do tratamento constitucional dado à administração pública em 1988, já nos demanda uma superação de antigos tabus e preconceitos, mesmo sem considerarmos a vertiginosa evolução, que partiu de um quadro relativamente simples e geometrizado do Estado Monoclasse e de suas Constituições para o Estado Pluriclasse e suas novas exigências constitucionais.

É necessário que o critério da pública administração e, assim, de seu contrasteamento com a ordem jurídica, para efeito de seu controle de juridicidade, cada vez mais se oriente não pela *execução*, mas pela *definição de um interesse público* em jogo e pelo cometimento ao Estado de alguma forma de poder de direção, incluído o de correção.

É neste sentido que, em vez de reduzir-se, *aumenta a importância do Estado*, desde que saibamos distinguir bem o que seja a decisão, o exercício, e o controle, exatamente como na lição, já clássica, de A. LÖWENSTEIN sobre as novas funções do Estado: *policy formulation, policy execution e policy control*.

Muito próxima a essas considerações, a *perda da eficiência no controle*, a segunda vertente da crise técnica, também exige um tratamento adequado, com pleno conhecimento de que significam hoje os institutos juspolíticos da *participação e da provedoria institucional de justiça*.

Efetivamente, de um lado, os *institutos da participação política*, prestigiados pelo legislador constitucional de 1988, hoje são tidos como um direito da mais alta hierarquia, condição *sine qua non* da realização da legitimidade, mas também essenciais a todo o sistema de preservação da legalidade e da licitude. Somente pela participação, expressei em obra específica sobre o tema, "é possível garantir-se que o Governo venha a decidir, seja abstrata ou concretamente, de acordo com a vontade do povo, superando a antiquada fórmula da representação, que se baseia mais na presunção de legitimidade que na sua efetiva aferição".¹⁸

A extensão do alcance desses institutos é praticamente ilimitada: basta que a lei orgânica discipline qualquer das múltiplas formas de que podem se revestir e lá teremos uma vigorosa expressão de controle prévio, contemporâneo ou posterior das atividades da administração pública, não importa quem a decida ou quem a execute. É o povo, destinatário da administração pública, dela participando.

18 Para aprofundar este tema fascinante do Direito Público atual, sugere-se nosso trabalho *Direito da Representação Política — Legislativa, Administrativa e Judicial — Fundamentos Técnicos Constitucionais da Democracia*, Ed. Renovar, Rio, 1983.

Por outro lado, as *funções essenciais à justiça*, situadas constitucionalmente fora dos três Poderes tradicionais, mas atuando sobre todos eles, na provedoria de interesses individuais, coletivos, difusos, públicos e privados, constituem uma extensa e profissionalizada rede, apta a atuar contra ameaças e violações à ordem jurídica.

Tais funções, genericamente cometidas à *advocacia*, são especificamente confiadas a quatro ordens de instituições estatais, funcionando como uma linha de frente da preservação da ordem jurídica e a defesa da cidadania. São instituições estatais, por certo, dotadas de parcelas de poder do Estado, mas destinadas a atuar na realização e na defesa de interesses determinados, em funções de *provedoria de justiça*.¹⁴

O segmento da advocacia privada se volta preferentemente, ainda que não exclusivamente, à defesa singular dos interesses individuais, coletivos e difusos das pessoas físicas, jurídicas e formais da sociedade, sendo praticada pelos profissionais de direito em caráter contratual, constituindo-se, por isso, num *ministério privado de funções públicas*.

A advocacia pública, *lato sensu*, se volta à defesa dos interesses individuais, coletivos e difusos da sociedade como um todo (Ministério Público), da União, dos Estados e do Distrito Federal (Advocacia-Geral da União e Procuradoria dos Estados e do Distrito Federal) e dos necessitados (Defensoria Pública), voltadas a *três conjuntos* de interesses caracterizados constitucionalmente, conformando um *ministério público de funções públicas*.

O primeiro conjunto de interesses abrange, basicamente, dois importantes subconjuntos: os interesses difusos da defesa da ordem jurídica e do regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*, da Constituição), detalhados em rol de funções (art. 129, CF), em relação aberta, pois pode ser acrescida de outras funções, desde que compatíveis com a finalidade institucional (art. 129, IX). Para esse conjunto, a função essencial à justiça que lhe corresponde é a *advocacia da sociedade*, e a procuratura que a tem a seu cargo é o Ministério Público, em seus ramos federais, distrital federal e estaduais.

O segundo conjunto de interesses são os interesses públicos, assim entendidos os estabelecidos em lei e cometidos ao Estado, em seus desdobramentos políticos (União, Estados e Distrito Federal). Para esse conjunto, a função essencial à justiça que lhe corresponde é a *advocacia do Estado* (art. 131, para a União, e 132, para os Estados e Distrito Federal) e as procuraturas que a têm a seu cargo são a Advocacia-Geral da União (órgão

14 SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA, em seus recentes e valiosos *Comentários*, caracteriza-as como "instituições governamentais complementares, aos Poderes Políticos (p. 112), deixando nítido que a moderna partilha constitucional de Poderes do Estado inclui essas funções no sistema de *policy control*, referido por LÖWENSTEIN.

coletivo) e os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal (órgãos singulares).

O terceiro conjunto de interesses são individuais, coletivos e até difusos, mas todos qualificados pela insuficiência de recursos daqueles que devam ou queiram defendê-los: são os interesses dos necessitados (art. 5.º, LXXIV, da Constituição). Para esse conjunto, a função essencial à justiça que lhe corresponde é a *advocacia dos necessitados* e a procuratura que a tem a seu cargo é a Defensoria Pública, federal, distrital federal e estadual (artigo 134, CF).

São, portanto, quatro tipos de advocacia, no sentido lato, aqui empregado: a advocacia-geral, prestada singularmente aos indivíduos em caráter privado, e as três advocacias públicas específicas: a da sociedade, a da União, dos Estados e do Distrito Federal, e a dos necessitados, discriminadas na Constituição, com o sentido de criar um sistema constitucional de provedoria da justiça, supostamente amplo e capilarizado para ministrar a todos os interesses garantidos pela ordem jurídica a necessária proteção.

Esse complexo sistema, destacado dos demais Poderes, no exercício de funções de fiscalização e de provocação, é *essencial à justiça*, no sentido de que, sem ele, não se logrará a necessária afirmação da ordem jurídica, desiderato que caracteriza o Estado Democrático de Direito e o vocaciona para ser um Estado de Justiça.

5. *Eficiência da Administração Pública através de regras de atuação uniforme*

A Constituição brasileira de 1988 instituiu no País, à semelhança das anteriores Cartas republicanas, um sistema de mais de quatro mil Direitos Administrativos Positivos: o federal, os estaduais e o do Distrito Federal e um para cada Município¹⁵.

Essa complexidade, por si só, já representa uma grande dificuldade para estabelecer-se um controle simples, eficiente, seguro e de todos conhecido. Mas a ela ainda vem se somar nova complexidade do próprio aparato administrativo de cada uma das suas unidades, alcançadas pelo processo contemporâneo da desestatização e da descentralização, conforme já se expôs.

É natural, assim, que subsistam dúvidas, vacilações e imprecisões de todo tipo, a comprometer a eficiência da administração pública brasileira de todos os níveis, abrangendo as bases de decisão, de execução e de controle.

Eis aí a razão, bastante e suficiente, de ter, o constituinte de 1988, se preocupado com a *uniformização de princípios e preceitos para a admi-*

15 SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA, *op. cit.*, p. XXIII.

nistração pública nacional, dedicando-lhe, por isso, um capítulo especial na Carta Magna.¹⁶

Essa uniformização, tão necessária, já se constitui, assim, numa resposta constitucional para o aperfeiçoamento institucional da administração pública, em busca da eficiência em sua atuação e da eficiência no seu controle.

Cumprida a doutrina pôr em relevo, com a devida clareza, o que se uniformizou e com que sentido, começando por distinguir as *atividades administrativas instrumentais*, objeto da unificação, das *atividades administrativas finalísticas*, que continuam com sua descentralização política federativa.

As *atividades administrativas finalísticas* são as que se referem à satisfação concreta, direta e imediata dos interesses públicos atinentes à sociedade. Esses são os interesses públicos *primários*, para o atendimento dos quais se justifica a própria existência do Estado. E, como esses interesses são *externos* em relação à instituição estatal, fala-se em *administração pública externa*.

As *atividades administrativas instrumentais* são as que se referem à satisfação concreta, direta e imediata, dos interesses públicos atinentes ao próprio Estado. Esses são os interesses públicos *secundários*, ou *derivados*, para o atendimento dos quais o Estado se organiza. E como esses interesses são, portanto, *internos* à instituição estatal, fala-se em *administração pública interna*.

Ora, numa federação, a administração pública externa deve ser constitucionalmente *partilhada* entre as entidades políticas, ao passo que a administração pública interna, por ser indissociável da autonomia política, comporta apenas ser constitucionalmente *condicionada*.

São, por isso, dois os sistemas a serem estudados, no âmbito das atividades administrativas do Estado disciplinadas na Constituição: *primo*, um sistema de *partilha federativa de competência* (normativa e executiva) da administração pública *externa*, distribuindo-a entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; *secundo*, um sistema de *condicionamento federativo de competência* (normativa e executiva) da administração pública *interna*, interferindo no exercício da competência administrativa dessas entidades políticas.

Pode-se observar que o *sistema de partilha de competência* refere-se, preponderantemente, às *atividades administrativas finalísticas*, dando surgimento, em consequência, aos *campos* de atuação determinados segundo seu conteúdo, como a administração da segurança pública, a administração do ensino público, a administração da saúde pública etc. — os *ramos materiais da administração pública*.

Por outro lado, o *sistema de condicionamento do exercício da competência* tem a ver, quase que exclusivamente, com as atividades adminis-

16 Título III, Capítulo VII.

trativas instrumentais, dando origem, assim, aos setores de atuação de pessoal, do patrimônio, da fiscalização financeiro-orçamentária etc. — *ramos instrumentais da administração pública*.

O problema da partilha de competência dos ramos materiais da administração pública é, por sua vez, de *exclusiva* dicção constitucional, pois através dela se desenha o modelo federativo. Distintamente, o condicionamento constitucional da competência administrativa dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios é extraordinário e excepcional, uma vez que todas as entidades públicas têm sua auto-administração assegurada pelo princípio da autonomia federativa¹⁷.

É em decorrência desse princípio, fundamental nas federações, que qualquer condicionamento da competência administrativa das entidades federadas é uma *exceção à sua auto-administração*, isto é, à plena disposição, por parte de cada unidade, de sua organização, de seu pessoal, de seus bens, de seus atos e de seus serviços; por isso, só pode prevalecer se estiver explicitada no próprio Texto Constitucional.

Em outros termos: cada entidade pública legislará ampla e autonomamente sobre seu próprio direito administrativo, salvo naquelas matérias *instrumentais* que hajam sido unificadas, em caráter excepcional, pelo legislador constituinte, visando a um tratamento homogêneo.

Essas exceções condicionadoras à autonomia administrativa dos entes políticos têm sido uma constante em todas as Constituições republicanas brasileiras, presentes sempre em maior número e com maiores detalhamentos, indicando uma tendência histórica à unificação do direito administrativo nacional.

Uma breve incursão na Constituição de 1988 põe em evidência esse sistema de condicionamento federativo da administração pública brasileira, de todos os níveis.

Desde logo despontam, no sistema de condicionamento, os *Princípios Fundamentais*, encontrados no Título I, precisamente por condicionarem, no mais alto nível axiológico, político e jurídico, toda a atividade administrativa, tanto quanto a legislativa e a judicial, com uma eficácia *positiva* de vincular a prática e a interpretação dos atos do Poder Público — a *eficácia programática*, e com uma eficácia *negativa* de invalidar todos os que a eles se opõem — a *eficácia preceitual impeditiva e desconstitutiva*.

Especificamente, quanto aos Princípios Fundamentais, a atuação administrativa dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, por seus órgãos, de qualquer dos Poderes respectivos, direta ou indireta, não poderá atentar contra a soberania (artigo 1.º, I), a cidadania (artigo 1.º, II), a dignidade da pessoa humana (artigo 1.º, III), os valores sociais do trabalho e da livre

¹⁷ Art. 18, da CF.

iniciativa (artigo 1.º, IV), o pluralismo político (artigo 1.º, V), o processo democrático de exercício do poder (artigo 1.º, parágrafo único), a independência e harmonia dos Poderes (artigo 2.º), a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3.º, I), o desenvolvimento nacional (artigo 3.º, II), a erradicação da pobreza e a marginalização e a redução das desigualdades sociais e religiosas (artigo 3.º, III), o bem de todos e a igualdade de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras (artigo 3.º, IV).

O primeiro problema que surge numa aplicação desses princípios, com efeito desconstitutivo, está na determinação dos limites de realidade e de razoabilidade da norma principiológica constitucional. O "otimismo juridicizante"¹⁸ tem levado ao texto das Constituições toda sorte de ambições e de pretensões que, não obstante seu elevado cunho moral, nada têm a ver com a realidade das sociedades e, ao contrário, "colidindo com as possibilidades reais do Estado e da sociedade, carregam para a Constituição descrédito e desprezo"¹⁹. Assim, a possibilidade de conferir efeito desconstitutivo a princípios constitucionais fundamentais é, afinal, o traço diferenciativo das meras orientações éticas e filosóficas preambulares. Em outros termos: essa eficácia negativa invalidante, decorre da realidade e da razoabilidade de que se revistam os princípios enunciados e não da mera declaração ética de intenção do legislador constitucional, por mais encomiável que se a considere.

O segundo problema de sua aplicação é a determinação causal. A caracterização casuística de uma ofensa juridicamente invalidável a esses princípios fundamentais não pode ser feita arrimada em juízos vagos, emocionalmente despertados, preconceituosos, ou fantasiosos. A eficácia desconstitutiva imediata desses princípios só deve resultar de uma segura e demonstrada relação de causa e efeito entre os resultados jurídicos que adviriam do ato inquinado e o sacrifício do valor considerado.

Seguem-se, em longo elenco, os *Direitos e Garantias Fundamentais*, desenvolvidos no Título II da Constituição. Aqui, a relação entre norma constitucional e atividade administrativa é muito mais perceptível e, em certos casos, direta. Estamos, também, diante de severos condicionamentos à atividade da administração pública que, sob hipótese alguma, poderá violá-los em suas ações ou omissões.

Destacam-se, entretanto, no artigo 5.º alguns dispositivos de mais nítida relevância para o Direito Administrativo, dotados de amplitude nacional. Estão nesta categoria a liberdade de trabalho, de ofício e de profissão (inciso XIII), de acesso à informação (inciso XIV), de reunião

18 A expressão de PABLO LUCAS VERDÚ foi colhida por LUIS ROBERTO BARROSO na tese *Princípios Constitucionais Brasileiros ou de Como o Papel Aceita Tudo*, aprovada pelo XVII Congresso Nacional de Procuradores do Estado, em novembro de 1991, Belém do Pará.

19 *Op. cit.*, de LUIS ROBERTO BARROSO, p. 8.

(inciso XVI), de associação (incisos XVII, XVIII e XIX), a propriedade (incisos XXII, XXIII, XXIV e XXV), a defesa do consumidor (inciso XXXII), o direito à informação dos órgãos públicos (inciso XXXIII), de petição e de obtenção de certidões (inciso XXXIV) e o respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada (inciso XXXVI). O mesmo artigo 5.º prescreve, ainda, para todo o País, o devido processo legal (inciso LIV), o contraditório e ampla defesa (inciso LV), a proibição de provas obtidas por meios ilícitos (inciso LVI), o *habeas corpus* (inciso LXVIII), o mandado de segurança (inciso LXIX), o mandado de segurança coletivo (inciso LXX), o mandado de injunção (inciso LXXI), o *habeas data* (inciso LXXII), e ação popular (inciso LXXIII) e a obrigatoriedade de assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (inciso LXXIV).

Quanto aos direitos sociais, discriminados no mesmo Título II, Capítulo II, é mandamental para a administração pública de todas as entidades que a exerçam a observância dos direitos dos trabalhadores no que concerne aos empregos públicos (v. artigo 37, I), a observância do disposto no artigo 7.º, IV, VI, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII, XXIII e XXX, no que se refere aos servidores públicos civis (artigo 39, § 2.º) e do disposto no artigo 7.º, VIII, XII, XVII, XVIII e XIX, no que se refere aos servidores militares, além da participação obrigatória dos trabalhadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e de deliberação (artigo 10).

No Capítulo III, ainda do Título II, assoma em relevância o artigo 13, que faz da língua portuguesa o idioma oficial da República, estabelece seus símbolos nacionais e faculta aos Estados, Distrito Federal e Municípios terem os seus próprios.

Concentram-se, porém, no Título III — *Da Organização do Estado*, as prescrições condicionantes especificamente voltadas ao sistema administrativo nacional.

O artigo 19 veda às entidades políticas estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes, relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a relação de colaboração de interesse público (inciso I), recusar fé aos documentos públicos (inciso II) e criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si (inciso III).

O artigo 21 estabelece a competência administrativa *externa* da União (administração de interesses da sociedade nacional, erigidos a interesses públicos pela Constituição e cometidos à União), mas certos incisos tratam da administração *externa cometida* a outras entidades públicas e, assim, tocam à sua autonomia administrativa. São desse tipo: as diretrizes na-

cionais para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transporte urbano (inciso XX) e os princípios e diretrizes para o sistema nacional de viação (inciso XXI).

O artigo 22, de modo semelhante, embora definindo a competência legislativa privativa da União, estabelece também algumas interferências, de cunho homogeneizador, no direito administrativo nacional. São as seguintes: diretrizes da política nacional de transporte (inciso IX), normas gerais de organização, efetivos, material bélico, garantias, convocação e mobilização das polícias militares e corpos de bombeiros militares (inciso XXI), diretrizes e bases da educação nacional (inciso XXIV) e, no tocante à administração *interna*, de modo especial, as normas gerais de licitação e de contratação, em todas as modalidades, para a administração pública, direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, nas diversas esferas de governo, e empresas sob seu controle (inciso XXVII).

No campo da competência comum, tipicamente administrativa *externa* (artigo 23), cada unidade política atuará externamente de acordo com as prescrições legais baixadas pela entidade política competente para legislar e, internamente, de acordo com suas próprias normas administrativas, em virtude de sua autonomia político-administrativa (artigo 18).

Quanto à competência concorrente limitada (elencada no artigo 24), atribui-se à União o poder de baixar normas gerais sobre uma cópia de assuntos de administração *externa* (incisos I, II, III, IV, V, VI, VII, IX, XII, XIII, XIV, XV e XVI), remanescendo para os Estados e Distrito Federal disporem sobre os mesmos assuntos com suas normas específicas, ainda que a União não venha a exercer o seu poder.

Está, todavia, no Capítulo VII, desse mesmo Título III — *Da Administração Pública* — uma concentração de normas constitucionais excepcionadoras da autonomia das unidades federadas e, portanto, de administração *interna*.

Nele se contém sete longos artigos, regulando os mais diversos aspectos da atividade jusadministrativa, especialmente quanto à organização, funcionamento, pessoal e controle, divididos em quatro seções: *Disposições Gerais, Dos Servidores Públicos Cíveis, Dos Servidores Públicos Militares e Das Regiões*.

De especial importância, porém, por sua amplitude, destaquem-se os quatro princípios expressos, incidentes sobre a administração pública, direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes e de todos os três níveis federativos (artigo 37, *caput*): *legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade*.

O Título IV, o Capítulo I — *Do Poder Legislativo, Seção IX*, contém prescrições de direito administrativo de amplitude nacional, referentes à

atividade de controle — a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial (artigo 70) e da atuação dos Tribunais e Conselho de Contas de todos os níveis federativos. Essas “cortes de contas”, como se sabe, são órgãos administrativos situados no âmbito dos Poderes Legislativos federal, estaduais, distrital federal e, nos casos exclusivos, de dois Municípios de capitais, municipais, com a finalidade de auxiliá-los no exercício do controle contábil, financeiro e orçamentário externo (artigo 49, X).

Embora a titularidade e a definitividade desse controle político-administrativo caibam ao Poder Legislativo, tem sido uma observável constante weberiana a tendência desses órgãos de se hipertrofiarem e de buscarem ampliação de seu espaço político. Constituídos, em grande parte, com exceção do Tribunal de Contas da União, de ex-políticos militantes regionais e locais, alguns frustrados nas urnas, quase sempre sem formação acadêmica adequada e com reduzida experiência jurídica, torna-se explícito aquele persistente empenho de politização e de afirmação de poder, como compensação à generalizada ineficácia técnica, quando não de encobrimento ao corporativismo e ao nepotismo.

Esse sistema obsoleto e dispendioso de controle financeiro-orçamentário, não obstante incompatível com as modernas exigências de agilidade e eficiência da administração pública, tem uma surpreendente inércia política a seu favor, que os torna supérstites a todos os golpes e regimes políticos e, em certos casos, ousadamente atuantes.

Finalmente, nos demais Títulos IV a IX, há dispositivos esparsos que, direta ou indiretamente, tocam à atividade administrativa pública. Vale destacar os que se seguem.

O princípio da autonomia da administração *interna* do Poder Legislativo (artigos 51, IV e 52, XII), obrigatório para os Estados (artigos 2.º e 25), Distrito Federal (artigos 2.º e 32) e Municípios (artigos 2.º e 29).

O princípio da chefia unipessoal da administração *externa*, concentrado no Presidente da República (artigos 76 e 84, II), obrigatório, no modelo constitucional de divisão de Poderes, para os Estados (artigos 2.º e 25), Distrito Federal (artigos 2.º e 32) e Municípios (artigos 2.º e 29).

O princípio da autonomia da administração *interna* do Poder Judiciário (artigo 96, I, b, c, e e f), obrigatório para os Estados (artigos 2.º e 25) e Distrito Federal (artigos 2.º e 32), observados os princípios específicos dos incisos do artigo 93.

Nesse mesmo elenco, do artigo 93, o princípio contido no inciso X se projeta além da administração *interna* do Poder Judiciário, para alcançar também, e com maior razão, a *motivação* de quaisquer decisões administrativas dos demais Poderes, ~~assim~~ entendidas as que contenham a

solução de litígios, controvérsias e dúvidas ou aos que não conheçam ou não acolham pretensões em sede administrativa. Com efeito, se o Poder Judiciário, ao qual cabe o controle final de legalidade de *qualquer* decisão, está obrigado a motivar as suas próprias decisões administrativas, *a fortiori* a isto estarão obrigados os órgãos dos demais Poderes, tendo em vista, principalmente, a possibilidade da boa realização do controle externo.

No mesmo Título IV, no Capítulo IV — *Das Funções Essenciais à Justiça*, a Constituição trata de órgãos e funções que, ainda que não constituam um quarto Poder do Estado, como os instituídos nos três Capítulos anteriores, conformam, em seu conjunto, órgãos e funções político-constitucionais que *necessariamente devem existir* num Estado Democrático de Direito, para que a legitimidade e a legalidade possam ser efetivamente preservadas a todo transe. São instituídos, nos níveis federal, estadual e distrital federal, os três ramos da advocacia pública: a *advocacia da sociedade* — o Ministério Público, com seus desdobramentos (artigos 127 e 128), a *advocacia do Estado* — a Advocacia-Geral da União e os Procuradores dos Estados e Distrito Federal (artigos 131 e 132) e a *advocacia dos necessitados* — a Defensoria Pública (artigo 134). Essas específicas estruturas da advocacia pública, *procuraturas constitucionais*, diferenciam-se das demais procuradorias de criação legal, de Municípios, Territórios, autarquias, fundações etc., que não têm relevância político-constitucional no exercício de funções de provedoria de justiça.

As atividades estatais da segurança pública, tratadas no Título V, artigo 144, não só se referem à administração *externa* como à *interna*; esta, naquilo em que predefinem órgãos e funções estaduais. Ao lado de órgãos federais da segurança pública (incisos I, II e III), são instituídos *órgãos nacionais de expressão estadual*, tal como os mencionados no parágrafo anterior, responsáveis pelas funções essenciais à Justiça: as Polícias Civil e Militar e os Corpos de Bombeiros Militares (artigo 144, IV e VI), fixando-lhes as respectivas competências (artigo 144, §§ 4.º, 5.º e 6.º), bem como facultando aos Municípios criarem guardas municipais com atribuições limitadas (artigo 144, § 8.º).

De transcendente importância para o desempenho da administração pública *interna* em todos os níveis federados é o tema do Título VI, Capítulo II — *Das Finanças Públicas*, com duas Seções: uma, de normas gerais constitucionais sobre a matéria e outra, especificamente sobre orçamentos. As normas gerais constitucionais encontram desenvolvimento em lei complementar (artigo 163), que disporá sobre inúmeros condicionamentos impostos aos Estados, Distrito Federal e Municípios, ou finanças públicas (inciso I), dívida pública externa e interna, incluída a das autarquias, fundações e demais entidades controladas pelo Poder Público (inciso II), concessão de garantias pelas entidades públicas (inciso III), emissão e resgate de títulos da dívida pública (inciso IV), fiscalização das instituições

financeiras (inciso V), operações de câmbio realizadas por órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (inciso VI) e compatibilização das funções, das instituições oficiais de crédito da União, resguardadas as características operacionais plenas das voltadas ao desenvolvimento regional (inciso VII), legislando, em tudo, a União, a nível de normas gerais, no exercício de sua competência, mormente para dispor sobre direito financeiro (artigo 24, I).

Como restrição ao desdobramento da administração indireta e de suas subsidiárias no campo econômico, o Título VII — *Da Ordem Econômica e Financeira*, estabelece limitações ao Estado empresário, ou seja, quanto à intervenção econômica concorrencial (artigo 173, *caput*, e §§ 1.º e 2.º), prevendo a disciplina das relações da empresa pública com o Estado e a sociedade (artigo 173, § 3.º), localizando as funções de fomento público econômico (artigo 174, *caput*) e dispondo sobre o regime das concessões e permissões de serviços públicos, condicionando, nesta hipótese, a execução de administração pública externa dos serviços públicos, nessas modalidades (artigo 175).

O Capítulo II, também do Título VII — *Da Política Urbana*, traça diretrizes de direito administrativo aos Municípios, responsáveis por sua execução (artigo 182, *caput*), e estabelece a impossibilidade de usucapião de terras públicas urbanas (artigo 183, § 3.º). Quanto ao direito administrativo agrário, o Capítulo seguinte, *Da Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária*, tem normas sobre alienação e concessão de terras públicas (artigo 188, § 1.º) e também proíbe o usucapião de imóveis públicos rurais (artigo 191, parágrafo único).

Finalmente, no Título VII, o Capítulo IV trata *Do Sistema Financeiro Nacional*, uniformizando-o para todo o País sob a administração da União (artigo 192), competente para legislar privativamente sobre política de crédito, câmbio, seguros e transferência de valores (artigo 22, VII), mas abrindo às entidades políticas a possibilidade de contarem com “instituições bancárias oficiais” (artigo 192, I).

Segue-se o Título VIII, *Da Ordem Social*, criador do sistema único de saúde, com a peculiaridade de ser hierarquizado nos três níveis de governo (artigo 198, *caput*), instituindo previdência social, com normas aplicáveis à administração interna dos Estados, Distrito Federal e Municípios quanto à previdência dos seus respectivos servidores (artigo 24, XII), e ditando norma sobre contagem recíproca de tempo de contribuição previdenciária para efeito de aposentadoria (artigo 202, § 2.º).

Na Capítulo III, desse Título, a Seção I desenvolve a disciplina administrativa nacional da educação, com o estabelecimento de um sistema administrativo do ensino público (artigo 211). O Capítulo IV prevê uma exceção ao princípio da não-vinculação de receitas (artigo 218, § 5.º) e

o Capítulo VI contém princípios e normas de direito administrativo ambiental de amplitude nacional (artigo 225, com seus sete incisos e seis parágrafos).

Finalmente, no Título IX — *Das Disposições Constitucionais Gerais*, há normas de direito administrativo aplicáveis aos Estados que vierem a ser criados (artigo 235), normas sobre controle e fiscalização sobre comércio exterior, essenciais à defesa dos interesses fazendários nacionais (artigo 237), sobre venda e revenda de combustíveis do petróleo, álcool carburante e outros combustíveis (artigo 238), sobre isonomia de vencimentos dos delegados de polícia com as carreiras jurídicas (artigo 241) e sobre a adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo, ao uso de deficientes físicos (artigo 244).

Como se pôde observar pela resenha apresentada, não há grandes inovações no que tange à *partilha* de competência ou seja, à distribuição federativa das atividades administrativas *finalísticas*; a inovação digna de nota está no sistema de *condicionamento* nacional das atividades administrativas *instrumentais* e, por isso, no conjunto de exceções introduzido no princípio da autonomia dos entes políticos federados. É nesse conjunto, portanto, que se arma o travejamento constitucional de um *direito administrativo nacional*, como principal inovação do aparato da administração pública na Carta de 1988.

6. *Eficiência do controle da Administração Pública através de regras para a garantia da plenitude ética*

A vantagem do estabelecimento de um *sistema constitucional de direito administrativo nacional* examinado pode ser apreciada sob diversos ângulos, muitos dos quais serão discutidos adiante; um deles, porém, se eleva sobre os demais com notável importância prática: a ampliação e o aperfeiçoamento do *controle* sobre a atividade administrativa do Estado, em qualquer nível político que se dê. Esse, sem dúvida, destaca-se como um dos mais significativos progressos registrados na Constituição de 1988, senão o mais transcendente, por sua contribuição na efetiva realização do Estado de Direito e do Estado Democrático e na preparação do Estado de Justiça.

Com esse sistema, aperfeiçoam-se os instrumentos de controle da sociedade sobre a atividade administrativa, logrando-se um memorável avanço institucional no sentido da construção de um Estado sob o império da *plenitude ética*, com sujeição à legalidade, à legitimidade e à licitude.

Efetivamente, esse sistema de princípios e de normas constitucionais regedoras do direito administrativo nacional, vigente para todas as unidades políticas, muito além dos benefícios que normalmente já defluem apenas da unidade e da coerência doutrinárias, abre um imenso campo à ação

de controle de legalidade e de legitimidade, interno ou externo, provocado ou *ex officio*, de fiscalização ou de correção, à disposição do próprio Estado, por seus órgãos próprios de zeladoria e provedoria da ordem jurídica, ou os da sociedade.

A sujeição da sociedade, e depois a do Estado moderno à lei, foram as primeiras conquistas, conformando o sistema da *legalidade*, como aquele mínimo ético indispensável que a sociedade exige de seus membros, marcando a transição histórica do Estado Absolutista para o *Estado de Direito*.

A sujeição do Estado à *vontade da sociedade* foi, a seguir, a extraordinária conquista política realizada pelas revoluções francesa e americana, dotando a ordem jurídica de um sistema da *legitimidade* e permitindo o surgimento e a disseminação do *Estado Democrático*.

Finalmente, a sujeição do Estado à *moral*, a mais ambiciosa e demandante das conquistas éticas, está apenas começando, incorporando-se lentamente à ordem jurídica como um sistema de *licitude* e possibilitando, onde o Estado Democrático de Direito já se está sedimentando, o advento do *Estado de Justiça*.

O *Estado de Direito* afirmou-se, com sua ordem jurídica positiva e seu rigor conceitual e dogmático no século dezanove, nos países à vanguarda da civilização. O *Estado Democrático* necessitou, para impor-se, com sua ordem jurídica flexibilizada por uma percepção mais aguda do substrato econômico e social do direito, de quase meio século de guerras mundiais, quentes e fria, sendo seu marco histórico a queda do Muro de Berlim. Toca a vez, agora, ao *Estado de Justiça* desdobrar-se neste final de século e de milênio, com a incorporação, cada vez mais nítida, por certo, da orientação valorativa à ordem jurídica.

A introdução de diferentes e sempre mais exigentes valores na ordem jurídica, como luzeiros orientadores de *toda atividade* do Estado, seja da legislativa, administrativa ou jurisdicional, responde às próprias exigências do progresso humano em todos os seus múltiplos setores e com toda sua crescente complexidade. Cada vez mais exige-se uma versão prospectiva nítida dos rumos a serem tomados. Não necessita que essas indicações sejam fixas, imutáveis ou ideologizadas, como no passado, pois não é de engessamento de idéias que se necessita para enfrentar desafios sempre cambiantes, vez que os rumos valerão enquanto forem úteis, até que sejam superados na livre crítica das sociedades pluralistas e desideologizadas. O que não se aceita é deixar que o progresso se confunda com o mero crescimento da economia e ir à ventura, desarticulado dos valores cardiais que devem unir e elevar os esforços das sociedades humanas.

A ressurgência dos valores no Direito torna-se patente na crescente importância atribuída pela ordem jurídica aos *princípios*. Essas "normas

de normas"²⁰, densamente impregnadas de sentido axiológico, quando não, apenas, a expressão de um determinado valor, que tradicionalmente se aninhava no corpo da doutrina, ganham hoje os textos legais e constitucionais.

Surgem *princípios* de toda ordem: explícitos, implícitos, polivalentes, monovalentes, gerais, subgerais, especiais, setoriais, que começam, pelo menos, a dar sentido à astronômica produção preceitual do Estado contemporâneo. A ordem jurídica, embora cada vez mais estatizada, como observa BOBBIO²¹, paradoxalmente, volta-se à sociedade para dela abeberar-se dos valores nela vigentes, graças aos avanços substanciais dos procedimentos legitimatórios.

Coube, assim, ao arejamento pela legitimidade política, entronizada pela prática democrática, essa modificação conceptual do direito contemporâneo, como os jusfilósofos mais atilados já o perceberam e, como expressivo exemplo, entre nós, MIGUEL REALE, na seguinte passagem: "Note-se, por exemplo, o papel que os valores do indivíduo e da sociedade civil passaram a desempenhar nos mais recentes Estatutos constitucionais merecendo realce, o que consta da Constituição brasileira de 1988"²².

Com efeito, é no domínio do Direito Constitucional que essa categoria normativa vem despontando com renovada e crescente importância, provocando uma salutar ampliação de seu tratamento doutrinário, que não era tão demandado no fastígio do positivismo jurídico.

Dessas ampliações dá-nos conta J. J. GOMES CANOTILHO, que, em seu *Direito Constitucional*, dedica várias páginas à principiologia constitucional²³.

As Constituições modernas, ao acolherem as normas-princípios, ou simplesmente *princípios*, ao lado das normas-regras tradicionais, ou simplesmente *regras*, como prefere CANOTILHO, ou *normas, tout court*, como em maioria se tem preferido, ou ainda a *preceitos*²⁴, dão a flexibilidade necessária para atender à diversidade dos graus de *abstração*, de *generalidade*, de *endereço* e de *exequibilidade* demandada pelo ordenamento constitucional.

20 V. *Curso de Direito Administrativo*, Ed. Forense, Rio, 1992, 10ª ed., pp. 61 e ss.

21 É o fenômeno de convergência entre o Estado e o Direito da filosofia política moderna, analisada por NORBERTO BOBBIO no verbete "Diritto" para o *Dicionário de Política* (Ed. Utet, Turim, 1983, pp. 334 e ss.).

22 MIGUEL REALE, *A Nova Fase do Direito Moderno*, Saraiva, São Paulo, 1990, p. 125.

23 5ª edição, Livraria Almedina, Coimbra, 1991, pp. 171 a 174.

24 Preferimos "preceito", para indicar a norma de menor abstração e generalidade, em contraste com "princípio", atendo-nos à voz latina *praeceptu*, que transmite um sentido de mandamento, de ordem, do que é previamente instruído.

Quanto à *abstração*, porque os princípios contêm orientações téticas, que exigem, salvo excepcionalmente, preceitos hipotéticos intermediários à sua aplicação aos casos concretos.

Quanto à *generalidade*, porque os princípios têm amplíssima incidência, distintamente dos preceitos, que se aplicam sobre hipóteses específicas e definidas.

Quanto ao *endereçamento*, porque os princípios são indeterminadamente dirigidos aos legisladores e aos aplicadores concretos (administradores e juízes), ao passo que os preceitos têm precisado a quem se dirigem.

Quanto à *exequibilidade*, porque os princípios serão sempre aplicáveis, ainda que o sejam em suas funções inibidora e desconstitutiva de atos que os infrinjam, sejam estes normativos ou concretos, diferentemente dos preceitos, que podem ter toda a sua exequibilidade diferida.

Modernamente, as cartas constitucionais valem-se de princípios e de preceitos, conforme as exigências demandadas em cada norma, combinando, em diversos graus, essas quatro características, exatamente para atender à multifuncionalidade requerida.

Quanto aos princípios, apresentam-se eles com cinco funções distintas: *nomogenética*, *exegética*, *sistêmica*, *inibidora* e *desconstitutiva*.

Por *função nomogenética*, talvez a mais importante a ser desempenhada na ordem jurídica, entende-se a *orientação* matricial que emana do princípio para a criação das normas infraconstitucionais, sejam preceituais ou, também, principiológicas. Dirige-se, por isso, precipuamente, ao legislador e, secundariamente, ao administrador no exercício de atividade normativa.

Por *função exegética* entendemos o balizamento da *interpretação* dos preceitos e princípios derivados. Dirige-se, portanto, ao aplicador.

Por *função sistêmica* vemos, também, com CANOTILHO, a que permite "ligar ou cimentar objetivamente todo o sistema constitucional", com uma "idoneidade irradiante"²⁵, que contribui para dar uma *identidade* ético-política a cada Constituição. Dirige-se, assim, a todos, indistintamente, legisladores, administradores e juízes, pois é por essa função que se expressa, com maior ou menor clareza, a opção moral do legislador constituinte.

Por *função inibidora*, estreitamente ligada à anterior, entende-se a decorrente da sua eficácia *impeditiva* da prática de qualquer ato que contrarie o princípio adotado. Dirige-se, igualmente, a todos, sem exceção.

25 Op. cit., p. 175.

Por *função desconstitutiva*, por fim, também vinculada às duas anteriores, entende-se a decorrente da eficiência *resolutiva* do princípio, seja de ato legislativo, administrativo, judicial ou privado.

Além dessas funções, os princípios podem ser *auto-exequíveis concretamente*, dispensando especificação preceitual.

No tocante ao tema da plenitude ética da administração pública, encontramos, além das menções implícitas aos princípios cardeais da *legalidade*, da *legitimidade* e da *licitude* existentes no Título I — Os Princípios Fundamentais, as seqüências explícitas do artigo 37, *caput*, e 70, *caput*, entendida, observe-se às administrações direta, indireta e fundacional e, em se tratando de dinheiros, bens e valores públicos, qualquer pessoa física ou entidade pública que os utilize, arrecada, guarda, gerencia ou administre, o que inclui no sistema a administração pública desestataizada.

A esses princípios substantivos seguem-se, como necessários complementos, os *princípios instrumentais* para sua *efetiva* realização: o da *publicidade* (artigo 37, *caput*), o da *motivação* (artigos 5.º, LV, e 93, X) e o do *contraditório* e da *ampla defesa* (artigo 5.º, LV).

A *participação política* (artigo 1.º, parágrafo único) e a *essencialidade da provedoria de justiça* (artigos 127 a 135) são, simultaneamente, princípios substantivos, no que toca ao conteúdo, e instrumentais, no que respeita às suas distintas formas funcionais e organizacionais de atuação.

Não obstante, a *efetividade* desses princípios está longe de ser satisfatória. A alteração constitucional precedeu a mudança de mentalidade que aplainaria as dificuldades opostas a um real controle de juridicidade, notadamente quanto à administração pública.

Recentes acontecimentos políticos, como os que culminaram no *impeachment* presidencial, parece que podem significar a reversão de uma resistência passiva de políticos e administradores públicos à simplificação da participação política e à submissão às atividades de provedoria desempenhadas pelas funções essenciais à justiça.

Para muitos, esses novos instrumentos não significam mais que uma redução de suas competências ou entraves inúteis à sua ação. Não se dão conta, na sua maioria, do que significam para a sociedade, para o direito e, até, para eles próprios.

Contestam a necessidade de ampliar os instrumentos de participação política e vêem com suspicácia as funções de controle das Procuraturas constitucionais.

É verdade que, quanto ao Ministério Público — a Procuradoria-Geral da República, de modo particular — não só a correta normatividade constitucional que lhes assegurou uma inegável situação de independência fun-

cional como o desassombreado desempenho de sua Chefia, depois da entrada em vigor da Constituição, que bem demonstrou o acerto dos legisladores constitucionais, o problema da independência e do acatamento já está superado, ou quase superado.

Mas, no tocante à Advocacia-Geral da União e às Procuradorias dos Estados há muito a ser feito. Desde logo, a Advocacia-Geral da União, instituída em 1988, ainda não saiu do papel; não se lhe viu a prioridade devida e, com isso, o aparato da administração pública federal não conta senão com os obsoletos cargos de consultoria, desempenhados em comissão, sem independência funcional, sem unidade institucional e, o que é pior, sem o peso que deveriam exercer. As terríveis consequências dessa omissão já se fizeram patentes na crise da moralidade administrativa que compromete o País; se já existisse, ativa, íntegra e independente a Advocacia-Geral da União, outros rumos poderiam ter sido tomados.

Quanto às Defensorias Públicas, também lutam com grandes dificuldades para verem sua essencialidade à Justiça realçada pelos Governantes, não raro submetidas a discriminações e a caprichos.

É indubitável, pois, que devem ser vencidos preconceitos e temores para que a *eficácia do controle* do aparato da pública administração seja uma realidade. Os avanços registrados pelo Ministério Público são, assim, promissores para todo o quadro das funções essenciais à justiça e devem servir de exemplo a ser seguido pelos Constituintes revisores.

7. Conclusões

No campo técnico-político, o desejado aperfeiçoamento da administração pública passa pela uniformização dos princípios e preceitos que regem os processos de decisão, execução e controle.

Essa uniformização, já obtida em boa parte pela Constituição de 1988, conforme demonstrado, pode encontrar sua melhor expressão num *Código de Direito Administrativo Nacional*, como lei complementar federal que desenvolva certos princípios fundamentais que mereçam assento constitucional.

No campo ético-político, o almejado aperfeiçoamento dos sistemas de controle da administração pública além do contributo da uniformização, deve ir adiante, na busca da *efetividade dos sistemas* que a Constituição já instituiu: o da *participação política*, abrindo um controle difuso, de grande espectro, e o das *funções essenciais à justiça*, acrescentando várias modalidades de controle institucional altamente profissionalizado, valorizando plenamente a cidadania.

Esses institutos, é claro, devem ser integrados, porque, em última análise, concorrem, em termos de controle de *jurisdição*, para as mesmas finalidades.

Essas observações não devem ser entendidas como as únicas que se possam fazer em prol do aperfeiçoamento da administração pública desde

o nível constitucional. Elas são, sem dúvida, importantes, mas devem ser acompanhadas de correções técnicas que também deveriam merecer consideração quando da revisão constitucional.

Descarte-se, desde logo, qualquer posicionamento político-partidário, para que se fique, como convém a este tipo de estudo, nos problemas de natureza estritamente técnica, como o são o *casuísmo*, a *assistematicidade*, a *indefinição* e a *provisoriidade*.

É inegável que, não obstante o avanço registrado, da homogeneização de um direito administrativo nacional, muito ainda há o que fazer para racionalizar o setor.

Do mesmo modo, em que pese o esforço inovador reconhecido, a afluência de um grande número de novos institutos ao nível constitucional acaba inçando o texto da Carta Magna de inúmeros detalhes e tratamentos casuísticos que ordinariamente ficavam e melhor estariam a nível legislativo ordinário.

Em certos aspectos, o detalhismo e o casuísmo, por vezes, deixam transparecer a intenção deliberada do constituinte de retirar do legislador ordinário qualquer opção de maior significação, praticando o que MIGUEL REALE denominou de "totalitarismo normativo"²⁶.

Cristalizam-se, destarte, numerosas escolhas políticas que só poderiam ser *legitimamente* tomadas à luz das circunstâncias conjunturais e, assim, só cabem ao povo, através do seu legislador ordinário.

O mais surpreendente e até paradoxal é que, depois de décadas de denegação da participação política plural e depois de penosamente afirmada a democracia, conquistada afinal pela poliarquia, em todos os quadrantes do mundo, a Constituição, de um lado *amplie* o número de *instrumentos* de participação e, de outro, *reduza a oportunidade de utilizá-los*, quando se refiram à tomada de decisão de questões econômicas e sociais que devam ajustar-se às flutuações da conjuntura nacional e internacional.

Nas modernas sociedades, competitivas e dinâmicas, essas questões estão a exigir, cada vez mais, flexibilidade e rapidez em seu tratamento político e não a adoção de modelos cerebrinos, congelados nos textos constitucionais.

Ao contrário do que preferiu o legislador constitucional de 1988, à democracia participativa é que cabe apresentar soluções para que a decisão política possa variar no *contingente* num mundo em mudança, preservando o *essencial*, este sim, expresso nas Cartas Políticas.

Decisões políticas casuísticas, cristalizadas no Texto Constitucional, dificultando seu permanente reexame pela sociedade, pelos partidos políticos

26 *Razões de Divergência*, artigo in *Folha de S. Paulo*, 29 de junho de 1986.

e pelos seus legítimos representantes eletivos, é prática elitista que a ninguém pode interessar, senão a reduzido número de privilegiados²⁷.

A presença desse anacrônico elitismo no texto da Constituição de 1988 tem, todavia, duas reconhecíveis vertentes: uma, nacional: o Anteprojeto da Comissão dos Notáveis, e outra, estrangeira: o conceito de constituição dirigente, desenvolvido em doutrina de língua alemã e recolhido pelo competente constitucionalista português J. J. GOMES CANOTILHO.

Quanto ao Anteprojeto dos Notáveis, todos sabemos que, embora não tivesse sido apresentado oficialmente à Assembléa Nacional Constituinte, pelo Presidente JOSÉ SARNEY, como uma contribuição do Executivo, o que era a idéia original acabou sendo o único roteiro de trabalho, embora, para todos os efeitos, a metodologia que veio a ser adotada pretendesse dispensá-lo.

Quanto ao subsídio doutrinário externo, o conceito de constituição dirigente vem a ser, em síntese, o adotar-se um programa partidário numa carta constitucional; idéia que tampouco é nova, pois sempre esteve presente em todas as Constituições dos Estados ideologicamente comprometidos. Através de definições partidárias constitucionalmente consagradas, o que transparece é a intenção de substituir os partidos políticos por uma única linha: aquela ditada pelo legislador constitucional²⁸.

Não obstante, a torrencial lição da História das idéias políticas e do constitucionalismo, enquanto experiência dos povos, é simples: uma Constituição não tem lugar para casuísmos. As *Cartas Políticas sintéticas*, mais tersas e principiológicas são, pelo menos, mais duradouras e, em geral, mais confiáveis, deixando margem para a integração permanente, rica e atualizadora, que lhes propiciam os Poderes constituídos.

Deve-se, sobretudo, desconfiar do detalhismo constitucional, porque, capeado por um interesse partidário, até aparentemente válido, quase sempre encobre preconceitos, privilégios, corporativismo, protecionismo e inúmeras manifestações de paternalismo.

27 Contra o elitismo constitucional, recorde-se a reação do então Presidente da OAB, HERMANN BAETA, diante do "totalitarismo normativo", que teve seu protótipo no Anteprojeto da "Comissão de Notáveis": "Não precisamos de Comissão de Notáveis, de comissão de sábios. Sábio é o povo. Notáveis somos nós (*Jornal do Brasil*, 4 de junho de 1985). No mesmo sentido, NEY PRADO, in *Notáveis Erros dos Notáveis*: "Nasceram, assim, no elitismo, várias das inúmeras propostas casuísticas, como meio de evitar que os futuros legisladores comprometessem o "modelo perfeito" (Ed. Forense, 1987, p. 67).

28 Na tese de J. J. GOMES CANOTILHO, *A Constituição Dirigente*, não há, apenas, a apologia do casuismo mas, com nitidez, de um imodesto elitismo, ao defender o estabelecimento de um caminho, sem desvios, para o triunfo das concepções político-partidárias de seus autores. Felizmente para Portugal, esse radicalismo pouco durou e hoje vemos, com satisfação, o País incorporado à Comunidade Européia e de volta à democracia real.

Apenas para efeito ilustrativo, vale recordar o art. 199, § 2.º, da Constituição de 1988, que veda a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde do País. Esse absurdo casuísmo xenófobo, claro que não atingirá seriamente os interesses de possíveis investidores estrangeiros, mas só beneficia os cartéis da indústria da saúde, prejudicando, em muito, o progresso da medicina brasileira, os médicos e os empresários interessados no aperfeiçoamento técnico, mas sobretudo, condena o doente brasileiro, que não tem recursos para tratar-se no exterior, a não ter acesso às técnicas e facilidades médico-hospitalares que poderiam curá-lo. É algo assim como "a doença é nossa".

Não se trata, aqui, com o exemplo, de defender qual seja a melhor solução com relação à participação da medicina mundial no País, *mas de resguardar que essa decisão não seja uma "política constitucional" e sim uma "política governamental"*. O que aqui se defende é a competência do Congresso Nacional para fazer esse tipo de opções: um parlamento que expresse a vontade do povo, sempre que este quiser se manifestar sobre o tema, e não engesse a decisão de uma pretensa elite constituinte.

Há, portanto, na linha desse exemplo do que de nefasto existe no casuísmo, muito a aprimorar, para que se extirpe da Constituição brasileira os ranços elitistas e preconceituosos que se revelam, em seu texto, geralmente como preceitos excessivamente detalhistas e quase sempre excepcionadores dos princípios por ela mesmos afirmados.

Outro aspecto justificativo de uma revisão é a *deficiência sistemática* do texto promulgado em 1988.

Uma vez reunidos e entregues à Comissão de Sistematização, todos os trabalhos parciais, oriundos das Comissões Temáticas, que, por sua vez, já consolidavam dezenas de textos elaborados pelas Subcomissões, seria até muito natural que apresentassem como um conjunto redundante, lacunoso e conflitivo.

O trabalho de sistematização deu-se, todavia, premido por prazos muito exíguos e inexplicável açodamento, nada compatíveis com a magnitude da tarefa. Nem se culpe a Comissão dela incumbida, pois nessas contingências pouco poderia ter sido feito para que se pudesse imprimir as necessárias qualidades sistemáticas aos duzentos e trinta e dois artigos com os muitos milhares de dispositivos que neles se continham.

O resultado, em termos técnicos, não foi outro, e não poderia sê-lo. senão um texto arquipelágico, por vezes confuso, muitas vezes contraditório, ora repetitivo, com títulos e capítulos "costurados" e não integrados, como se fora uma "rapsódia constitucional". Tudo, a jogar sobre os aplicadores a penosa tarefa de conciliar contradições, lançar pontes, interpretar com dificuldade a cada passo, procurando encontrar elusivos fios de coerência num labirinto de princípios e preceitos; recaindo principalmente sobre os aplicadores do Judiciário a difícil tarefa de dar sentido ao imenso texto, muito além de sua dimensão, capacidade de trabalho e devotamento.

Afinal, como quase todos os temas importantes da vida nacional e os inumeráveis de segunda importância que se fizeram presentes e tratados na Constituição, praticamente todas as questões passaram a ser *constitucionalmente relevantes* e, por isso, vão acabar batendo às portas de uma Suprema Corte que deveria, se assim não fora, estar reservada para os grandes problemas da ordem jurídica.

Para que não fique esse novo aspecto sem um exemplo ilustrativo, tome-se a perplexidade, que logo nos assalta, no campo do Direito Constitucional Administrativo, para conciliar-se o princípio da competitividade, cardeal para a regência das empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica pelo Estado (art. 173, § 1.º), com os princípios e preceitos que as subordinam a restrições e controles administrativos, como o das licitações (art. 22, XXVII), do acesso por concurso público (art. 37, II) e do registro de admissão de pessoal (art. 71, III), entre outros.

Mas, por vezes, a perplexidade se concentra num só artigo, como é o curioso caso do *caput* do art. 37, que destaca a "administração fundacional" da administração direta, como se fora um *tertium genus* de descentralização, sem que desse dispositivo, nem dos seus outros, que tratam de fundações criadas ou mantidas pelo Estado, se estabeleçam distinções técnicas consentâneas²⁹.

Um terceiro exemplo de assistemática, para corroborar, ainda mais uma vez, o aspecto enfocado, é o provocado pela idéia de *isonomia*, palavra profundamente utilizada sem maiores cuidados técnicos. Há uma confusão entre *isonomia*, que é um princípio geral de direito, com a *equiparação*, que é sempre uma regra de exceção.

A isonomia consiste em tratar igualmente as situações iguais, ao passo que a equiparação vem a ser o tratamento igual atribuído a situações desiguais.

Mas, desprezando a velha e boa doutrina, o *mélange* institucional envolve nada menos que os arts. 5.º, I; 7.º, XXX; 7.º, XXXIII; 37, I; 37, X; 37, XI; 37, XII; 39, § 1.º; 135 e 241, trazendo enormes dificuldades interpretativas e dissídios jurisprudenciais.

Segue-se a *indefinição*. Em geral, ela surgiu como resultado do próprio processo de intensa negociação, com a qual se procurou superar os impasses entre correntes divergentes, mediante concessões recíprocas, incluindo no texto da Carta Magna preceitos logicamente incompatíveis. Isso tem dificultado, quando não inviabilizado, a aplicação de inúmeras regras. Tome-se,

29 Louvável e imaginativo, embora não convincente para nós, o esforço interpretativo centrado sobre o vocábulo "inclusive" (ou "incluídos") para separar as fundações públicas como um *terceto gênero* da execução administrativa pública, ao lado da direta e da indireta, desenvolvido por SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA (in *op. cit.*, p. 42).

como exemplo, a problemática convivência entre um *regime único* de servidor público civil, garantido no art. 37, VII, com o *direito de greve* do servidor público, garantido no art. 37, VII, na forma da lei. E, o que é mais grave, compatibilizá-lo ainda com o conceito de *atividades essenciais*, do art. 9.º, § 1.º, já que se supõem devam convergir para a *prestação de serviços públicos*, quase sempre *essenciais*, como o são os cometidos à administração direta e autárquica. O resultado perverso da assistemática, na prática, acabou sendo uma virtual anomia, tal o número de greves “*toleradas*” de servidores públicos comprometidos com “*serviços ou atividades essenciais*” e responsáveis pelo “*atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade*” (art. 9.º, § 1.º).

E nem se alegue a falta da lei complementar prevista no art. 37, VII, pois esta seria apenas condição de *exequibilidade* da norma constitucional. Em dezenas de outros temas cruciais também ocorre o mesmo impasse de virtual anomia: o legislador constitucional alça o tema à Carta Magna mas nem por isso nela o submete a qualquer tratamento definitivo, via de regra remetendo a solução do impasse às leis complementar e ordinária. Chega a ser paradoxal que a Constituição tenha enfrentado, definitivamente, a nível casuístico, tantas questões secundárias, como por exemplo, o provimento de serventias notariais (art. 236, § 3.º) ou a localização do Colégio Pedro II (art. 242, § 2.º), mas tenha relegado tantas outras, essenciais à vida nacional, como a greve de servidores públicos, para problemáticas definições posteriores.

Tampouco seria necessário digressar, aqui, depois de tanto repisado o tema, sobre a plethora de leis de que se necessitaria para dar aplicação à Constituição de 1988. Parte desse trabalho, na medida do possível, tem sido realizado pela via interpretativa dos Tribunais, assoberbando-os dramaticamente, num período em que, normalmente, já é grande a demanda às cortes para dirimir controvérsias à luz de um novo ordenamento constitucional. É sabido que a prestação jurisdicional sob a forma de provimentos cautelares tem sido assustadoramente dominante, principiando a assinalar um abuso que muito debilita a imagem do Judiciário.

Assim, a formulação incompleta de dezenas de comandos fundamentais deixou inacabada a tarefa constitucional, no aguardo de centenas de leis, que, um Congresso a braços com uma grande quantidade de novas funções, especialmente de controle político, que havia sido adrede dispostas para um regime parlamentar, não tem tido condições de produzir em tempo satisfatório — eis, em suma, o problema da *indefinição*.

Finalmente, como último problema técnico a ser aqui aflorado, atente-se para a *provisoriidade*, resultante do preceito do art. 3.º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Com ele, instabilizou-se a Lei Magna do País e paralisou-se um processo de modernização que nela deveria ter-se *iniciado*, com seu seguro suporte e travejamento, e não, *concluído*.

Essa característica, inédita em cartas constitucionais, pois nem mesmo na portuguesa, onde se foi colher a inspiração revisionista, ela apareceu com tanta amplitude e muito menos na aparência de um comando, decididamente não contribui para a sedimentação e o aperfeiçoamento das novas instituições políticas econômicas e sociais, mas, ao contrário, prejudica-as em sua evolução.

O impacto instabilizante desse tipo de preceito sobre a área econômica é o mais eloquente e permite-nos colher o impressionante depoimento de MIGUEL REALE, que, ante a incrível frequência e despudor dos descumprimentos governamentais às novas regras do Capítulo da Ordem Econômica, não trepidou em afirmar que "em matéria econômica o Governo Federal ainda não desencarnou da Constituição revogada. Tudo continua a ser feito como a mesma parafernália de compressão e de intervenção sistemáticas no mundo econômico como se a Constituição de 1988 não tivesse alterado substancialmente a matéria, neste ponto básico, optando por diretrizes liberais"¹⁰.

Mas, infelizmente, não são apenas certos escalões burocráticos do Governo que distorcem os comandos constitucionais na área econômica porque não quis lê-los, mas até excelentes juristas, ainda comprometidos com o que restou do estatismo e do socialismo, lêem-nos mal, publicando obras, em que emprestam o valor de sua inteligência e o peso de sua autoridade, para aumentar o grau de perplexidade e de instabilidade, como o fez um festejado monografista, que acabou, porfiadamente, encontrando uma diferença entre "exploração econômica" e "exploração de serviço público", para efeito de evitar uma saudável aplicação geral do art. 173, § 1.º, com o qual, como se sabe, se buscou imprimir o tão necessário sentido de competitividade e de eficiência às empresas do Estado. Pode-se, em esforços interpretatórios desse tipo, louvar-se a inteligência cartesiana e até uma (já heróica) fidelidade a mitos ideológicos ultrapassados, mas não, por certo, nem a modernidade, nem o bom senso.

Mas essa instabilidade, resultante da "provisoriidade", não só veio a deformar o Executivo como também o Legislativo, ao desincentivá-lo para elaborar a legislação infraconstitucional que daria exequibilidade ao Texto da Carta de 1988.

E não se exclua, tampouco, o Judiciário, que se vê, não raro, nos seus mais altos tribunais, sem outra alternativa que decidir também "provisoriamente", sob a pressão de uma catadupa de pedidos cautelares, procrastinando, assim, os julgamentos definitivos, que deveriam assentar a interpretação constitucional em benefício da estabilidade da ordem jurídica.

É óbvio que todas essas distorções, que repercutem sobre o direito administrativo aplicado a nível federal, se multiplicam nos Estados, Distrito Federal e Municípios, pois seus respectivos sistemas positivos abrem, ainda

¹⁰ *Constituição de 1988. O Avanço do Retrocesso*. Ed. Rio Fundo, Rio de Janeiro, 1990, p. 19.

mais, o leque de indefinições, reproduzidas nas dúvidas e conflitos em suas próprias legislações infraconstitucionais.

Não só o Judiciário, em geral, como o Supremo Tribunal Federal, em especial, este, ainda por cima, com a competência de julgar ações diretas de inconstitucionalidade empilhadas pela ampliação da legitimação ativa para um número aberto de entidades (art. 103, IX), estão perplexos e assoberbados. Basta invocar-se o *imbróglio* recente, quase novelesco, da disputa dos aposentados da Previdência Social para incorporar um aumento de 147%, que mobilizou praticamente a Justiça Federal, de todo o País, Juízes singulares, Juízes de Tribunais Regionais, Ministros do Supremo Tribunal de Justiça e Ministros do Supremo Tribunal Federal, num desconcertante jogo processual que desgastou a imagem do Judiciário junto à opinião pública, pois o bom direito num Estado era o mau direito no outro, como se a Federação não existisse.

Em suma, mesmo considerando esses quatro problemas técnicos examinados, que não serão muito difíceis de superar em tempo de Revisão, desde que se os tenha consensualmente equacionados com esse propósito, pode-se afirmar, à luz da análise feita neste trabalho, que a Constituição de 1988 revelou uma atenção bastante positiva com os problemas da eficiência e do controle da administração pública.

Uma grande conquista será, por certo, a unificação de um Direito Administrativo Nacional na forma de um Código, não sendo necessário, para isso, mais que a previsão de uma lei complementar federal sobre normas gerais de Direito Administrativo.

De resto, os dois grandes sistemas políticos, necessários ao aperfeiçoamento ético-jurídico da administração pública brasileira, de todos os níveis, já estão instituídos: o da *participação política* e os das *funções essenciais à justiça*.

É certo, que pode e deve, a revisão constitucional, aperfeiçoá-los, tendo em vista a conquista da efetividade, que ainda não se logrou satisfatoriamente, *mas é igualmente certo que legisladores e administradores, mesmo sem que advenha qualquer revisão nesse sentido, podem ainda envidar muito maior atenção e esforço do que têm sido dados até hoje, para cumprir fielmente o que já na Constituição se instituiu com a finalidade de submeter o aparato administrativo do complexo Estado contemporâneo à plenitude ética da ordem jurídica vigente.*

Mais importante, porém, que uma revisão constitucional, que poderia até quedar-se novamente no limbo, serão, apenas, a vontade e a determinação dos políticos e dos administradores, para aceitarem e darem operatividade aos sistemas já instituídos, reconhecendo-os como os mais adequados às demandas técnicas e éticas da administração pública deste final de século, dando-lhes, corajosamente, a *efetividade* de que necessitam, para que cumpram plenamente sua elevada missão no Estado contemporâneo.

Governabilidade virá como consequência.

Responsabilidade do Poder Público Municipal na Segurança Pública em Face da Revisão da Constituição Federal *

DIÓGENES GASPARINI

Superintendente da Assistência Técnica da Fundação Prefeito Faria Lima. Juiz Substituto do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo. Professor de Direito Administrativo em São Paulo

SUMÁRIO

1. *Municipalização da polícia — inconveniência de natureza política e prática.*
 - 1.1. *Aspecto político.*
 - 1.2. *Aspecto econômico.*
 - 1.3. *Aspecto policial.*
2. *Municipalização da polícia — inconveniência de natureza jurídica.*
 - 2.1. *Ordem pública e interesse local.*
 - 2.2. *A segurança pública, direito e responsabilidade de todos.*
3. *A dimensão da Revisão Constitucional de 1993.*
 - 3.1. *Correntes de pensamento sobre a dimensão da Revisão Constitucional.*
 - 3.2. *O caráter restrito da Revisão Constitucional.*
 - 3.3. *A Revisão Constitucional e a segurança pública.*

1. *Municipalização da polícia — inconveniências de natureza política e prática*

1.1 *Aspecto político*

Sempre comentamos a situação da segurança pública no Brasil, sob o aspecto estritamente jurídico, pautando-nos pela legalidade por excelência,

* Palestra proferida no I FORUM NACIONAL DE SEGURANÇA PÚBLICA, VIOLENCIA E CRIMINALIDADE, realizado no dia 27 de novembro de 1992, no Auditório Petrônio Portella, no Congresso Nacional em Brasília.

aliás, não poderia ser diferente, pois exercemos durante muitos anos a assistência técnico-jurídica da Fundação Prefeito Faria Lima, onde ocupamos hoje o honroso cargo de Superintendente. E agora também, como Magistrado da Justiça Eleitoral em São Paulo, na qualidade de Juiz Substituto.

Ocorre que se aproxima a revisão constitucional, um processo evidentemente político, onde pode-se alterar o ordenamento jurídico maior do País. Nesse caso, seria muito tímido, de nossa parte, atermo-nos apenas ao comentário da lei, ainda que fosse da Lei Maior. Essa realidade impõe-nos o dever de adotarmos uma posição política, de opinião, calcada no interesse público, que sempre perseguimos, e na nossa experiência de vida. Essa, como já se afirmou alhures, com muita propriedade, é insubstituível. Nada substitui a experiência, a maturação.

Na nossa longa vivência no trato dos assuntos municipais, adquirida no decorrer de mais de vinte anos, cuidando dos mais variados temas de interesse local, aprendemos, e estamos convictos disso, de que aos Municípios não cabe cuidar da segurança pública de maneira direta, ou seja, praticando, polícia.

Há um aspecto interessante, mas pouco comentado — até porque no Brasil ele não é tão grave quanto em outros países — que precisa ser salientado. Trata-se de impessoalidade no exercício das atividades do Estado, especialmente as jurídicas — a polícia de ordem pública, por certo, é uma das atividades jurídicas — que no modelo brasileiro de polícia estadual e federal, não apresenta problemas maiores, eis que, reforça o princípio da impessoalidade, ou da isenção, o mesmo acontecendo em relação ao Poder Judiciário.

No Brasil, a esmagadora maioria dos Municípios são pequenas comunidades, onde os laços de convivência muito próximos tendem a inibir o princípio da impessoalidade no exercício da atividade policial, a qual, da mesma forma que a judicante, está quase sempre voltada para as situações conflitivas. Assim, para a aplicação correta da lei é melhor que o órgão público, policial no caso, que deva atuar, pertença a outra esfera de Poder, livre das injunções locais.

Os Estados Unidos da América, uma sociedade política e economicamente mais evoluída que a nossa, enfrentam os percalços do uso político-partidário da polícia e da justiça municipais, que no caso da polícia tentam contornar com a criação de corporações estaduais. Há situações em que um conchavo entre os poderosos do local impede a aplicação da lei. Faz algum tempo, a Rede Bandeirantes de Televisão transmitiu um seriado com o título "Flamingo Road", onde o enredo baseou-se num "acordo" desse tipo.

Ora, isso representa uma afronta à Federação, e mais grave, elide o Estado democrático de direito. Observe-se que acabamos chegando ao

controle político da polícia algo de muito sério, sendo certo que não podemos deixar espaços na legislação para que se crie autênticas "guardas pretorianas" a serviço de interesses menores. Não que isso seja impossível de ocorrer na esfera estadual, mas, inegavelmente, será muito mais difícil, pois, nesta não estão presentes as condições propícias, encontradas no Município.

1.2 *Aspecto econômico*

De outro lado, temos o aspecto econômico e aqui cumpre lembrar que a Constituição de 1988 beneficiou os Municípios, carreando-lhes mais recursos do que recebiam anteriormente. Mas isso, para revertê-los nas atividades sociais básicas de saúde, educação, transporte, moradia e saneamento básico, conforme a própria Carta determina. Essas são as prioridades do Município, e se atacadas de rijo, proporcionarão indiretamente, maior segurança pública, porque evitarão a conduta delitiva, originária justamente na falta dessas condições primárias de sobrevivência digna. Além do que cabe aos órgãos públicos municipais evitar que regiões da cidade se deteriorem, quer pelo abandono, quer pelo uso indevido do espaço público, devendo, outrossim, cuidar da limpeza, da iluminação, da eliminação de vielas, devastar matagais, conservar parques e jardins, sem o que darão condições favoráveis para o cometimento do crime.

Diante disso, não podemos concordar que a União faça um projeto grandioso, de bilhões de dólares para construir CIACs, quando não tem dinheiro sequer para montar uma política salarial aos seus servidores. Não que sejamos contrários aos CIACs, ou coloquemos em segundo plano o problema do cuidado com as crianças. Não se trata disso, mas por entender que cabe ao Município construir seus CIACs. A União e os Estados, neste caso, ajudarão, se puderem, depois de cumpridas as funções, constitucionais e legais, que lhes são pertinentes.

Fazemos essa análise porque, em São Paulo, há Municípios que embora tenham problemas sociais gravíssimos, resolveram aplicar recursos em guardas municipais, para atender aos reclamos do comércio, que se queixa dos furtos e roubos praticados pelos mesmos desvalidos que o poder municipal deixou de atender naquilo que devia. Dessa forma sobrepueram-se à estrutura policial do Estado, afrontando a lei e demonstrando uma visão distorcida do problema, que não pode perdurar. Aos Municípios cumpre atacar as causas da criminalidade, não as suas conseqüências. Não se pode pensar em solucionar os problemas sociais criando mais e mais polícia. É sabido que os Municípios enfrentam limitações orçamentárias ao ponto de não terem recursos suficientes para o atendimento da demanda de equipamentos urbanos capazes de contribuir para uma melhor qualidade de vida e bem-estar da população. Assim, reafirmamos que não nos parece conveniente, nem lógico, carrear parcela razoável de seu

orçamento para a criação e manutenção de uma estrutura policial, de alto custo, concorrendo com o Estado e a União.

Na hipótese, muito rara, de o Município ter atendida de forma satisfatória a demanda de serviços sociais e quiser colaborar com o Estado na segurança pública, poderá fazê-lo, mediante convênio, oferecendo instalações, viaturas, equipamentos e até recursos em forma de *pro labore* aos policiais. Seria uma alternativa economicamente melhor do que criar órgão policial permanente, com todos os ônus e implicações que isso acarreta.

Para concluir, sustentamos não caber ao Município destinar recursos visando atividades policiais voltadas à ordem pública, mas, sim, empregar as verbas orçamentárias na melhoria das condições sociais da população, contribuindo, dessa forma, para que haja considerável decréscimo no índice de criminalidade, vez que ela é um fato social, transcendendo o quadro repressivo-policial.

1.3 Aspecto policial

Outra face da questão da segurança pública, em relação aos Municípios, reside na atual tendência expansionista do crime. Todos sabemos que os criminosos ganharam mobilidade com os modernos meios de comunicação e transporte; assim, os crimes hoje são, e futuramente continuarão sendo, intermunicipais, quando não interestaduais ou internacionais.

Para acompanhar essa tendência, a lógica indica que se deva expandir também a competência dos órgãos policiais. Ora, parece-nos que a proposta de municipalizar-se a polícia caminha na contramão dessa realidade histórica, pois vai em benefício à pretensão dos criminosos, que, mudando-se de um Município para outro, neutralizariam a ação da polícia. Alguém poderia argumentar que, com modernas centrais de comunicações e computadores interligados as polícias municipais resolveriam o problema, pelo menos parcialmente, já que a limitação territorial de competência seria insanável. Mas quanto custaria isso?

E não estaríamos caminhando de retorno à polícia estadual, como estão fazendo os norte-americanos?

Alguns autores apregoam a volta do antigo policial de quarteirão, amigo de todos, que tudo sabe, modelo para o policiamento ostensivo. Parece-nos um saudosismo, algo romântico, muito longe da dura realidade que estamos vivendo. A polícia hoje só tem eficácia se estiver distribuída, estrategicamente, para chegar rápido ao local do ilícito, for bem equipada com viaturas e comunicações ágeis e puder ser facilmente acionável pelo público. Tudo, aliado a bons arquivos, a competência territorial ampla, ao trabalho analítico do crime, a formação de pessoal especializado. É nisso que consiste a polícia moderna, primorosa na rapidez de resposta ao ato criminoso. Tentar fazer polícia de ordem pública, de outra forma, parece-nos uma ilusão.

2. *Municipalização da polícia — inconveniências de natureza jurídica*

2.1 *Ordem pública e interesse local*

Os serviços de polícia ostensiva e de preservação da ordem pública, a toda força, não são predominantemente locais, dado destinarem-se a coibir a violação da ordem jurídica a defender a incolumidade do Estado e dos indivíduos e a restaurar a normalidade de situações e comportamentos que se opõem a esses valores. De fato, a quebra da ordem jurídica e os atentados contra o Estado e os indivíduos são comportamentos que repercutem além dos limites do Município, que transcendem suas fronteiras. Escapam, pois, dos predominantemente municipal e determinam, em razão disso, outra ordem de competência a cujos integrantes cabem prestá-los. Desse modo pensa o douto Procurador do Estado de São Paulo, Professor CLOVIS BEZOS, conforme parecer, cuja conclusão é ainda atual (publicado no v. 78, p. 178, da *Revista de Direito Público*), ao afirmar: "...mas também pelo fato relevante de que a questão relativa à ordem pública diz respeito ao interesse nacional, não se configurando *ipso facto* em mero interesse peculiar do Município".

Se tais serviços, não são do Município, seu exercício por essa unidade da Federação, só pode ser considerado ilegal, sujeitando-se o agente público municipal à responsabilidade penal, civil e administrativa. Qualquer ação estatal, sem o correspondente calço legal ou que exceda ao âmbito demarcado pela lei, é injurídica, expõe-se à anulação e pode tornar seu autor responsável disciplinar, civil e criminalmente, conforme dissemos em outra ocasião (GASPARINI, Diógenes. In *Direito Administrativo*. 2.^a ed., São Paulo, Saraiva, 1992, p. 6). Assim, se não há lei a fundar a ação pública, não há competência. Não havendo competência para o agir do Município, não se tem como legitimar a atuação de seu "agente policial", mesmo que aquele ou este queira a atribuição. Por essa razão, tem-se como correta a lição de CAIO TÁCITO, de que a "primeira condição de legalidade é a competência do agente. Não há, em direito administrativo, competência geral ou universal: a lei preceitua, em relação a cada função pública, a forma e o momento do exercício da atribuição do cargo. Não é competente quem quer, mas quem pode, segundo a norma de direito. A competência é, sempre, um elemento vinculado, objetivamente fixado pelo legislador" (TÁCITO, Caio — *O abuso do poder administrativo no Brasil (Conceito e Remédios)*, co-edição do Departamento Administrativo do Serviço Público e Instituto Brasileiro de Ciências Administrativas, 1959, Rio de Janeiro, p. 27).

Ainda, nesse particular, cabe trazer à colação a segura afirmação de TEÓFILO CAVALCANTI FILHO, saudoso professor e emérito jurista paulista, estampada no *Boletim do Interior*, v. 29, p. 31, órgão de divulgação da Fundação Prefeito FÁRIA LIMA — CEPAM, nestes termos:

"E quando se trata de matéria de competência, não se ignora, tem-se que levar sempre em conta o que a norma legal dispõe."

Mesmo que pela sua natureza se pudesse entender a prestação dos serviços de polícia ostensiva e de preservação da ordem pública como de interesse local, esses não seriam do Município por força do que estabelece o § 5.º do artigo 144 da Constituição Federal, que de forma clara atribui essas competências à polícia militar.

Ditos serviços, salvo períodos políticos de exceção, sempre pertenceram às polícias militares, conforme se verifica do estabelecido nas últimas Constituições. Com efeito, a União, no exercício da competência que lhe outorga o artigo 8.º, inciso V, da Constituição Federal de 1967, editou o Decreto-Lei n.º 667, de 2-7-69, que “reorganiza as Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares dos Estados, dos Territórios e do Distrito Federal, e dá outras providências”

A Constituição de São Paulo (Emenda n.º 2, de 30-10-69) estabeleceu, no artigo 149, que “O Estado manterá a ordem e a segurança pública interna por meio de sua Polícia, subordinada hierárquica, administrativa e funcionalmente ao Secretário de Estado responsável pela segurança pública”. Por sua vez, a Lei Estadual n.º 616, de 17-10-74, dispôs sobre a organização básica da polícia militar, estabelecendo as suas competências. Por sua vez, a nova Constituição Paulista não divergiu da anterior.

É óbvio, e não há como fugir disso, que os serviços de polícia ostensiva e os de preservação da ordem pública não podiam ser executados pelo Município dado a competência exclusiva que esses diplomas legais outorgaram às polícias militares.

O mesmo ficou decidido, no julgamento da Apelação Cível número 171.270 (RT 433:184), pelo egrégio Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo. Nesse aresto ficou consignado que:

“Assentou assim, o legislador federal, de maneira clara e categórica, que o policiamento armado, ostensivo e fardado, está reservado, *exclusivamente*, sem ressalva alguma, às Polícias Militares” (*grifamos*).

Mantém-se, assim, nos termos da legislação constitucional, a tradição de não se atribuir ao Município competências e responsabilidades da polícia militar e da polícia civil.

2.2 A segurança pública, direito e responsabilidade de todos

A Constituição da República, ao estabelecer no artigo 144, *caput*, que “a segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos...”, está coerente com a posição definida no I Ciclo de Estudos Sobre Segurança, onde conclui-se que a segurança deve ser discutida e assumida, como responsabilidade permanente de todos, Estado e população.

Isso não quer dizer que todos sejam competentes, ou que possam executar atividades de polícia, pois essas são reservadas aos órgãos federais e

estaduais, textualmente elencados na Lei Maior, mais precisamente no *caput* do mencionado artigo.

Essa norma está de acordo com o artigo 5.º da Carta que garante, entre outros, o direito à segurança, perante à qual todos têm responsabilidade, sem dúvida. Como têm também ante a saúde, a educação etc. Daí, tirar-se a ilação que todos, pessoas e unidades federativas, no caso os Municípios, possam agir como polícia, vai uma distância muito grande do que é correto.

Dessa forma, é constitucionalmente vedado ao Município, a instituição de órgão policial de segurança pública, quer de polícia ostensiva (preventiva), quer de polícia judiciária (repressiva).

3. *A dimensão da revisão constitucional de 1993*

3.1 *Correntes de pensamento sobre a dimensão da revisão constitucional*

O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias — ADCT, da Constituição Federal de 1988, estabelece: “A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral”.

Esse dispositivo transitório foi alvo, desde logo, de severas críticas de rasgados elogios de importantes jornais brasileiros, instaurando-se, desse modo e praticamente de imediato, uma polêmica quanto à conveniência dessa previsão constitucional. Disso nos dá conta GILBERTO CALDAS (*Nova Constituição Brasileira*. São Paulo, Eud. 1989, p. 247), ao asseverar que ele foi duramente criticado por editorial do Estado de São Paulo, que apontava para o risco de o diploma perder a sua força e de os juízes vacilarem na sua aplicação, mas, em compensação, foi tachado de medida sábia pelo editorial de *O Globo*, numa demonstração de que a sua oportunidade era discutível.

Mas essa não é a única discórdia que tal dispositivo temporário enseja. A dimensão ou amplitude da revisão por ele autorizada é outro centro de desentendimento que tem levado os mais responsáveis estudiosos a pronunciamentos, algumas vezes, diametralmente opostos. O tema, não obstante essas manifestações, não deve ser havido como esgotado, pois pode ser dissecado e estudado em outros de seus múltiplos aspectos. Tampouco se pode dizer que sobre a dimensão da revisão que ele propicia já se tem uma posição dominante tal ou qual. Por essas razões cremos ser ainda conveniente e oportuna qualquer manifestação a esse respeito, além do que a revisão está por vir.

Se no pertinente às limitações da atribuição de emendar (artigo 60 da CF) não se colocam quaisquer dúvidas, o mesmo não se pode assegurar

no concernente à atribuição de revisar a Constituição Federal (artigo 3.º do ADCT da CF). Nesse particular divergem os autores. Esses, em razão dessa discórdia, acabaram por formar três correntes.

Para a primeira, abraçada por JOSÉ AFONSO DA SILVA (*Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9.ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1992, p. 62), o Congresso Nacional, com suporte no artigo 3.º do ADCT, investe-se de Poder Constituinte Originário, para atuar sem limites, acima, portanto, da Constituição Federal. Nessas condições o Congresso Nacional pode promover toda e qualquer alteração constitucional que entender necessária à satisfação do interesse público. Via de consequência, a conformidade dessas alterações com a Constituição Federal sequer poderia ser objeto de apreciação pelo Poder Judiciário.

Pela segunda, defendida por, entre outros, LEON FREJDA SZKLAROWSKY (BDA 10:575, outubro de 1992), FÁBIO KONDER COMPARATO (RDP 93:125) e NELSON JOBIM, conforme palestra proferida em 9-9-92, na Escola Nacional de Administração Pública — ENAP, o Congresso Nacional pode rever, generalizadamente, a Constituição Federal — sem, contudo, modificar ou suprimir as cláusulas pétreas (as que não podem sofrer alteração ou supressão), consignadas, substancialmente, no artigo 60, § 4.º, desse Diploma Maior. Quanto ao mais, pode tudo.

A terceira, onde nos incluímos, defendida, entre outros, por GERALDO ATALIBA (RPGESP 33:157), PAULO BONAVIDES (RIL 113:53) e HÉLIO RÍCUDO (*Folha de S. Paulo* de 25-2-92) sustenta que o Congresso Nacional somente tem “poder” para revisar a Lei Maior com o fito de dar exequibilidade ao resultado plebiscitário, à vontade do eleitorado consultado nos termos do artigo 2.º do ADCT, observadas, ainda, as demais limitações constitucionais e regimentais.

3.2 O caráter restrito da revisão constitucional

A razão, cremos, está com a última corrente. Com efeito, o artigo 3.º somente foi necessário dada a insegurança do Constituinte de 1988 quanto à escolha da forma (república ou monarquia constitucional) e do sistema (presidencialismo ou parlamentarismo) de governo. Por esse motivo designou a data de 7 de setembro de 1993 (hoje, 21 de abril de 1993, nos termos da Emenda n.º 2/92) para, mediante plebiscito, ouvir sobre esses temas o eleitorado brasileiro. Aí o porquê do artigo 2.º, também da parte transitória. A vinculação entre esses dispositivos, vê-se, é inarredável.

Se essa dúvida não tivesse existido, não existiriam os artigos 2.º e 3.º do ADCT. Destarte, a interpretação do artigo 3.º, da parte transitória da Lei Maior, deve levar em conta esse dado histórico. A dimensão da revisão constitucional, prevista nesse artigo precário, deve, assim, conformar-se com o disposto no artigo que o precede, isto é, com o resultado do plebiscito.

Essa vinculação é percebida até pela seqüência dos artigos 2.º e 3.º, do ADCT. Pelo primeiro marca-se a consulta ao eleitorado e, como essa levará, inexoravelmente, a um resultado, consubstanciando uma opção pela forma tal e pelo sistema qual de governo, deve-se, sob pena de inócuca a consulta, rearranjar a Constituição Federal segundo essa escolha, daí a revisão prescrita no segundo.

Se imaginarmos a Constituição Federal sem o artigo 2.º, do ADCT, o artigo 3.º, desse mesmo Ato, não teria qualquer função. De fato, a que revisão esse dispositivo estaria se referindo, se em nenhum outro lugar a Constituição Federal mencionou a palavra revisão, ou deixou entrever uma alteração dessa ordem? Sendo assim, é válido afirmar que esse dispositivo está intimamente ligado ao artigo 2.º do ADCT, o único que prevê uma revisão constitucional. Sua redação, nesse particular, é sintomática, pois refere-se a uma revisão certa, tratada anteriormente, e a única, nessas condições, é a do artigo 2.º das Disposições Transitórias. Não fosse dessa maneira, o Constituinte teria dito: "A Constituição será revista após cinco anos...". A dicção do artigo 3.º, portanto, seria outra.

Desse modo, será correto dizer-se que só haverá revisão constitucional se a opção do eleitorado for pela "República Presidencialista" ou pela "República Parlamentarista" ou pela "Monarquia Parlamentar" e, ainda assim, só no que for necessário a rearranjar a Constituição Federal à opção escolhida pelo eleitorado em 21 de abril de 1993. PAULO BONAVIDES, de maneira clara e precisa, ensina que só haverá revisão se o eleitorado pender para "a monarquia constitucional ou pelo parlamentarismo" (RIL 113:53), pois, se pender para a "República Presidencialista", não há o que revisar, essa já é praticada. De fato, se isso ocorrer, haverá apenas a confirmação do atual regime e da vigente forma de governo, o que não impede a revisão que, diga-se, se impõe para compatibilizar alguns dos dispositivos constitucionais em dissonância com dito regime e sistema.

Fora daí seria contrariar a vontade do colégio eleitoral, tomando-a como fundamento para uma revisão mais ampla que a autorizada pelo Constituinte de 1988. Estar-se-ia dando um efeito maior, mais largo, à decisão plebiscitária e a revisão calcada nesse "plus" não teria como ser sustentada. Seria, indubitavelmente, inconstitucional. Ademais, a revisão assim ultimada pelo Congresso Nacional, sobre padecer desse gravíssimo vício, beiraria, sem dúvida, a um expediente atético, por aproveitarem-se seus promotores, de um mecanismo de alteração constitucional beneficiado por um *quorum* favorecido e exclusivo a dar atendimento à vontade do eleitorado, manifestada nos estritos limites do artigo 2.º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

3.3 *A revisão constitucional e a segurança pública*

Seguindo nossa linha de pensamento, acreditamos que o capítulo da segurança pública não deverá sofrer alterações de conteúdo, cabendo apenas

alguns reparos quanto à forma. Na verdade, o legislador constituinte foi até, excessivamente, minucioso ao mencionar os órgãos responsáveis pela segurança pública e definir-lhes atribuições. No caso da Polícia Federal esse detalhamento é incompatível com a concisão necessária ao texto maior, e deveria estar, na sua maior parte, previsto em legislação infraconstitucional.

Entendemos que o artigo 144 da Carta poderia ser “enxugado”, sem provocar qualquer transtorno e apontamos como primeira providência a retirada, pura e simples, da expressão “com exclusividade”, do § 1.º, inciso IV, do dispositivo. Tal exclusividade, pela sua amplitude, choca-se com as atribuições legais de polícia judiciária militar da União, exercidas pelas Forças Armadas nos casos de apuração de crimes militares. Mas não é só isso. A contradição se rebela dentro da própria Carta, quando cotejamos a aludida “exclusividade” com o artigo 58, § 3.º onde encontramos as comissões parlamentares de inquérito. Ora, tais comissões nos seus trabalhos de investigação, ao vislumbrarem indício de crime da alçada federal, necessariamente teriam de passar o caso para a Polícia Federal, cuja competência é “exclusiva” em tal função. Ou então não é?

Outra supressão conveniente seria a da Polícia Ferroviária Federal que, com a devida vênia, não tem importância para ser elevada a nível de Constituição e poderia existir, muito bem, regulada apenas em lei federal.

As outras duas modificações seriam apenas de ordem topográfica. No primeiro caso sugerimos deslocar a condição de “forças auxiliares e reservas do Exército”, previstas para as Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, do artigo 144, § 6.º para o artigo 142, também na forma de parágrafo. Revelar-se-ia mais apropriado, pois a situação de força auxiliar e reserva manifesta-se não em estado de normalidade, na condição de força policial, mas quando por motivo grave, a Corporação estadual, tenha de ser mobilizada pelo Exército, a ele subordinando-se, para missões de força militar.

A outra modificação consistiria em transferir o § 8.º do artigo 144, para o artigo 30 na forma de inciso, já que, as guardas municipais não constam do rol de órgãos responsáveis pela segurança pública, e nela não têm missão, conforme exaustivamente explicado. A propósito, a Constituição do Estado de São Paulo tomou tal providência, colocando a criação, facultativa, das guardas municipais, onde é lógico, no capítulo dos Municípios, isso se entendermos que a menção merece dignidade constitucional, algo duvidoso.

No pertinente às polícias estaduais não vemos necessidade de qualquer modificação pois o texto é preciso e conciso, havendo sim, necessidade de providenciar-se a legislação voltada a disciplinar a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, definindo melhor os limites de competência de cada um, para garantia da eficiência de suas atividades, consoante determinação do artigo 144, § 7.º

O Esforço Legal no Contexto do Trânsito

ÁLVARO LAZZARINI

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e Professor de Direito Administrativo na Academia de Polícia Militar do Barro Branco

SUMÁRIO

1. *Delimitação do tema.* 2. *Policimento e fiscalização no contexto do trânsito.* 3. *A autoridade do policial do trânsito.* 4. *A sanção de polícia de trânsito.* 5. *O Poder Judiciário no contexto do trânsito.* 6. *Conclusões.*

1. *Delimitação do tema*

Trânsito, realmente, não se resume ao só policiamento especializado, como antigamente se acreditava. Em outras palavras, trânsito não é caso só de polícia, menos ainda de polícia que não seja especializada, não é caso só de polícia de trânsito, embora esta tenha papel de relevo no trânsito.

Bem por isso "os estudiosos — como o atesta SÉRGIO GUEDES BRASIL¹ — entendem que o suporte para o condicionamento de comportamento adequados no trânsito repousa, indubitavelmente, na participação, no mesmo patamar, dos integrantes do *trinômio do trânsito*, propagado universalmente, nos famosos três "E" — Engenharia, Educação

* Exposição, em 23 de setembro de 1992, no III CICLO NACIONAL DE TRANSITO URBANO, organizado pelo Comando de Policiamento de Trânsito da Polícia Militar do Estado de São Paulo e realizado em São Paulo de 21 a 23 de setembro de 1992, no Auditório da Associação Desportiva da Polícia Militar.

1 BRASIL, Sérgio Guedes. *Policimento Especializado de Trânsito — Necessidade nos Grandes Centros Urbanos*. Monografia apresentada no Curso de Aperfeiçoamento de Oficiais — CAO-II/89 da Polícia Militar do Estado de São Paulo, p. 10.

e Esforço Legal (em inglês "Enforcement"). Devemos, a bem da verdade — continua SÉRGIO GUEDES BRASIL —, ressaltar que esses três elementos basilares do trânsito devem planejar e trabalhar no mesmo nível, em íntima conexão, sem imagem ou concepção de subordinação, com o escopo único de agilizar a fluidez e, principalmente, propiciar segurança no trânsito. Enquanto predominar o sentido de que um ou outro desses componentes deve prevalecer — conclui o ilustre monografista —, continuaremos a incidir nos mesmos erros e sem perspectivas de melhoria acentuada nas condições de segurança e fluidez do tráfego".

Note-se que a *educação para a segurança do trânsito*, pela Constituição da República, tem destaque especial, pois, pelo seu artigo 23, XII, atribui-se à competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito, isso após edição de lei complementar, nos termos do parágrafo único do citado artigo, visando o equilíbrio na ação das diversas esferas de Poder. No que se refere à engenharia, embora sem previsão constitucional, evidencia-se que ela diz respeito a assunto de interesse local, ou seja, do Município, que deve promover, *no que couber*, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento do uso do solo urbano, o que está na competência dos Municípios, por força do artigo 30, I, V e VIII, da Constituição de 1988.

O *esforço legal*, porém, é bem amplo e começa com a competência privativa da União para legislar sobre trânsito, nos termos do artigo 22, XI, da Constituição de 1988, como também sobre direito penal, direito civil e direito processual, conforme inciso I da mesma norma constitucional, não se podendo esquecer, ainda, a correlação com a regra do artigo 24, X, da referida Constituição que estabelece competir à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas, como, também a regra do seu artigo 98, I, que prevê que a União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão juzizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau, para onde caminharão as questões cíveis e criminais relativas ao trânsito.

O *esforço legal no contexto do trânsito*, tema deste trabalho, envolve as atividades do Poder Legislativo, na elaboração de uma legislação adequada às muitas realidades brasileiras, do Poder Executivo, porque a polícia ostensiva e de preservação da ordem pública, na qual, doutrinariamente e por força de lei — Decreto-Lei federal n.º 667, de 2 de julho de 1969, artigo 3.º e alíneas, combinado com o Decreto federal n.º 88.777,

de 30 de setembro de 1983, artigo 2.º, item 27 — se inclui a polícia de trânsito, é atividade reservada exclusivamente à Polícia Militar dos Estados, Distrito Federal e Territórios (artigo 144, § 5.º, da Constituição de 1988) e do Poder Judiciário, pois a ele cabe, no Estado Democrático de Direito, a função jurisdicional, penal e civil, aquela no julgamento dos delitos de trânsito terrestre e esta na reparação dos danos causados em acidentes de veículos, através dos procedimentos judiciais adequados.

Considerada a amplitude do tema, será este trabalho limitado ao só exame de aspectos do Poder de Polícia Administrativa, onde se insere a Polícia de Trânsito, como também da questão da autoridade do Policial do Trânsito e, finalmente, algumas considerações sobre o Poder Judiciário no contexto do trânsito.

2. Policiamento e fiscalização no contexto do trânsito

Tenho entendido que o Poder de Polícia, que legitima a ação da polícia e a sua própria razão de ser, é a capacidade derivada de Direito, de que dispõe a Administração Pública, como Poder Público, para controlar os direitos e liberdades das pessoas, naturais ou jurídicas, inspirando-se nos ideais do bem comum².

Polícia, portanto, sendo uma idéia indissociável da do Estado³, só pode ser exercida por órgãos da Administração Pública, enquanto Poder Público e não através de órgãos para-estatais, como empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica, sujeitando-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto as obrigações trabalhistas e tributárias, nos termos do artigo 173, § 1.º, da Constituição de 1988.

Bem por isso, já nos idos de 1984, cuidei de esclarecer, em painel da "Semana de Estudos de Trânsito", organizada pela Polícia Militar do Estado de São Paulo, que "O 'Poder de Polícia' é indelegável. Ele é exclusivo da Administração Pública, como 'Poder Público'. Essa é a premissa que não pode ser descartada. O 'Poder de Polícia' só pode ser exercido pela Administração Pública, enquanto 'Poder Público'"⁴. O eminente JOSÉ CRETELLA JÚNIOR⁵, com maior alcance, explica: "O primeiro elemento, de obrigatório presença na definição de polícia, é

2 LAZZARINI, Alvaro et alii. *Direito Administrativo da Ordem Pública*; 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1987, p. 27.

3 CRETELLA JÚNIOR, José. *Conceituação do Poder de Polícia*; Revista do Advogado; Associação dos Advogados de São Paulo, nº 17, p. 53, abril de 1985.

4 LAZZARINI, Alvaro. *Do Poder de Polícia*; Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; Lex Editora, São Paulo, v. 98, p. 23

5 CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988*; Rio de Janeiro; Forense Universitária, 1ª ed., v. II, 1989, p. 735.

o da fonte de que provém, o Estado, ficando, pois, de lado qualquer proteção de natureza particular. Isso porque o exercício do poder de polícia é indelegável, sob pena de falência virtual do Estado. (Grifos originais.)

Naquela oportunidade, isto é, em 1984, também cuidei do tema, dizendo-o atual, qual seja o da legitimidade ou não de autuações de veículos terrestres estacionados nas denominadas "Zonas Azuis", quando feitas pelas chamadas "Moças das Zonas Azuis". Ponderei, então, que "Tais autuações, na verdade, são ilegítimas, pois efetuadas por simples empregados de uma entidade paraestatal municipal, que é a Companhia de Engenharia de Tráfego (CET). Entidade paraestatal é pessoa jurídica de direito privado. Não se confunde, em absoluto, com pessoa jurídica de direito público interno e, menos ainda, com Poder Público, embora a ele possa emprestar a sua colaboração ou serviços. Bem por isso não pode lavrar autuações, isto é, não pode autuar os veículos enfocados"⁶.

O tema se tornou mais atual no exato momento em que o Governo do Estado de São Paulo e o do Município de São Paulo, em 17 de junho de 1991, celebraram convênio para a execução dos serviços de Engenharia, Fiscalização, Policiamento e Controle de Tráfego e Trânsito nas vias terrestres municipais. A sua cláusula primeira, letra "d", atribuiu ao Município faculdade para exercer, através de pessoal designado pela Secretaria Municipal de Transportes, a fiscalização de trânsito, concomitantemente com a Polícia Militar do Estado de São Paulo, cabendo a esta ainda, o policiamento de trânsito".

Convênio, fique esclarecido, no dizer de HELY LOPES MEIRELLES⁷, aceito pela jurisprudência, "é acordo, mas não é contrato", razão pela qual "no convênio a posição jurídica dos signatários é uma só, idêntica para todos, podendo haver apenas diversificação na cooperação de cada um, segundo suas possibilidades, para a consecução do objetivo comum, desejado por todos. Diante dessa igualdade jurídica de todos os signatários do convênio e da ausência de vinculação contratual entre elcs, qualquer partícipe pode denunciá-lo e retirar sua cooperação quando o desejar".

Para assim acordar — deve ser colocado nesta oportunidade — o Estado de São Paulo e o Município de São Paulo levaram em consideração, em especial, parecer de lavra do saudoso HELY LOPES MEIRELLES que, respondendo a quesito de n.º 5, de consulta então formulada, afirmou que "O DSV, devidamente autorizado pela Prefeita do Município, pode, através da Secretaria Municipal de Transporte, da qual é um departamento,

6 LAZZARINI, Álvaro. *Do Poder de Polícia*. Ob. cit.

7 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*; 17ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1992, atualização de Eurico de Andrade Azevedo et alii; p. 354.

mediante contrato, delegar competência à Companhia de Engenharia de Tráfego — CET, para que exerça fiscalização do trânsito no Município de São Paulo, inclusive aplicando multa por infrações às leis de trânsito, por seus empregados que, embora mantenham vínculo empregatício regido pela CLT, são funcionários públicos para efeitos penais (Código Penal, artigo 327)” (grifei).

As duas entidades estatais, em verdade, ao assim admitir, afastaram-se do Estado Democrático de Direito, ou seja, descuidaram do mínimo que se podia esperar, fosse atendido. Nesse sentido, aliás, já discorri em artigo publicado no jornal “O Estado de São Paulo” com o título *Trânsito — Multa de “amarelinhos” não cabe no Estado de Direito*⁸.

Com a devida vênia, a interpretação do saudoso administrativista não é a melhor, pois os empregados de paraestatais, com efeito, só são funcionários públicos para fins penais e, mesmo assim, como *agentes ativos de delitos*, conforme vem sendo interpretada, pacificamente, a norma do artigo 327 do Código Penal. Para nenhum outro efeito, eles são funcionários públicos; e nem mesmo servidores públicos como resta certo da citada norma constitucional do artigo 173, § 1.º, da Constituição da República.

Geraldo Ataliba, aliás, também ofereceu parecer no procedimento administrativo de que resultou o aludido convênio, tendo enfatizado que “O exercício do poder de polícia administrativa, quando se manifesta mediante expedição de atos de autoridade, sancionadores dos que violam a *ordenação de trânsito* regularmente estabelecida, só pode ser exercido por titulares de cargo público — cargo público municipal, no caso —, e não por servidores de uma empresa, ainda que governamental, submetidos à Consolidação das Leis do Trabalho”, caso dos empregados da Companhia de Engenharia de Tráfego. Mesmo assim, assinou-se o convênio.

Nesse sentido, também, concluiu MANUEL ALCEU AFONSO FERREIRA, ilustre jurista, atualmente Secretário de Estado dos Negócios da Justiça e Defesa da Cidadania, em fundamentado despacho publicado no *Diária Oficial* do Estado (Seção I, 3.ª-feira, 28-7-92, p. 10) e no qual afirmou que “o pessoal designado pela Secretaria Municipal de Transportes” para executar encargos de *fiscalização do trânsito* (Convênio, cl. 1ª, “d”), naquilo que implicar “aplicar, na área de sua competência, a pena de multa de trânsito...” (idem, letra “e”), deverá ser sempre composto por funcionários municipais, ocupantes de cargos públicos, a tanto não se prestando empregados celetistas vinculados à Companhia de Engenharia de Tráfego — CET”

⁸ LAZZARINI, Alvaro. *Trânsito — “Multa de “Amarelinhos” não cabe no Estado de Direito*”. *O Estado de São Paulo*, Caderno de Justiça; p. 15, 6ª-feira, 30-8-91.

Cumpra lembrar, porém, que, na lição de CAIO TÁCITO⁹, “A primeira condição de legalidade é a competência do agente. Não há, em direito administrativo, competência geral ou universal: a lei preceitua, em relação a cada função pública, a forma e o momento do exercício das atribuições do cargo. Não é competente quem quer, mas quem pode, segundo a norma de direito. A competência é, sempre, um elemento vinculado, objetivamente fixado pelo legislador”.

Cuidando-se do poder de polícia, já o dissemos, “A competência, via de regra, é da entidade estatal — União, Estado-Membro e Município — que dispõe do poder de regular a matéria. E, dentro da entidade estatal, naturalmente, dependerá do que a lei estabelecer como sendo da atribuição do órgão público seu. A regra é essa, isto é, da exclusividade do policiamento”¹⁰.

O poder de regulamentar a matéria *Trânsito* é da União como já focalizado, por força do artigo 22, XI, da Constituição Federal. A competência é privativa. O Município e o Estado só têm competência comum com a União para estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito, conforme autorização do artigo 23, XII e parágrafo único, da mesma Constituição de 1988. Em outras palavras, o Município não tem competência para exercer policiamento de trânsito, pois, só tem competência para, em comum com a União e o Estado, estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito em tudo aquilo que não contrarie a legislação federal. Lembro, a propósito, que a Lei Orgânica do Município, que é a sua Lei Maior, deve atender os princípios estabelecidos na Constituição Federal de 1988 e na Constituição do respectivo Estado, de acordo com o exigido no artigo 29 da Constituição de 1988.

A sua competência para legislar sobre assuntos de interesse local (artigo 30, I, da Constituição Federal), assim, não pode violar a competência privativa da União de legislar em tudo que diga respeito a *trânsito* (artigo 22, XI, da Constituição Federal), o mesmo se dizendo, de maneira recíproca, em relação ao uso e ocupação do solo que, nos exatos termos do artigo 30, VIII, da Constituição Federal, só pode ser promovido pelo Município, “no que couber”.

A competência, aliás, já era da União nas anteriores Constituições. Daí ser nacional o Código de Trânsito e seu Regulamento.

9 TÁCITO, Caio. *O Abuso de Poder Administrativo no Brasil — Conceito e Remédios*; Rio de Janeiro; edição do Departamento Administrativo do Serviço Público e Instituto Brasileiro de Ciências Administrativas; 1959, p. 27.

10 LAZZARINI, Alvaro. *Do Poder de Polícia*, Julgados dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo, editora citada, v. 63, p. 20.

Competindo à União legislar a respeito de trânsito, ela, também, dentro do que era de sua competência constitucional, houve por bem indicar, expressamente, que à Polícia Militar cabe a atribuição de policiiar o cumprimento das regras de trânsito impostas, sem autorizar a sua delegação a nenhum outro órgão público, conforme legislação retromencionada.

DIÓGENES GASPARINI, Superintendente de Assistência Técnica do Centro de Estudos de Administração Municipal, o conhecido CEPAM da Fundação Prefeito Faria Lima, órgão vinculado ao Governo do Estado de São Paulo, em Parecer FPFL n.º 15.176, referente ao Processo FPFL n.º 1.475/91, em que figura como interessada a Assessoria Parlamentar do Governo do Estado de Minas Gerais junto ao Governo Federal, em Brasília, em 4 de outubro de 1991, após examinar cumpridamente a legislação de regência a nível constitucional e infraconstitucional federal e estadual, afirmou a "impossibilidade de delegação do poder de polícia, para a fiscalização de trânsito, a particular ou empresa paraestatal", pois a missão constitucional e legal, *intransferível*, é das Polícias Militares.

Do mesmo sentir, também, o estudo de VERA LÚCIA DE OLIVEIRA ALCOBA MARCOPITO, Gerente de Legislação Social — Advogada da referida Fundação Prefeito Faria Lima — CEPAM, no qual concluiu "pela impossibilidade da delegação de competência ou atribuições distribuídas, com *exclusividade*, às Polícias Militares, por força constitucional e legal, quer seja, por legislação estadual, quer seja através de *convênios* ou *acordos*, isto com amplo respaldo na repartição constitucional de competências, na hierarquia das normas jurídicas e no princípio da legalidade, todos norteadores dos atos emanados da Administração Pública e, portanto, de observância obrigatória".

O Conselho Nacional de Trânsito — CONTRAN, aliás, em 23 de abril de 1984, reafirmou que o Código Nacional de Trânsito, no seu artigo 3.º, não contemplou o Município como integrante do sistema de fiscalização, policiamento, autuação e aplicação de penalidade de polícia de trânsito, pelo que "não sendo o DSV competente para o exercício dessas atribuições, deve de imediato cancelar suas atividades nesse campo", pois, "Estando o DSV operando o trânsito na Capital Paulista por Delegação de Poderes do Estado, com interveniência do DETRAN, de conformidade com o convênio celebrado com a Prefeitura da Capital e sendo o trânsito em todo o território nacional fiscalizado, policiado e autuadas as infrações pelas Polícias Militares das Unidades Federadas, não se pode admitir a presença de funcionários da Companhia de Engenharia de Trânsito S/A (sic)¹¹ no exercício dessas atividades, mesmo que limitadas

11 O nome correto da paraestatal municipal é *Companhia de Engenharia de Tráfego — CET*, autorizada a constituir-se pela Lei nº 8.394, de 28 de maio de 1976, do Município de São Paulo.

às chamadas áreas azuis das vias públicas demarcadas para a exploração comercial de estacionamento”¹².

Neste passo, e a propósito do convênio em exame, mister se torna enfatizar que *fiscalização de trânsito*, que se delegou ao “pessoal designado pela Secretaria Municipal de Transportes” para ser exercido “concomitantemente com a Polícia Militar do Estado de São Paulo, cabendo a esta, ainda, o policiamento de trânsito” (Cláusula Primeira, “d”, do Convênio), nada mais é do que parte integrante do *policiamento de trânsito* que a legislação federal e estadual atribuiu *exclusividade* à Polícia Militar.

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO¹³, um dos grandes publicistas brasileiros e estudioso da temática da *ordem pública*, observa que “O Poder de Polícia atua de quatro modos: pela *ordem de polícia*, pelo *consentimento de polícia*, pela *fiscalização de polícia* e pela *sanção de polícia*”, para, depois, quanto à *fiscalização de polícia*, tema que nos interessa, esclarecer que “Ela se fará tanto para a verificação do cumprimento das ordens de polícia quanto para observar se não estão ocorrendo abusos nas utilizações de bens e nas atividades privadas que receberam consentimentos de polícia. Sua utilidade é dupla: primeiramente, realiza a *prevenção* das infrações pela *observação* do comportamento dos administrados, relativamente às ordens e aos consentimentos de polícia; em segundo lugar prepara a *repressão* das infrações pela constatação formal dos atos infringentes”.

O mesmo publicista, aliás, estudando *A Segurança Pública na Constituição*¹⁴, bem por isso, afirmou que “o *policiamento* corresponde apenas à atividade de fiscalização; por esse motivo, a expressão utilizada, *polícia ostensiva*, expande a atuação das Polícias Militares à integralidade das fases do exercício do poder de polícia. O adjetivo ‘ostensivo’ refere-se à ação pública da dissuasão, característica do policial fardado e armado, reforçada pelo aparato militar utilizado, que evoca o poder de uma corporação eficientemente unificada pela hierarquia e disciplina. A competência de *polícia ostensiva* das Polícias Militares só admite exceções constitucionais expressas: as referentes às polícias rodoviárias e ferroviárias federais (artigo 144, §§ 2.º e 3.º), que estão autorizadas ao exercício do *patrulhamento ostensivo*, respectivamente, das rodovias e das ferrovias federais. Por patrulhamento ostensivo não se deve entender, consequência

12 Parecer nº 75/80, da Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça, e Ata 104ª de 1983, do Conselho Nacional de Trânsito.

13 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*, 8ª ed., Rio de Janeiro; Forense, 1989, pp. 340 e 343.

14 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. “A Segurança Pública na Constituição”; *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, ano 28, nº 109, p. 147, jan./mar., 1991.

do exposto, qualquer atividade além da fiscalização de polícia: *patrulhamento* é sinônimo de *policimento*".

A fiscalização — como insiste DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO¹⁵ — "no caso específico da atuação da *polícia de preservação da ordem pública* — esta da competência exclusiva da Polícia Militar —, é que toma o nome de *policimento*."

Daí poder asseverar-se que, em absoluto, não é jurídico, dentro do ordenamento constitucional e infraconstitucional vigente, delegar-se *poder de fiscalização de trânsito*, previsto para a Polícia Militar, para qualquer outro órgão público, estadual ou municipal, pois, trânsito, dizendo respeito à *ordem pública*, nos seus aspectos *segurança pública e tranqüilidade pública*, tem a sua *fiscalização* tomada pelo nome de *policimento*.

Repita-se, aqui, a lição de CAIO TÁCITO, já transcrita linhas atrás: "Não é competente quem quer, mas quem pode, segundo a norma de direito. A competência é, sempre, um elemento vinculado, objetivamente fixado pelo legislador".

3. A autoridade do policial de trânsito

Não se desconhece que o Código Nacional de Trânsito e seu regulamento, em mais de uma oportunidade, se referem a *autoridade de trânsito* e seus *agentes*.

Não há, porém, agente público administrativo que não tenha *autoridade pública*

Lembro, a propósito, a lição de HELY LOPES MEIRELLES¹⁶ a respeito do que seja *agente público*, expressão hoje consagrada em termos constitucionais. Dizia o saudoso administrativista que *agentes públicos* "são todas as pessoas físicas incumbidas, definitiva ou transitariamente, do exercício de alguma função estatal", podendo ser classificados em *agentes políticos*, *agentes administrativos*, *agentes honoríficos* e *agentes delegados*.

O *policial de trânsito*, que na sistemática constitucional vigente só poderá ser policial militar, como retrofocalizado, será sempre um agente público, da espécie *agente administrativo*. Ele, com efeito, se vincula ao Estado por relações profissionais, estando, assim, sujeito à hierarquia funcional e ao regime jurídico da entidade estatal a que serve, nos termos do artigo 42 da Constituição da República e artigo 138 da do Estado de São Paulo, que cuidam dos servidores públicos militares. Anoto, com

15 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Revista*, volume e página citadas.

16 MEIRELLES, Hely Lopes. *Ob. cit.*, p. 71.

HELY LOPES MEIRELLES¹⁷, que *empregados de entidades paraestatais* não são agentes públicos e muito menos agentes administrativos.

Bem por isso o *policia*l do trânsito, agente administrativo que é, tem a autoridade policial de trânsito correspondente à sua investidura legal, pois "são unicamente servidores públicos, com maior ou menor hierarquia, encargos e responsabilidades profissionais dentro do órgão ou da entidade a que servem, conforme o cargo ou a função em que estejam investidos. De acordo com a posição hierárquica que ocupam e as funções que lhes são cometidas, recebem a correspondente parcela de autoridade pública para o seu desempenho no plano administrativo, sem qualquer poder político"¹⁸.

A locução *autoridade policial*, aliás, "indica a pessoa que ocupa cargo e exerce funções policiais, como agente do Poder Executivo"¹⁹.

Em outras palavras, conforme AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO²⁰, a *autoridade* deriva da investidura de cada agente público e das limitações impostas pela lei, ou seja, como ele próprio acrescenta, "A *autoridade*, já o dissemos, é precisamente essa *investidura legal*, que habilita uma pessoa a exercer sobre frações da coletividade social, ou sobre toda ela, em certos casos, o *poder soberano do Estado*".

O soldado de polícia, já sustentei em diversas oportunidades²¹, encarna essa *autoridade do Estado*, representada, bem por isso, pelo uniforme, como, aliás, está previsto no Regulamento de Uniformes da Polícia Militar do Estado de São Paulo (artigo 2.º — O uniforme é o símbolo da autoridade...), aprovado por decreto governamental²².

O Supremo Tribunal Federal, com efeito, já proclamou que soldado de polícia, em policiamento de uma cidade do interior, "é a encarnação mais presente e respeitada da *autoridade do Estado*, a presunção jurídica é sempre no sentido de que ele age em função do Estado"²³.

17 MEIRELLES, Hely Lopes. Ob. cit., p. 74.

18 MEIRELLES, Hely Lopes. Ob. cit., pp. 74/75.

19 Enciclopédia Saraiva do Direito. Conselho de Redação, v. 9, verbete *Autoridade Policial*, p. 351.

20 FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Direito Constitucional — Teoria das Constituições — As Constituições do Brasil*; 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1981, pp. 24, 39/40.

21 LAZZARINI, Alvaro et alii. *Direito Administrativo da Ordem Pública*, editora citada, pp. 52/69. LAZZARINI, Alvaro. *Autoridade Policial do Policial Militar*, A.5, nº 13. Revista trimestral, editada pela Academia de Polícia Militar da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, abril, maio, junho/87, pp. 17/32.

22 *Regulamento de Uniformes da Polícia Militar do Estado de São Paulo*, aprovado pelo Decreto Estadual nº 28.057, de 29 de dezembro de 1987.

23 "Recurso extraordinário nº 80.839 — PR". *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v. 75, pp. 607/610.

Foi dito, linhas atrás, que o Código Nacional de Trânsito e seu regulamento usam as expressões *autoridade* e *agente* em mais de uma oportunidade.

Lembro, porém, que a interpretação do Direito deve ser *sistêmica*. A *interpretação literal* de um texto legal é considerada a mais pedestre das interpretações, como *cediço*.

O Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em acórdão da apelação cível n.º 110.880-1, de São Paulo, julgada em 22 de agosto de 1988, em caso de apreensão de veículos debatida em mandado de segurança, afirmou, categoricamente, que "o policial militar, como qualquer outro agente administrativo que é, tem *autoridade pública*, de acordo com a sua posição hierárquica (no caso a correspondente à graduação de 1.º Sargento da Polícia Militar do Estado de São Paulo). Não é '*autoridade*' entre *aspas*: é *juridicamente* autoridade pública (Hely Lopes Meirelles, '*Direito Administrativo Brasileiro*', 13.ª edição, 2.ª tiragem, 1988, Editora *Revista dos Tribunais*, São Paulo, p. 53), autoridade policial de trânsito (Álvaro Lazzarini e José Cretella Júnior, '*Direito Administrativo da Ordem Pública*' 2.ª edição, 1987, Forense, Rio de Janeiro, p. 52 e 202, conclusões 12.ª e 13.ª)".

A propósito do tema *A autoridade do Policial do Trânsito* que estou desenvolvendo, cumpre trazer à colaboração a excelente fundamentação desenvolvida por José Cezário Neto, Coronel PM Comandante do Policiamento de Área do Interior / 1, em 29 de maio de 1992, ao decidir recurso administrativo interposto por ilustre Magistrado Paulista contra decisão do Comandante do 41.º BPM/I, que deixou de punir soldado PM responsável pelo policiamento do trânsito em cidade localizada em sua área. Como o soldado PM deixou de autuar veículo *que ele autorizara parar* para descarga de mercadoria, o ilustre Magistrado representou. O Comandante do Batalhão, entre outros fundamentos, afirmou que o seu soldado agira discricionariamente mercê de sua *autoridade*. O ilustre Magistrado, inconformado, recorreu, sustentando que o policial militar não é *autoridade de trânsito*, pois *autoridade* é o Diretor da CIRETRAN local.

Isso ensinou o estudo de José Cezário Neto²⁴, mostrando, por exemplo, que "Delegado de Polícia Diretor da CIRETRAN local não é autoridade de trânsito para sinalização de trânsito. Não está em sua investidura tal atribuição, o que lhe retira qualquer autoridade a respeito, *data venia*, da afirmação do representante. A autoridade é do agente público municipal, com competência para o ato, diante da norma cogente consubstan-

²⁴ CEZÁRIO NETO, José. *Decisão constante do Protocolado que ensejou o Ofício nº CPAIL-0323/11/92, de 29 de maio de 1992, do Comandante de Policiamento de Área do Interior / 1 ao Comandante do 41º BPM/I.*

ciada no artigo 30, I, II e VIII, da Constituição da República. A respeito da autoridade de trânsito de Delegado de Polícia — continua aludida decisão administrativa —, aliás, cabe lembrar outro venerando acórdão do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na Apelação Cível n.º 128.875-1, de São Paulo, julgada em 26 de fevereiro de 1991, a respeito da *autoridade policial militar do policiamento de trânsito*. Concluiu-se que ‘Em relação aos atos praticados pelas autoridades policiais militares competentes não logrou o impetrante (o processo era de mandado de segurança) nada comprovar de ilegal, de ilegítimo, razão de remanescerem íntegros os seus atos, pois, praticados dentro de sua investidura legal, que lhes atribui a *autoridade administrativa* própria, em tema de *polícia administrativa de trânsito* (artigo 144, § 5.º, da Constituição Federal de 1988; artigo 141 da Constituição do Estado de São Paulo de 1989; Decreto-Lei Federal n.º 667, de 2 de julho de 1969; Lei Estadual n.º 616, de 17 de dezembro de 1974, artigo 3.º, parágrafo único, n.º 2 (trânsito) e legislação subsequente de organização básica da Polícia Militar do Estado de São Paulo)’”.

Aludido acórdão, com efeito e como consta da referida decisão administrativa, concluiu, afirmando que “Diante dos textos expressos das normas constitucionais, federal e estadual, não pode haver dúvida a respeito da ilegalidade intencional dada a *incompetência em razão da matéria da ilustre autoridade policial civil*, dizendo “incompetência a ilegalidade resultante da prática por um órgão ou agente administrativo de acto que ele não tinha o poder de praticar...”, sendo que “há *incompetência em razão da matéria quando* forem excedidas as atribuições da pessoa colectiva ou violados os limites impostos a cada serviço administrativo relativamente à natureza dos assuntos que lhe estão confiados” (MARCELO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, 9.ª edição, 1970, Coimbra Editora Limitada, Lisboa, Portugal, Tomo I, n.º 204, p. 407). Em outras palavras, como se afirmou no mesmo acórdão, *autoridade policial civil* não mais pode, em termos constitucionais, a nível federal e estadual, ser considerada *autoridade de polícia de trânsito*, típica exteriorização de *polícia administrativa*, isto é, não de *polícia judiciária*, a que se reduziu a sua atividade policial, a sua competência por expressa previsão constitucional (artigo 144, § 4.º, da Constituição da República e artigo 140 da Constituição do Estado de São Paulo)”.

Lembro, mais uma vez, a lição de CAIO TÁCITO, já abordada neste estudo: “Não é competente quem quer, mas quem pode, segundo a norma de direito. A competência é, sempre, um elemento vinculado, objetivamente fixado pelo legislador”.

O *policiamento do trânsito*, e assim a *fiscalização do trânsito*, só pode ser feito pela Polícia Militar, sendo, pois o policial militar, de qualquer graduação ou patente, dada a sua *investidura*, a única *autoridade policial do trânsito* nessa área.

4. A sanção de polícia de trânsito

Antes de tratar da sanção de polícia, especificamente, cumpre esclarecer sobre os três componentes que formam os atos de polícia. Já vimos que o primeiro deles é o Poder de Polícia, de caráter abstrato e, na verdade, o respaldo jurídico que conjugado com a lei proporciona o suporte legal da ação policial. Depois, surgem os modos de atuação do Poder de Polícia: *ordem de polícia*, *consentimento de polícia*, *fiscalização de polícia* e *sanção de polícia*, que constituem a exteriorização, ou seja a forma como se expressa o Poder de Polícia, a prática do ato de polícia. Finalmente, temos o aparato humano e material que podemos chamar de poder da polícia, envolvido na realização do ato, ou o poderio efetivamente empregado na ação. Estes dois últimos componentes, de caráter concreto, resultam no que alguns autores convencionaram denominar de *fato de polícia*.

No tocante à *sanção de polícia*, alinho-me com o grande publicista alemão OTTO MAYER, separando a *pena de polícia*, do *constrangimento de polícia*, que se caracteriza no obrigar outrem a fazer ou deixar de fazer o que era de seu desejo, subordinando-o compulsoriamente, de maneira pessoal, imediata e direta, ao interesse público. Por sua vez, a *pena de polícia*, limitada à esfera administrativa, tem o sentido de castigo, ainda que por imposição pecuniária, revelando-se como intervenção punitiva do Estado sobre as atividades e as propriedades particulares dos administrados, aplicado unilateralmente e imperativamente, quer na *área externa* da Administração, aos administrados em geral, quer na *área interna* incidindo sobre os próprios servidores públicos.

Como diz DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO²⁶: "A sanção de polícia, em suma, é unilateral, externa e interventiva, visando a assegurar, pela sua aplicação, a repressão da infração e a restabelecer o atendimento do interesse público, compelindo o infrator à prática de ato corretivo, ou dissuadindo-o de persistir no cometimento do ilícito administrativo: é, assim, *suasiva e compulsiva*".

As *sanções de polícia de trânsito* inserem-se, portanto, no universo das *sanções de polícia administrativa* e, assim, seguem-lhe os ditames doutrinários do Direito, importantes para a interpretação e aplicação correta dos textos legais, evitando-se eventuais desvios ou excessos, pelos quais responderão seus autores. Daí a ingente necessidade de bem preparar cada agente público, policial militar, envolvido na delicada missão de executar o policiamento.

A propósito, esclareço que a multa de trânsito, a exemplo das demais penalidades previstas no artigo 95 do Código Nacional de Trânsito, constitui sanção de polícia de trânsito e começa a materializar-se, no ato do preenchimento do "Auto de Infração e Imposição de Penalidade" — AIIIP. Portanto é errôneo entender-se que "é o órgão de trânsito (DETRAN,

²⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Ob. cit., p. 343.

CIRETRAN) o autor da multa, sendo o policial mero anotador da infração". Não é isso, em absoluto. A sanção de polícia, multa no caso, começa no ato do policial, quando este atua aplicando Poder de Polícia, valorando a atividade policiada, ou seja, decidindo se a ação praticada pelo administrado, configura ou não infração à Lei e respondendo por esta decisão. Neste caso pratica-se o *ato administrativo composto*, onde a primeira parte, principal, cabe ao policial, pela autuação, enquanto da segunda, assessoria ou complementar, desencumbe-se o órgão de trânsito, que notifica o infrator (quando isso não tiver sido feito durante a autuação) e arrecada o valor pecuniário correspondente à multa. Aqui, comporta citar MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO²⁶, que explica: "*Ato composto é o que resulta da manifestação de dois ou mais órgãos, em que a vontade de um é instrumental em relação a de outro...*".

Digo que a parte principal do ato cabe ao policial, justamente, porque nela inclui-se a decisão, o fulcro desta sanção de polícia. Lembre-se que, pode o policial, se entender conveniente, suplantar inclusive, as regras de circulação e a sinalização no local, pois assim permite o Regulamento do Código Nacional de Trânsito no artigo 76, combinado com seu anexo II.

Claro está que a decisão de aplicar ou não a sanção de polícia é discricionária, porém, arbitrária não pode ser, devendo o policial guiar-se, preponderantemente, pelos princípios constitucionais da *razoabilidade* e da *motivação*, na incessante busca do interesse público.

Ao administrado que sofreu a punição, caso não se conforme, sempre, caberá recorrer, tanto na esfera administrativa, como na judiciária, direito assegurado a todos, pela Constituição Federal, artigo 5.º, XXXIV. Para tanto deverá, necessariamente, ser notificado por escrito, quer pelo policial responsável pela sanção, quer pelo órgão de trânsito que estiver concluindo o processamento da autuação. No âmbito administrativo tais recursos incluem-se na capacidade que dispõe a Administração para controle dos seus atos, seja de forma provocada, como é o caso, ou *ex officio*. A respeito explica DIÓGENES GASPARI²⁷ que "todo e qualquer comportamento da Administração Pública está sujeito aos controles administrativo e judicial. O primeiro é realizado pela própria Administração Pública no exercício do poder de autotutela, que nesse mister age espontânea ou provocadamente, e tem em vista o exame dos atos e comportamentos da Administração Pública no que concerne ao mérito e à legalidade".

Assim, num primeiro momento, a sanção de polícia poderá, em face do Poder Hierárquico, ser apreciada, quanto ao mérito e a legalidade, pelas autoridades superiores, na *linha hierárquica funcional* do policial que a

26 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*; São Paulo, Editora Atlas, 1990, p. 169.

27 GASPARI, Diógenes. *Direito Administrativo*; São Paulo, Saraiva, 1992, pp. 106/107.

impôs. Conforme ensina HELY LOPES MEIRELLES²⁸ o Poder Hierárquico, entre outras utilidades, "corrige os erros administrativos, pela ação revisora dos superiores sobre os atos dos inferiores. Desse modo, a hierarquia atua como instrumento de organização e aperfeiçoamento do serviço e age como meio de responsabilização dos agentes administrativos". Nessa situação, temos o recurso hierárquico próprio, quando "a parte dirige à autoridade ou instância superior do mesmo órgão administrativo, pleiteando a revisão do ato recorrido"²⁹. Esta deve ser a interpretação doutrinária para o artigo 112 do Código Nacional de Trânsito.

Ultrapassada a primeira fase revisora, prevê ainda o Código a submissão "das decisões que impuseram penalidade" à Junta Administrativa de Recursos de Infrações — JARI. Portanto, obrigatoriamente em face da lei, as sanções de polícia de trânsito, aplicadas e mantidas pela polícia de trânsito, serão então apreciadas, mediante recurso, pela JARI, podendo em determinados casos subir até o Conselho Nacional de Trânsito — CONTRAN (artigo 114 do Código). Desta feita, temos recurso hierárquico impróprio, que no magistério de HELY LOPES MEIRELLES³⁰ "é o que a parte dirige a autoridade ou órgão estranho à repartição que expediu o ato recorrido, mas com competência julgadora expressa... Esse recurso só é admissível quando estabelecido por norma legal que indique as condições de sua utilização, a autoridade ou o órgão incumbido do julgamento e os casos em que tem cabimento". A JARI enquadra-se, perfeitamente, nesse conceito.

5. O Poder Judiciário no contexto do trânsito

No contexto do Trânsito não pode ser esquecida a participação do Poder Judiciário no denominado *esforço legal*. Essa participação, em verdade, não se resume ao só julgamento dos procedimentos contravencionais e penais, conseqüentes do uso do automóvel. Ela é bem mais abrangente, o que decorre do sistema administrativo de jurisdição única, de inspiração inglesa, no qual cabe ao Poder Judiciário o controle jurisdicional dos atos da Administração Pública, sistema esse adotado nas anteriores Constituições, como na atual que não permite que a lei possa excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (artigo 5.º, XXXV, da Constituição de 1988).

Bem por isso, além da matéria criminal, o *esforço legal* de que participa o Poder Judiciário no contexto do Trânsito, ao certo, está bem presente em matéria de *responsabilidade civil*, prevendo o Código de Processo Civil, até mesmo, um procedimento civil específico quando, no seu artigo 275, II, e, prevê procedimento sumaríssimo, *qualquer que seja o valor*, "de

28 MEIRELLES, Hely Lopes. *Ob. cit.*, p. 83.

29 MEIRELLES, Hely Lopes. *Ob. cit.*, p. 514.

30 MEIRELLES, Hely Lopes. *Ob. cit.*, p. 575.

reparação de dano causado em acidente de veículos", cuja previsão legal de conclusão é de noventa dias desde a propositura da ação até a sentença (artigo 281).

O *esforço legal* do Poder Judiciário no contexto do Trânsito não fica por aí no Estado de São Paulo, onde o Egrégio Tribunal de Justiça já fez instalar mais de uma centena de Juizados Informais de Conciliação e Juizados Especiais de Pequenas Causas, todos integrantes do Sistema dos Juizados Especiais de Pequenas Causas do Estado de São Paulo e que atendem no período noturno, buscando, sempre que possível, a conciliação das partes, inclusive as envolvidas em acidentes de veículos, pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade (artigo 2.º da Lei Federal n.º 7.244, de 7 de novembro de 1984). A utilização desses Juizados independe da presença de advogados, como tem entendido a jurisprudência de regência, por força do artigo 9.º da aludida Lei das Pequenas Causas. A experiência paulista tem demonstrado que em quinze dias pode estar solucionada uma questão levada a esses Juizados, inclusive, quando relativa a acidente de veículos e sua reparação civil.

A Constituição Federal vigente instituiu o *Estado Democrático de Direito* (Preâmbulo e artigo 1.º). Este obriga ao cumprimento da lei não só o administrado, o governado. A Administração Pública, e assim as autoridades policiais de trânsito também, igualmente, estão obrigadas ao cumprimento da lei, a exemplo do Governo. No que diz respeito à Administração Pública, o que era doutrina, agora é norma constitucional, pois o artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, estabelece, expressamente, a sua obediência "aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade", exigência essa repetida no Estado de São Paulo no artigo 111 de sua Constituição de 1989, que acrescenta, ainda, os *princípios da razoabilidade e da motivação*.

No contexto do *Trânsito*, o esforço legal do Poder Judiciário está, novamente presente para obrigar o respeito ao *Estado Democrático de Direito* no tocante ao controle jurisdicional de atos de polícia de trânsito, que são atos administrativos praticados por autoridades de polícia de trânsito. Lembro, a propósito, que, conforme acórdão na apelação cível número 173.952-1/6, da Comarca de Cubatão, "Segundo decisão do Supremo Tribunal Federal, a praxe de não notificar o infrator, aguardando a época da licença para compeli-lo ao pagamento, sob pena de não efetivá-la, implica, em última análise, em recusar-lhe o direito de defesa, que deve ser assegurado em qualquer processo penal, fiscal, administrativo ou policial. Assim, necessário se faz lembrar que o direito de defesa é garantia constitucional, previsto no artigo 5.º, LV, da Constituição da República, devendo ser respeitado por qualquer autoridade pública, inclusive as ligadas a área de polícia de trânsito". Nesse sentido, aliás, encaminhou-se a jurisprudência como se pode verificar no índice da *Revista de Jurisprudência*

do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, referente ao ano de 1990 e publicado no seu volume n.º 127 pp. 567 e 659. Nele, são indicados acórdãos publicados nos volumes n.ºs 123/232, 126/255, 127/177, 122/249, 124/266, 124/267, 124/270. Na Comarca de Santos, posso informar, há advogados, que se especializaram em mandados de segurança para anular multas de trânsito, impostas sem a prévia notificação para a defesa, o contraditório, meios e recursos inerentes em face da acusação de infração de trânsito, que se consubstancia no auto de infração respectivo, tudo para fazer prevalecer a garantia fundamental de que aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (artigo 5.º LV, da Constituição de 1988), certo que, no Estado de São Paulo, a sua Constituição de 1989, no seu artigo 4.º é expressa no sentido de que "Nos procedimentos administrativos, qualquer que seja o objeto, observar-se-ão, entre outros requisitos de validade, a igualdade entre os administrados e o devido processo legal, especialmente quanto à exigência da publicidade, do contraditório, da ampla defesa e do despacho ou decisão motivados".

No contexto do Trânsito, o esforço legal do Poder Judiciário, revela-se, igualmente, em colocar cobro a arbitrariedades municipais em matéria de trânsito, como, por exemplo, a imposição de multas por estacionamento de veículo na calçada, pois, conforme acórdão de 14 de dezembro de 1989 na Apelação Cível n.º 118.792-1, da Comarca de São Paulo, acórdão esse arrimado em substancioso parecer de lavra do douto Procurador de Justiça BENSÁUDE BRANQUINHO MARACAJÁ ³¹, "Restou fora de dúvida que a competência para legislar em matéria de trânsito é exclusiva da União, que aditou o Código Nacional de Trânsito e seu Regulamento, onde se dispõe sobre a supletividade da competência do Estado e do Município. Ao regular a Lei Municipal n.º 10.328, de 1987, a hipótese de estacionamento de veículos sobre a calçada, colidiu frontalmente com o disposto no artigo 89, inciso XXXIX, I, do Código Nacional de Trânsito, em que ficou proibido o estacionamento de veículos nas calçadas, infração sujeita às penalidades do Grupo três e à remoção. Como assevera a douta Procuradoria de Justiça, "Apresenta-se incontornável a conclusão de que o Município de São Paulo, ao editar a Lei n.º 10.328, de 1987, descrevendo, em seu artigo 1.º, inciso I, a infração "colocar veículos, automotores ou não, ou com eles circular sobre calçadas"... e provendo para ela uma penalidade, diversa e mais severa do que a da lei federal, invadiu a competência enumerada da União e legislou sobre matéria que lhe estava vedada". Não agiu a Municipalidade, como quer a sentença, no âmbito de seu peculiar interesse, mas extrapolou de sua competência, ao impor sanção sobre hipótese já regulada pela União, com sanção mais branda".

31 MARACAJÁ, Bensaúde Branquinho. *Parecer na apelação cível nº 118.792-1, de São Paulo, Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*; Editora Lex, v. 125, p. 211.

Lembro, aqui, que toda legislação municipal, inclusive a Lei Orgânica do Município, por expressa exigência da Magna Carta vigente, no seu artigo 29, deve atender os princípios estabelecidos na Constituição Federal e na Constituição do respectivo Estado, além, é óbvio, daqueles impostos no mesmo artigo.

No contexto do Trânsito, o esforço legal do Poder Judiciário, ainda, está presente em buscar um julgamento mais rápido e eficiente dos crimes de lesões corporais culposas e homicídios culposos decorrentes de acidentes de veículos. Isso, aliás, foi objeto de estudo pela Comissão Temática da Assembléia Nacional Constituinte, que cuidou do Poder Judiciário, entendendo a douta Comissão que os *crimes de trânsito* poderiam ser julgados pelos Juizados Especiais, hoje previstos no artigo 98, I, da Constituição Federal.

A questão, ressaltado, já fora objeto de exame no I Congresso Nacional de Segurança Viária, realizado de 31 de março a 3 de abril de 1986, em São Paulo.

Naquela oportunidade, em mensagem dirigida aos congressistas, MARCOS LUIS DA COSTA CABRAL, então Presidente do CONTRAN — Conselho Nacional de Trânsito, e Presidente do aludido Congresso (I CON-SEV), afirmou que a “República trairia a demanda social de segurança se não assumisse a prevenção da criminalidade do acidente de trânsito como objeto, legítimo, de investimento social, da atuação emergencial do Estado. O clamor popular por segurança impõe, assim, a *atuação imediata do Estado*, no momento em que este assume a tarefa histórica de reconstituir-se democraticamente e de garantir à comunidade as condições práticas de exercer a cidadania no quadro da vida cotidiana, fundada em liberdade e na observância das normas legais”, tudo conforme consta dos Anais do referido Congresso.

Nele, no dia 3 de abril, anoto, tive a honra de presidir o painel *O Poder Judiciário e o Trânsito*, tendo como painelistas os eminentes Desembargadores Kazuo Watanabe e Orlando Gandolfo e o eminente Juiz de Direito Octávio Jorge de César Valeixo, na época Titular da 1.ª Vara de Delitos de Trânsito de Curitiba, Paraná.

O eminente Desembargador Kazuo Watanabe, pelas anotações que tenho, defendeu a tese da criação de *Juizado de Pequenas Infrações Criminais*. O Juiz de Direito Octávio Jorge de César Valeixo, após explanar sobre as vítimas sacrificadas em holocausto à máquina, salientou que “O Poder Judiciário dependente que é dos demais poderes, tanto na sua estruturação como na elaboração de legislação ajustada à realidade dos delitos de circulação de veículos, encontra-se tolhido na sua ação de fazer intervir o Direito, reftreando a vontade do homem em determinados limites de forma a reduzir o risco para a segurança dos bens jurídicos. É um mero espectador desse quadro trágico de violência, vivendo, ainda, ao tempo

do cabriolé para enfrentar a criminalidade decorrente de máquinas turbinadas”.

Não pode, em verdade, o Poder Judiciário ficar inerte na magnitude do tema, inclusive, no que se refere aos acidentes de trânsito. A par de criticar, de mostrar o seu desagrado, o Poder Judiciário, com a experiência de seus Juízes, deve apresentar algo de concreto, enfrentando os problemas direcionando o legislador.

O tema tem preocupado os magistrados brasileiros e, especialmente convidado, tive a honra de desenvolvê-lo no *Simpósio Nacional dos Juizados Especiais de Pequenas Causas — Cíveis e Criminais*, realizado em Curitiba, Paraná, nos dias 4 a 6 de junho de 1992, sob os auspícios da Associação dos Magistrados Brasileiros, Tribunal de Justiça do Estado do Paraná e Associação dos Magistrados do Paraná.

Tive a oportunidade, então, de afirmar, alto e bom som, que o Estado tem procurado dar muito e melhor Polícia, tornando-se mister, porém, dar, também, mais Justiça, porque, a melhoria de uma parte, isoladamente, não propiciará mais eficiência e eficácia do Sistema Criminal.

Quanto ao artigo 98, I, da Constituição da República, lembrei que não se pode, na legislação infraconstitucional, tanto no âmbito federal, quanto estadual, perder de vista os objetivos colimados pela Assembléia Nacional Constituinte, entre os quais devem ser alinhados como fundamentais os seguintes: a) possibilidade de acesso direto e imediato à Justiça; b) procedimentos ágeis com instrução correndo toda perante o juiz; c) prestação jurisdicional rápida, assegurando recurso às partes, tudo isso com uma estrutura maleável, terminando, nesses casos, com a mitigada participação do juiz no início da instrução criminal, dando à autoridade judiciária competente, maior amplitude de instrução criminal, sem que ela se deixe resvalar para o campo policial.

A evolução que os magistrados pretendem é a de que os depoimentos prestados nos Juizados Especiais sejam únicos e o seu revestimento jurídico termine com a clássica situação de *o acusado confessar perante o policial e negar perante o juiz*, ou, em outras palavras, *confessa na Polícia e nega na Justiça Criminal*.

Outro aspecto que foi bem destacado no aludido Simpósio de Curitiba é o da premente necessidade de *Plantões Criminais*, certo que, com relação aos dos Juizados Especiais Criminais, eles importarão no fortalecimento que, de modo indireto, deverão trazer para a Instituição Policial. O contato direto entre o *policial de rua*, figura essencial nos trabalhos de polícia, e o juiz, com o tempo, levará ao aprimoramento desses serviços, sem falar na natural diminuição da violência e da corrupção, dificultadas agora, pela presença viva do magistrado. Além do mais, o juiz criminal

especial, para a sua decisão, não pode prescindir do contato pessoal e imediato com o agente público que, se não viu o fato, por certo chegou ao local poucos momentos depois, tendo sentido de perto a situação que se afigurou e, portanto, em melhores condições de esclarecê-la.

A denominada Polícia Judiciária, também, ver-se-á beneficiada, pois, livre de grande parte dos *anacrônicos inquéritos policiais*, poderá voltar seus esforços, com maior ênfase e propriedade, à sua atividade-fim, ou seja, a *investigação criminal*, hoje colocada em um plano inferior para privilégio de funções cartorárias burocráticas e de polícia administrativa, como a de trânsito, que não se confunde com Polícia Judiciária.

Não devemos, entretanto, esquecer de resguardar a figura do juiz que, pela tradição brasileira, não deve adentrar a área de competência policial, o que zelará o seu respectivo órgão censor. Em outras palavras, como venho propondo, poder-se-á distribuir as funções, conforme segue:

A) *Polícia:*

- 1 — Atendimento da ocorrência;
- 2 — Diligências e investigações preliminares, imediatas; e
- 3 — Investigações ordenadas pelo juiz.

B) *Juiz Especial:*

- 1 — Instauração e instrução do processo;
- 2 — Preparo para o julgamento;
- 3 — Julgamento; e
- 4 — Execução.

Na *Revista de Processo*, fiz publicar, no seu volume 58, abril-junho de 1990, pp. 99-107, trabalho, incluindo o fluxograma, sobre os *Juizados Especiais para Julgamento das Infrações Penais de Menor Potencial Ofensivo*. Tal trabalho foi aproveitado pelo eminente Deputado Federal Gonzaga Patriota, de Pernambuco, que o apresentou à Câmara dos Deputados sob a forma de Projeto de Lei n.º 3.883, de 1989, sendo acolhido e juntado aos Projetos de Lei dos nobres Deputados Michel Temer, Nelson Jobim e Manoel Moreira que, em conjunto, tramitaram naquela Casa do Congresso, culminando no Projeto de Lei da Câmara n.º 91, de 1990, aprovado e enviado ao Senado Federal.

No Senado, cabe ao ilustre Senador José Paulo Bisol a missão de relatar o Projeto, oferecendo os ajustes finais.

Como se verifica, no contexto do *Trânsito* e no que se refere ao denominado *esforço legal*, importante papel exerce o Poder Judiciário, não só na jurisdição criminal, na repressão dos delitos de trânsito, que não se confundem com infrações de trânsito, estas de natureza administrativa. A importância do Poder Judiciário, como órgão de jurisdição do Estado Democrático de Direito, está bem presente, também na jurisdição

civil, diversa da criminal, quando faz o controle jurisdicional de todos os atos administrativos relacionados com os serviços de trânsito, cancelando multas ilegalmente impostas e exigindo o estrito cumprimento dos princípios basilares da Administração Pública, como os da *legalidade*, o da *impressoalidade*, o da *moralidade* e o da *publicidade*.

O Poder Judiciário, no contexto do esforço legal, não pode ser esquecido pelo policiamento de trânsito, como também pela engenharia de trânsito, aquele nos atos de polícia de trânsito, na fiscalização do trânsito, esta, a engenharia, para que não extrapole os seus serviços de engenharia que lhe são peculiares.

6. Conclusões

No Estado Democrático de Direito idealizado para o Brasil, por almejado e instituído pelo seu povo, o cumprimento da lei obriga não só aos governados, como também aos governantes e administradores públicos em geral de qualquer das entidades estatais, isto é, da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Dai por que no *Trinômio Trânsito*, integrado pela *Educação*, *Engenharia* e *Esforço Legal*, este último tem capital importância, porque, sem uma *legislação adequada*, sem o *policiamento* que a torne efetiva, fazendo-a cumprir, fazendo-a obedecida, de nada adiantará a *Educação* e a *Engenharia de Trânsito*. Estas, aliás, vivem e subsistem em razão de uma legislação de trânsito, que seja compatível com as inúmeras realidades brasileiras.

Fiscalização de polícia é modo de atuação do Poder de Polícia e, no caso específico da atuação da polícia de trânsito, que é espécie de polícia de preservação da ordem pública, da competência exclusiva das Polícias Militares do Brasil, toma o nome de *policiamento*.

Bem por isso é *indelegável* a outros órgãos, seja por lei, atos administrativos ou ajustes, como o são os convênios administrativos.

As autoridades policiais militares não podem e nem devem abdicar do Poder de Polícia que lhes é inerente, inclusive, o relacionado à Polícia de Trânsito, típica manifestação de Polícia Administrativa e que nada tem de Polícia Judiciária, salvo quando da ocorrência de ilícito penal.

Os policiais militares são servidores públicos militares estaduais, isto é, são agentes públicos administrativos. De acordo com a sua investidura legal tem a correspondente parcela de *autoridade pública de polícia*, isto é, são autoridades policiais, com competência bem definida na legislação e decorrente da norma constitucional que prevê a sua atividade de polícia ostensiva e de preservação da ordem pública. Dai por que norma infraconstitucional, como o Código Nacional de Trânsito e seu Regulamento,

não pode retirar do policial militar a sua condição de *autoridade policial*, uma vez que, em todo o Brasil, o policial militar encarna a autoridade do Estado.

As sanções de polícia de trânsito materializam-se no ato administrativo praticado pelo policial do trânsito, quando ele aplica Poder de Polícia, valorando a atividade policiada, ou seja, decidindo se a ação praticada pelo administrado, configura ou não infração à lei. A decisão de aplicar ou não a sanção de polícia é discricionária, porém, não é arbitrária, devendo o policial guiar-se, preponderantemente, pelos princípios constitucionais da *razoabilidade* e da *motivação*, na incessante busca do interesse público.

Considerando a capacidade que dispõe a Administração para controle de seus atos, podem as autoridades superiores na linha hierárquica do policial que aplicou a sanção de polícia, revê-la, apreciando-lhe o mérito e a legalidade, sem prejuízo da submissão da decisão que impuser penalidade, à Junta Administrativa de Recursos de Infrações, isso mediante recurso.

No contexto do *Trânsito*, não se pode esquecer o papel constitucional do Poder Judiciário em face do Estado Democrático de Direito, uma vez que esse Poder da Soberania Nacional é o que exerce a *jurisdição*, criminal e civil, fazendo o controle não só das infrações penais como também, e é o que interessa à eficiência e eficácia das *ordens e consentimentos de polícia de trânsito*, fazendo o *controle jurisdicional dos atos de polícia de trânsito* e, ainda, dos *atos de polícia de trânsito*, isto é, dos atos administrativos das autoridades de polícia de trânsito e da execução material desses mesmos atos (atos administrativos), tudo isso através de procedimentos judiciais adequados, como o procedimento sumaríssimo previsto no Código de Processo Civil, os dos Sistema dos Juizados Especiais de Pequenas Causas Cíveis.

Necessário é que, a União, no Distrito Federal e nos Territórios (estes quando criados), e os Estados criem, o quanto antes, os juizados especiais para a conciliação, o julgamento das infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante procedimento oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento dos recursos por juízes de primeiro grau, tudo a dispensar a feitura dos anacrônicos inquéritos policiais, possibilitando que o *policial de rua*, como o é o *policial de trânsito*, desde logo, ao invés de apresentar as partes no Distrito Policial, o faça diretamente ao Juizado Especial, poupando tempo e dinheiro para as partes envolvidas, para ele próprio, bem como para o erário público.

Essa a conjugação que entendo que deva existir para o verdadeiro *esforço legal no contexto do trânsito*.

Princípios do Processo Penal *

RENÉ ARIEL DOTTI

Professor de *Direito Penal e Processual Penal* da Universidade Federal do Paraná. Membro do Conselho Diretor do Instituto Latino-americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente

1. Traduzindo as esperanças nacionais e populares dos novos tempos de liberdade e segurança, a Constituição declara em seu primeiro artigo que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, "constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: *I* — a soberania; *II* — a cidadania; *III* — a dignidade da pessoa humana; *IV* — os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; e *V* — o pluralismo político". E o parágrafo único complementa esta *proclamação de princípios* afirmando que "todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição".

Estes dispositivos frontais da Carta Política de 1988 constituem premissas básicas de um regime político e institucional fiador das liberdades públicas, dos direitos e das garantias individuais. E caracterizam, também, a supremacia dos valores humanos diante do conflito com os interesses do Estado.

As relações entre o indivíduo e o poder e a sociedade e o governo, sofreram nas décadas de 60 e 70, os mais graves e trágicos desvios nos países da América Latina, quando os regimes autoritários, liderados pelas forças militares — com a cumplicidade de pessoas e grupos civis —

* Comunicação apresentada no Seminário Preparatório do XIV Congresso da Associação Internacional de Direito Penal (Assunção, 1º a 4 de julho de 1992).

sacrificaram os mais generosos princípios do processo penal. Os países da América do Sul como Argentina, Brasil, Uruguai, Paraguai e Chile foram objeto das mais traumatizantes violências dirigidas contra populações indefesas em toda a sua História. Os “novos conquistadores”, municiados com a ideologia da segurança nacional e armados com recursos financeiros e logísticos dos Estados Unidos da América do Norte, construíram um longo período de *eclipse do indivíduo* em favor da hegemonia do Estado. A delação anônima, o seqüestro, a prisão clandestina e a tortura constituíram *faces ocultas* da imagem terrível do poder de fato que negou liberdades, extinguiu direitos e suprimiu garantias em nome de duas colunas sobre os quais dever-se-ia erigir o novo Estado: a segurança e o desenvolvimento. Daí a *caça às bruxas* movida contra todos aqueles que, independentemente de sua condição individual ou social, política ou religiosa, atentassem contra os valores oficiais instituídos pela filosofia e pelos agentes da dominação. Os princípios fundamentais do processo penal foram sacrificados em favor de uma bandeira de justiça radical que inflava os exércitos mobilizados contra os alvos da subversão e da corrupção.

2. Passados quase trinta anos do início daquele movimento de terrorismo físico e espiritual, os povos da América do Sul estão vivendo as esperanças de uma ampla revisão em suas estruturas sociais, econômicas, políticas e culturais.

Procurando contribuir para essa *revolução copérnica da liberdade*, o Parlamento brasileiro discutiu amplamente e votou uma Constituição que consagra, como objetivos fundamentais da República, os seguintes: *I* — construir uma sociedade livre, justa e solidária; *II* — garantir o desenvolvimento nacional; *III* — erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; *IV* — promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer formas de discriminação (art. 3.º).

Tal *programa de ação nacional* deve estar em harmonia com as idéias e as iniciativas adotadas em relação à política exterior. Em consequência, a própria Constituição estabelece que a República Federativa do Brasil rege-se, nas relações internacionais, pelos seguintes princípios: *I* — independência nacional; *II* — prevalência dos direitos humanos; *III* — autodeterminação dos povos; *IV* — não-intervenção; *V* — igualdade entre os Estados; *VI* — defesa da paz; *VII* — solução pacífica dos conflitos; *VIII* — repúdio ao terrorismo e ao racismo; *IX* — cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; *X* — concessão de asilo político (art. 4.º).

Os povos latino-americanos têm sido condenados, ao longo da História, à maldição do separatismo econômico e cultural cujo fenômeno é estimulado desde o final do século XV com os movimentos de dominação marcados pela aventura dos descobrimentos.

Neste ano da graça de mil novecentos e noventa e dois, a Espanha e Portugal, de um lado, e a América, de outro, comemoram os cinco séculos das descobertas, com a primeira viagem de Cristóvão Colombo, saindo do pequeno porto de Palos, em 6 de setembro de 1492, comandando as caravelas Santa Maria, Pinta e Nina. As três primeiras terras encontradas foram as Bahamas, Cuba e Hispaníola, dentro daquele novo *panorama de progresso dos reinos de Portugal e Espanha*, evidenciado, principalmente, pelo Tratado das Tordesilhas, acerca de divisão do mundo para além da Europa.

Passados os quinhentos anos das grandes viagens que revelaram o novo continente para os europeus fascinados pelas conquistas marítimas, *não existem razões para celebrar com ufanismo as descobertas do Brasil (1500), Argentina (1515), Uruguai (1516) e Paraguai (1520)*, consideradas tais datas em função da presença dos exploradores que aqui chegaram para exercer a posse e o domínio das riquezas naturais em favor de Portugal (quanto ao primeiro) e da Espanha (quanto às demais). Nunca, desde o início das colonizações destas terras e de outras mais da América Latina, os seus povos puderam viver a salvo de graves ingerências internacionais e de suas influências culturalmente desfiguradoras. O Brasil, por exemplo, sempre foi martirizado pela ferocidade econômica de velhos e novos conquistadores, desde quando Pero Vaz de Caminha escreveu para os reis de Portugal, narrando as virtudes da terra descoberta. "Há lá muitas palmeiras, de que colhemos muitos e bons palmitos (...). Até agora não pudemos saber se há ouro ou prata nela, ou outra coisa de metal, ou ferro; nem lha vimos. Contudo, a terra em si é de muitos bons ares frescos e temperados".

Existe hoje entre os países da América Latina uma herança negativa comum, transmitida pelas administrações que se sucedem ao longo de muitos anos, como fruto da pirataria internacional e que, após cinco séculos de atividade marítima derrubando caravelas e saqueando seus depósitos, hoje se manifesta nos centros de operações econômicas da Europa e dos Estados Unidos da América do Norte. Este espólio é representado pela *impagável dívida externa*, pela brutal recessão econômica e pelas trágicas consequências do desemprego, da marginalização e da miséria. Se ao tempo das descobertas eram os indígenas os alvos da violência e do esbulho de bens materiais e valores espirituais, hoje são as imensas legiões de menores carentes e de maiores abandonados as grandes vítimas desse terrível e doloroso processo.

Procurando reagir contra o fenômeno da desunião que tanto compromete o desenvolvimento dos países do cone-sul, a Constituição de 1988 declara que 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". (Parágrafo único do art. 4.º.)

Um dos movimentos concretos nesta direção é caracterizado pelo *Mercado Comum do Cone Sul* (MERCOSUL) reunindo Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai a fim de viabilizar projetos de interesse comum e construir uma grande ponte para conduzir estes países rumo ao desenvolvimento de suas imensas potencialidades e à realização do sonho anti-colonialista de José Martí, o grande poeta e estadista cubano (1853—1895), mais de uma vez exilado pela perseguição política e que, residindo nos EUA foi cônsul, em Nova Iorque. E justamente da Argentina, Paraguai e Uruguai.

3. Os princípios gerais do processo penal assumem nos dias presentes e muito especialmente na América Latina uma importância relevantíssima não apenas sob a ótica dos direitos e das garantias individuais, mas principalmente sob a perspectiva abrangente das exigências do próprio Estado Democrático de Direito e das instâncias formais e materiais que se devem integrar para a prevenção e a repressão da criminalidade como objetivos para a melhor qualidade de vida social.

Conforme a doutrina,¹ os princípios gerais do processo penal são identificados através da seguinte classificação: a) *Princípios relativos à promoção processual*: I — princípio da oficialidade; II — princípio da legalidade; III — princípio da acusação; b) *Princípios relativos ao prosseguimento processual*: I — princípio da investigação; II — princípio da contraditoriedade; III — princípio da audiência; IV — princípio da suficiência; V — princípio da concentração; c) *Princípios relativos à prova*: I — princípio da investigação ou da “verdade material”; II — princípio da livre apreciação da prova; III — princípio do “in dubio pro reo”; d) *Princípios relativos à forma*: I — princípio da publicidade; II — princípio da oralidade; e III — princípio da imediação.

Em antológico texto, João Mendes acentuou que “o *processo criminal* tem seus princípios, suas regras, suas leis; princípios fundamentalmente consagrados nas constituições políticas; regras cientificamente deduzidas da natureza das cousas; leis formalmente dispostas para exercer sobre os juizes um despotismo salutar, que lhes imponha, quasi mecanicamente a imparcialidade. Por isso, todas as constituições políticas consagram, na declaração dos direitos do homem e do cidadão, o solemne compromisso de que ninguém será sentenciado sinão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior e na forma por ella regulada. As leis do processo são o complemento necessario das leis constitucionaes; as formalidades do processo são as actualidades das garantias constitucionaes. Si o modo e a forma da realização dessas garantias fossem deixados ao critério das partes ou à discricção dos juizes, a justiça marchando sem guia, mesmo sob o mais prudente dos arbitrios, seria uma occasião constante de des-

1 Entre outros, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, 1º vol., Coimbra Editora, 1979, pp. 115 e segs.

confianças e surpresas. É essa a razão pela qual, si os legisladores puderam, em algumas épocas, deixaram as penas ao arbitrio dos juizes, nunca deixaram ao mesmo arbitrio as formalidades de suas decisões²”.

Sobre o mesmo tema é oportuna a advertência de Giuseppe Montalbano quando escreveu sobre a reforma processual italiana de 1955, que restaurou existência das nulidades absolutas. Disse ele que “a convalidação geral de todas as nulidades, segundo o sistema do Código Rocco (que suprimira as nulidades absolutas hoje restauradas) nada mais traduz que a convalidação geral de todo o arbitrio e de todos os erros. Ora, não é certamente através dos erros e do arbitrio que se procede racionalmente à descoberta da verdade sobre o crime e sobre o réu. Ao reverso, há insanável contradição entre processo errado e descoberta da verdade. Não se pode descobrir a verdade através do erro³”.

4. *O princípio da oficialidade se caracteriza pelo caráter público das iniciativas de reação legal deflagradas contra o delito.* O Direito Penal protege os bens jurídicos fundamentais do Homem e da comunidade, enquanto o respectivo processo penal consitui um assunto de interesse coletivo e justamente atua em função de tal perspectiva. Resulta daí a necessidade de intervenção do Estado mesmo contra a vontade individual sempre que o delito ofender um interesse geral.

O sistema positivo brasileiro consagra o caráter público da ação penal (CP, art. 100 e CPP, art. 24) cuja iniciativa se defere aos particulares em duas únicas hipóteses: a) quando se tratar de crime contra bens jurídicos disponíveis (honra, costumes, por exemplo); b) quando embora tratando-se de crime que ofende bens indisponíveis, o Ministério Público não intenta a ação dentro do prazo legal (Constituição, art. 5.º, LIX e CPP, art. 29).

A chamada *ação privada subsidiária*, que funciona como exceção à regra geral da iniciativa pública, demonstra, portanto, a escolha da própria Constituição, em favor do princípio da oficialidade.

Existem outras normas que revelam o caráter publicístico do processo penal. A primeira delas se contém no art. 144 da carta Política de 1988, *verbis*: “A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: I — polícia federal; II — polícia rodoviária federal; III — polícia ferroviária federal; IV — polícias civis; V — polícias militares e corpos de bombei-

2 O processo criminal brasileiro, Rio de Janeiro, 1920, Typografia Baptista de Souza, 2ª ed., vol. I, pp. 8 e 9.

3 “Il diritto di libertà del cittadino e il processo penale”, em *Rivista di diritto processuale penale*, 1957, p. 297, cit. por José Frederico Marques, *Estudos de direito processual penal*, ed. Forense, Rio de Janeiro, 1960, p. 258.

ros militares". E o Código de Processo Penal dispõe que a polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais, no território de suas respectivas jurisdições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria (art. 4.º). Sempre que houver um crime de ação pública, a autoridade policial e seus agentes têm o dever jurídico de agir *ex officio*, salvo quando o procedimento dependa de representação ou requisição do ofendido (CPP arts. 5.º e 6.º).

Outra regra da Constituição no sentido de afirmar o princípio da oficialidade é a constante do art. 129, I, que declara, entre as funções institucionais do Ministério Público, a promoção *privativa* da ação penal pública.

O sistema constitucional-processual brasileiro adota o caráter oficial do impulso na luta contra as infrações penais sem perder de vista os casos de legitimação dos particulares para o exercício direto da ação penal, como já se viu acima, ou para formular a *notitia criminis*. Esta última faculdade é deferida a qualquer pessoa do povo que pode comunicar a existência de infração penal de que caiba ação pública. Verificada a procedência das informações, a autoridade policial mandará instaurar inquérito (art. 5.º, § 3.º). Relativamente aos delitos de ação privada, a autoridade somente poderá proceder a inquérito a requerimento de quem tenha qualidade para intentá-la (CPP, art. 5.º, § 5.º).

É importante ressaltar que a oficialidade não significa o monopólio estatal na luta contra o delito. Com efeito, além das *instâncias formais* (lei, Polícia, Ministério Público, Poder Judiciário, instituições e estabelecimentos penais) devem operar também as *instâncias materiais* (família, escola, associações, sindicatos) na conjugação de esforços em favor da segurança individual e coletiva.

Dentro de tal perspectiva, a Constituição previu a criação dos *Juizados Especiais*, que podem ser integrados por juízes togados ou por juízes togados e leigos (jurados) para conhecer e julgar as infrações de menor potencial ofensivo (art. 98, I). Trata-se de uma proposta visando democratizar as instâncias de reação, ao lado de outras como a formação dos Conselhos Comunitários de Segurança para apoiar, com equipamentos e recursos financeiros, as ações policiais.

Também os meios de comunicação podem desempenhar um importante papel neste processo por meio da publicidade de determinados atos da investigação policial ou instrução judicial, além de cobrar o empenho das autoridades e seus agentes na prevenção e repressão aos ilícitos penais. É imperioso, no entanto, salientar que a liberdade de informação deve respeitar os direitos da personalidade (honra, imagem, intimidade, vida privada, cf. a Constituição, art. 220, § 1.º) e a presunção de inocência (Constituição, art. 5.º, LVII).

O princípio da oficialidade, portanto, se viabiliza num complexo de possibilidades democráticas, para efetivar o preceito da Constituição, segundo o qual a segurança pública além de um *dever do Estado*, é, também, "*direito e responsabilidade de todos*" (art. 144).

5. O princípio da legalidade existe em vários ramos do ordenamento jurídico. No panorama histórico ele aparece como uma das garantias individuais contra os excessos no lançamento de taxas e tributos, como se verifica pela *Magna Charta Libertatum* (1215, n.º 12). E a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (26-8-1789), proclama: "Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescritas" (art. 7.º, primeira parte).

Na Constituição brasileira, o princípio é exigido para a validade dos atos da administração pública (art. 37); para exigir ou aumentar tributo (art. 150, I); para criminalizar condutas e impor penas (art. 5.º, XXXIX) e para a privação da liberdade ou dos bens (art. 5.º, LIV).

Assim, o princípio da legalidade, identificado como a exigência de uma lei reguladora anterior ao fato praticado, se movimenta nos campos de Direito Administrativo, Tributário, Penal e Processual. Por outro lado, o princípio de legalidade da ação penal implica no dever imposto ao Ministério Público de requisitar elementos de informação e promover a ação penal sempre que houver elementos factuais e jurídicos a autorizar o procedimento acusatório. Essa modalidade de conduta funcional é obrigatória em oposição ao princípio da oportunidade segundo o qual o Ministério Público poderá deixar de promover a *persecutio criminis* em determinadas situações, como nos casos dos chamados *delitos de bagatela*.

O princípio da legalidade do processo tem outra conotação e outras implicações. Refere-se ele à exigência da forma pré-estabelecida em lei para a validade dos atos e termos do processo. A sua consagração formal é estabelecida na Carta Política de 1988, conforme o art. 5.º, LIV, já referido: "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

O recente Código de Processo Penal português dispõe no art. 2.º: "(Legalidade do processo). A aplicação de penas e de medidas de segurança criminais só pode ter lugar em conformidade com as disposições deste Código".

Comentando o referido texto, Maia Gonçalves salienta: "Enquanto com o princípio da legalidade da ação penal se visava estabelecer o dever de acusação em relação a qualquer infração criminal, com a conseqüente rejeição do princípio da oportunidade, com o princípio da legalidade do processo, agora consagrado e posto em destaque entestando o Código, pretende-se significar que todo o processo, incluindo portanto o inquérito, que é uma fase de natureza processual, está submetido às normas do Código.

O *princípio da legalidade do processo*, agora consagrado, implica um dever, não só para os agentes incumbidos da sua aplicação e das normas de processo penal de natureza extravagante, os quais não poderão praticar actos processuais fora do previsto no Código, como igualmente para o legislador, no sentido de se absterem de criar formas processuais *ad hoc*, extrínsecas à estrutura do Código e pelas quais se possam aplicar penas ou medidas de segurança criminais”⁴.

O *princípio da legalidade do processo penal* é, em nosso sistema jurídico, uma imposição da lei fundamental. E se assim não fosse, poderia ser aplicado por analogia no caso concreto, transportando-se-a do modelo português para o Código de Processo Penal brasileiro como admite o art. 3.º deste diploma.

Um corolário lógico do princípio ora em exame é o *princípio do juiz natural*, ou seja, aquele órgão jurisdicional instituído por lei e com a competência estabelecida ao tempo em que foi praticado o fato. A respeito, dispõe a Constituição que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”, e, por via de consequência, que “não haverá juízo ou tribunal de exceção” (art. 5.º, LIII e XXXVII, respectivamente).

Tais declarações constituem a reafirmação do, postulado da jurisdicionalização da pena: *nulla poena sine iudicio*. Como consequência, determinam a *garantia* “de que a pena só possa ser infligida ao autor da infração penal pelo órgão jurisdicional tido como competente, para o respectivo processo e julgamento, por lei vigorante à época da prática criminosa ou contravencional”⁵.

Existe um *tríplice significado* do princípio, como anota Figueiredo Dias: *a*) em função da *fonte* (só a lei pode instituir o juiz e fixar-lhe a competência); *b*) em referência ao *tempo* (previsão do juiz e da respectiva competência já ao tempo em que foi praticado o fato criminoso que será objeto do processo; e *c*)⁶ em atenção a uma *ordem taxativa de competência* (com exclusão de qualquer alternativa a decidir arbitrária ou mesmo discricionariamente, com proibição das jurisdições de exceção⁶).

A desobediência aos dispositivos constitucionais e legais acerca da forma dos atos e termos processuais acarreta a sua nulidade conforme as previsões do art. 564 do Código de Processo Penal.

Ao fundo dos preceitos já referidos está o *princípio geral* assim enunciado pelo art. 5.º, II da Carta Política: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

4 *Código de Processo Penal Anotado*, Livraria Almedina, Coimbra, 1991, p. 51. Grifos do original.

5 ROGÉRIO LAURIA TUCCI e JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, *Constituição de 1988 e processo*, ed. Saraiva, São Paulo, 1989, p. 30.

6 Ob. cit., pp. 322, 323.

6. Pode-se afirmar que, em sua essência, o *princípio da acusação* se deduz, no sistema positivo brasileiro, do *princípio de isonomia* que pressupõe a igualdade de todos perante a lei (art. 5.º, *caput*).

Com efeito, é através da concessão de iguais oportunidades às partes que o processo pode se converter num instrumento eficaz para a apuração da verdade material.

Desde antigas fontes, o *princípio da acusação* aparece como etapa de evolução do processo penal de um tipo *inquisitório* para um tipo *acusatório*, bem como a consideração material que esteve na base da evolução: a *imparcialidade* e a *objetividade* que, ao lado da *independência*, são condições indispensáveis para uma autêntica *decisão judicial*. E tal somente ocorrerá quando o órgão julgador não tiver o encargo de dirigir a investigação preliminar e deduzir a acusação, mas cuide, apenas de “*investigar e julgar dentro dos limites que lhe são postos por uma acusação fundamentada e deduzida por um órgão diferenciado* (em regra o MP ou um juiz de instrução). É precisamente com este conteúdo que modernamente se afirma o *princípio da acusação*”⁷. Daí porque a conclusão no sentido de que “a acusação define e fixa, perante o tribunal, o *objecto do processo*” (...) “Deve pois firmar-se que *objecto do processo penal* é o *objecto da acusação*, sendo este que, por sua vez, delimita e fixa os *poderes de cognição do tribunal*”⁸.

Segundo o art. 123, I da Constituição brasileira, somente o Ministério Público tem legitimidade para promover a ação penal pública. Esta norma revigorou o art. 3.º, II, da Lei Complementar n.º 40, de 14 de dezembro de 1981 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) e os arts. 100, *caput* do Código Penal e 24 do Processo Penal, que deferem ao Ministério Público a atribuição para intentar a ação penal pública. Em conseqüência, devem ser tidos como revogados os dispositivos que permitiam o início da ação penal mediante portaria expedida pela autoridade policial ou pelo juiz (CPP, art. 53! e LCP — Decreto-Lei n.º 3.688, de 3-10-41, art. 17).

A Constituição não dispõe expressamente, assim como fez a Carta Política de Portugal, que o processo penal tem “*estrutura acusatória*” (artigo 32.º, 5). No entanto, esta orientação se deduz dos princípios gerais adotados no contexto de suas normas, admitindo-se que o *princípio da acusação* foi recepcionado pela nossa lei fundamental, conforme a *cláusula salvatória* inscrita no art. 5.º, § 2.º, *in verbis*: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

7 FIGUEIREDO DIAS, *ob. cit.*, pp. 136, 137.

8 FIGUEIREDO DIAS, *ob. cit.*, pp. 144, 145.

Como é sabido, existem dois modelos estruturais do processo penal que ao longo dos anos têm procurado se afirmar segundo os estilos de regimes políticos e institucionais: o *sistema inquisitório* e o *sistema acusatório*. O primeiro acompanha as organizações teocráticas e despóticas, tendo se caracterizado como expressão de terror dos Estados absolutistas e dos tribunais do Santo Ofício. O segundo se caracteriza como um *processo de partes* e remonta aos mais distantes marcos da Antiguidade. É praticado atualmente na Grã-Bretanha e nos Estados Unidos da América do Norte. Este tipo de estrutura permite que o acusado se defenda desde o início do processo. Já o *sistema misto* revela um caminho eclético e foi utilizado em organizações imperiais e romanas e também nos primórdios do século XVIII em algumas regiões da Alemanha, para surgir depois no Código de Processo Penal francês de 1808.

A Constituição brasileira adota o *sistema acusatório* em suas linhas essenciais, mas não de forma absoluta. Com efeito, garante-se a autonomia e independência dos órgãos judiciais que se limitam a decidir a pretensão deduzida por um acusador distinto, embora exista a liberdade e o dever judicial de investigação para se buscar a verdade material. O juiz, portanto, não se conserva em posição de neutralidade diante do confronto das partes, assim como árbitro ou testemunha de um duelo.

Também a *publicidade* dos julgamentos e a *motivação* das decisões judiciais são asseguradas de modo geral (art. 93, IX), bem como o *contraditório* e a *ampla defesa* (art. 5.º, LV). Porém, tais garantias não existem no inquérito policial que geralmente serve de base para a denúncia.

7. Relativamente ao prosseguimento (ou prossecução) do processo, aparece em primeiro plano o *princípio da investigação*. Sua posição sistemática também é considerada dentro do universo dos princípios relativos à prova.

O *princípio da investigação* constitui elemento integrante da estrutura basicamente acusatória do processo penal. Ele também poderia chamar-se de *instrutório* ou *investigatório*, mas tais designações se permitiriam a equívocos na suposição de que o princípio somente valeria para a fase de instrução da causa ou que identificasse um modelo de feição autoritária. A sua característica essencial está na autonomia do juiz ou do tribunal para apurar os fatos, acima e além da vontade das partes.

A investigação constitui um fenômeno relativo ao *impulso* do procedimento e também à *descoberta dos fatos*. Daí a designação paralela de *princípio da verdade material*. A propósito, a lição de Figueiredo Dias: "Por isso se diz que no processo penal está em causa, não a 'verdade formal', mas a 'verdade material', que há-de ser tomada em duplo sentido: no sentido de uma verdade subtraída à influência que, através do seu comportamento processual, a acusação e a defesa queiram exercer sobre ela; mas também no sentido de uma verdade que, não sendo 'absoluta' ou

'ontológica', há-de ser antes de tudo uma verdade *judicial, prática e, sobretudo, não uma verdade obtida a qualquer preço mas processualmente válida*"⁹.

A procura da verdade material constitui um *poder-dever* do Estado, pois a *justiça* é um dos objetivos fundamentais da República no plano de desenvolvimento da sociedade que deve, ainda, ser livre e solidária (Constituição, art. 3.º, I). Além da busca de justiça, também a *segurança* é um valor e um bem jurídico que compõe o repertório dos direitos e das garantias individuais (Constituição, art. 5.º, *caput*).

O Código de Processo Penal contém disposições específicas ao princípio da investigação (ou da verdade material), no sentido de produzir ou reproduzir a prova como se poderá verificar pelos arts. 156, 196, 502 e seu parágrafo único. Reza o primeiro dispositivo que a prova da alegação incumbirá a quem a fizer; "mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante". O segundo estabelece que o juiz poderá proceder a novo interrogatório do réu a "todo tempo" e o último preceito declara que o juiz poderá colher novo interrogatório bem como inquirir testemunhas e o ofendido se não houver presidido tais atos na instrução criminal.

Uma das bases constitucionais do princípio da investigação (ou da verdade material) se encontra na exigência da *fundamentação* das decisões dos órgãos do Poder Judiciário (art. 93, IX). Com efeito, a prática do ato de motivar a sentença (CPP art. 381, III), por exemplo, obriga o juiz a buscar os elementos de fato e de direito com os quais irá documentar a natureza e o sentido de sua *livre convicção*.

8. Um dos mais generosos princípios fundamentais do processo penal é o da *contrariedade* ou da *contradição*. O seu âmbito de ação vai além dos limites do processo penal, a fim de garantir os litigantes em qualquer outro tipo de lide, judicial ou administrativa (Constituição, art. 5.º, LV). A natureza *contraditória* da instrução criminal constitui uma reivindicação de justiça com base na isonomia entre as partes e desde os tempos antigos procura se afirmar através das fórmulas latinas *audiatur el altera pars* e *nemo potest inauditum damnari*.

A instrução criminal no sistema brasileiro se desenvolve sob a garantia do princípio da *contradição*, com regras que estabelecem um *equilíbrio de armas* entre a acusação e defesa, quanto à liberdade para produzir e contestar a prova (indicação e ouvida de testemunhas, realização de perícias e juntada de documentos), bem como a garantia em favor de uma parte de responder às alegações da outra (CPP arts. 395 e s.; 499 e 500 e CPC arts. 326, 327, 372, 397 e 398, c/c o art. 3.º do CPP). Tanto a doutrina como a jurisprudência se orientam no sentido de que a segurança do

⁹ Ob. cit., pp. 193, 194. Grifos e aspas do original.

contraditório abrange a instrução *lato sensu*, "incluindo todas as atividades das partes que se destinam a preparar o espírito do juiz, na prova e fora da prova. Compreende, portanto, as alegações e os arrazoados das partes"¹⁰.

9. A Declaração Universal dos Direitos Humanos (10-12-48), declara que toda pessoa tem direito em condições de plena igualdade, "a ser ouvida publicamente e com justiça por um tribunal independente e imparcial, para a determinação de seus direitos e obrigações ou para o exame de qualquer acusação contra ela em matéria penal" (art. 10). A Convenção de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (4-11-50), estabelece em favor de toda pessoa detida ou presa em consequência de uma infração penal, o direito de ser levada "imediatamente perante um juiz ou outro funcionário autorizado pela lei para exercer funções judiciais", e de ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade durante o processo (art. 5.º, § 3). Assim também o faz, nos mesmos termos, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (16-12-66) (art. 9, § 3.º, primeira parte).

A Carta Política de 1988 consagra o princípio de que a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça de direito (art. 5.º, XXXV).

O *direito de audiência*, que pode ser exercido diretamente ou através de representante legal, é uma das garantias fundamentais do indivíduo e um dos princípios básicos do processo penal, iluminado pelas vertentes do Estado Democrático de Direito.

No processo penal brasileiro, o princípio é afirmado em suas duas modalidades. Haverá a presença direta do acusado perante a autoridade policial ou judiciária, quando estiver preso ou comparecer espontaneamente, procedendo-se ao interrogatório cuja realização, em tais circunstâncias, é obrigatória sob pena de nulidade (CPP arts. 6.º, V; 185 e 564, III, e, segunda parte). E ocorrerá o exercício indireto do *direito de audiência* quando o acusado comparecer perante a autoridade através de petição de seu defensor.

No plano constitucional, são expressamente garantidos: a) O direito de petição aos poderes públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder (art. 5.º, XXXIV, a); b) o direito do acusado falar perante a autoridade responsável pela sua prisão (art. 5.º, LXIII).

A jurisprudência tem reconhecido expressamente a *garantia da defesa pessoal* do imputado durante a realização da instrução criminal, ao lado da *defesa técnica*, exercida pelo seu advogado. Em consequência, os tribunais têm anulado o processo quando o réu não é intimado para assistir o depoimento das testemunhas.

10 JULIO FABBRINI MIRABETE, *Processo penal*. Editora Atlas S/A, São Paulo, 1991, p. 44.

Em nosso entendimento, o *direito de ser ouvido* também integra o repertório dos direitos subjetivos da vítima. A base de tal conclusão se extrai da norma constitucional proibindo a existência de lei que exclua da apreciação do Poder Judiciário o conhecimento de lesão ou ameaça a direito (art. 5.º, XXXV) e da regra obrigatória da audição do ofendido, sempre que possível (CPP arts. 6.º, IV e 201). Afinal, o sistema não pode condenar a vítima sobrevivente e capaz ao silêncio e ao esquecimento, assim como conta a poesia de Cecília Meirelles através de seu *Romanceiro da Inconfidência*: "Nunca o escrivão escreve / o que a vítima diz. / Não tem lei nem justiça / quem nasceu infeliz".

10. Ao lado do contraditório, a Carta Política institui a garantia da *ampla defesa*, "com os meios e recursos a ela inerentes" (art. 5.º LV, última parte). Trata-se de um autêntico *princípio geral* que milita ao lado de tantos outros com o objetivo de possibilitar aos litigantes, em qualquer tipo de processo judicial ou administrativo, o exercício generoso da defesa sem as limitações de um processo de tipo inquisitório.

A defesa *ampla* ou *plena* tem sido assegurada pela tradição das Cartas Políticas brasileiras, desde a Primeira República até os dias correntes, com exceção do período em que vigorou a chamada *Constituição polaca*, outorgada mediante o *golpe de Estado* de 10 de novembro de 1937, que aludia apenas às "necessárias garantias de defesa" (art. 122, § 11, última parte). Assim, ora se referindo à *plena* ora à *ampla* defesa, o princípio em análise já constava das seguintes leis fundamentais: de 24 de fevereiro de 1891 (art. 72, § 16); de 16 de junho de 1934 (art. 113, § 24); de 18 de setembro de 1946 (art. 141, § 25); de 24 de janeiro de 1967 (art. 150, § 15) e de 17 de outubro de 1969 (art. 153, § 15).

Em seus *Comentários às Constituições de 1967 e de 1969*, Pontes de Miranda salienta que "a defesa, a que alude o § 15, é a defesa em que há *acusado*; portanto, a defesa em processo *penal*, ou em processo *fiscal-penal* ou *administrativo*, ou *policial*. O princípio nada tem com o início do processo civil, onde há réus sem direito à defesa, antes da condenação"¹¹. Certamente para evitar essa interpretação restrita deu-se ao texto vigente uma redação mais alargada visando abarcar todo o "processo *judicial*" onde haja "acusados em geral".

O limite constitucional e legal do princípio da ampla defesa no que concerne aos *meios*, se caracteriza pela *vedação das provas ilícitas*. Declara a Carta Política que "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos" (art. 5.º, LVI). O Código de Processo Penal Militar (Decreto-Lei n.º 1.002, de 21-10-69) permite a produção de qualquer espécie de prova, "desde que não atente contra a moral, a saúde ou a segurança individual ou coletiva, ou contra a hierarquia ou a disciplina militares" (art. 285).

11 *Comentários à Constituição de 1967; com a Emenda nº 1, de 1969*, ed. Forense, Rio de Janeiro, 1987, tomo V, p. 235. Grifos do original.

E o Código de Processo Civil (Lei n.º 5.869, de 11-1-73) alude a “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos” como hábeis para provar a verdade dos fatos em que se funda a ação ou a defesa (art. 332). Tais disposições são aplicáveis por analogia ao sistema do processo penal, conforme admite o art. 3.º do respectivo Estatuto.

Sobre o tema, Ada Pellegrini Grinover, *et alii*: “. . . diz-se que a prova é ilegal toda vez que sua obtenção caracterize violação de normas legais ou de princípios gerais do ordenamento, de natureza processual ou material. Quando a proibição for colocada por uma lei processual, a prova será ilegítima (ou ilegitimamente produzida); quando, pelo contrário, a proibição for de natureza material, a prova será ilícitamente obtida”. E, ainda mais: “A prova ilícita (ou obtida por meio ilícitos) enquadra-se na categoria da prova vedada. A prova é vedada sempre que for contrária a uma específica norma legal, ou a um princípio de direito positivo. Mas a vedação pode ser estabelecida quer pela lei processual, quer pela norma material (por exemplo, constitucional ou penal); pode, ainda, ser expressa ou pode implicitamente ser deduzida dos princípios gerais”¹².

Quanto aos *recursos* no interesse da defesa, o sistema processual os prevê na forma ordinária, especial e extraordinária. São *ordinários*: os embargos declaratórios, o recurso em sentido estrito, a apelação, os embargos infringentes, o protesto por novo júri e a carta testemunhável (CPP arts. 382, 619 e 620; 581 a 592; 593 a 603; 609, parágrafo único; 607 e 608 e 639 a 646), interpostos para o próprio juiz ou tribunal (em se tratando de declaratórios) e para o tribunal de segundo grau de jurisdição, como o Tribunal de Alçada, o Tribunal de Justiça e o Tribunal Regional Federal, conforme o caso. Também como ordinário a Constituição admite o recurso para o Supremo Tribunal Federal em matéria de crime político (art. 102, II, b). É *especial* o recurso interposto para o Superior Tribunal de Justiça (Constituição, art. 105, III e Lei n.º 8.038, de 28-5-90, artigo 26 e s.). É *extraordinário* o recurso interposto para o Supremo Tribunal Federal (Constituição, art. 102, III e Lei n.º 8.038/90, art. 26 e s.).

O *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* (Constituição, art. 5.º, LXVIII, LXIX e LXXII) e a revisão criminal (CPP arts. 621 a 631), pela sua natureza jurídica, não são considerados tecnicamente como *recursos*, porém como *ações*. Os dois primeiros remédios são também reconhecidos como “institutos de direito processual constitucional”¹³. O *habeas data* é o “asseguramento de acesso às informações pessoais do impetrante, constantes de registros em bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público, com o fim de retificação”¹⁴. E a revisão dos processos

12 ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO SCARANCA FERNANDES e ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, *As nulidades no processo penal*, Malheiros Editores Ltda., São Paulo, 1992, p. 108.

13 ROGERIO LAURIA TUCCI *et alii*, ob. cit., pp. 128 e 134.

14 CELSO RIBEIRO BASTOS, *Comentários à Constituição do Brasil*, ed. Saraiva, São Paulo, 1989, vol. 2º, p. 363.

findos, embora incluída no Código de Processo Penal entre os recursos (Livro II, Tít. II, Cap. VII), é ação penal de natureza constitutiva¹⁵.

Os limites para o conhecimento dos recursos em geral são estabelecidos através dos pressupostos de cabimento, como a tempestividade e a legitimidade, ou de prosseguimento, como a submissão à prisão, o preparo etc.

11. O princípio da suficiência se deduz das regras dos arts. 92 e 93 do Código de Processo Penal que regulam as chamadas *questões prejudiciais*.

Estabelece o primeiro artigo que se a decisão sobre a existência da infração depender da solução de controvérsia que o juiz reputar séria e fundada, sobre o estado civil das pessoas, o curso da ação penal ficará suspenso até que no juízo cível seja a controvérsia dirimida por sentença passada em julgado, sem prejuízo da inquirição das testemunhas e da realização de outras provas de natureza urgente. O dispositivo seguinte prevê como *facultativa* a paralisação do processo quando o reconhecimento da existência da infração penal depender de decisão sobre questão diversa da prevista no artigo anterior, da competência do juiz cível, e se neste houver sido proposta ação para resolvê-la.

O princípio da suficiência da ação penal tem um fundamento manifesto, que é o de arrear obstáculos ao exercício do *ius puniendi* que, direta ou indiretamente, possam entrar ou paralisar a ação penal¹⁶. Esta é a interpretação que se colhe o art. 7.º, primeiro parágrafo, do Código de Processo Penal português: "O processo penal é promovido independentemente de qualquer outro e nele se resolvem todas as questões que interessarem à decisão da causa".

A adoção do princípio da suficiência em nível constitucional se desprende do regime e dos princípios gerais consagrados na Carta Política os quais não excluem outros direitos e garantias (art. 5.º, § 2.º).

12. A reunião dos termos e atos processuais no mesmo contexto de espaço e tempo é uma das exigências essenciais de eficácia do processo penal. Esta necessidade constitui requisito para se alcançar a verdade material que é sacrificada quando uma parte do processo se forma perante um juiz ou tribunal que não irá julgar a causa ou quando a distância no tempo entre um e outro ato da instrução compromete o conhecimento e a interpretação dos fatos. O princípio da concentração, surge, portanto, da necessidade de um prosseguimento, tanto quanto possível, unitário e continuado dos termos e atos processuais. Como pondera Figueiredo Dias¹⁷, o princípio ganha o seu maior e autônomo relevo no que toca a audiência de discussão e

15 JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Elementos de direito processual penal*, ed. Forense, Rio de Janeiro, 1965, vol. IV, p. 12; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *Processo Penal*, ed. Saraiva, São Paulo, 1987, vol. 4º, p. 468.

16 Cf. MALA GONÇALVES, ob. cit., p. 59.

17 Ob. cit., p. 184.

juízo, ligando-se aí aos *princípios da forma*, enquanto corolário dos princípios da oralidade e da imediação.

Pode-se falar numa *concentração especial* que induz à existência de um *princípio de localização*, exigindo que a audiência se desenvolva inteiramente num mesmo local para a colheita da prova e realização dos debates (sala das audiências) e uma *concentração temporal*, no sentido de que, uma vez iniciada a audiência possa ela fluir até o seu final.

O Código de Processo Penal dispõe que as audiências, as sessões e os atos processuais se realizarão nas sedes dos juízos e tribunais; que os prazos serão contínuos e peremptórios, não se interrompendo por férias, domingo ou dia feriado e que os julgamentos iniciados em dia útil não se interromperão pela superveniência de feriado ou domingo (arts. 792, 798 e 797, respectivamente).

13. Nos termos da Constituição, o Poder Judiciário é independente dos demais poderes do Estado e os juízes gozam das garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos (arts. 2.º e 95). Sob outra perspectiva, entre os deveres dos magistrados constam os de cumprir e fazer cumprir, com *independência*, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício, conforme determina o art. 35, I da Lei Complementar n.º 35, de 14-3-79 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional).

Da conjugação de tais garantias e deveres resulta o *princípio da livre apreciação da prova*, também chamado de *princípio da prova livre*, o qual obteve expressa consagração no art. 157 do Código de Processo Penal: "O juiz formará a sua convicção pela livre apreciação da prova".

Consiste basicamente o princípio na liberdade conferida pelo sistema ao magistrado para avaliar a prova e extrair as conclusões que irão estruturar a sua decisão. Tal liberdade pressupõe a inexistência de parâmetros que caracterizassem o sistema oposto ou seja, o das *provas tarifárias* ou da *certeza legal*. Conforme a Exposição de Motivos ao Código de Processo Penal, "não serão atendíveis as restrições à prova estabelecidas pela lei civil, salvo quanto ao estado das pessoas; nem é prefixada uma *hierarquia* de provas: na livre apreciação destas, o juiz formará, honesta e lealmente, a sua convicção. A própria confissão do acusado não constitui, fatalmente, *prova plena* de sua culpabilidade. Todas as provas são relativas; nenhuma delas terá, *ex vi legis*, valor decisivo, ou necessariamente maior prestígio que outra. Se é certo que o juiz fica adstrito às provas constantes dos autos, não é menos certo que não fica subordinado a nenhum critério apriorístico no apurar, através delas, a verdade material. O juiz criminal é, assim, restituído à sua própria consciência" (item VII).

Relativamente à confissão, o art. 197 do Código estabelece que o seu valor será aferido "pelos critérios adotados para os outros elementos de prova" e que para a sua apreciação "o juiz deverá confrontá-la com as

demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância”.

Tal liberdade para o conhecimento, a interpretação e a utilização da prova não dispensa, porém, o magistrado de *motivar* a sua decisão. Esta exigência de fundo constitucional (art. 93, IX) é um dos requisitos da sentença penal (CPP art. 381, III).

Aparentemente a regra do art. 158 combinado com o art. 564, III, b, do Código de Processo Penal constituiria um embaraço ao livre trânsito do princípio ora tratado. Dispõe a primeira norma que quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado. E o segundo dispositivo declara a nulidade do processo por falta do exame de corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, ressalvada a hipótese em que eles tenham desaparecido quando, então, a prova testemunhal poderá compensar-lhe a falta.

Na verdade, porém, o que o sistema exige, sob pena de nulidade do processo, é a *realização do exame de corpo de delito*, ou seja, o levantamento do “conjunto de elementos sensíveis do factø criminoso”, na clássica definição de João Mendes¹⁸. Um dos fundamentos para tal exigência se deve à preocupação de evitar o *erro judiciário* diante de precedentes gravíssimos na crônica do foro¹⁹.

14. A dúvida jamais pode autorizar uma sentença condenatória. Esta é a firme orientação da jurisprudência alimentada por antigas fontes identificadas com o natural desconhecimento do ser humano frente ao universo dos fatos humanos e naturais.

Negando que a dúvida pudesse reduzir-se à “equivalência dos raciocínios contrários”, Aristóteles identificou-lhe as faces distintas: a) Como estado subjetivo de *incerteza*; b) Como situação objetiva de *indeterminação*.

Em página memorável, o magistrado Souza Neto adverte, com elevação, que não se pode condenar em estado de dúvida: “Não há um princípio de filosofia, um dogma de moral, um cânone de religião, um postulado de bom senso, uma regra jurídica, que autorize um pronunciamento condenatório na dúvida (...) A justiça só vive da prova. Só o arbtrio se alimenta do

18 Ob. cit., vol. II, p. 7.

19 Assim como ocorreu no célebre caso dos irmãos Sebastião José Naves e Joaquim Naves Rosa, na cidade de Araguari, acusados de terem assassinado no ano de 1937 o desaparecido Benedito Pereira Caetano. Obtida a confissão dos réus e provas circunstanciais, foram eles condenados à pena de 25 anos e 6 meses de prisão pelo Tribunal de Apelação de Minas Gerais, em decisão de 4 de julho de 1939. Muitos anos depois (24-7-1952) o “morto” reapareceu e a condenação foi anulada condenando-se o Estado a pagar uma indenização em face dos prejuízos sofridos pelos réus (em JOÃO ALAMY FILHO, *O maior erro judiciário no direito brasileiro*. Sugestões Literárias S/A, São Paulo, 2ª ed. 1965).

monstro da presunção. A dúvida é a certeza dos loucos. Estes são julgados, não julgam”²⁰.

A doutrina e a jurisprudência têm entendido que o princípio *in dubio pro reo* tem a sua sede legislativa no inciso VI do art. 386, do Código de Processo Penal, devendo o juiz absolver o réu quando “não existir prova suficiente para a condenação”²¹. O princípio, porém, é aplicável em relação a outras hipóteses do referido artigo, ou sejam: “I — estar provada a inexistência do fato”; “II — não haver prova da existência do fato”; “IV — não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal” e “V — existir circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena”. Prevalece em tais situações a regra de que “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer” (Cód. de Proc. Penal, art. 156, primeira parte). Compete à acusação demonstrar a existência do fato típico, ilícito e culpável. A dúvida, portanto, em relação à existência ou não de determinado *fato* deve ser resolvida em favor do imputado. Sempre que se caracterizar uma situação de *prova dúbia*, aplica-se o princípio.

Interessante questão decorre da possibilidade de se aplicar a generosa fórmula quando a questão seja de *direito*. O art. 386, III do Código declara que o juiz absolverá o réu se “não constituir o fato infração penal”. Assim a dúvida acerca da criminalidade ou não da conduta típica pode resultar da interpretação da regra jurídica. A propósito do tema, autorizada doutrina entende que no caso de “irredutível dúvida entre o espírito e as palavras da lei, é força acolher, em direito penal, irrestritamente, o princípio *in dubio pro reo*” (...) “Desde que não seja possível descobrir-se a *voluntas legis*, deve guiar-se o intérprete pela conhecida máxima: *favorabilia sunt amplianda, odiosa restringenda*”²².

15. A *presunção de inocência* constitui outro princípio incidente no campo da prova e com antiga consagração formal: Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (Paris, 1789, inciso XIII); Declaração Universal dos Direitos Humanos (Paris, 1948, art. 11, n.º 1); Convenção de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Roma, 1950, art. 6.º, n.º 2); Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos (Nova Iorque, 1966, art. 14, n.º 2) e Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Costa Rica, 1970, art. 8.º, n.º 2).

20 *A mentira e o delinqüente*, cit. em *A tragédia e a lei*, Rio de Janeiro, 1959, p. 5.

21 Assim, por exemplo, MIRABETE, ob. cit., p. 436 e os precedentes ali indicados.

22 NELSON HUNGRIA, *Comentários ao código penal*, ed. Forense, Rio de Janeiro, 1958, vol. I, tomo I, p. 86. Grifos do original.

A Constituição brasileira de 1988, inspirando-se principalmente nos modelos italianos (1947, art. 27, segunda parte); português (1976, art. 32, n.º 2) e espanhol (1978, art. 24, n.º 2), recepcionou o princípio mediante a seguinte fórmula: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (art. 5.º, LVII).

A *presunção de inocência* não se pode opor às medidas cautelares de prisão (em flagrante, temporária, preventiva, em decorrência de pronúncia ou da sentença condenatória recorrível), das medidas assecuratórias, dos incidentes de falsidade e de insanidade, além da busca e apreensão e outros procedimentos para a colheita da prova: interrogatório, confissão, reconhecimento de pessoas e coisas, acareação, exibição e juntada de documentos. Todos esses atos e os respectivos termos pressupõem a existência de *fundadas razões* quanto à ilicitude do fato e à culpabilidade de seu autor ou partícipe e também um paradoxo relativamente a uma *presunção de inocência* que Manzini apodou de “*strana assurdità escogitata in Francia*”. E dirige a cáustica objeção: “*Se si presume l’innocenza dell’imputato, chiede il buon senso, perchè dunque si procede contra di lui*”²³?

Já tivemos oportunidade de afirmar que “a melhor direção consiste em fazer da *presunção de inocência* um verdadeiro princípio de fundo constitucional e que, por isso mesmo, transcende o quadro das presunções como assunto ordinariamente processual”²⁴.

Como consequência, o princípio deve ser admitido para se garantir ao acusado o exercício dos direitos humanos, civis e políticos enquanto não forem direta e expressamente afetados pela sentença penal condenatória, transitada em julgado ou pelas decisões cautelares. Diante de tal raciocínio, tem-se como revogado o inc. II do art. 393 do Código de Processo Penal que declara, como efeito da sentença condenatória *recorrível*, ser o nome do réu lançado no rol dos culpados²⁵.

É importante ressaltar que o princípio ganha maior eficácia ao se considerar como ilegítima qualquer presunção de culpabilidade, seja de dolo

23 VINCENZO MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, UTET, Turim, 1967, vol. I, p. 226.

24 RENE ARJEL DOTTI, “Identificação criminal e presunção de inocência”, em *Revista de direito penal*, Rio de Janeiro, nº 19/20, de 1975, p. 56.

25 Este é também o entendimento de MIRABETE, *ob. cit.*, p. 43, indo, porém, mais adiante ao admitir como revogado também o § 1º do art. 408 que sujeita à prisão o réu pronunciado. Em nossa opinião, tal prisão provisória não foi eliminada pelo art. 5º, LVII, da Constituição.

ou de culpa *stricto sensu*, e também quando se assegura ao réu o direito de ver a sua causa instruída e julgada dentro de um prazo razoável²⁶. E é neste preciso sentido que dispõe a Constituição de Portugal: "Todo o argüido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa"(art. 32, n.º 2).

16. Entre os *princípios relativos à forma*, desponta como mais significativo, o *princípio da publicidade*.

Dispõe a Constituição que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos (art. 93, IX). Trata-se da consagração formal, no capítulo inerente ao Poder Judiciário, do princípio da publicidade como aspecto essencial à validade dos atos judiciais quanto à sua forma e um desdobramento natural do caráter comunitário que deve ter o processo penal nos regimes democráticos. Relativamente às audiências, sessões e atos processuais, a publicidade já havia sido declarada pelo Código de Processo Penal, ressalvadas as hipóteses da prática da justiça a *portas fechadas* visando prevenir escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem (art. 792, e § 1.º).

O princípio vem reafirmado constitucionalmente no capítulo dos direitos individuais e coletivos, com a expressiva redação: "a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem" (art. 5.º, LX).

Como se verifica, a publicidade é a *regra* das audiências, sessões e atos processuais, enquanto o segredo deve constituir a *exceção* em casos expressamente estabelecidos.

Discorrendo sobre a garantia da publicidade dos atos processuais, Rogério Lúria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci salientam que a mesma não se traduz na exigência da efetiva presença do público ou dos meios de comunicação aos atos em que o procedimento se desenrola, não obstante reclame mais que uma simples "potencialidade abstrata" (como quando, por exemplo, não se tem conhecimento da data, horário e local da realização de determinado ato: a publicidade deste reduz-se, então, a um nível meramente teórico)²⁷.

Parece-nos que a compreensão jurídica do vocábulo *publicidade*, para os efeitos da Constituição e do processo, não poderá ser *restritiva* e, sim, *extensiva*.

26 FIGUEIREDO DIAS, "La protection des droits de l'homme dans la procedure penale", em *Revue Internationale de Droit Pénal*, n.º 3 de 1978, p. 267.

27 Ob. cit., p. 72.

O Código de Processo Penal português consagra o princípio da publicidade nos seguintes termos: "Art. 86 (*Publicidade do processo e segredo de justiça*) 1. O processo penal é, sob pena de nulidade, público a partir da decisão instrutória ou, se a instrução não tiver lugar, do momento em que já não pode ser requerida, vigorando até qualquer desses momentos o segredo de justiça. 2. A publicidade do processo implica, nos termos definidos pela lei e, em especial, pelos artigos seguintes, os direitos de: a) assistência, pelo público em geral, à realização dos actos processuais; b) narração dos actos processuais, ou reprodução dos seus termos, pelos meios de comunicação social; c) consulta do auto e obtenção de cópias, extractos e certidões de quaisquer partes dele. 3. O segredo de justiça vincula todos os participantes processuais, bem como as pessoas que, por qualquer título, tiverem tomado contacto com o processo e conhecimento de elementos a ele pertencentes, e implica as proibições de: a) assistência à prática ou tomada de conhecimento do conteúdo de acto processual a que não tenham o direito ou o dever de assistir; b) divulgação da ocorrência de acto processual ou dos seus termos, independentemente do motivo que presidir a tal divulgação. 4. Pode, todavia, a autoridade judiciária que preside a fase processual respectiva dar ou ordenar ou permitir que seja dado conhecimento a determinadas pessoas do conteúdo de acto ou de documento em segredo de justiça, se tal se afigurar conveniente ao esclarecimento da verdade. 5. As pessoas referidas no número anterior ficam, em todo o caso, vinculadas pelo segredo de justiça. 6. A autoridade judiciária pode autorizar a passagem de certidão em que seja dado conhecimento do conteúdo do acto ou do documento em segredo de justiça na medida estritamente necessária à dedução em separado do pedido de indenização civil".

Ao comentar o texto, Maia Gonçalves salienta que o Código inverteu a posição tradicional em matéria de segredo de justiça, pois formulou como regra e sob cominação de nulidade a publicidade do processo a partir da decisão instrutória. E observa que o Código "procura estabelecer um equilíbrio de posições numa matéria em que à necessidade de se acautelar, mediante o sigilo, o sucesso das investigações, sucede, tantas vezes sem solução de continuidade, a exigência imperativa da publicidade como meio de garantir a verificação pelos circunstantes da fidedignidade dos actos a que assistem"²⁸.

Na abordagem dos variados ângulos do tema, é necessário — mais uma vez e sempre — ter-se em linha de reflexão as conexões entre Constituição e processo penal. Na expressiva imagem de H. Henkel, o direito processual penal é o verdadeiro *direito constitucional aplicado* e numa dupla dimensão, na abordagem de Figueiredo Dias: "naquela, já caracterizada, derivada de os fundamentos do direito processual penal serem, simultaneamente, os alicerces constitucionais do Estado, e naquela outra resultante de a concreta

28 Ob. cit., p. 160.

regulamentação de singulares problemas processuais ser conformada jurídico-constitucionalmente”²⁹.

17. A *oralidade* exprime o modo originário da forma pela qual se realizam determinados atos processuais: *oralmente*, para que se distingam de outros que são praticados originariamente através da *escrita*.

Na técnica processual o sistema da oralidade consiste na soma de atos praticados *boca a boca* e que se converte em termo escrito no interesse do registro e da documentação de atos e termos. Constitui, portanto, a “prevalência da palavra falada, e não a exclusão da escrita”³⁰.

Os elementos que caracterizam a oralidade são: *a)* a identidade da pessoa do juiz, de modo que este dirija o processo desde o seu início até o julgamento; *b)* a concentração, isto é, que em uma ou mais audiências, porém umas próximas das outras, se consiga a reunião da prova; *c)* a irrecorribilidade das decisões interlocutórias, evitando-se a cisão do processo ou a sua interrupção contínua, mediante recursos que devolvam ao tribunal o julgamento da decisão impugnada³¹.

Corolários lógicos do princípio da oralidade são os tipos de processo sumário e sumaríssimo. O primeiro foi instituído no Código de Processo Civil, para conhecer e julgar as contravenções penais e os crimes aos quais não for cominada a pena de reclusão (arts. 531 a 540). E o segundo é previsto pelo Código de Processo Civil (arts. 275 a 281). Os depoimentos das partes e das testemunhas são reduzidos a termo, constando apenas o essencial. Finda a instrução as partes devem produzir alegações dentro do tempo de 10 (dez) minutos e o juiz profere a sentença na audiência ou no prazo de cinco dias (arts. 279 e 280). No procedimento sumaríssimo, diz o Código — que nesta parte também não está sendo cumprido — que todos os atos, desde a propositura da ação até a sentença, deverão realizar-se dentro de 90 (noventa) dias (art. 281).

O Projeto de Código de Processo Penal (1983)³² prevê as formas do procedimento comum e do procedimento especial. O *procedimento comum* é ordinário, sumário ou sumaríssimo. O procedimento é *ordinário*, quando tiver por objeto a apuração de crime punido com reclusão; o procedimento é *sumário*, quando ao crime for cominada pena de detenção (salvo as hipóteses previstas no sumaríssimo); o procedimento é *sumaríssimo*, quando se tratar de crime punido com detenção até um ano, de lesão corporal cul-

29 Ob. cit., p. 74.

30 Cf. ELÍEZER ROSA, “Oralidade”, em *Dicionário de processo civil*, Rio de Janeiro, 1957, p. 278.

31 CHIOVENDA, em *Exposição de Motivos do Projeto do Código de Processo Civil Brasileiro*, julho de 1972, item nº 13.

32 Projeto de Lei nº 1.655-B, de 1983, publicado na forma de Substitutivo, no *Diário do Congresso Nacional*, Seção I, supl. de 19-10-1984.

posa, de homicídio culposo e de contravenção (arts. 206 e 207; 209 a 373; 535 a 540 e 541 a 545). Entre os procedimentos especiais estão os referentes aos crimes contra a propriedade imaterial, falimentares e julgados pelo Tribunal do Júri (arts. 546 a 506 e s.).

A Constituição, no interesse de melhor efetivar o *direito de acesso à justiça*, prevê a criação tanto pela União como pelos Estados, dos *Juizados Especiais*, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e de "infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas e juízes de primeiro grau" (art. 98, I). E na Câmara dos Deputados tramita o Projeto de Lei n.º 91, de 1990 (n.º 1.480/89, na Casa de origem), que dispõe sobre os aludidos juizados. Nos termos do art. 61, consideram-se *infrações penais de menor potencial ofensivo, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, excetuados os casos em que a lei estabelece procedimento especial* (art. 61). As características essenciais do processo perante o Juizado Especial são: a oralidade, a informalidade, a economia e a celeridade e objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade (art. 62).

O *Juizado Especial* não se confunde com o *Juizado Especial de Pequenas Causas*, como experiência adotada há alguns anos em vários Estados e que tem competência para o processo e julgamento, segundo opção do autor, das causas cíveis de reduzido valor econômico, nos termos da Lei Federal n.º 7.244, de 7 de novembro de 1984. Tais órgãos da justiça ordinária foram consagrados pela Constituição de 1988 ao atribuir competência concorrente da União, dos Estados e dos Municípios para legislar a respeito de sua criação, funcionamento e processo (art. 24, X). Estas cortes informais de justiça são presididas por um magistrado de carreira e as audiências são conduzidas por árbitros desvinculados funcionalmente do Poder Judiciário.

Além da instituição dos Juizados Especiais, a Carta Política deferiu também aos mencionados entes a competência para legislar concorrentemente sobre procedimentos em matéria processual (art. 24, XI).

As previsões constitucionais e legais no quadro alternativo das instâncias judiciárias, caracterizam o empenho para tornar a prestação jurisdicional uma *possibilidade de acesso* e não mais o *tormento da marginalização* a que têm sido condenadas grandes legiões de seres humano, com "sede e fome de justiça".

18. Ligado indissolivelmente ao princípio da oralidade encontra-se o *princípio da imediação*, que se pode definir como a "relação de proximidade comunicante entre o tribunal e os participantes do processo, de modo tal

que aquele possa obter uma percepção própria do material que haverá de ter como base de sua decisão”³³

Todos os movimentos atuais no sentido de viabilizar uma justiça mais rápida e eficaz têm como um dos pontos de partida e um dos termos de chegada, o compromisso com a generosa idéia da imediatidade na colheita da prova. Para tanto, um dos rumos necessários é a adoção, no processo penal, da regra da *identidade física do juiz* (CPC art. 132).

Em coerência com os princípios da oralidade e da imediação encontram-se as formas do *giudizio diretissimo* e do *giudizio immediato*, consagradas no moderno Código de Processo Penal italiano (arts. 449 a 452 e 453 a 458). Ambos constituem modalidades dos procedimentos especiais. O primeiro se caracteriza pela apresentação, por parte do Ministério Público ao juiz competente, do preso em flagrante ou em decorrência de outra medida cautelar ou, quando em liberdade, tiver confessado a autoria do ilícito penal. A prisão deve ser conválidada, e o réu citado para se defender, dentro do prazo de 48 horas. O Ministério Público pode, ainda, proceder ao juízo diretíssimo quando a prisão em flagrante já foi confirmada. Em tal hipótese, o imputado é apresentado para a audiência marcada dentro do prazo de 15 dias contados da prisão. No caso de confissão de acusado em liberdade, será ele citado para uma audiência dentro do mesmo prazo. O rito ordinário é estabelecido quando houver conexão com crime sujeito a esta forma processual, admitida a separação dos processos se não houver grave prejuízo para as investigações. Conforme autorizada a avaliação³⁴, o *juízo immediato* — analogamente ao *juízo diretissimo* — é a expressão ulterior da acentuação de características acusatória do novo processo penal, indicada pela inexistência de audiência preliminar. A investigação é mais alargada e a mesma solução ocorre quando houver conexão com infração penal cujo processo e julgamento deva se submeter ao rito ordinário: a separação ou a prevalência deste.

É elementar, no entanto, que a introdução nos sistemas processuais latino-americanos de procedimentos mais ágeis visando desburocratizar as instâncias de reação ao delito, não se poderá efetivar sem a obediência aos princípios essenciais de validade do processo penal como instrumento para a apuração de uma verdade material compatível com as garantias e os direitos fundamentais do seu humano.

19. A superação de fórmulas barrocas de natureza tormentosa para as partes, as testemunhas, o magistrado e outros participantes da relação processual como as testemunhas e os peritos, é um dos primeiros passos para dignificar o processo em sua estrutura e no seu funcionamento. Afinal e ao cabo de tudo é preciso que o processo penal “seja construído como um aperfeiçoado instrumento de garantia e de justiça, para o indi-

33 FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, cit., p. 232.

34 CARLOS EDUARDO ATHAYDE BUONO e ANTONIO TOMÁS BENTIVOGLIO, *A reforma processual penal italiana*, ed. RT, São Paulo, 1991, pp. 92 e 97.

víduo e para a sociedade, sem jamais perder de vista as razões do homem. A exigência, isto é, de que o processo penal seja exatamente um instrumento ético, feito para o homem”³⁵.

Em tal contexto de preocupações se coloca o assunto dos *movimentos de reforma do procedimento penal e a proteção dos direitos do homem*, como o tema n.º 3 para o XIV Congresso da Associação Internacional de Direito Penal, a se realizar no Rio de Janeiro, em 1994. A introdução apresentada por Klaus Tiedemann parte da premissa de que a aplicação concreta das normas penais gera uma inevitável tensão entre as finalidades de atuação da justiça e os direitos do homem a ela submetidos. Conforme sua exposição: “... os interesses da sociedade e do indivíduo entram, com o processo penal, num conflito que não poderia ser mais agudo em nenhum outro âmbito do Direito”. E uma das conclusões do renomado mestre, com base na observação em diferentes Repúblicas latino-americanas e nas drásticas mudanças ocorridas no leste europeu, é a de que o processo penal não pode se desenvolver “a qualquer preço”, mas deverá salvaguardar o respeito aos direitos fundamentais do acusado a fim de garantir uma justiça adequada.

Nas indicações do questionário proposto pelo relatório do Professor Tiedemann, estão os seguintes pontos: a) origens e influências históricas predominantes na realização prática do sistema; b) estado atual da legislação processual penal; c) reformas introduzidas e projetos; d) sujeitos processuais; e) operacionalidade no plano das garantias³⁶.

20. Na polimorfia das vertentes políticas, econômicas, sociais e culturais que compõe o cenário e os *movimentos de reforma* em nosso país, modelam-se o conteúdo e as formas de um *devenir* que guardamos seja harmonioso com a grandeza de seu território, o relevo da nação e a generosidade de seu povo. A significação das leis penais em tal contexto de *esperança* é um aspecto marcante da nova ordem jurídica estabelecida pela Constituição que deve interpretar a vontade popular e definir os interesses do Estado e que, além de instrumento jurídico de garantias, deveres e direitos, se caracterize também como um poderoso veículo de integração entre os cidadãos e a sociedade frente às múltiplas instâncias de poder.

Nos países em desenvolvimento como o Brasil, os fenômenos da violência e da criminalidade, bem como outras manifestações ofensivas a valores ou bens de importância essencial para o homem e a comunidade, assumem, freqüentemente, a conformation de pânico quando os habitantes dos centros urbanos tocados pela *neurose das megalópoles* sofrem as conseqüências de um difuso e contínuo sentimento de insegurança que

35 ADA PELLEGRINI GRINOVER, *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*, ed. Saraiva, São Paulo, 1976, p. 68.

36 Cf. Documento de Trabalho distribuído pelo grupo argentino da Associação Internacional de Direito Penal, com vista ao Seminário preparatório de Assunção (19/4-7-1992).

passa a compor o repertório cotidiano das inquietações. Em tal perspectiva, o crime, principalmente em suas expressões mais graves, deixa de ser um acontecimento distante e emoldurado — assim como um recorte da realidade — para se constituir em episódio de alarmante rotina

Porém, não será através do terror imposto pelos regimes penais afrontantes da condição humana e do processo de cultura e da civilização, que poderemos resgatar o medo e caminhar rumo ao norte da segurança individual e coletiva. No lugar do *discurso político do crime*, caracterizado pela exploração dos temas da delinquência e da vitimidade e que tantos dividendos gera na estratégia do panfleto e no usufruto do poder, uma outra atividade, paciente e fecunda, deve ser estimulada. Ela é também crítica do sistema mas se inspira no entendimento de que a ciência e a experiência não se desligam da aventura do Homem, feito de realidade e ficção, de natureza e valor.

No quadro do processo penal se desvendam e se confinam as lutas e os vários tipos de interesse, bem como o prestígio ou o fracasso dos sistemas penais. Nos dias correntes advoga-se com *fervor religioso* a mudança de regras de procedimento ainda conservadas com *zelo arqueológico* por instâncias formais de controle da criminalidade, porém incapazes de acompanhar a realidade social, científica e tecnológica que pressiona e dirige as categorias responsáveis pelo controle informal da criminalidade: família, escola, associações, sindicatos etc.

Na antevisão de um novo milênio, o ritualismo do procedimento penal não se poderá conservar como uma corrente de atos de martírio que aprisiona o corpo e o espírito das partes e das testemunhas, do magistrado e demais protagonistas da causa penal. É indispensável que o processo assente em coordenadas fundamentais indicadas na lição de Bettiol (*L'avvenire del processo penale*). E a primeira delas "*riguarda il consolidamento dell'idea democratica nella vita politica*"³⁷

Sob outra perspectiva, porém vinculada ao mesmo tema, vale ainda considerar que o sistema do processo penal deve se libertar *das amarras* que lhe têm sido postas, ao longo de sua História, por muitas teorias e por variadas práticas, características da relação processual civil. Sobre tais *influências opressoras*, afirma-se correntemente e com muita dose de razão, que ao processo civil cabe uma natureza *privatística* e ao processo penal, pelo contrário, uma natureza e uma estrutura *publicística*³⁸. Abordando o mesmo assunto, Julio Maier salienta que toda a teoria da ação trasladada do Direito Processual Civil é absolutamente falha para solucionar problemas no processo penal, além de não responder ao claro delineamento histórico-político deste último³⁹

37 *Instituzioni di diritto e procedura penale*, ed. CEDAM, Pádua, 1966, p. 229.

38 FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, cit., p. 57.

39 "Política Criminal, Derecho Penal y Derecho Procesal Penal", em *Doctrina Penal*, nº 2, de 1978, p. 305.

La Criminología entre la Deontología y la Victimología

ANTONIO BERISTAIN

Director del Instituto Vasco de Criminología
SAN SEBASTIAN

SUMARIO

1. *Gaudeamus Igitur*. 1.1. Günther Kaiser, zahorí con talento discursivo. 2. La Criminología alemana en la Universidad y el Palacio de Justicia. 2.1. Menesterosidad de la Criminología en España. 3. Criminología más interdisciplinar. 3.1. Nuevo control social jurídico-penal. 3.2. Drogas y jóvenes. 3.3. Decálogo criminológico teórico-práctico. 4. Deontología entre antígona y la corrupción. 5. Victimología, de la Denuncia/Justicia a la reconciliación. 5.1. Decálogo victimológico teórico/práctico. 5.2. "Tests doctoral" de la señora Brown.

1. *Gaudeamus Igitur*

Desde hace muchos siglos nuestros antepasados citaban a los presuntos delincuentes, y también a los jueces, "so el árbol de Guernica". Bajo ese árbol creador de la democracia, bajo el árbol de la ciencia plasmado en el emblema de nuestra Universidad citamos hoy al maestro de los delincuentes, de las víctimas, de los denunciantes, de los jueces y de los ciudadanos todos, al Profesor Günther Kaiser.

Fácil y grata tarea la mía, comentar ahora ante ustedes los motivos por los que la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea celebra gozosa que el Prof. Günther Kaiser haya aceptado ser investido como Doctor "Honoris Causa". Se pueden resumir en dos nobles sentimientos: *gratitud*, al constatar lo mucho que todos los amigos españoles de la Criminología

* Estas páginas sirvieron de base para la "Laudatio" al Profesor Dr. Günther Kaiser, en el Solemne Acto Académico de Investidura como Doctor "Honoris Causa" de Criminología, de la Universidad del País Vasco, que pronuncié el ocho de mayo de 1992.

hemos recibido de él en el pasado (sin olvidar las mil atenciones de su amable esposa Charlotte y de sus hijos que hacen agradables nuestras estancias en Friburgo de Brisgovia, a pesar de encontrarnos lejos de los nuestros) y sano *egoísmo*, mirando a lo que auguramos aprender de él en el futuro.

Mi exposición comienza por mostrarles cómo vemos algunos al Prof. Günther Kaiser; qué nos sugiere su obra en nuestro espacio y nuestro tiempo; me limito a una visión global del impulso ciclópeo que ha dado a la Criminología alemana en general, que se va extendiendo también fuera de sus fronteras, y está aliviando nuestra menesterosidad en la docencia, la teoría, la investigación y la praxis criminológica; por fin, formularé algunas consideraciones personales acerca de sus aportaciones/creaciones concretas en Criminología, Deontología y Victimología.

1.1. *Günther Kaiser, zahorí con talento discursivo*

Al Profesor Kaiser difícilmente le podemos definir. Quizá debamos describirle como zahorí de la Criminología, porque ausculta lo profundo en — y a través de — la superficie. Para analizar lo profundo no necesita bajar a la mina, ni bucear en un submarino. Le basta recorrer la planicie de la tierra. Le basta recorrer las investigaciones empíricas importantes que se han llevado a cabo en los diversos países. Lo hace con tal perspicacia, que la varita en su mano detecta con suma sensibilidad todo lo que hay debajo, dentro, de cada dato y de cada número que ofrecen sus investigaciones. Probablemente, cuando era niño con sólo ver los dibujos de *Le petite prince*, de Saint Exupéry, ya discernía el sombrero del elefante dentro de la boa.

Un preanuncio de la personalidad científica del Profesor Kaiser aparece en un novelista vasco admirador de Lombroso. Pío Baroja, cuando tenía más de setenta años, escribió sobre *La intuición y el estilo*. Ese libro comenzado en el hotel María Cristina de San Sebastián (P. BAROJA, *Obras Completas*, VII, p. 989) formula, en media docena de líneas, lo que podemos considerar atinada descripción del Profesor Kaiser. Dice así: "El carácter del hombre intuitivo debe de estar, primero, en la percepción completa de los hechos de la vida, y segundo, en la asociación de ideas rápidas". En las publicaciones de Kaiser el lector encuentra completas descripciones de la vida, rápidas asociaciones de ideas y, además, algo que (según Pío Baroja) no va siempre acompañando a la intuición: el talento discursivo. Kaiser ejercita su impar talento discursivo que le faculta para estructurar en pocas páginas sus tesis, antítesis y síntesis, rebosantes de contenido. Por eso criminólogos y no criminólogos le leemos y escuchamos con tanto provecho.

Su *curriculum vitae* muy difícilmente puede resumirse en sólo unas páginas. Günther Kaiser nació el 27 de diciembre de 1928 en Walkenried/

Harz. Cursó el *Studium generale* en Tubinga y el *Studium* de Ciencias jurídicas en Gotinga. Primer examen de Estado en Derecho en 1956, el segundo en 1960. El año 1962, promoción a la Universidad de Tubinga. Actuó varios años en el servicio supremo de Justicia del Estado Baden-Württemberg, siendo desde 1963 Asistente científico y miembro del Consejo Académico del Instituto de Criminología de la Universidad de Tubinga.

Actualmente es Catedrático de Criminología y Derecho penal en la Universidad de Friburgo de Brisgovia, Catedrático Extraordinario de Criminología y Derecho penal en la Universidad de Zürich, y Director del Instituto Max-Planck de Derecho Penal extranjero e Internacional, en Friburgo de Brisgovia. Después de su habilitación (1969) es miembro científico de este último Instituto. Forma parte del Consejo directivo de las siguientes instituciones: Kriminologische Zentralstelle Wiesbaden; Kriminologisches Forschungsinstitut Niedersachsen; Forschungsbeirat des Bundeskriminalamtes, y de las siguientes Revistas: the British Journal of Criminology, Studies on Crime Prevention, Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform. También es miembro de la Comisión anti-tortura del Consejo de Europa, y Presidente de la Neue Kriminologische Gesellschaft (Asociación Científica de los criminólogos alemanes, austriacos y suizos).

De varios de sus libros principales se han hecho múltiples ediciones (ocho de su *Introducción a la Criminología*), y han sido traducidos a diversos idiomas: castellano, chino, italiano, japonés y ruso. Ha publicado, hasta marzo de 1992, más de doscientas setenta obras. Entre las más importantes podemos citar:

Kaiser, G.: *Moderne Kriminologie, Strafrechtsreform und das "neue" Bild des Menschen*. Krim 17(1963), 10-15.

Kaiser, G.: *Zur gegenwärtigen Lage des deutschen Strafvollzugs*. Krim 22(1968), 120-124.

Kaiser, G.: *Strategien und Prozesse strafrechtlicher Sozialkontrolle*. Frankfurt/M. 1972.

Kaiser, G.: *Role and Reactions of the Victim and the Policy of Diversion in Criminal Justice Administration*. In: *Criminology Between the Rule of Law and the Outlaws*. Volume in Honour of W.H. Nagel. Deventer 1976, 159-172.

Kaiser, G.: *Gesellschaft, Jugend und Recht*. Weinheim u.a. 1977.

Kaiser, G.: *Resozialisierung und Zeitgeist*. FS für Th. Würtenberger zum 70. Geburtstag. Berlin 1977. 359-372.

Kaiser, G.: *Zielsetzung und Grenzen des offenen Vollzugs*. In: *Der offene Vollzug-Chancen-Erfahrungen-Probleme*. Tagung vom 23. bis 24.4.1979. Evang. Akademie Bad Boll. Materialdienst 9/79. Bad Boll 1979, 1-141.

Kaiser, G.: *Perspektiven vergleichender Pönologie*. MschrKrim 63(1980), 366-378.

Kaiser, G.: Anmerkung zum Beschlüß des OLG Frankfurt vom 2-9-1982 - 3 WS 518/82 (StVollzG). NSTz 1983, 142-143.

Kaiser, G.: Strafvollzug im europäischen Vergleich. Darmstadt 1983.

Kaiser, G.: Die gesetzliche Regelung über den Vollzug der Untersuchungshaft und ihre Reform. FS zum 125jährigen Bestehen der Juristischen Gesellschaft zu Berlin u.a. 1984, 299-314.

Kaiser, G.: Zweckstrafrecht und Menschenrechte. SJZ 80(1984), 329-342.

Kaiser, G.: Erfolg, Bewährung, Effizienz. In: Kleines Kriminologisches Wörterbuch, hrsg. v. G. Kaiser, H.-J. Kerner, F. Sack, H. Schellhoss. 2.Aufl. Heidelberg 1985, 89-95.

Kaiser, G.: Klausur 4: Zeitungs- und Zeitschriftenbezug. In: Einführung und Fälle zum Strafvollzug, hrsg. v. H. Müller-Dietz, G. Kaiser, H.-J. Kerner. Heidelberg 1985, 129-140.

Kaiser, G.: Strofvollzug im internationalen Vergleich. In: GS für H. Kaufmann. Berlin u.a. 1986, 599-621.

Kaiser, G.: Strafvollzug aus internationaler Sicht. In: Aktuelle Probleme des Straf- und Maßnahmenvollzugs, hrsg. v. d. Schweizerischen Arbeitsgruppe für Kriminologie. Bd.1. Grösch 1987, 379 ff.

Kaiser, G.: Das deutsche Strafvollzugsgesetz in international vergleichender Sicht. ZfStrVo 36(1987), 24-31.

Kaiser, G.: Kriminologie - Ein Lehrbuch. 2. Aufl. Heidelberg 1988.

Kaiser, G.: Neue Wege im schweizerischen Maßnahmenvollzug. ZStW 1988, 228-251.

Kaiser, G.: Die Entwicklung von Mindestgrundsätzen der Vereinten Nationen zur Prävention von Jugendkriminalität und zum Schutz inhaftierter Jugendlicher. RdJB 37(1989), 44-58.

Kaiser, G.: Kriminologie, Eine Einführung in die Grundlagen. 8. Aufl. Heidelberg 1989.

Kaiser, G.: Der Erziehungsgedanke zwischen informeller Konfliktregelung und defensivem Formalismus - Erziehungsstrafrecht ohne Chance? In: Deutsch-Polnisches Kolloquium zum Jugendstrafrecht, hrsg. v. J. Wolff. Oldenburg 1990.

Kaiser, G.: Befinden sich die kriminalrechtlichen Maßregeln in der Krise? Heidelberg 1990.

Kaiser, G.: Human Rights in the Enforcement of Sanctions involving Deprivation of Liberty. In: Annales Internationales de Criminologie 28(1990), 151-174.

Kaiser, G.: Die Europäische Antifolterkonvention als Bestandteil internationalen Strafverfahrens- und Strafvollzugsrecht. SchwZfStr (1991), 213-231.

Kaiser, G.: Kerner, H.-J., Schöch, H.: Strafvollzug. Ein Studienbuch. 3. Aufl. Heidelberg 1983. 4. Aufl. Heidelberg 1991.

Kaiser, G.: Kerner, H.-J., Schöch, H.: Strafvollzug. Ein Lehrbuch. 4. Aufl. Heidelberg 1992.

2. *La Criminología alemana en la Universidad y el Palacio de Justicia*

Aunque no en todos, en muchos lugares el Derecho penal es un castillo aislado del resto del mundo por un río caudaloso y profundo. Sus cate-dráticos tienen una llave que de vez en cuando usan para bajar durante unos breves momentos el puente levadizo que permite asomarse al campo, a la ciudad, a los verdugos y a los delincuentes.

El Profesor Günther Kaiser ha construido un puente relativamente nuevo, de extraordinaria solidez y anchura, que une permanentemente ese castillo con la sociedad. Es tal el tráfico que incentiva ese puente que la vida dentro del castillo ha cambiado radicalmente. Ya ni se habla el mismo idioma. Algunos penalistas aprenden y pronuncian palabras nuevas; leen e interpretan con otra epistemología.

Entre los catedráticos de Derecho penal -salvo honrosas excepciones- se designa el contenido de nuestra asignatura diciendo que estudiamos "los delitos y las penas". De eso sólo tratamos. Lo mismo se afirma entre los ciudadanos. Cuando la prensa, la televisión, los libros, las revistas, los diskettes de ordenador, se refieren a nuestro castillo, comentan sólo algo de una de esas dos palabras. Ellas resumen todo.

Sin embargo, desde que se ha abierto al tráfico el puente de la Criminología todo ha cambiado. Ya no basta hablar de delitos y de penas. Ya no se "castiga" a los delitos con sólo penas. Se "sanciona" con *Strafrechtliche Sozialkontrolle*, con control social jurídico-penal. Todavía más, también se ausculta y responde a las víctimas, a las conductas desviadas y al control social y a la criminalidad y a los operadores sociales y a los legisladores y a los que abusan del poder económico, eclesiástico, político, social, etc. En suma, ese puente deja muy poco en pie del antiguo castillo, tal y como lo construyeron Beccaria y nuestro Manuel de Lardizábal y Uribe.

Kaiser ha logrado que, en Alemania, la Criminología alcance su mayoría de edad como ciencia imprescindible en la Universidad, en la doctrina y la praxis del Derecho penal, de la Administración de la Justicia, en el sistema penitenciario, etc.

Su llegada al Instituto Max-Planck de Derecho penal extranjero e internacional, el año 1970, y su intensa actividad desde entonces, puede considerarse, desde nuestro punto de vista, como el momento cero de la historia de la Criminología en Alemania, y en muchas otras naciones, en

cuanto ciencia multi- e interdisciplinar que, en cierto sentido, avanza paralela en plan de igualdad y con rango de necesidad inexorable para el estudio y la praxis del Derecho penal (cfr. G. KAISER, "Kriminologie im Verbund gesamter Strafrechtswissenschaft am Beispiel krimilnologischer Forschung am Max-Planck-Institut in Freiburg", en T. VOGLER (Comp.), *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlín, 1985, p. 1035). Pronto se van extendiendo las conquistas de Kaiser en muchos países, pero no suficientemente en todos, y por desgracia tampoco en España.

Gracias a Kaiser a la Criminología se la reconoce como ciencia adulta, necesaria, imprescindible, para la administración de la justicia. Brota del interior del Derecho penal, como Eva de las costillas de Adán; pero compañera, no sierva, ni hija. A finales del siglo XX nuestros jueces, policías y penitenciaristas, si desconocen la Criminología, permanecen apoyados en coordenadas pre-científicas, en técnicas de puro silogismo, con ignorancia de las elementales conquistas de las ciencias empíricas del hombre y de lo social.

Por eso, en los últimos años, la enseñanza de la Criminología en las universidades alemanas se ha más que cuadruplicado, ha incluido obligatoriamente la Criminología en la formación de los juristas. Este progreso quedó patente en el XLI Curso Internacional de Criminología celebrado en San Sebastián, del 16 al 21 de octubre 1989, sobre la enseñanza universitaria de la Criminología (cfr. *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 3 extr., 1990). Consecuentemente se han modificado, en Alemania, los reglamentos relativos a la formación judicial y se ha introducido el grupo optativo "Criminología, Derecho penal juvenil, ejecución de la pena". Sobre y para él ha escrito Kaiser, con otros colegas, el libro así titulado, del cual se han hecho ya varias ediciones.

Como David, aquel sencillo pastor, lanzó una piedra a la cabeza del gigante Goliath y le hirió de muerte, de modo semejante Kaiser lanzó su libro (sus muchos libros) a la cabeza del obsoleto Derecho penal y así venció al gigante que todo lo cifraba en la fuerza violenta y el castigo (no hablamos del Derecho y proceso penal debidamente actualizados).

De la Criminología de Kaiser podemos decir lo que Rainer María Rilke del Greco en Toledo: "es un cabujón enorme engastado en este terrible y sublime relicario... una hermosa hebilla que mantiene fuertemente unida la gran visión en torno a las cosas..."

Actualmente en las universidades alemanas hay cinco cátedras de Criminología (Berlín, Greifswald, Hamburgo, Münster y Tubinga) y más de una decena de "triples" cátedras de Derecho penal, penitenciario y Criminología. En cambio, la Universidad española no ha dotado todavía una sola cátedra de Criminología. Esta ni aparece entre las ciento dieciséis titulaciones universitarias hispanas. Analicemos algo esta laguna nuestra.

2.1. Menesterosidad de la Criminología en España

En cierto sentido, el Código penal, la administración de la justicia, el respeto a los derechos humanos, antes, durante y después del proceso penal, antes, durante y después de la cárcel, alcanzan en España una altura propia de los países de nuestro ámbito cultural. Pero, en un punto concreto deja bastante, mucho que desear. Me refiero a la influencia de la moderna Criminología en la Universidad, en la ciencia y en la praxis del Derecho penal, en las instituciones penitenciarias, policiales, en el aparato judicial y en la convivencia toda.

Atentos a esta parcela criminológica debemos congratularnos especialmente con la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea por su preocupación pionera, que se patentiza, entre otros hechos, en la fundación del Instituto Vasco de Criminología-Kriminologiaren Euskal Institutoa, en la dotación del Master en Criminología y, últimamente, en el nombramiento de Doctor "Honoris Causa" del Profesor Kaiser.

Todos conocemos los aciertos y las aportaciones de la Criminología española desde hace mucho tiempo (cfr. M. COBO DEL ROSAL, E. BACIGALUPO, "Desarrollo histórico de la Criminología en España", *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 11, 1980, pp. 31 ss.). También recordamos el Congreso Internacional del año 1970 (Madrid), los Cursos Internacionales de 1976 (San Sebastián), 1980 (Pamplona), 1989 (San Sebastián) y 1991 (Barcelona), las más de sesenta publicaciones del Instituto de Criminología de Madrid, las revistas *Anuario de Derecho Penal* (Madrid), *Cuadernos de Política Criminal* (Madrid), *Estudios penales y criminológicos* (Santiago de Compostela), *Delinquency/Delincuencia* (Valencia), *Papers d'Estudis i Formació* (Barcelona), los libros de López Rey y J. Caro Baroja, las publicaciones del Consejo General del Poder Judicial, y las investigaciones de Criminología fundamental y aplicada de diversas instituciones y personas (A. Asúa, I. Dendaluze, E. Echeburúa, J. Elzo, I. Muñagorri, A. Serrano Gómez, J.J. Toharia, etc.). Podemos afirmar que nuestra Criminología existe desde hace tiempo. Pero, a pesar de eso, también podemos lamentar que avanza con lentitud de tortuga; y, a veces, de cangrejo. Un replanteamiento estructural de los planes de estudios universitarios han de hacer sitio a la Criminología; y mucho más que como asignatura optativa.

Si se prescinde de la labor de los Institutos de Criminología (Andalucía, Barcelona, Madrid, San Sebastián, Santiago de Compostela, Valencia), se constata que elaboramos e interpretamos las leyes con sólo la pupila dogmática; carecemos de la otra, la criminológica. Con sólo un ojo, poco se puede juzgar ni reconciliar. Por eso, agradecemos al Profesor Günther Kaiser que haya aceptado formar parte de nuestros claustros, pues necesitamos seguir aprendiendo de él.

Se puede decir que el puente construido por Kaiser y sus discípulos casi no existe en España, se le conoce mucho menos que en otros países.

Ello produce grietas lamentables en el edificio de la convivencia. No pocas personas e instituciones hispanas opinan, todavía hoy, que el Derecho penal se puede aprender en la Universidad y aplicar en los Tribunales sin necesidad de un estudio paralelo (o, al menos, complementario) de la Criminología. Por lamentable ignorancia, algunos ven en la Criminología únicamente la guinda que se añade a la tarta. Por desgracia, nuestros programas de preparación a las oposiciones de la carrera judicial y fiscal para ingreso en la Escuela Judicial han ignorado totalmente estas cuestiones. El programa vigente hasta 1991 para jueces y fiscales no dedicaba ningún tema a la Criminología. El nuevo programa únicamente en el tema primero habla de "Las ciencias penales en especial la Criminología".

A este anémico empobrecimiento criminológico debe atribuirse gran parte de las -pública y científicamente constatadas- deficiencias de nuestros Tribunales de justicia, de nuestras respuestas a los infractores juveniles, de nuestro sistema penitenciario, de nuestras instituciones policiales, de nuestra asistencia a las víctimas del terrorismo, etc.

Afortunadamente, nuestra Universidad del País Vasco en este campo (como en otros) está abriendo caminos nuevos. Está avanzando delante de la primera línea. Por eso merece la felicitación como pionera. Por eso nos ha convocado a este solemne acto académico. Para escuchar y agradecer a quien muchos consideramos el criminólogo más atento conciliador de los colegas extremos. Ausculta, integra y avanza.

En resumen, del Profesor Kaiser podemos aprender cómo se reconceptualiza una Criminología humana, cómo se forma un equipo y una escuela, cómo se crea un Instituto y una editorial tales que logran que la sociedad, la universidad y la justicia se convenzan de la necesidad perentoria del estudio y la aplicación de la Criminología en la universidad, en la justicia, en la policía, en las instituciones penitenciarias, en la política, en las oficinas de asistencia a las víctimas, en las empresas, etc.

De todo esto convendría hablar despacio, dada la penuria de nuestra Criminología fundamental y aplicada, pero ahora nos limitamos a decir algo de su paradigmática aportación universitaria en Criminología, en Victimología y en Deontología, tal y como a nosotros nos ha enriquecido y esperamos nos siga iluminando y animando. Confieso que, como antes he insinuado, el agradecimiento y el aprecio por todo lo con él y de él aprendido me impiden redactar un mero resumen objetivo — imagen de espejo — de su magisterio.

3. *Criminología más interdisciplinar*

Kaiser estudia, patentiza y enriquece las raíces, las evoluciones históricas y las tendencias actuales y futuras de la Criminología y, especialmente, desde las dos cosmovisiones principales: la tradicional y la más moderna.

Después de analizarlas con objetividad, logra armonizarlas, pero no viniendo al medio de las dos, amputándolas, sino prolongándolas por sus extremos hasta que — creciendo — llegan a encontrarse.

Acepta importantes puntos básicos de la tradicional, pero rechaza otros que considera insatisfactorios y incongruentes; por ejemplo, la *aceptación de la noción de delito en sentido positivista (aunque él lo reconoce como cordón umbilical y como una de las nociones básicas, pero sometida a una crítica profunda)*. También acoge muchas aportaciones de las concepciones modernas, especialmente de la Criminología crítica. Pero, Kaiser se mantiene en guardia para evitar caer en perspectivas unidimensionales, en el olvido de la personalidad del delincente, de la culpabilidad individual, de la prevención primaria, de la víctima, de los controles formales e informales, etc. El aprecia la riqueza innegable de la evolución científica y la ampliación de horizontes de la teoría de la reacción social ("*labeling approach*").

No admite una Criminología jurídica que pretenda defender el *status quo* legal de cada momento y país. Ni una Criminología servilmente dependiente del Derecho penal, sino que aboga por su autonomía, que *apoya en su evolución histórica y, principalmente, en su total interdisciplinaridad, como lo patentiza el Gráfico 1.*

Considera que la Criminología tradicional resulta hoy angosta en contenido. Debe ampliar su campo de investigación y de acción incluyendo también la criminalización del actuar individual e institucional, la elaboración de las normas legales y del control, la administración de la justicia, la instrumentalización al aplicar las normas con filtros selectivos, la evaluación del proceso penal con sus resultados, el módulo jurídico, el ministerio fiscal, sin olvidar, ni mucho menos, a la víctima, los derechos humanos, la investigación empírica del modo de comportarse la policía y las paradigmáticas aportaciones de la moderna ciencia del conocimiento; fomenta la atención *de lege ferenda* a la criminalidad económica y del medio ambiente, de la corrupción de los magnates, etc.

En los últimos años, especialmente con la aparición de las teorías del *labeling approach* y neomarxistas, aparecen barreras de comunicación entre las diversas escuelas criminológicas que dificultan el avance científico e incluso el diálogo y la influencia mutua. Kaiser supera en gran parte esas barreras. En concreto, propugna llegar a un equilibrio en las investigaciones sociales y en los factores biológicos; busca una perspectiva biosocial. En España siguen este camino, con sus propios matices, A. García-Pablos E. Giménez-Salinas, y F. Muñoz Conde, entre otros.

Con su abertura del horizonte, Kaiser amplifica el campo de discusión científica y aporta grávidas consecuencias aplicables en la Universidad y en la práctica de la política criminal. Comentamos, como ejemplo, un par de

temas: el delito, la interdisciplinariedad, la socialización, el control social jurídico-penal, las drogas y la juventud.

Desde los fundamentos de su cosmovisión Kaiser admite el delito-criminalidad, la peligrosidad social, la responsabilidad penal, la culpabilidad de la persona y la sanción. *El delito* lo entiende en forma dinámica, en la perspectiva de la criminalización, más que como "desviación" o conducta desviada que fluye desde la Medicina o la Estadística. Para dar entrada al delito, Kaiser sitúa en los diversos niveles de su Criminología nuevas nociones, apoyadas en realidades científicas tradicionales, sí, pero actualizadas de raíz, principalmente por las dimensiones sociológicas y psicológicas; por ejemplo, la teoría de la conformidad diversa de la conducta con base en una socialización y control social diferenciales, sin suscribir acríticamente esas doctrinas. A la sombra de la doctrina de Hobbes, en su *Leviatán*, estudia no sólo por qué las personas delinquen, sino también cómo aprenden la conducta conforme a la norma.

Leyendo al Profesor Kaiser, algunos catedráticos y estudiosos de Derecho penal hemos caído en la cuenta de que al delito, en cierto sentido, convendría cambiarle de nombre y añadirle algunos protagonistas. Pensando con sana utopía hablaríamos de criminalidad o delincuencia más que de delito. Criminalidad que no es la suma de los delitos, sino algo distinto; como el océano no es la suma de las gotas de agua. La criminalidad tiene mucho de estructuras sociales injustas, que difícilmente se encuentran tipificadas y sancionadas en los artículos del Código penal. El delito necesita una remodelación que lo patentice como obra no sólo del delincuente, sino también como obra de construcción social, en la que se interfieren el legislador, los controles formales e informales, las víctimas y no menos los denunciantes.

La duda surge acerca de a quién compete prioritariamente el derecho y deber de denunciar un delito grave: ¿ la víctima, o al ciudadano o a la autoridad? No siempre a la autoridad. También aquí pervive el principio de subsidiariedad, aunque el Estado intervencionista lo olvida y posterga. Han de recordar los ciudadanos su obligación de denunciar los delitos graves. De esta obligación nadie está exento, salvo en circunstancias muy excepcionales, ni los abogados, ni los procuradores, ni los sacerdotes. Recordemos el asombro del cardenal Decourtray al hacer público (París, 6 de enero de 1992) el informe de 436 páginas, del equipo de René Remond, "Touvier y la Iglesia" que patentiza la exagerada y aun equivocada concepción del derecho de asilo eclesiástico a delincuentes graves: "¿ Cómo es posible que tantos hombres de la Iglesia pudieran, en nombre de una cierta concepción de la caridad, ignorar hasta ese punto las exigencias de la justicia y la verdad?". Conviene que estas exigencias alumbren con nuevos enfoques epistemológicos la realidad de la sanción superadora de tendencias expiatorias, y volcada al cien por cien en la repersonalización del infractor, sobre todo si se trata de jóvenes, y en la evitación de la privación de libertad.

Por otra parte, algunos catedráticos y alumnos de Sociología aprenden de Kaiser que la explicitación de los factores etiológicos debe investigarse con metodología sociológica, pero sin olvidar la pupila de las ciencias sociales; superando los muros que actualmente separan ambos campos y esterilizan muchas jornadas de trabajo. La Sociología es un río caudaloso que aboca al lago de la Criminología... y que recibe una coloración peculiar de la conjunción interdisciplinar con los otros ríos que desembocan en ese lago, especialmente con la Psicología.

Más de un psicólogo agradece a Kaiser sus sólidos argumentos de que todavía, y durante mucho tiempo, será necesario estudiar la personalidad del delincuente, la personalidad de la víctima y la personalidad de los operadores del control social (jueces incluidos). Que no han desaparecido las coordenadas descritas por Pinatel (agresividad, egocentrismo, indiferencia afectiva y labilidad), pero que necesitan una revisión actualizadora, como indican Debuyst, Ottendor y otros, en el marco de la psicología cognitiva.

Especial enriquecimiento aportan los trabajos del catedrático alemán a nuestros jueces y magistrados para que acepten — y también pidan — que para dictar sentencia necesitan un perito criminológico que les informe sobre la personalidad del delincuente y de la víctima, y sobre las circunstancias sociales pasadas y futuras de ambos.

Gracias a Kaiser nuestras Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado van logrando dar un giro copernicano por el que se ocupan y preocupan de las víctimas y de los denunciantes antes y más que de los delincuentes; anteponen a la eficacia los derechos humanos y la dignidad de la persona, como proclama la deontología policial; y incorporan a sus creencias más íntimas un *no incondicional* a la tortura (cfr. J. I. DE LA CUESTA, *El delito de tortura. Concepto. Bien jurídico y estructura típica del art. 294 bis del Código penal*, Bosch, Barcelona, 1990), y un sí a la tarea repersonalizadora: los calabozos policiales mejor construidos y atendidos deberían convertirse en centros de cumplimiento de las sanciones de fines de semana y de las sanciones privativas de libertad de corta duración, fomentando así la resocialización por la cercanía con los familiares, amigos y conciudadanos, como se estudió en Barcelona, en las "Jornadas sobre la privatización del Derecho penal", y en el Informe del Ararteko y del IVAC-KREI sobre los calabozos (cfr. *Los calabozos. Centros de detención municipales y de la Ertzaintza*, Ed. Ararteko — Universidad del País Vasco, Vitoria — Gasteiz, 1991, p. 122).

A sus lectores Kaiser nos ha convencido que su Criminología logra quitar la venda de los ojos de la justicia para evitar que, con frase ya universalmente admitida, nuestros operadores actúen a ciegas. También corrige en muchas mentes y en muchos corazones la idea-sentiente de que, apoyándose en un supuesto sentido común evidente y perenne, juzgar y mencionar a los delincuentes resulta claro y fácil. Kaiser conoce y analiza la

discontinuidad en los planteamientos científicos frente a los prácticos, por lo que avanza más allá de la ruptura de la racionalidad, por tratarse de realidades y sistemas complejos, cambiantes cada día, repletos de preconceptos, prejuicios y presentimientos.

Con extensas matizaciones, Kaiser se suma a los que rechazan el determinismo, especialmente respecto a los delincuentes por conflicto, de tráfico normales, los económicos de cuello blanco y los ladrones de comercio. Pero, llama la atención acerca del problema del cuestionable reproche contra quienes han sido socializados de manera insuficiente, o peor aún, desviada, a consecuencia de un desarrollo deficitario; y recuerda que ellos representan el potencial donde son reclutados los reincidentes y los autores intensivos. Esto no parece en modo alguno casual. Al contrario, todas las investigaciones patentizan sus inexorables nexos causales. Ahí están las cifras de los suburbios de las megápolis, especialmente en el Tercer Mundo (cfr. *Die Vergleichung als Methode der Strafrechtswissenschaft un der Kriminologie*, compilado por H-H Jeschek y G. Kaiser, Duncker & Humblot, Berlín, 1980, pp. 269, 274). Ahí están las confirmaciones de los profesores Elías Neuman, Luis Rodríguez Manzanera y Eugenio Raúl Zaffaroni.

En el centro de la *socialización* Kaiser “encuentra” a la persona y a la familia — célula básica de la sociedad —, aunque reconoce que también hay que observar todas sus circunstancias y circunstancias. Y presta atención especial a la interiorización de los valores y las vinculaciones. Analiza los portadores y mecanismos que deben transmitir los criterios dominantes. Dirige su mirada ya desde el primer momento al conflicto social (la pedagogía de fracaso) en interacción con la familia, la escuela, el lugar de aprendizaje profesional, la relación con grupos de mayor edad, las comunidades eclesiales y los *mass media*, como lo expresa el gráfico 2.

Lógicamente, si estos procesos de socialización se quiebran o fracasan abocan a perturbaciones, conductas desviadas y delitos en alguno de los ámbitos referidos. A ellos habrá que volver para lograr la recuperación del orden perturbado (no se trata sólo de restablecer lo pasado, sino de recuperarlo con mayor fuerza dinámica). Habrá que intentar la resocialización/repersonalización del marginado y/o delincuente, con plena capacidad de acción y convivencia. Sobre todo de los jóvenes. A ellos les insiste sobre el aprendizaje de la seguridad en uno mismo, la formación de la conciencia, la motivación hacia el rendimiento eficaz y ético, la predisposición y capacidad de solucionar los onflictos de forma productiva, y la solidaridad. También para ellos elabora su nuevo control social jurídico-penal.

3.1. *Nuevo control social jurídico-penal*

Entre las aportaciones/creaciones científicas de Kaiser destaca su *Strafrechtliche Sozialkontrolle*, su “control social jurídico-penal”. El supera

notablemente lo que en terminología angloamericana se denomina "Crime control", por una parte, y "Social censure", por otra. Integra y sistematiza todas las instituciones, estrategias y sanciones sociales que persiguen una conformidad de conducta en el ámbito de normas jurídico penalmente protegido.

Es decir, ante la disyuntiva de optar entre "ley y orden" o "emancipación anárquica", entre *status quo* o cambio social, Kaiser estructura un control tal de las conductas que, con la mínima lesión de los derechos humanos y la libertad, logre — armonizado en sistema — la prevención primaria, la que se ejerce en la comunidad, la prevención secundaria, referida a las personas proclives a delinquir, y la prevención terciaria, encaminada a la repersonalización de los delinquentes. No niega la necesidad de las sanciones penales y, dentro de ellas, en supuestos extremos, de la privación de libertad (cuyo efecto disuasorio y resocializador considera pequeño, a no ser que se empleen concienzudamente métodos científicos de repersonalización), pero insiste cada vez más en favor de las técnicas preventivas y en sanciones alternativas comunitarias.

Este control, fruto de una seria profundización teórica, avanza entre Scylla y Caribdis, para evitar la rigidez dictatorial que aboca a la rebelión y erupciones violentas, así como para evitar también la excesiva permisividad, proclive a la anarquía y el caos. Procura armonizar los controles formales (como las sanciones penales y policiales), con los informales (como la familia y la escuela). Y procura lograr una amplia intercambiabilidad y flexibilidad apoyadas en múltiples alternativas. Procura evitar el hacinamiento en las instituciones penitenciarias y disminuir notablemente el porcentaje de internos e internas, especialmente en situación de prisión preventiva (cfr. el gráfico 3 que muestra el número total de personas -por cada 100.000 habitantes- privadas de libertad en los países europeos, el 1.º de septiembre de 1988; y el número correspondiente a la prisión preventiva).

La determinación individual del control debe llevarse a cabo a nivel legal, judicial y penitenciario. En las revisiones durante las diversas etapas del cumplimiento de las penas y/o medidas penales tienen extenso campo de trabajo los criminólogos penitenciaristas (art. 281 de nuestra Ley General Penitenciaria de 1979, según el texto del Real Decreto de 28 de marzo de 1984 — cfr. F. Bueno Arús, C. García Valdés, B. Mapelli). También ciertas instituciones informales pueden llevar a cabo la personal determinación del control aquí propugnado, es decir, dentro de una prudente privatización del Derecho penal y de la Criminología (cfr. Jornadas sobre "El Derecho penal y la víctima: ¿Hacia una privatización del sistema?", Barcelona, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, diciembre 1989).

Tanto o más que al delito o al delincuente, este nuevo concepto del control mira y estudia la reacción social, las respuestas alternativas de

las instituciones comunitarias formales e informales. Estas "contestaciones" se ubican afortunadamente en la encrucijada entre el control social general, la política criminal y social, el empeño de la policía y la judicatura en la actividad para prevenir/restablecer dinámicamente el desorden que se llama criminalidad y delito, también con sus "aledaños" las desviaciones sociales. Se incluye, por lo tanto, la moral, el derecho, las ciencias, las religiones, la educación y la terapia social. Pero, se atiende especialmente a las sanciones y medidas de corrección y seguridad (no privativas de libertad, en la mayoría de los casos), en relación con la totalidad del sistema jurídico.

Se otorga también papel preponderante como portadores del control, junto a la policía y a la administración de justicia, a la opinión pública, a las víctimas, a los denunciantes todos, a los encargados de la asistencia y vigilancia durante la *probation*, etc. Por desgracia, no hemos logrado establecer en España todavía la probación, aunque un buen grupo de criminólogos lo estamos intentando desde hace tiempo. Ya antes del Simposio que se celebró en Barcelona -*Simposio Internacional sobre probation y otras medidas alternativas a la prisión*, IRES y Consejo de Europa, junio 1983- clausurado por el entonces ministro de Justicia, Fernando Ledesma, y con participaciones muy inteligentes y decididas, como la de Enrique Ruiz Vadillo.

En pocos campos hemos aprendido más de Kaiser que en el de las instituciones penitenciarias. La dignidad de la profesión de estos funcionarios, actualmente tan distinta de la figura antigua de los carceleros; la dignidad de quienes sienten la vocación para dedicarse a asistentes-controladores de delincuentes sometidos a *probación*, conscientes de que ese medio centenar de personas a las que atienden y prueban, bajo las órdenes del juez, reconocerán en ella o en él una verdadera madre o un verdadero padre.

Kaiser insiste en estrategias para que el número de los internos en los muros carcelarios vaya disminuyendo cada día mediante la inteligente creación de sanciones -respuestas- ambulatorias, no sólo la probación que comentamos en estas líneas. El problema del hacinamiento en las cárceles no se soluciona con la construcción de nuevos edificios, ni con el aumento de personal penitenciario (pero sería equivocado que nuestro futuro Código penal fomente la *inmediata* excarcelación masiva). Inteligentes páginas consagra Kaiser a la descriminalización, la desinstitutionalización, la diversión y el proceso debido "due process", con el respeto escrupuloso de las garantías de los derechos individuales. Bajo la amplia rúbrica de "diversión" se pretende evitar todo lo posible las tradicionales sanciones jurídico-penales e incluso el proceso previo, aunque se cuida y procura detectar, comprobar y constatar las infracciones a las normas establecidas. En algunos países se va haciendo cada vez más uso de la diversión, sobre todo respecto a los jóvenes, llegando a evitarse, a veces, hasta un 45% de los procesos.

Buena parte de su trabajo ha dedicado Kaiser a crear/recrear este control social jurídico-penal, profundizar teóricamente en él, estructurarlo

como un todo, sistematizarlo, integrarlo en el conjunto general, y probarlo empíricamente. Es lógico que este concepto, fraguado por el cate-drático friburgués, haya sido admitido en la terminología internacional, incluso por los discrepantes de su escuela.

3.2. Drogas y jóvenes

Su aprecio y preocupación esperanzada por la juventud obligan a Kaiser a tratar con frecuencia los problemas juveniles. En muchas de sus publicaciones se ocupa, por ejemplo, de la tragedia debida a la droga. También lo expuso en el Acto Solemne durante el II Congreso Mundial Vasco (cfr. KAISER, "Models of prevention and the laws on narcotics in comparative perspective Drugs in international and comparative penal law", en *II Congreso Mundial Vasco. Congreso de Drogodependencias. Análisis multidisciplinar*, T. III, Servicio de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 1988, p. 47).

De esta ponencia sobre la "visión comparada de la prevención y de la legislación sobre las drogas. Las drogas en el Derecho penal comparado" nos interesa el tema que estudia y el cómo lo estudia. En ella se patentiza una vez más el método que generalmente emplea en sus investigaciones y exposiciones: comienza con la descripción objetiva del problema en general; resume su evolución a lo largo de la historia, y a lo ancho de la geografía, analiza las diversas realidades (según múltiples informes y datos estadísticos) y doctrinas en la actualidad, para terminar con algunas conclusiones, sólidamente argumentadas en constataciones empíricas y en reflexiones científicas sobre hechos concretos, que brindan estrategias de solución. Destaca generalmente lo positivo más que lo negativo, lo esperanzador más que lo pesimista (en su reciente artículo -en *Universitas*- sobre y contra la corrupción se corrobora, una vez más, lo que estamos observando ahora).

Entre las conclusiones de esta ponencia, subraya que no tenemos otra opción clara que la de intensificar la prevención primaria, la secundaria y la terciaria; además, dice, hemos de seguir estudiando el problema para no caer en la trampa de la ignorancia y del ensanchamiento de la red controladora. Ya se ha conseguido, según algunos datos, una estabilización del consumo y del tráfico de drogas. Queda entre interrogantes la cuestión de cuándo y hasta dónde se abren las puertas a algunas y/o a todas las drogas (cfr. E. NEUMAN, *La legalización de las drogas*, Depalma, Buenos Aires, 1991).

En fechas recientes, en varias revistas y en el libro *Strafvollzug. Ein Lehrbuch* (Heidelberg, 1992), Kaiser ha vuelto sobre el tema y ha actualizado lo que dijo en el II Congreso Mundial Vasco: esta conducta delictiva es un momento más en el proceso de desamparo o desintegración social; al uso de drogas le corresponde a veces la importancia de un sistema intercambiable; hemos de estar alerta de una evolución hacia el alcoholismo juvenil; muchos delincuentes ingieren cantidades exesivas de alcohol antes

de realizar sus conductas delictivas; el rechazo social, comunitario, y los medios de comunicación pueden lograr efectos notables en este campo.

Sigue en pie la trágica realidad de que la inmensa mayoría de los internos e internas en nuestras cárceles ha ingresado por infracciones relacionadas con las drogas, tanto en Alemania (cfr. gráfico 4) como en España y, concretamente, en el País Vasco. Hace pocas fechas -marzo de 1992- la juez de vigilancia penitenciaria, Ruth Alonso, informaba que el 89% de los internos en la cárcel de Nanclares de la Oca (Alava) provienen de delitos de esta clase. La magistrada, en comparecencia ante la Comisión de Drogodependencias del Parlamento Vasco, dio a conocer los resultados del programa de desintoxicación puesto en marcha en dicho establecimiento penitenciario. Señaló que sólo el 22% de los reclusos ha participado en él, y el 10% lo ha concluido. El resto no ha asistido porque no ha querido, ya que es algo voluntario.

Por otra parte, al hablar de la juventud hay que evitar no tener en cuenta los distintos estratos de edades. El gráfico 5, sobre las edades de los infractores juveniles en prisión, muestra la evolución en Alemania, desde 1963 a 1989, del número de jóvenes infractores entre 21 y 25 años. Su porcentaje supera muchísimo al porcentaje de los infractores entre 14 y 17 años, y entre 18 y 20 años. Aunque los datos se refieren a Alemania, nos interesan también en España para estudios comparativos, y porque este problema de las drogas en los jóvenes -y tantos otros- hoy necesitan diferenciar las diversas etapas en la evolución/maduración juvenil, con tan discrepante volumen de sus respectivas infracciones.

3.3. *Decálogo criminológico teórico-práctico*

A la luz de lo escrito y sugerido en las publicaciones del Profesor Günther Kaiser nos ha parecido oportuno formular los siguientes principios/ aforismos criminológicos:

1. — La Criminología científica, como ciencia y como arte, supera la precientífica, pero no olvida la protocientífica. Su estudio, contemplación y respuesta giran en torno a toda la persona, animal social racional y metarracional.

2. — La Criminología emplea el método empírico e interdisciplinar, con consideración integrante especial de lo sociológico y psicológico. Pretende abrir los ojos de la Justicia, quitarle la venda.

3. — Acepta de la legislación positiva el concepto de delito, pero lo critica desde sus raíces. La criminalidad, las estructuras sociales injustas amplían en diversos sentidos la noción de delito de nuestros Códigos penales.

4. — También acepta, y también critica el concepto de las penas y las medidas penales. Estudia las respuestas a la criminalidad a través del control social jurídico-penal. Descriminalización, desinstitucionalización,

probación, "diversion" y reconciliación son alternativas preferibles a la sanción tradicional.

5. — Estudia no sólo la criminalidad, sino también la elaboración de las leyes y su aplicación por los operadores sociales: controles formales (policía, jueces, penitenciaristas, "Probation officers", etc.) e informales (familia, escuela, voluntariado, denunciantes, etc.).

6. — Reestructura fundamentalmente el proceso penal. Propugna su división en dos fases. Exige la intervención del perito criminólogo ya en la fase instructoria, y más aún en la de determinación de la sanción también reconciliadora, y durante el tratamiento penitenciario.

7. — Más que a las respuestas-consecuencias sancionadoras del delincuente, presta atención a la prevención primaria (general de la sociedad), secundaria (de los proclives a la delincuencia) y terciaria (para evitar la reincidencia y lograr la repersonalización del victimario y de la víctima).

8. — Más que cómo, cuánto y por qué se infringen las leyes, investiga cómo se aprende la conducta conforme a las normas; cómo se crean e intensifican las vinculaciones sociales.

9. — Sus coordenadas fundamentales son: la dignidad de la persona, la libertad y la justicia. Y sus metas: el desarrollo de los derechos humanos y de los valores deontológicos, no menos en el Tercer Mundo.

10. — La persona(lidad) del marginado (victimario y víctima) debe prevalecer por encima de las estructuras sociales y su reforma.

4. *Deontología entre antígona y la corrupción*

Casi siempre -y hoy- la Criminología se ha desarrollado emparejada, más o menos, con la dimensión deontológica en sus fundamentos, sus metas y sus correspondientes caminos para llegar a ellas. Nuestro nuevo claustal cuida esta triple faceta muy particularmente.

Quienes desde hace varios decenios conocemos su obra, sus libros y su Instituto, vemos y admiramos siempre en él y lo suyo un talante deontológico humano y humanista. Recoge la cosmovisión heredada desde Protágoras -el hombre es la medida de todas las cosas- y la recrea atinadamente, mirando al futuro; en la línea de nuestro comentarista de Lombroso, don Pío Baroja, cuando escribía "el hombre es la medida de todas las cosas, ningún objeto exterior es independiente del sujeto sensible; todas las opiniones pueden ser verdaderas dentro de lo relativo, y no hay verdad más que en tanto que se relaciona con una inteligencia" (P. BAROJA, *Obras Completas*, VII, p. 1036).

En cuanto a los fundamentos deontológicos, Kaiser insiste en la necesidad e irrenunciabilidad de los principios tradicionales actualizados: de legalidad, de igualdad ante el injusto, de presunción de inocencia, "in dubio pro reo", principio ecológico (con su nueva pupila al espacio y a las "delin-

quency areas”), principio de control teórico (con parecida capacidad funcional en diversos países), “in dubio pro libertate”, principio de pluralidad de factores (a veces contrapuestos). Por otra parte, y en contra de más de un jurista, reconoce que no basta, que no podemos quedarnos tranquilos con sólo el respeto de esos principios, sino que hace falta, que debemos exigirnos también la comprobación empírica y la supervisión crítica de la eticidad de los controles sociales jurídico-penales.

Sus análisis empíricos van dirigidos a la eficacia del control preventivo y repersonalizador, así como a la disminución de la criminalidad, pero repite que su atención no puede agotarse en sólo la consecución de la eficacia, sino que debe incluir también en su campo visual la exigencia de varias coordenadas fundamentales: de humanidad (aplicable en contra de la sanción capital), de libertad, de estado de derecho, de proporcionalidad entre fines y medios, de exigibilidad y de adecuación.

Concedor de las turbias relaciones y confusiones entre Derecho y Moral, el Director del Instituto Max-Planck de Derecho penal internacional y extranjero evita la moralización, pero admite la necesidad de desarrollar los valores éticos y los derechos humanos, en la teoría y en la praxis. Con especial concreción y simultánea amplitud de horizontes, en uno de sus últimos artículos publicado en la revista alemana *Universitas* (noviembre 1991), describe y censura la corrupción tanto en la política como en la economía. Pero, no se detiene en el análisis denunciante, sino que propone una amplia gama de estrategias “anticorruptivas” que ojalá lean algunos señores y señoras de nuestra política y economía.

Respecto a las *metas* de la Deontología y de la Criminología, en los libros de Kaiser aparecen formuladas con claridad repetidas veces: conseguir mayor igualdad, mayor justicia, mayor libertad y mayor humanidad en el plano individual y, no menos, en el colectivo. En toda la aldea planetaria (... auf internationaler Ebene untrennbar...) (*Universitas*, 1991, p. 1071).

Por eso pide un compromiso en favor de la modificación de las estructuras sociales, de manera que la Criminología se implique también políticamente, hasta cierto grado. Lógicamente, se aparta de los criminólogos convertidos en defensores del *status quo* imperante en cada momento y en cada lugar. Fomenta el análisis crítico ideológico y empírico de la legislación positiva. Esta merece respeto, pero no sumisión ciega, como lo proclaman las Antígonas de tantos lugares y tiempos.

Consideración aparte merece su piedra sillar: la “intocable”, pero desarrollable, dignidad de toda persona. A ella dedica particulares atenciones. Por eso colabora incansable en la Comisión del Consejo de Europa contra la tortura, para reiterar una y otra vez su rechazo incondicional. Como rechaza también sin excepciones la sanción capital.

Preocupado por alcanzar las metas prefijadas, Kaiser traza multitud de *camino*s. Señala insistentemente dónde está el norte: corresponsabilidad,

humanización, igualdad, libertad y justicia. Y previene contra las exageraciones peligrosas: si la administración de la justicia no cumple con sus deberes mínimos de sanción, si permite una anomia (o amnistía) excesiva, muy probablemente las personas llegarán a tomarse la justicia por su mano. Si no frena con seriedad el terrorismo, pueden surgir los GAL, o terroristas extremos. Si no frena el narcotráfico puede surgir una malsana "defensa ciudadana", la ley de la selva.

Para evitar estos extremismos subraya frecuentemente las prevenciones primaria, secundaria y terciaria, sin olvidar atenciones especiales a la familia y la religión. No desca volver a la familia tradicional, ni a la sociedad tradicional, ni a las normas obsoletas; pero subraya la importancia básica de la familia. Para conseguir sus objetivos, los medios que deben cultivar actualmente las familias son, entre otros, la evitación de las circunstancias nocivas en la infancia, que los padres adopten posturas altruistas, que entre ellos medien relaciones de cariño, que las tareas cotidianas estén tan diferenciadas como equilibradas, que se atienda a las instancias religiosas, y que no se descuiden los tiempos y lugares del ocio.

Es necesario que las mujeres compatibilicen su desarrollo personal, su aportación básica en la vida familiar y su colaboración social. También deben participar en instituciones extrahogareñas, sin excluir las penitenciarias. Sepan las mujeres que ellas continúan siendo protagonistas en la familia como medio socializador indispensable en las estrategias preventivas. La estructura familiar deficitaria se considera clave para la delincuencia juvenil y una rémora en la nave hacia el puerto del éxito material y ético. Mas, todavía, sepan que ellas, con su profundidad y generosidad, como voluntarias o benévolas en el campo de asistencia a los emigrantes, a las víctimas y a los privados de libertad, pueden lograr que las instituciones correspondientes cambien radicalmente de rostro. Quizás provengan de la cosmovisión de Kaiser algunas atinadas innovaciones canadienses que procuran más intervención de la mujer en las tareas carcelarias de repersonalización, como acertadamente indica Gabriella Golliger: "We women are becoming a bigger and bigger force in corrections and we are being heard" (nosotras, las mujeres estamos desempeñando cada día un papel más importante en la repersonalización y está siendo más escuchada nuestra voz) (cfr. *Let's Talk*, Correctional Service of Canada, febrero 1992, p. 17). Aunque a algunos extrañe, estos nuevos deseables roles de la mujer abocan "también" a un aumento de la delincuencia femenina, como constata Kaiser que sucede algunos años en las infracciones registradas. Lo comprueba, por ejemplo, al estudiar el número de las personas jóvenes de ambos sexos privadas de libertad en Alemania, del año 1963 a 1988. Claramente aparece en el gráfico 6 que muestra el porcentaje con respecto a la totalidad de los internos en instituciones penitenciarias alemanas.

Al final del citado artículo en *Universitas*, que por algo empieza con una referencia directa a los teólogos, después de una completa exposición

de las diversas estrategias sociales y jurídicas, nacionales e internacionales contra la corrupción, añade (p. 1070): "como última posibilidad de controlar la corrupción queda la esperanza y la confianza en la general conciencia moral de la sociedad, quizás también en la intensificación de los fundamentales valores religiosos. Esto no es mucho frente a las amenazas de la corrupción y frente a la necesidad de prevenirla y sancionarla, pero, sin embargo, resulta indispensable". Consciente de esta indispensabilidad, en repetidas ocasiones, Kaiser acude a la religión. Y, en su colaboración al *Libro-Homenaje al Profesor Middendorff* dedica todo el artículo al tema. Ojalá las jerarquías de todas las religiones caigan en la cuenta de su noble misión de ser la voz de los sin voz (los secuestrados, asesinados, aterrorizados, torturados), de mostrar (sin abuso del poder) la experiencia de los místicos y de las bienaventuranzas: felices si tenéis hambre y sed de justicia y paz, felices cuando os persigan por causa de la justicia... Ojalá reflexionen sobre las ventajas científicas y humanas derivadas de que los jóvenes alumnos de Teología cursen estudios en la Universidad civil, como lo hacen en Alemania. Ventajas para los laicos y los teólogos; ventajas para las ciencias seculares, para las Iglesias y para las Universidades.

Para concluir estas páginas nada mejor que la cita textual de lo que formula Kaiser, al estudiar la delincuencia de los inmigrantes en Alemania (para evitar que la convivencia entre extranjeros y nacionales se convierta en algo explosivo, en una macrovictimación): todos los ciudadanos (no sólo los delincuentes y las víctimas) debemos cambiar nuestra manera de pensar.

5. *Victimología, de la Denuncia/Justicia a la reconciliación*

En Victimología, la aportación de Kaiser, tal como algunos la vemos, la "traducimos" y la aplicamos a nuestros problemas de hoy y de aquí, destaca por la seriedad en estudios empíricos, por su riqueza imaginativa en la sistematización y por el protagonismo que otorga a la víctima desde la denuncia hacia la reconciliación, sin menoscabo de los derechos y las garantías de los delincuentes.

Llama la atención en Kaiser su capacidad de empatía (*Einführung*) con las víctimas. En sus clases, en sus conferencias, aprendemos y sentimos que es preferible ser víctimas que delincuentes; entedemos por qué Quirón deseaba identificarse totalmente con los humanos para poder sufrir y morir; leemos mejor a Unamuno cuando escribe que sólo por y a través del morir despertamos del sueño de la vida, y a Schumacher (en su libro *The small is beautiful*), cuando explica el dolor como puerta para llegar a otro nivel más profundo de más luz, más verdad, más belleza y más amor.

El director del Instituto friburgués coordina estudios empíricos supranacionales, como lo patentizan los cuatro volúmenes — *Victims and Criminal Justice* — presentados en el Congreso Mundial Internacional de Rio de

Janeiro (agosto 1991), con un total de dos mil cuatrocientos noventa y ocho páginas. Está convencido de que urge consolidar y desarrollar la ciencia victimológica para corregir importantes fallos del Derecho penal contemporáneo, que cumple — más o menos bien — su papel respecto al delincuente, pero que no cumple ni mínimamente su papel respecto a la víctima. Kaiser formula con seriedad las obligaciones del sistema penal y de todos los operadores de los controles sociales jurídico-penales para que a las víctimas se les atienda humanamente antes, durante y después del proceso penal. No sólo al iniciarse éste, en el momento de presentar la denuncia, sino también después, en las indagatorias (lo más breves posibles, para evitar una segunda victimación), en la sesión plenaria y, a poder ser en “capítulo” aparte, durante la fase (que ojalá sea autónoma) de determinación criminológica de la sentencia. A lo largo de todo el proceso, a la víctima se le ha de reconocer su rol de sujeto activo en la construcción social de la criminalidad y de la reconciliación; no basta tratarla y asistirle como sujeto pasivo de nuestras atenciones (nunca como convidado de piedra).

Con insistencia Kaiser comprueba que el Derecho penal debe cambiar radicalmente; debe descolocar del centro al delincuente para sentar en ese sitio a la víctima, con explosivas — pero positivas — consecuencias para la institución policial, fiscal y penitenciaria, e incluso para los ciudadanos. Además, afirma y confirma que las víctimas con su actitud y su conducta configuran la verdadera nueva imagen de la criminalidad. Dicho con exactitud, la construcción social de la realidad del delito viene determinada desde el comportamiento de las víctimas. No quizás en forma exclusiva, pero sí al menos decisivamente. Quieran o no, los ciudadanos asumen y deben asumir cada día más las funciones de agentes (informales, pero eficaces) del control social, de la ingeniería social de la “realidad” del terrorismo, de la tortura, del narcotráfico, de la delincuencia juvenil, de la nueva deontología médica (cfr. Albin Eser), de la deontología informativa, etc.

Todos nosotros, como posibles víctimas y como posibles denunciadores (de los que Kaiser tanto habla en sus artículos y en sus libros) queramos o no, en un sentido o en otro, construimos/destruimos nuestra realidad social. En concreto, la plaga del terrorismo acabará pronto cuando la mayoría de los ciudadanos se decida a dar los cuatro pasos siguientes, tan difíciles como eficaces:

- 1.º Prestar toda clase de asistencia, también económica, a las víctimas y no ceder al chantaje del llamado “impuesto revolucionario” a los terroristas.
- 2.º Disentir de la ideología que subyace en los terroristas. No equiparar, ni tan siquiera comparar, su criminalidad con otros delitos menos graves.
- 3.º Pedir la sanción justa como indispensable camino hacia la paz (cfr. Juan Pablo II en su encíclica *Dives in misericordia*).

4.º Denunciar, con talante positivo, cuanto puede contribuir a que se deshagan y se resocialicen las bandas criminales aterrorizadoras.

Hasta nuestros días, no ha sido suficientemente conocida la relación activa entre la conducta de quien denuncia el delito de que ha sido víctima y la imagen total de la criminalidad. Se trata de una edificación social en el tiempo y en el espacio. Una colaboración de todos los ciudadanos y principalmente de las víctimas. De aquí se deduce la importancia de que los estudios victimológicos y las investigaciones que lleva a cabo la Sociedad Internacional de Victimología (lamentablemente, en España sólo hay tres miembros de esta Sociedad) lleguen a la calle, a los "ciudadanos de a pie".

Merecen señalarse ahora, aunque sea telegráficamente, algunos de los hallazgos de Kaiser respecto a la víctima y su denuncia en relación con diversas variables: los jóvenes son más frecuentemente víctimas, pero menos frecuentemente denunciantes; los miembros de las clases sociales inferiores se inclinan más a denunciar a la Policía los delitos contra las personas y los conflictos sociales; en cambio, los miembros de las clases sociales superiores tienden más a denunciar los delitos contra el patrimonio. En general, se puede afirmar que en Alemania la mitad de las víctimas denuncia su victimación y las capas superiores predominan como denunciantes.

Los motivos varían notablemente. Cuando se trata de delitos contra las personas, la mayor parte de las veces se denuncia para "disciplinar a los propios miembros de la clase social". Cuando no se denuncia, generalmente se debe a la creencia de que el hacerlo será estéril, no se logrará nada. O también al deseo de evitar los inconvenientes, las molestias, que la denuncia trae consigo: tiempo perdido, dificultades que proporcionará la policía, los jueces, etc. Con muchas de las afirmaciones de Kaiser en este campo coinciden algunas encuestas llevadas a cabo en España... y también los aplausos unánimes al alcalde de cierta ciudad que públicamente se encaró contra quienes, para solidarizarse con otros delincuentes (terroristas de ETA), incendiaban un autobús ante numerosos ciudadanos menos responsables (San Sebastián, 11 de marzo de 1992).

Otro importante hallazgo: las tan deseadas alternativas a la privación de libertad encuentran aplicación desde los estudios de la moderna Victimología, pues, si se asigna un rol activo a la víctima, fácilmente, antes o después de llegar al plenario, se alcanzará una conciliación o una compensación, o una relación mutua entre delincuente y víctima que pueden abocar a la reconciliación (cfr. *Victimología*, Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1990, p. 223). Para lograr estos ideales es patente la necesidad de más oficinas de asistencia a las víctimas. Hace varios años el IVAC-KREI pidió a las autoridades competentes la apertura de oficinas en las capitales de Euskadi. Todavía sólo han madurado parte de nuestras propuestas.

Como dondequiera, también en Victimología caben abusos y exageraciones. Resulta peligroso que se multipliquen excesivamente las defensas para cubrir los riesgos que puedan correr ciertos profesionales y no profesionales (médicos, joyeros, etc.) mediante seguros institucionales que, por otra parte, parecen totalmente indispensables.

Permítanme que, apoyado en Kaiser y en lo que antes he indicado, suplique a las autoridades competentes que, por favor, escuchen la petición que hace más de diez años formuló la criminología hispana, para que en los juicios de delitos graves el Código penal exija el informe de un perito criminológico sobre la personalidad del delincuente y su posibilidad de resocialización, etc. Todavía no se há logrado nada de esto. Hoy nos atrevemos a formular otra petición más seria y trascendente: que en los casos graves se exija también un informe del perito criminológico sobre la personalidad de la víctima, para cumplir varios fines a cual *más noble*: atender no sólo a los sujetos pasivos del crimen, sino también a las víctimas, que pueden ser muchas más; cumplir los preceptos de la moderna victimodogmática; valorar en qué campos y hasta dónde las víctimas pueden jugar un rol activo a lo largo del proceso, durante la ejecución de la pena y el periodo postpenitenciario; cómo pueden colaborar en pro de la resocialización del delincuente consigo, con el sujeto pasivo del delito, con las otras víctimas del mismo y con la sociedad.

Otro punto concreto ha sido investigado por Kaiser para deducir *conclusiones importantes*. Nos limitamos a citarlo: la macrovictimación de la juventud en el campo laboral y empresarial, el paro. No puede probarse una relación matemática causal en sentido estricto entre desempleo y criminalidad juvenil (con frecuencia meras infracciones juveniles), pero sí puede afirmarse una conexión. Esto no excluye la conexión paralela entre las deficiencias en socialización de las personas jóvenes y el desempleo. Además, la política económica local, autonómica, nacional e internacional de espaldas en ciertos sectores (no en todos) al nuevo orden económico que pidieron hace años las Naciones Unidas patentiza y/o motiva las *desmesuradas infracciones* (y también victimaciones) juveniles.

5.1. *Decálogo victimológico teórico-práctico*

Como al final del capítulo criminológico, permítame el lector que resuma en pocas líneas la cosmovisión victimológica que me sugieren las obras del Profesor Günther Kaiser:

1. Los operadores de la justicia deben ocuparse más de las víctimas (y de los denunciantes) que de los victimarios-delinquentes. Respetar y desarrollar más sus derechos humanos. Los jueces en supuestos graves pedirán informes criminológicos acerca de las personalidades de las víctimas, para mejor cooperar a sua repersonalización.

2. No sólo los sujetos pasivos de todos los delitos, también sus —más numerosas— víctimas deben recibir completa asistencia psicológica, sociológica, médica, económica, etc. El Código penal y las Oficinas encargadas de su asistencia tendrán en cuenta la Declaración de las NN. UU. sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder (29 noviembre 1985).

3. En cuanto sujetos activos del proceso penal correspondiente, las víctimas deben tomar parte eficaz en la instrucción y durante el desarrollo del proceso, que conviene se divida en dos fases (*Conviction* y *Sentencing*) (Luis Rodríguez Manzanera, *Victimología. Estudio de la víctima*, México, 1988, pp. 313 ss.).

4. Los medios de comunicación cuidarán de cooperar activa (y no negativamente) en la prevención primaria, secundaria y terciaria de la victimación, y colaborarán generosamente con las instituciones internacionales, como Amnistía Internacional, Cruz Roja, etc.

5. Todos los ciudadanos deben participar activamente en la denuncia de la victimación y así colaborar eficazmente en la construcción social de la criminalidad. Se necesitan investigaciones empíricas al respecto para conocer cuántos lo hacen, por qué, motivos de inhibición, resultados obtenidos, etc.

6. Las víctimas pueden y deben intervenir en la selección y ejecución de las sanciones privativas de libertad y en sus alternativas: conciliación, reconciliación, probación, trabajo en servicio a la comunidad, etc.

7. Ha de evitarse que las víctimas actúen excesivamente y se tomen la justicia por su mano. Los seguros contra imprudencias en el tráfico, en la medicina, etc., deben ser controlados.

8. Há de evitarse que las víctimas sufran victimaciones secundarias antes, durante y después del proceso penal. En casos particulares (especialmente de niños y jóvenes) se arbitrarán los medios oportunos para evitar la comparecencia simultánea con los victimarios.

9. A las víctimas de macrovictimación por paro laboral, narcotráfico, terrorismo, emigración, etc., ha de prestarse atenciones más urgentes y amplias. Las diversas vías y dificultades de repersonalización (Síndrome de Estocolmo, etc.) exigen estudios e investigaciones particulares.

10. Es mejor ser víctima que ser delincuente. En este sentido que de interpretarse el mito de Quirón y las bienaventuranzas evangélicas.

5.2. "Tesis doctoral" de la señora Brown

Como resumen de lo anteriormente indicado, transcribo para los partidarios de las bromas universitarias y de su humor — *gaudeamus igitur* — la conclusión de la "tesis doctoral" de la señora Brown.

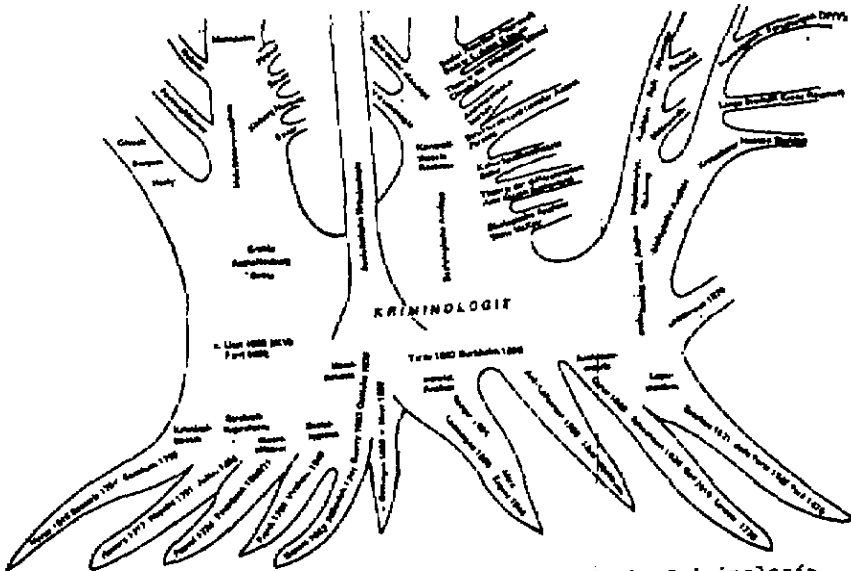
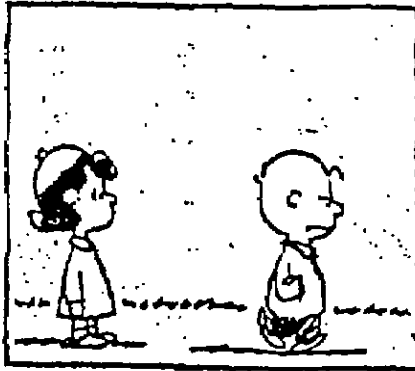
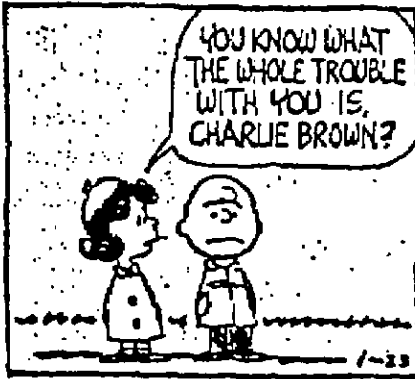


Gráfico 1. Raíces, evolución y tendencias de la Criminología.

Fuente: G. KAISER, *Kriminologie. Eine Einführung in die Grundlagen*, Müller Juristischer, Heidelberg, Karlsruhe, 1976, p. 19.

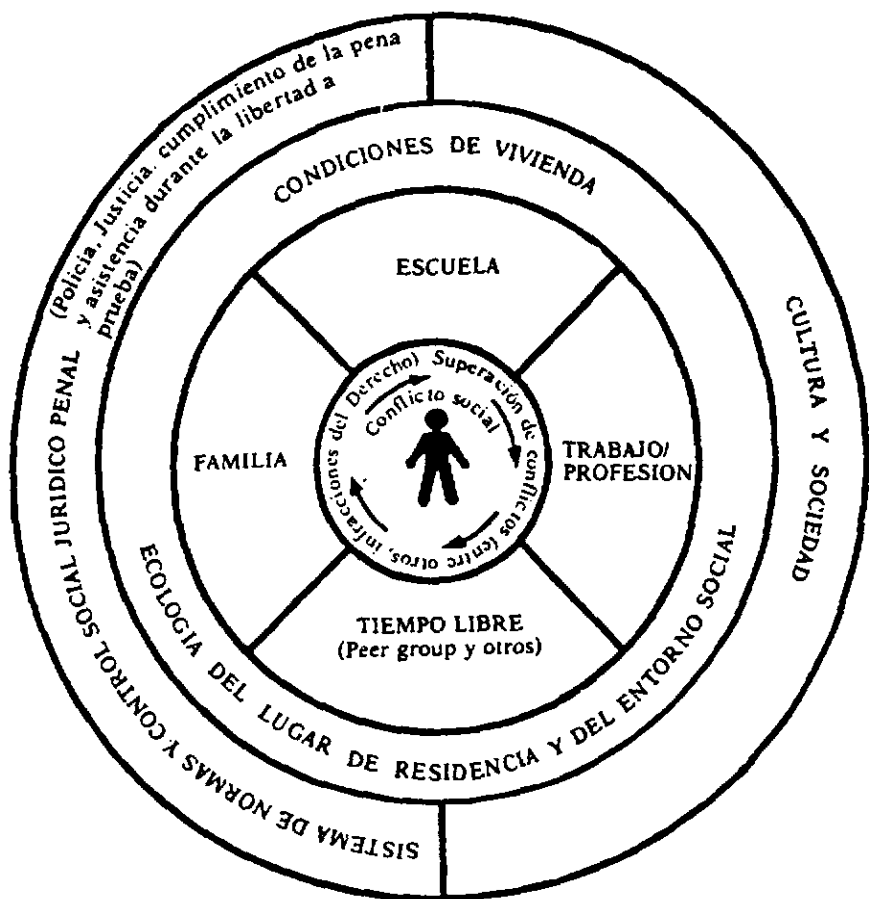


Gráfico 2. *Conflicto social y perturbación de las referencias sociales por áreas de conflicto y campos de referencia.*

Fuente: G. KAISER, *Introducción a la Criminología*, 7.ª edición, traducción de J. Arturo Rodríguez Nuñez, bajo la dirección de J.M.ª Rodríguez Devesa, Dykinson, Madrid, 1988, p. 96.

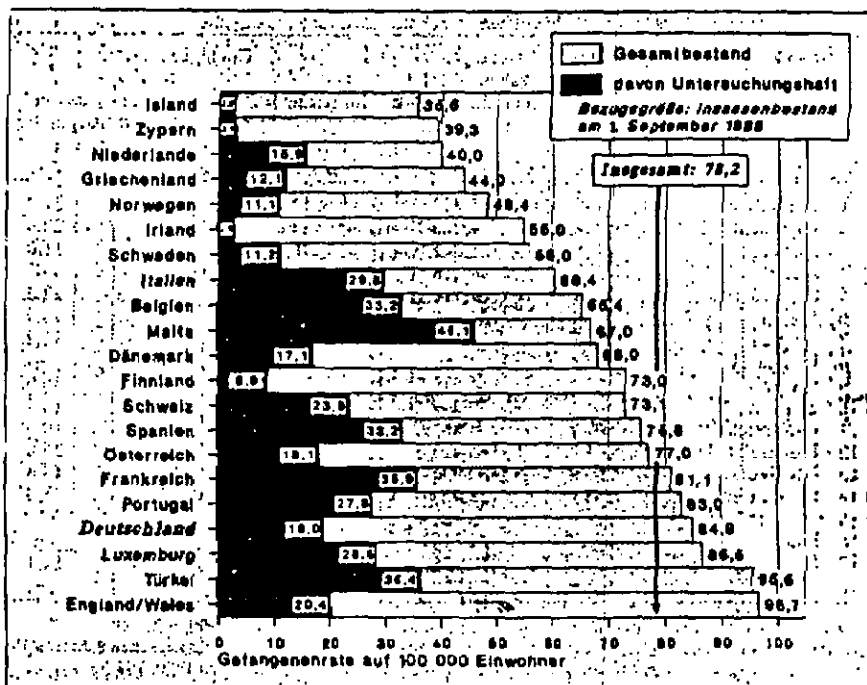


Gráfico 3. Número total de personas — por cada 100.000 habitantes — privadas de libertad en los países europeos, el 1.º de septiembre de 1988. (Se incluye en la columna más oscura el número relativo a la prisión preventiva).

Fuente: G. KAISER, H-J. KERNER, H. SCHÖCH, *Strafvollzug. Ein Lehrbuch*, Müller Juristischer, Heidelberg, 1922, p. 78.

Entwicklung der Strafvollzugspopulation in der Bundesrepublik Deutschland 1970 - 1989 nach der Deliktsstruktur

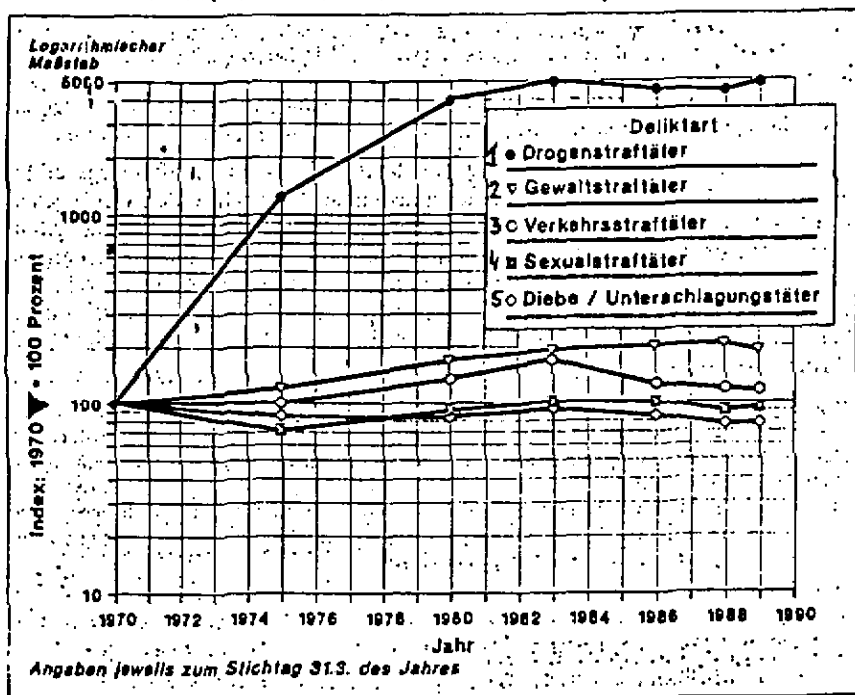


Gráfico 4. Evolución de las personas privadas de libertad en Alemania, según los diversos tipos de delitos:

1. Drogas; 2. Violencia; 3. Tráfico; 4. Sexualidad;
5. Hurtos/fraudes.

Fuente: G. KAISER, H-J. KERNER, H. SCHÖCH, *Strafvollzug. Ein Lehrbuch*, Müller Juristischer, Heidelberg, 1992, p. 108

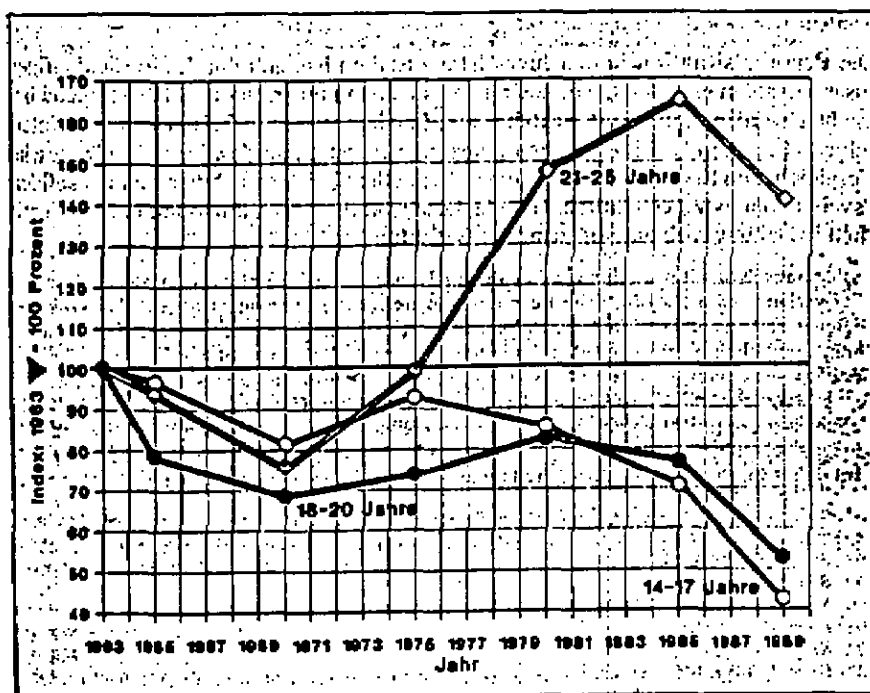


Gráfico 5. Grupos de jóvenes de diversas edades, privados de libertad en Alemania, 1963-1989.

Fuente: G. KAISER, H.-J. KERNER, H. SCHOCH, *Strafvollzug. Ein Lehrbuch*, Müller Juristischer, Heidelberg, 1972, p. 335.

Anteil der Inassen im Jugendstrafvollzug an allen Gefangenen und Verwahrten unterschieden nach Männern und Frauen 1963 - 1988

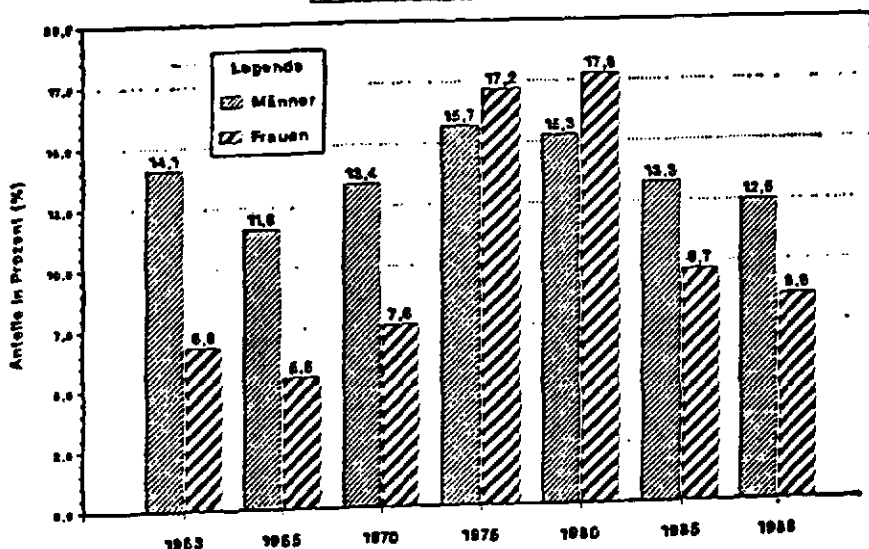


Gráfico 6. Porcentaje de jóvenes (hombres y mujeres) internos en instituciones privativas de libertad en Alemania. (Porcentajes en relación con el número global de personas internas).

Fuente: G. KAISER, H-J. KERNER, H. SCHÖCH, *Strafvollzug. Eine Einführung in die Grundlagen*, 4.^a edic., Müller Juristischer, Heidelberg, 1991, p. 271.

O "Ombudsman" e a Realidade Brasileira

ANA CLÁUDIA ALLET AGUIAR

Procuradora do Estado de Santa Catarina,
Mestranda do Curso de Pós-Graduação em
Direito da Universidade Federal de Santa
Catarina

SUMÁRIO

1. *Introdução.* 2. *Estado Contemporâneo.* 2.1. *Características.* 2.2. *Ineficácia dos sistemas tradicionais de controle.* 3. *O controle dos atos administrativos.* 3.1. *Ombudsman: origem e evolução.* 3.2. *O instituto em França, Portugal e Israel.* 3.3. *Reflexões sobre a "Defensoria Pública" no Brasil.* 4. *Conclusões.* 5. *Bibliografia.*

1. *Introdução*

A tecnologia sofisticou-se, mas os meios utilizados para garantir os direitos dos administrados continuam tão fluidos como no início do século. A sociedade permanece desarmada quanto à sua defesa.

Assim, a tendência é buscar paradigmas em outros países para neutralizar estes problemas. Daí elegermos o *Ombudsman*, órgão popular de atuação externa à Administração, mas que poderá vir a ser cooptado, cedo ou tarde, pelo direito público brasileiro. Nesse sentido, é oportuno lembrar RENÉ DAVID: "No mundo moderno atual, é dever imperioso, para todo aquele que pretende constituir uma elite, fazer um esforço para compreender-lhes a maneira de ver e não julgar-lhes as instituições, a política ou a moral à luz das próprias concepções e preconceitos. (...) O estudo dos direitos estrangeiros é para o jurista um meio de desincumbir-se desta missão e de adquirir o espírito internacional necessário do mundo novo."¹

1 CRETELLA JR., José. *Direito Administrativo Comparado*. 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1990, p. 12.

Num primeiro momento, portanto, tentar-se-á identificar o contexto jurídico-político e social em que se encontra o Estado Contemporâneo, no qual se desenvolve mais firmemente o papel daquele órgão. A seguir, será analisada a implantação do "Corregedor Administrativo"² em outros países, notadamente no Brasil.

2. Estado Contemporâneo

A transformação do chamado Estado Liberal, amparado no princípio do *laissez-faire*, *laissez-passer*, em Estado Contemporâneo ou "Estado Providência"³, deu-se por volta do final do século XIX, começo do século XX.

2.1. Características

O Estado passa a ter uma nova configuração nesse contexto histórico, decorrente de uma sociedade civil que, cansada de ser injustiçada, econômica e socialmente, passa a exigir a resolução de seus conflitos. O Poder Público, então, obriga-se à prestação de serviços de assistência social e, instrumentalizando-se, intervém na ordem econômica.

A par disso, o Professor PASOLD verifica que

"... a participação maior do Estado na vida da sociedade passa de uma fase de tolerância crescente até a exigência de modo que, hoje, são poucos os que admitem um comportamento omisivo do Estado frente ao encaminhamento e à solução dos grandes problemas sociais"⁴.

Para o autor, essa prática assumida pelo Estado acaba por hipertrofiá-lo, pondo-se em xeque a eficácia das garantias institucionais de controle da Administração.

2 A expressão "corregedor administrativo" é empregada por LETTE, Celso Barroso. *Ombudsman-Corregedor Administrativo*. Rio de Janeiro, Zahar, 1975. A palavra *Ombudsman* é usada como mandatário, delegado, representante, agente, etc.

3 "Estado Providência" é a designação encontrada por Forsthoff para indicar os campos de atuação do Estado: economia, educação, segurança pública, tráfego, cultura. PASOLD, Cesar L. *Função Social do Estado Contemporâneo*. 2ª edição, Florianópolis, Estudantil, 1988, p. 75.

4 *Ibidem* p. 32.

Dessa forma, pode-se extrair como características do Estado Contemporâneo: a) a tendência tecnocrática, refletida na progressiva complexidade da máquina administrativa; b) a prática cada vez mais intervencionista no universo social.

2.2. *Ineficácia dos sistemas tradicionais de controle*

Em realidade, o que se constata é que os mecanismos de controle não se adequam à sociedade moderna, à era da informática, da devastação ambiental, da proteção ao consumidor e dos problemas técnico-científicos.

O Poder Legislativo que, sob o ponto de vista prescrito, deveria destacar-se como a via institucional de abrigo aos desejos sociais, apresenta-se, em nossos dias, na observação de MANOEL EDUARDO GOMES, descaracterizado ideologicamente:

“As freqüentes manifestações extraparlamentares, como o movimento feminista, o movimento ecológico, o movimento de minorias raciais, consubstanciam-se em demonstração inequívoca de que os canais institucionais que medciam a relação sociedade civil/Estado são insuficientes para abrigar as expressões dissidentes exurgidas do social.”⁵

O controle judicial, por sua vez, depara-se com diversas barreiras, como o difícil acesso à justiça, a prestação jurisdicional retardada e a imposição de pesados ônus ao administrado.

3. *O controle dos atos administrativos*

Observa-se, diária e crescentemente, no domínio do sistema de controle dos atos administrativos, a necessidade de se racionalizar os mecanismos de atuação, introduzindo-se reformas políticas e setoriais, a fim de que a eficácia seja facilitada.

3.1. *Ombudsman: origem e evolução*

Segundo CELSO BARROSO LEITE⁶, já na antiga Roma sobressaía o papel do *Tribunus Plebis* ao garantir à plebe proteção contra o abuso

⁵ GOMES, Manoel Eduardo A. C. *A instituição do Ombudsman no contexto jurídico e político brasileiro*. Sequência. Florianópolis: UFSC, (18): 98-115, jul. 1983, p. 99.

⁶ LEITE, op. cit., p. 35.

e o poder dos patrícios. Também no Império Persa destacavam-se os auxiliares do grande Ciro e seus sucessores, os denominados "Olho do Rei", cabendo-lhes o controle do Império e a supervisão dos funcionários.

Já na Suécia, onde originou-se o *Ombudsman*, por volta de 1713, constatamos que o Rei Carlos XII, quando ausente do país em função de suas viagens, designava um "delegado" para fiscalizar os coletores de impostos, os juízes e outros funcionários⁷.

Depreende-se daí que uma rudimentar missão do "delegado" era a defesa do Estado, do erário do rei.

A pretensão dos constituintes suecos, em 1809, revela LEGRAND, consistia em

"... colocar-se a meio caminho entre o absolutismo real e o abuso da Era da Liberdade, onde os Estados eram verdadeiros soberanos."⁸

Num segundo passo, assegurado na Suécia o Governo Parlamentar e a responsabilidade ministerial na sindicância da ação administrativa governamental, o procurador vem configurar-se como tutor jurídico do uso correto do poder administrativo, ou seja, o seu campo de atuação corresponde aos casos em que aquela ação, por favor, parcialidade ou qualquer motivo, tenha cometido ilegalidade ou negligenciado os interesses individuais ou coletivas. Salvaguardar a liberdade, a segurança e a propriedade dos cidadãos passa a ser o seu objetivo maior.

Em BOBBIO, encontramos que a função do *Ombudsman* converge lentamente para a tutela jurisdicional dos interesses dos administrados de-
vido

"... a insuficiência do sistema de garantias jurisdicionais em relação à ação administrativa", esta cada vez mais abrangente⁹.

Com a reforma administrativa sueca, em 1979, o Parlamento nomeia, a cada legislatura, quatro *ombudsmen* parlamentários, sendo um responsável pela área militar e outros três pela justiça. Suas atividades são assim distribuídas: ao primeiro cabe a fiscalização dos impostos e do contencioso

7 *Ibidem*.

8 LEGRAND, André. *L'Ombudsman Scandinave*. Paris; Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1970, p. 18.

9 BOBBIO, Norberto. *Dicionário de Política*. 2ª ed., Brasília: UnB, 1986, p. 840.

administrativo civil; ao segundo a fiscalização das Cortes de Justiça e do Ministério Público; ao último cumpre o bem-estar social, seguro e educação.

Exercendo função parlamentar, têm poderes de informação, inspetoria, exame de documentos. Sem o direito de exprimir opinião, podem *presenciar debates, sessões em órgãos administrativos e jurisdicionais. Valem-se dos poderes de persuasão, influência e proposta, sendo, por isso, comumente caracterizados como a "magistratura de influência"*.

A eles cabe processar magistrados, membros do Ministério Público, administradores e ministros religiosos. Sua independência é garantida constitucionalmente. Gozam de estabilidade e inamovibilidade, não podendo ser constrangidos no parlamento, nem ter seus vencimentos reduzidos. O caráter de *neutralidade e senso de justiça são inerentes ao cargo, fazendo com que se nomeie constantemente magistrados para a função. A recondução ao cargo, mesmo em diversos períodos consecutivos, é possível.*

Apesar da independência e autonomia que lhes são inerentes a desconfiança por parte do parlamento pode causar a sua destituição, pois, consoante BOBBIO, os membros do parlamento detêm poderes sobre a atividade desse "corregedor administrativo". Prova disso, são os relatórios anuais e específicos oriundos de sua atuação que *passam pelo crivo do Legislativo.*

Justamente, por se encontrar vinculado a esse Poder e sujeito à sua interferência, o papel do instituto em apreço é visto por BOBBIO de modo preferentemente negativo, porquanto toca apenas aos departamentos administrativos do governo, excluindo-se, assim, os responsáveis pela conduta política da Administração, os Ministros¹⁰.

LEGRAND, sob este enfoque, acentua que "... a eficácia do *Ombudsman* está estreitamente ligada às possibilidades do Parlamento"¹¹.

3.2. *O instituto em França, Portugal e Israel*

Seguindo o modelo sueco, outros países também implantaram seus sistemas, dentre os quais destacam-se o *médiateur* em França, o "provedor de justiça" em Portugal e o caso de Israel.

¹⁰ *Ibidem*, p. 834.

¹¹ LEGRAND, *op. cit.*, p. 296.

A instituição do *médiateur* foi implementada através da Lei 73.6, de 1973. Eleito por um prazo de seis anos pelo Conselho de Ministros, esse procurador recebe as reclamações individuais ou coletivas contra o mau funcionamento de todos os organismos responsáveis pela prestação de serviço público.

As queixas são repassadas ao mediador pelos deputados ou senadores, responsáveis, em primeira instância, pela triagem dos pedidos. No que concerne à esta filtragem, MAURICE DUVERGER lamenta

“... que o mediador francês se situe no executivo e, recebendo as queixas por intermédio dos parlamentares fique fora do alcance do povo”¹².

Ao ser provocado pelo cidadão, nacional ou estrangeiro, o *médiateur* tenta resolver o *affaire* perante o órgão público. Ele tem algumas prerrogativas, como os poderes de injunção e sanção junto ao organismo, escapando de sua competência assuntos como defesa nacional, segurança do Estado e política externa.

Na hipótese de, mesmo lançando mão das faculdades a sua disposição, o mediador não obter êxito, poderá veicular publicamente a questão. A publicidade, aliás, é o recurso afiançado que dispõe no processo de persuasão do órgão público, como denota MAURO CAPPELLETTI:

“... a idéia de um protetor independente do público, armado com instrumentos de investigação e publicidade, está ganhando aceitação crescente e acrescentando um método importante de proteção para os indivíduos e para o público em geral, contra o abuso da administração”¹³.

Ao discorrer sobre “A Justiça, a administração e a função do *médiateur*” o Prof. Carlin transmite-nos a importância do instituto: “Diga-se, também, que a grande autoridade e a força moral que se reveste esta instituição têm marcado *la fin du secret administratif*”, e segue:

“A atuação do *médiateur* vem sendo ressaltada ainda em recente Lei sobre a responsabilidade pessoal do funcionário em

12 LETTE, op. cit., p. 125.

13 CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre, Fabris, 1988, p. 141.

caso de inexecução de sentença, quando esta foi proferida contra o Poder Público ...”¹⁴.

Dai depreende-se que a sua atividade alcança uma competência residual em relação ao juiz nas execuções contra a Administração.

Neste sentido, impõe-se dizer que sua ação vem ultrapassando o âmbito da legalidade administrativa chegando até o problema da “justiça discricionária”¹⁵. Os atos administrativos discricionários, em geral, trazem consigo a “zona cinzenta”, de sua subjetividade e são examinados pelo mediador porque podem levar à má administração.

CARLIN, ao especificar os casos de reclamos registrados em França, no ano de 1979, assevera que

“...o principal número de queixas se referem justamente aos problemas nascidos no seio da justiça na sua mais variada área: inércia, resistência ativa ou passiva, má vontade, dissimulação, falsas alegações de falta de verba, má-fé, razão política ou social, proteção de parentesco, esta última de tão negativa repercussão pública”¹⁶.

A Constituição Portuguesa, a seu turno, em 1976, trouxe para o direito público lusitano a figura do “Provedor de Justiça”. Além das atribuições inerentes ao *Ombudsman* real, cumpre ao provedor divulgar aos cidadãos o sentido dos direitos e liberdades fundamentais.

Já em Israel, exsurgem agências, com mais de vinte anos de existência, abrangendo todo o sistema de governo. É certo que entre vinte israelenses um inicie uma reclamação¹⁷. Serviço militar, reparos de habitação, tratamento médico em hospitais públicos, maus tratos pela polícia, recuperação de propriedades perdidas de prisioneiros, adequados meios de acesso

14 CARLIN, Volnei Ivo. A justiça, a administração e a função do *médiateur*. *Estudos Jurídicos*. São Leopoldo, Unisinos (XII): 53-66, 1982, p. 61.

15 CAPPELLETTI, op. cit., p. 139.

16 CARLIN, Volnei Ivo. Uma nova garantia para os jurisdicionados, *Sequência*. Florianópolis, UFSC (10): 14-27, dez. 1984, p. 17.

17 VALDES, Daisy A. *Ombudsman* para o Brasil? *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, Senado Federal (100): 117-126, p. 124.

para pessoas inválidas são alguns dos casos investigados e solucionados em geral num prazo de um a três meses pelas doze agências do país.

3.3. *Reflexões sobre a "Defensoria Pública" no Brasil*

Na história das tentativas de institucionalização do *Ombudsman* no Brasil, constatamos a existência de um projeto de lei que remonta a 1823, o qual previa a criação de um "Juízo do Povo", encarregado de apresentar queixas à Corte. Neste século, na década de setenta, inúmeros foram os pronunciamentos políticos favoráveis à criação da "Procuradoria do Povo", com o objetivo de defender os direitos de cidadania e de exercer vigilância aos atos da administração¹⁸.

Releva-se, a nível federal, o projeto 266/84, que prevê a figura do ouvidor-geral, com função de receber e apurar denúncias. Além disso, o governo federal, com o Decreto 93.714/86, instituiu a Comissão dos Direitos do Cidadão — CODICI. Nesse exercício o governo postergou uma característica essencial da instituição, a unipessoalidade. A comissão subordina-se ao Presidente da República, sendo por ele nomeada, independente de sua formação política ou jurídica. As reclamações passam por uma avaliação que acolhe ou não as queixas e, como assina MANOEL GOMES¹⁹, esses canais de denúncias acabam por amortecer seus impactos, tornando-os "... manipuláveis por aqueles que detêm o poder".

A independência, a força moral, o prestígio e a publicidade que o órgão necessita, estão ausentes do decreto, tornando irreal a configuração do instituto.

MANOEL GOMES, que atuou como Ouvidor-Geral do Executivo de Curitiba, em 1986, declara que os pressupostos do *Ombudsman* foram mantidos: a) a unipessoalidade, vital para a ocorrência e a eficácia da atuação; b) a facilidade de acesso à população; c) a utilização de formas não convencionais de exercício; d) a ligação formal, ao Poder Legislativo, além da publicidade de seus atos.

Em onze meses foram registradas, na Ouvidoria, cerca de 1.456 reclamações, das quais 800 formaram processos, 613 resultaram solucio-

18 GOMES, Manoel. A institucionalização do *Ombudsman* no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, (187): 1-21, jan./mar., 1987, p. 9.

19 *Ibidem*, p. 12.

nadas; foram, em simultâneo, revogados 4 decretos, sindicâncias e elaborados 12 projetos²⁰.

Apoiada nos modelos de "Provedor de Justiça", em Portugal e do "El Defensor del Pueblo", na Espanha, a Comissão de Estudos Constitucionais, presidida por AFONSO ARINOS DE MELLO FRANCO, previu a institucionalização da "Defensoria Pública" (art. 134, parág. ún. da CF), incumbindo-lhe, dentre outras funções, a defesa dos necessitados (art. 5.º, LXXIV).

4. Conclusões

Constata-se que o *Ombudsman*, em países como Suécia, França e Portugal, tem contribuído significativamente em questões que vão desde a legalidade administrativa até o controle da discricionariedade da Administração.

Da experiência específica de Israel infero-se que o instituto exsurge como símbolo de luta pela cidadania e conscientização dos direitos individuais e coletivos, hoje muito reivindicados, em nações periféricas ou democracias em desenvolvimento.

A tentativa de inserção da "Defensoria Pública" na Carta de 1988 foi acompanhada de acirradas discussões tendo os magistrados e advogados posicionando-se sempre favoráveis à criação do instituto, uma vez que este poderia facilitar a tramitação dos trabalhos nos fóruns, substituindo, talvez, de maneira eficaz, o defensor dativo, este de atuação desestimulada, em face da estrutura vigente.

E mais: um *Ombudsman* que abrangesse o Poder Judiciário, como o proposto pelo juiz JOSÉ GUILHERME DE SOUZA, iria constituir-se de um "órgão de controle do serviço público da justiça que, fazendo parte de sua estrutura organizacional, mas independente de seus juizes e Tribunais, justamente para poder exercer sobre o seu serviço ativo e devido o necessário controle funcional...".²¹

20 *Ibidem*, p. 13.

21 SOUZA, José Guilherme de. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da atividade judiciária. *Jurisprudência Catarinense*, Florianópolis, (64): 23-51, p. 46.

É certo que o acolhimento de uma instituição estrangeira adaptada à realidade viria revitalizar a máquina judiciário-administrativa, auxiliar o Ministério Público na tutela dos direitos difusos e democratizar a função pública, tão centralizada pelo Estado contemporâneo vigente, transmitindo garantias e credibilidade aos céticos administrados. Estes, então, menos desconfiados e mais prevenidos, teriam nesse recurso parajurisdicional, um melhor controle da atividade da administração, assegurando, no verdadeiro sentido do termo, o respeito ao princípio da legalidade.

5. *Bibliografia*

- BOBBIO, Norberto *et alii*. *Dicionário de Política*. 2ª ed., Brasília: Universidade de Brasília, 1986.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988.
- CARLIN, Volnei Ivo. *A Justiça, a Administração e a Função do Médiateur. Estudos Jurídicos*. São Leopoldo: Unisinos, (12) : 53-66, 1982.
- . *Uma Nova Garantia para os Jurisdicionados. Sequência*. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, (10) : 14-27, dez. 1984.
- CRETELLA JR., José. *Direito Administrativo Comparado*. 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1990.
- GOMES, Manoel Eduardo A. C. *A Institucionalização do Ombudsman no Brasil. Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, (167) : 1-21, jan./mar., 1987.
- . *A Institucionalização do Ombudsman no Contexto Jurídico e Político Brasileiro. Sequência*. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, (16) : 98-115, jul. 1988.
- LEGRAND, André. *L'Ombudsman Scandinave*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1970.
- LEITE, Celso Barroso. *Ombudsman — Corregedor Administrativo*. Rio de Janeiro, Zahar, 1975.
- PASOLD, Cesar Luiz. *Função Social do Estado Contemporâneo*. 2ª ed., Florianópolis, Estudantil, 1988.
- SOUZA, José Guilherme de. *A Responsabilidade Civil do Estado pelo Exercício da Atividade Judiciária. Jurisprudência Catarinense*. Tribunal de Justiça, (64) : 33-51, abr./jun., 1989.
- VALDES, Daisy A. *Ombudsman para o Brasil? Revista de Informação Legislativa*. Brasília, Senado Federal, (100) : 117-126, out./dez., 1988.

A Instituição Brasileira do "Ombudsman": o Papel do Ministério Público da União

DAISY DE ASPER Y VALDÉS

Mestra em Direito Público, Univ. de Brasília.
Ph. D., Universidade do Sul da Califórnia.
Procuradora da República Aposentada.
Assessora Técnica do Senado Federal

SUMÁRIO

1. *Definindo o contexto.*
 - 1.1. *Condições sociais e políticas para conhecimento da instituição.*
 - 1.2. *Algumas experiências preliminares.*
 - 1.3. *Uma experiência local: A cidade de Curitiba.*
2. *O papel do Ombudsman do Ministério Público da União.*
 - 2.1. *Princípios e natureza institucional.*
 - 2.2. *Unidade e indivisibilidade.*
 - 2.3. *Estrutura Organizacional.*
 - 2.4. *O chefe do Ministério Público da União.*
 - 2.5. *Características da carreira.*
 - 2.6. *Direitos e garantias.*
 - 2.7. *Funções institucionais.*
 - 2.8. *Impacto do Plano Brasileiro.*
3. *Conclusão.*

Estudo apresentado no Seminário sobre "O Ombudsman: Diversidade e Desenvolvimento" promovido pelo Instituto Internacional do Ombudsman, em Edmonton, Alberta, Canadá (9 a 14 de agosto de 1992).

1. Definindo o contexto

1.1. Condições sociais e políticas para conhecimento da instituição

Entre as democracias emergentes da América Latina, o Brasil representa, em diversos aspectos, um caso atípico. O governo militar (1964/1984) propiciou um relativo sucesso econômico, e comparado com outros governos latino-americanos, exerceu apenas um moderado autoritarismo. A atual democracia brasileira herdou menos caos econômico e turbulência social, possuindo uma classe militar mais consciente politicamente do que alguns dos países vizinhos. De acordo com a maior parte de estudos sobre transição democrática, um país como o Brasil, que experimentou maior prosperidade econômica e menos repressão sob autoritarismo, tem mais possibilidades de sucesso na transição democrática¹. Por outro lado, críticos se opõem a este raciocínio afirmando que estas vantagens ou características do autoritarismo brasileiro representam, de fato, obstáculos à sedimentação do espírito democrático. Logo, porque o regime militar no Brasil foi relativamente bem sucedido econômica e politicamente em comparação com outros regimes latino-americanos; os atores políticos remanescentes detiveram uma significativa parcela de poder e influência ainda atuante na política atual. Assim, segundo os referidos estudos, o Brasil seria particularmente vulnerável a um "gradual" estilo de regressão². A menos que as práticas democráticas sejam fortalecidas, os avanços dos últimos anos podem ser desfeitos: talvez pela oclusão do espaço oferecido para o exercício da autoridade civil e de um "neo-liberalismo" constitucional.

Como consequência, instituições imbuídas da etogenia democrática, como o *Ombudsman*, encontram a oportuna e adequada condição social para sua implementação no Brasil, no sentido de fortalecer o sentimento democrático. Ademais, o federalismo brasileiro, como o canadense e o australiano, representa essencialmente uma resposta territorial ao governo de uma imensa e diversa área geográfica habitada por um povo identificado com uma só linguagem dominante (português) e cultura (luso-brasileira). A experiência histórica, a linguagem e a religião (predominantemente católica) convergiram para dar àqueles que povoam o subcontinente brasileiro um sentido peculiar e coeso de nacionalidade.

A nova Constituição democrática, promulgada em 5 de outubro de 1988, prevê um Ministério Público independente e autônomo, com funções similares ao modelo sueco da instituição denominada "Ombudsman". Inicia-se, com esta ordem jurídica, uma era democrática indutora de profundas mudanças estruturais. Modernidade é uma das preocupações centrais. A introdução do *Ombudsman*, popular e largamente adotado, claramente emerge como uma resposta excepcional à realidade contemporânea.

Evitando uma moralidade imposta, usual durante o regime autoritário, o governo admite a ineficiência administrativa e o direito do público

de exigir padrões mais altos de produtividade. Na ocorrência de erros ou ilegalidades, espera-se que o órgão responsável encontre meios de corrigi-los e prevenir novas ocorrências. Na inexistência de erros, ou ilegalidades, é importante saber que idéias falsas ou queixas os cidadãos têm da administração, ou dos burocratas, e restaurar a confiança nas relações entre Estado e cidadão. Pois, para reconhecer uma democracia autêntica

“o sistema político deve garantir múltiplos canais para o atendimento das reclamações individuais contra o Estado-administração. A burocracia pública deve permitir que relativamente pouco evada sua sofisticada malha de controles e mecanismos internos de atendimento a reclamações. Os servidores públicos devem ser sensíveis às críticas de seu desempenho.”³

Já à luz do novo surto democrático que ocorreu em 1984, com o fim do governo militar, os arquitetos da nova legalidade advogaram a implementação do “Defensor do Povo” como um instrumento importante para a defesa dos direitos e garantias dos cidadãos. Os legisladores estavam ávidos por introduzir inovações capazes de reverter o quadro crônico de ineficiência administrativa. Embora a legislação e métodos que governam a instituição do *Ombudsman* discrepem nos vários cenários políticos, a percepção que os legisladores têm do papel que desempenha a instituição, as expectativas em torno de sua atuação e a forma como a mesma se desenvolve, na prática, deram margem a adaptações que resultaram no fortalecimento do Ministério Público como a genuína organização do *Ombudsman*.

Assim, a influência original, baseada no surgimento do *Ombudsman* sueco, transformou-se num dedicado cometimento ao desempenho das funções institucionais da organização com fundamento em uma independência e autonomia garantidas constitucionalmente.

1.2. *Algumas experiências preliminares*

As Constituições brasileiras anteriores conceberam o Ministério Público Federal colocando-o ora incorporado ao Poder Executivo, ora como parte do Poder Judiciário. A primeira Constituição Republicana (24-2-1891) apenas mencionava que dentre os Juizes que compoariam o Supremo Tribunal Federal, um seria escolhido o Procurador-Geral da República, designado pelo Presidente da República (art. 58, § 2.º). Mas uma lei de 1890 (de n.º 1.030) já organizava o Ministério Público como instituição. A Constituição de 1934 o considerou como órgão de cooperação nas atividades governamentais. A de 1946 reservou-lhe um título autônomo, enquanto a de 1967 o incluiu numa seção do capítulo do Poder Judiciário e a sua Emenda 1/69 o situou entre os órgãos do Poder Executivo. Agora, a

Constituição lhe dá o relevo de instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Durante o período militar, por inspiração do então Senador Josaphat Marinho, preocupado com o processo de controle pelo Poder Legislativo dos atos da administração pública, incluiu-se preceito no art. 45 da Constituição Federal de 1967, que dispunha: "a lei regulará o processo de fiscalização, pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, dos atos do Poder Executivo e os da Administração indireta". A disposição permaneceu letra morta, em nosso direito constitucional, até 1984, quando a Lei n.º 7.295, de 19 de dezembro de 1984, o regulamentou e, em função dele, foram criadas nas duas Casas Legislativas a Comissão de Fiscalização e Controle. Em palestra realizada no Tribunal de Contas do Estado da Bahia, ressalta o consagrado constitucionalista:

"Ao lado da competência sancionadora do Poder Judiciário, limitada, de ordinário, por depender de provocação formal, reconhece-se ao Legislativo aptidão ampla para adotar providências ou criar órgãos visando à apuração e punição de abusos administrativos. A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, reformada, previu, "para a defesa dos direitos fundamentais", a designação de um "Comissário Parlamentar", pela Câmara dos Deputados (Bundestag), (art. 45-b). A Constituição de Portugal, além de tornar explícito — o que seria dispensável no Estado de Direito — que "os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem atuar com justiça e imparcialidade no exercício de suas funções" (art. 226.2), criou a figura do "Provedor de Justiça", de designação da Assembléia da República e perante o qual "os cidadãos podem apresentar queixas por ação ou omissão dos poderes públicos" (art. 23). De contexto semelhante é a Constituição espanhola. Estabelece que "os cidadãos e os poderes públicos estão submetidos à Constituição e a todo o ordenamento jurídico" (art. 9.º). Estipula que "os direitos e liberdades reconhecidos vinculam todos os poderes públicos" (art. 53.1). Subordina a Administração Pública "aos interesses gerais", "com submissão plena à lei e ao direito" (art. 103.1). Dispõe que "os Tribunais controlam o poder regulamentar e a legalidade da atuação administrativa, assim como a sujeição desta aos fins que a justificam". Declara que as Cortes, ao lado do exercício do Poder Legislativo, "controlam a ação do Governo". E ainda cria o "Defensor do Povo", de designação das Cortes, para "defesa" dos direitos fundamentais e "controle da atividade da Administração", segundo o que for prescrito em lei orgânica (art. 54). Afigura-se

irrecusável, assim, a tendência a robustecer o poder de vigilância das instituições parlamentares sobre a corporação executiva. Em face dos novos sistemas constitucionais de índole democrática, o legislador encontra mandamentos suficientes para instituir formas vigorosas de contenção dos excessos e desvios da atividade administrativa.”⁴

Portanto, embora bem defendida a idéia inicial de um mecanismo extra para conter os excessos da administração, a experiência brasileira nas últimas décadas com organizações semelhantes ao *Ombudsman* sueco limitou-se a algumas poucas agências para atendimento de queixas ou reclamações do público em geral, ligadas ao Poder Executivo. Em 1974, por exemplo, a proposta de implementação pela Comissão de Valores Mobiliários do Ministério da Fazenda de um órgão para tratar das reclamações apresentadas pelo público nem chegou a ser implementada. Outros projetos de lei, que enfatizavam o possível papel da organização como preventivo de corrupção, também não se efetivaram.

De fato, a idéia do *Ombudsman* continuou sendo estranha ao Brasil, até meados dos anos 70. O termo era pouco familiar nos círculos acadêmicos e legais, e não parecia muito compatível com o prevalente sistema militar. Quando surgiram os primeiros sinais indicando a “abertura” de um novo e significativo processo político, mobilizações em torno dos novos partidos políticos e a eleição direta para governadores de Estado — depois de um jejum de vários anos, em novembro de 1982 — ensejaram os prospectos de revigoramento do federalismo brasileiro e o surgimento de mecanismos essencialmente democráticos como a instituição do *Ombudsman*.

Pelo Decreto n.º 93.714, de 1986, o então Presidente José Sarney criou uma comissão para recebimento de queixas públicas, a CODICI (Comissão de Defesa dos Direitos dos Cidadãos), que foi muito criticada. Contrariamente às expectativas de excelência de uma organização colegiada para atendimento das insatisfações do público, a CODICI comprovou ser inadequada. A dificuldade de acesso do público em geral, combinada com um processo dividido de tomada de decisões, dependente da orientação da administração federal, foram as principais causas de insucesso. Os membros da comissão estavam sob a supervisão do chefe do Poder Executivo federal, escolhidos por esta autoridade entre membros civis e militares de sua confiança. Tinham como função a “proteção dos direitos dos cidadãos contra abusos de poder, falhas e omissões na administração federal”. Limitou-se, porém, a receber reclamações de servidores públicos descontentes. Além disso, aos membros da comissão não era exigida experiência legal, e muitos haviam desempenhado atividades políticas. Essas características desacreditaram o órgão como um mecanismo de reparação de erros administrativos.

A vantagem foi o propiciamento de uma atmosfera para discussão e crítica da necessidade do estabelecimento de um mecanismo de atendimento às reclamações do público que fosse imparcial e independente. Intensas discussões seguiram a idéia de incluir esse mecanismo na redação final da Lei Maior. Recomendou-se que as regras governando a instituição fossem amplamente discutidas pelos parlamentares, pelo Ministro da Justiça e pela Ordem dos Advogados do Brasil. O Ministério Público envolvia-se no estudo de opções que mais se ajustassem às necessidades democráticas.

Quanto aos parlamentares, o partido governista, Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB), tentava atingir consenso, enquanto o Partido da Frente Liberal (PFL) sugeria, pelo Senador Marco Maciel, o ressurgimento do "Ouvidor-Geral", que existira no período colonial. A novidade consistia em que o nomeado fosse escolhido entre os membros do Ministério Público, previamente aprovado pelo Senado, para um mandato de dois anos, renováveis. Foi a inspiração para o transplante da idéia do *Ombudsman* para o Ministério Público Federal na redação final da Constituição Federal de 1988, que finalmente a concebeu sob o Título IV, que trata da organização dos poderes, no Capítulo IV, artigos 127 a 130, que regulam as funções essenciais à justiça.

KIRCHHEINER observa que a democracia não é tanto o uso de formas institucionais corretas, como o sistema representativo, mas "um estado mental, um modo de vida, um respeito pelo direito individual no mais amplo significado, que inclui um sentimento de segurança, humanidade, dignidade humana e estima pessoal"⁵. Enquanto vários países copiaram o modelo original do *Ombudsman* sueco, muitos não adotaram o mesmo espírito democrático que rege a instituição. Deram-lhe poderes semelhantes e iguais funções, "mas não lhe dotaram com as condições adequadas para o seu desempenho"⁶.

A Assembléia americana assim descreve a essência da organização:

"um agente público independente, do alto escalão, que recebe queixas ou reclamações, que investiga as matérias concernentes, e que faz recomendações para as ações adequadas. Ele pode também investigar por sua própria iniciativa. Ele faz relatórios públicos periódicos. As suas principais armas são persuasão, crítica e publicidade. Ele não pode, legalmente, modificar ou reverter o ato administrativo."⁷

1.3. *Uma experiência local: a cidade de Curitiba*

A tentativa pioneira de implementar uma organização semelhante ao *Ombudsman*, em nível local, foi um experimento-piloto na cidade de Curitiba (população: 1.6 milhões), capital do Estado do Paraná. O Decreto

n.º 215/86-PMC estabeleceu a estrutura e a jurisdição da organização. Com uma jurisdição restrita buscava-se evitar um excesso de reclamações e despesas. A premissa era de que um atendimento personalizado tende a estimular mais rápidos e melhores serviços. Este *Ombudsman* local deveria "investigar reclamações e queixas ou alegações de erros ou omissões" contra a administração pública local. Estimula-se o acesso à organização para apresentação de críticas ou reclamações sem restrições, ressalvada a discricão do órgão quanto às reclamações que irá investigar. Não se incumbem das que estejam fora da jurisdição nem as que lhes pareçam infundadas. Com uma composição simples, de poucos servidores, a organização tem apresentado resultados positivos⁸. O seu sucesso deve-se também ao incentivo do Prefeito, que vê a organização como um auxílio na formulação das políticas locais e na avaliação daquelas já postas em prática. O fluxo contínuo de comunicação entre governantes e governados ajuda, assim, a desenvolver a administração municipal.

Entretanto, a organização é melhor caracterizada como uma agência de informações e referências, que tem estimulado a população local a apresentar idéias e participar na melhoria dos serviços públicos locais. As críticas e sugestões apresentadas pelos cidadãos são redirecionadas para as agências competentes e as recusadas são devidamente explicadas à parte interessada⁹.

Parece que a participação do cidadão através de sugestões e reclamações tem sido um fator para fortalecer o governo municipal. Desta forma foram postos em prática um ambicioso sistema de coleta de lixo, e um programa de reciclagem. A cidade tem sido alvo de atenção internacional como exemplo de uma "cidade-modelo de bem-estar".¹⁰ O atual Prefeito, Jaime Lerner, é um arquiteto em seu terceiro mandato desde 1971.

2. O papel de "Ombudsman" do Ministério Público da União

2.1. Princípios e Natureza Institucional

O Ministério Público da União — informado pelo seu novo papel constitucional — está conquistando gradualmente uma posição excepcional na estrutura do Estado, devido à relevância de suas funções na proteção dos direitos humanos e dos interesses coletivos.¹¹ Contudo, não é aceitável a tese de alguns que querem ver na instituição um quarto poder do Estado. Suas atribuições, mesmo ampliadas aos níveis acima apontados, são antologicamente de natureza administrativa, porém funcionalmente independentes do Poder Executivo. Seus membros integram a categoria dos agentes políticos, e, como tal, hão de atuar "com plena liberdade funcional, desempenhando suas atribuições com prerrogativas e res-

ponsabilidades próprias, estabelecidas na Constituição e em leis especiais".¹² Não são funcionários públicos em sentido estrito, nem se sujeitam ao regime estatutário comum. Têm normas específicas para sua escolha, investidura, conduta e processo por crimes funcionais e de responsabilidade, "que lhes são privativos".¹³

Nestas condições, a Lei Maior reconhece aos membros da instituição prerrogativas e responsabilidades idênticas àquelas dadas aos Juizes. Os integrantes do Ministério Público não se caracterizam como servidores públicos civis *stricto sensu*, pois estão sujeitos a regras e regulamentos específicos. A orientação doutrinária afirma os princípios estruturais da organização: unidade, indivisibilidade e independência funcional. Estes princípios asseguram a instituição de sua autonomia funcional e administrativa, conforme estabelecido no art. 127, § 2.º.¹⁴ Essa foi a orientação doutrinária que informou a elaboração das normas constitucionais sobre o Ministério Público, que lhe afirmam os princípios institucionais da unidade, da indivisibilidade e da independência funcional e lhe asseguram autonomia administrativa, facultando-lhe, observado o disposto no art. 169, "a propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas e provas e títulos". Dá-se-lhe, assim, o poder de iniciativa de lei nessas matérias. Cabe-lhe também a elaboração da proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias. Mas não se lhe dá o poder de iniciativa da proposta orçamentária, devendo esta integrar-se no orçamento geral a ser submetido ao Poder Legislativo pelo Poder Executivo.

Uma característica relevante, portanto, é a independência da instituição, o que desenvolve a confiança e estima do público, com que organizações similares têm sido agraciadas. Assim, a independência e a autonomia do órgão são também mantidas por uma interação harmônica com o Poder Legislativo; pelas provisões constitucionais que garantem o método de nomeação e provimento para a função; pelas atitudes do chefe do Ministério Público e dos seus membros; e, ainda, pelo desejo do Governo de aceitar um controle externo das suas decisões.

Vários países que adotaram o *Ombudsman* têm, sem exceção, preferido integrá-lo com o Poder Legislativo do que com o Executivo, e essa escolha não é acidental. Em muitos países, o Executivo emprega mecanismos para permitir o controle de seus próprios servidores, o que pode incluir provisões para o recebimento de reclamações por parte do público. Preocupam-se, entretanto, em assegurar os interesses da administração pública, às vezes em detrimento de proteção imparcial aos direitos do cidadão.

Da mesma forma, num sistema presidencial, com nítida separação entre Legislativo e Executivo, aconselha-se — para garantir uma indepen-

dência autêntica — relacionar o *Ombudsman*, em qualquer grau, ao Legislativo. A instituição terá então um desempenho semelhante à Comissão Parlamentar de Inquérito, no seu poder investigatório. Mecanismos adicionais para garantir essa independência são as provisões formais para investidura na função e outros fatores intangíveis, como a liberdade de expressão, que são fundamentais em todas as formas democráticas de governo.

2.2. *Unidade e indivisibilidade*

Os princípios básicos de “unidade” e “indivisibilidade” são visualizados numa estrutura orgânica, multifária e diversificada. O art. 128 da Constituição dá conseqüência ao princípio da unidade do Ministério Público. Por isso, trata todos os Ministérios Públicos enumerados nos seus incisos e alíneas como se constituíssem uma instituição única, afirmando que a instituição do Ministério Público *abrange* todos os Ministérios Públicos ali indicados.

Ainda, como mais um aspecto, da essencialidade da organização, admite o art. 130 do Ministério Público especial, não mencionado no art. 128, funcionando *junto aos Tribunais de Contas*, ao qual, portanto, aplicam-se as mesmas disposições pertinentes a direitos, vedações e forma de investidura.¹⁵ Mas ao Ministério Público *junto aos Tribunais de Contas* só compete o exercício de suas funções essenciais de *custos legis*, porque a representação das Fazendas Públicas, aí, como em qualquer outro caso, é função dos respectivos Procuradores, nos termos dos arts. 131 e 132.

O princípio da unidade do Ministério Público já constava da exposição de motivos da Comissão elaboradora dos estudos e do anteprojeto de que resultou a Lei Complementar n.º 40/81. Segundo este diploma legal, o Ministério Público é, em seus lineamentos básicos, uma só instituição, quer atue no plano federal, junto à justiça comum ou especial, quer no plano dos Estados, Distrito Federal e Territórios. Não é fácil construir conceitos de unidade e indivisibilidade de instituições que se inserem no contexto da organização federativa, diversificada em níveis de jurisdição. Para exemplificar, considere-se a questão da indivisibilidade que fundamenta a realização do princípio da devolução, que dá ao chefe da instituição o poder de avocar funções dos subordinados, ou a realização do princípio da substituição que possibilita a um dos membros da instituição cumprir funções de outro. Não há como efetivar isso entre os vários Ministérios Públicos. Só é realizável dentro de cada um deles. Assinala o Prof. FREDERICO MARQUES o sentido daqueles princípios:

“No Brasil, em virtude da organização federativa, pode-se dizer que há um *parquet* em cada Estado, além do que constitui

Ministério Público Federal e dos que funcionam junto às jurisdições especiais. Dentro de cada *parquet* existe a unidade e indivisibilidade que estruturam a instituição como um corpo hierarquizado. De *parquet* para *parquet*, há apenas unidade funcional sob a base da lei, pois na aplicação do direito existem laços de coordenação e igualdade.”¹⁶

2.3. *Estrutura Organizacional*

Os servidores que compõem o quadro de pessoal da instituição fazem parte da administração pública direta. A União, os Estados, o Distrito Federal e as Municipalidades instituem, em cada uma destas jurisdições, um só regime jurídico e plano de carreira para os empregados que contratam. A Constituição estabelece que a administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes nos diferentes níveis de governo, bem como suas fundações, deve obedecer, além de outros, aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. Dispõe o ordenamento máximo que a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.¹⁷ É provisão geral da Constituição que os servidores nomeados em virtude de concurso público são estáveis após dois anos de efetivo exercício¹⁸.

O art. 128 da Constituição demonstra a composição do Ministério Público, do qual consta o Ministério Público do Trabalho como parte integrante daquela organização. É interessante notar como uma norma aparentemente clara possa ter sido fonte de grande controvérsia no confronto entre a competência dada ao Procurador-Geral da República para nomear, empregar e dispensar as pessoas que o assistem no desempenho das funções institucionais.

Mas uma questão conflitante foi provocada pela nomeação do Procurador-Geral do Ministério Público do Trabalho, diretamente pelo Presidente da República, sem consulta ao Procurador-Geral da República, que ficou conhecido como o “caso Roboredo”. Só recentemente foi a questão dirimida, quando a Corte Suprema reconheceu a prerrogativa do chefe do Ministério Público da União para nomear as pessoas subordinadas à sua direção, como no caso da chefia do Ministério Público do Trabalho, sem interferência do chefe do Poder Executivo.

2.4. *O chefe do Ministério Público da União*

O Ministério Público da União consolida os outros Ministérios Públicos da esfera federal, sob a chefia unitária do Procurador-Geral da Repú-

blica. Esta autoridade é nomeada pelo Presidente da República dentre integrantes da carreira, maiores de trinta e cinco anos, após a aprovação de seu nome pela maioria absoluta dos membros do Senado Federal. O prazo do mandato é de dois anos, permitida a recondução, para a qual repete-se o procedimento que deve efetivar-se por meio de nova nomeação. A Lei Maior não limitou o número de recondução (art. 128, § 1.º). Já quanto aos Ministérios Públicos dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, formar-se-ão listas tríplexes, dentre integrantes da carreira, na forma da lei respectiva, para escolha do Procurador-Geral da Justiça. Esta autoridade será nomeada pelo Chefe do Poder Executivo (Governadores de Estados, Presidente da República para o Distrito Federal e Territórios), para mandato também de dois anos, permitida uma recondução (art. 128, § 3.º). Note-se que, nesse caso, só uma recondução é permitida. Não há necessidade de repetir o procedimento de nova eleição, com elaboração de lista tríplex, bastando a renomeação pelo Chefe do Executivo competente. Com relação ao Procurador-Geral da República, a repetição do procedimento é mandatória, porque o Senado tem que aprovar a recondução, considerada uma nova forma de nomeação.

Refere-se a Constituição a "mandato" dos Procuradores-Gerais, mas o regime dessa investidura não é verdadeiramente um mandato. Não se trata de representação resultante de eleição dos integrantes da carreira, nem mesmo em relação aos Procuradores-Gerais dos Estados, Distrito Federal e Territórios. É um dos elementos do ato complexo de investidura. Esse tipo de "mandato" é, na realidade, uma *investidura a tempo certo*. Logo, pode ser interrompida antes do término do prazo, mas não ao livre arbítrio da autoridade nomeante, porque depende de autorização do Senado Federal por voto da maioria absoluta de seus membros, quando se tratar do Procurador-Geral da República (art. 128, § 2.º), ou por deliberação da maioria absoluta do Poder Legislativo, na forma da lei complementar respectiva, quando se tratar de Procuradores-Gerais nos Estados e no Distrito Federal e Territórios (art. 128, § 5.º).

Há, porém, curiosa incoerência dos textos que se referem aos Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Distrito Federal e dos Territórios em situação idêntica aos dos Estados, sem considerar que aqueles são organizados e mantidos pela União e integram, por essa razão, o Ministério Público da União. São provenientes de lista tríplex formada pelos seus integrantes, diversamente do procedimento para a escolha do Procurador-Geral da República ou dos chefes dos outros Ministérios Públicos da União. Sua destituição depende de deliberação do Poder Legislativo, que, como órgão da União, é o Congresso Nacional, enquanto a destituição do Procurador-Geral da República depende do Senado Federal, não do Congresso. Porém essa mesma garantia não está prevista para os Chefes dos outros Ministérios Públicos integrantes da União Federal. Daí decorre, em relação aos Ministérios Públicos do Distrito Federal e dos Territórios,

que, embora integrantes do Ministério Público da União, foi-lhes conferida certa autonomia diante do Procurador-Geral da República, não cabendo a este indicar seus chefes nem exonerá-los como seus subordinados, como deverá ocorrer com os outros¹⁹.

2.5. Características da carreira

Note-se que as funções do Ministério Público só podem ser exercidas pelos membros da carreira, que devem residir na jurisdição de suas respectivas áreas de atuação.

É também disposição constitucional a aplicação do artigo 93, incs. II e VI ao Ministério Público, quando apropriada. Assim, lei complementar, de iniciativa do Procurador-Geral da República, disporá sobre o Estatuto do Ministério Público, observando, em relação à carreira, os seguintes princípios: ingresso na carreira através de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação. A promoção dos membros dar-se-á de entrância a entrância, alternadamente, por antigüidade e merecimento, atendidas as seguintes normas: (a) é obrigatória a promoção do membro que figure por três vezes consecutivas ou cinco alternadas em lista de merecimento; (b) a promoção por merecimento pressupõe dois anos de exercício na respectiva entrância e integrar o procurador a primeira quinta parte da lista de antigüidade desta, salvo se não houver com tais requisitos quem aceite o lugar vago; (c) aferição do merecimento pelos critérios da presteza e segurança no exercício da jurisdição e pela freqüência e aproveitamento em cursos reconhecidos de aperfeiçoamento; (d) na apuração da antigüidade, somente se poderá recorrer o candidato mais antigo pelo voto de dois terços de seus membros, conforme procedimento próprio, repetindo-se a votação até fixar-se a indicação.

A aposentadoria com proventos integrais é compulsória por invalidez ou aos setenta anos de idade, e facultativa aos trinta anos de serviço, após cinco anos de exercício efetivo na carreira²⁰.

Embora o poder da instituição seja substanciado pela autoridade legal tanto de investigar ilegalidades como de compelir os órgãos administrativos a agir dentro de determinados parâmetros, o simples efeito moral da sua existência é bastante poderoso para provocar mudanças na administração pública em geral. Através de negociação racional e persuasão, a instituição tem obtido significantes resultados em relevantes questões como consciência ecológica, a defesa e proteção do bem público e social, bem como dos direitos e interesses das populações indígenas.

Credibilidade é outro fator importante. A transição do Ministério Público do papel de "braço direito" do Poder Executivo para uma posição

significativamente independente — garantida pela Constituição Federal de 1988 — tem sido adequadamente implementada pelo primeiro Procurador-Geral da República nomeado sob a égide da nova Lei Maior, em 1989, com a responsabilidade de modelar o novo papel da instituição. Vários resultados em favor da instituição podem ser creditados às características pessoais do Dr. ARISTIDES JUNQUEIRA e à excepcional habilidade no trato de questões constitucionais das mais complexas. A consideração com que os membros do Senado o distinguem foi comprovada pela confirmação unânime para um segundo mandato, em 1991.

Para ser efetivo, o Ministério Público deve desenvolver e manter um perfil público seguro. Este perfil tem sido modelado pela ênfase dada ao papel positivo da instituição ao promover uma maior interação com a sociedade civil para obter ações eficientes de âmbito nacional; ao mostrar como a administração pública, por meio de seus agentes políticos, pode usar sua experiência para desenvolver e popularizar sistemas mais justos e equânimes.

2.6. *Direitos e garantias*

Como agentes políticos, os membros do Ministério Público precisam de ampla liberdade funcional e maior resguardo para o desempenho de suas funções, não sendo privilégios pessoais as prerrogativas de vitaliciedade, a irredutibilidade de vencimentos e inamovibilidade (art. 128, § 5.º, inc. I), que se lhes reconhecem, a todos, mas garantias necessárias ao pleno exercício de suas elevadas funções que incluem até mesmo o poder-dever da ação penal contra membros dos órgãos governamentais.

Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros as seguintes garantias:

(a) vitaliciedade, após dois anos de exercício, não podendo perder o cargo senão por sentença judicial transitada em julgado;

(b) inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público, por voto de dois terços de seus membros, assegurada ampla defesa;

(c) irredutibilidade de pagamento, observado, quanto à remuneração, as provisões constitucionais que limitam o total de pagamento aos servidores públicos²¹.

Segundo a mais recente jurisprudência (HC: 67.759-RJ), sustenta o Ministro CARLOS MÁRIO VELLOSO, da Suprema Corte, a existência

do "promotor natural", paralelamente à figura do "juiz natural". Ensina o ilustre magistrado que somente atendidos os requisitos daquela disposição constitucional (art. 128, § 5.º, I, *b*), poderá o membro do Ministério Público ser afastado da função para a qual estava designado. Assim, já não vigora norma infraconstitucional que autorize o afastamento de maneira diferente daquela constitucionalmente estabelecida. De acordo com o nobre Ministro do STF, o *promotor natural* completa, coerentemente, o princípio do *due process of law*, que a Constituição consagra e que compreende o do *juiz natural*²².

A imparcialidade da instituição é também fundada em vedações: receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais; exercer a advocacia; participar de sociedade comercial, na forma da lei; exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério; exercer atividade político-partidária, salvo exceções previstas na lei. Neste caso, a lei específica deve ser muito cautelosa ao regular a participação política do membro do Ministério Público, visto que isto pode representar uma oportunidade para promoção pessoal em detrimento da imparcialidade necessária aos membros da instituição.

Ademais, é bom recordar que, entre as funções essenciais ao desempenho da justiça, a tarefa mais difícil tem sido atribuída aos promotores públicos, que devem agir, dependendo da situação, como promotores, incumbidos das acusações criminais, sendo assim tão parciais quanto os advogados, e, ao mesmo tempo, agindo como imparciais fiscais da lei. Segundo CALAMANDREI:

"Advogado sem paixão, juiz sem imparcialidade, tal é o absurdo psicológico no qual o Ministério Público, se não adquirir o sentido do equilíbrio, se arrisca, momento a momento, a perder, por amor da sinceridade, a generosa combatividade do defensor ou, por amor da polêmica, a objetividade sem paixão do magistrado."²³

2.7. Funções institucionais

A instituição desempenha papéis tradicionais e outras funções que lhe foram acrescentadas, próprias de sua natureza de *Ombudsman*. As funções institucionais do Ministério Público estão descritas no art. 129, entre as quais se destacam a de *dominus litis*, como titular da ação penal pública. Cabe-lhe também promover o inquérito civil e a ação civil pública para a tutela dos interesses públicos, coletivos, sociais e difusos; a ação direta da inconstitucionalidade genérica e interventiva, nos termos da Constituição; zelar pelo respeito aos Poderes Públicos e aos serviços de relevância pública, promovendo as medidas necessárias à sua garantia. É ainda o *defensor*

dos direitos e interesses das populações indígenas. Incumbe-lhe, além dessas atividades, a de intervenção em procedimentos administrativos, de controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar. Para tanto, tem autoridade para a requisição de diligências investigatórias e de *instauração* de inquérito policial, vedadas essas funções a quem não seja integrante da carreira, salvo quanto à legitimação para as ações civis que não impede seu exercício por terceiros ²⁴.

Outras funções compatíveis com a finalidade da organização podem ainda ser conferidas ao Ministério Público, sendo-lhe, entretanto, expressamente proibida a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas ²⁵.

2.8. Impacto do Plano Brasileiro

Este estudo analisou os papéis e as funções do Ministério Público e comparou-os com a instituição do *Ombudsman*. As similaridades são tão próximas que é óbvio que o veículo usado para inspirar os constituintes foi o conceito clássico do modelo sueco.

Conforme discutido, o Ministério Público tem demonstrado os benefícios decorrentes da autonomia conferida à instituição, desde 1988. Seus membros têm desenvolvido com eficiência pelo menos dois importantes aspectos de sua atuação: um pedagógico, ou de natureza preventiva, e outro corretivo, de fiscalização da constitucionalidade das normas. No primeiro caso, a instituição tem provocado um efeito social revitalizador ao recomendar aperfeiçoamentos na administração pública e no resguardo do direito público de garantias aos direitos constitucionais e liberdades públicas, ambos de forma generalizada ou em grupos específicos de cidadãos, como aposentados e proteção aos mais desfavorecidos, como as crianças sem lar. A natureza preventiva e educacional tem demonstrado também ser efetiva na proteção ao meio ambiente; e na tomada de posição em matérias bem complexas como a questão indígena e o resguardo aos direitos dos consumidores.

A relevante função do Ministério Público na promoção da ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, ou mesmo por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional ²⁶, tem sido significante em termos do interesse público, mas monopolizadora das atenções do chefe da instituição. Acontece que cada Constituição nova propõe muitas dificuldades para os juristas, na medida em que as incompatibilidades da legislação inferior à luz da Lei Maior devem ser apontadas.

A instituição tem alertado a opinião pública contra o perigo de decisões administrativas questionáveis que possam ser danosas para com direitos humanos fundamentais ou que possam ferir o devido processo legal. O

Procurador-Geral da República demonstrou uma atuação exemplar no deslinde da turbulência política provocada por um excesso de medidas provisórias que caracterizaram a inauguração do Governo Collor de Mello.

Embora a Lei Maior diga que somente “em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei”²⁷, em muitas oportunidades, a presteza de ação do Procurador-Geral da República em apontar ocorrência de inconstitucionalidades em muitas dessas medidas, serviu como freio à adoção indiscriminada do mecanismo legiferante.

O Ministério Público tem discricção para agir privativamente, na promoção da ação penal pública ou da ação civil pública, que não impede a ação de terceiros, na mesma hipótese. Logo, atenção especial é concentrada na coleta de informações sobre as autoridades públicas, derivadas da mídia, das comissões parlamentares de inquérito ou mesmo das decisões judiciais. Essa nova postura ativa da instituição tem sido fonte de conflitos, tanto internos quanto externos à organização, porque alguns críticos comentam os excessos da legitimação ativa da instituição, criticando-os como dirigidos a granjear publicidade. Outros ponderam que, após tantos anos de atuação reativa, em regime autoritário, nada mais natural que a instituição adote uma postura pró-ativa.

3. Conclusão

As mencionadas características da instituição têm sido exercitadas sob uma nova ordem jurídica. Mas as leis orgânicas que disciplinam duas das funções essenciais à justiça — Ministério Público e Advocacia-Geral da União — estão ainda sendo consideradas pelo Senado Federal. Ambos os projetos tentam harmonizar os princípios gerais constitucionais às organizações específicas, nas quais o tradicional modelo do Ministério Público foi subdividido, para maior efetividade na administração da justiça. As atuais responsabilidades de ambas as instituições decorrem, também, do tradicional modelo sueco. Como é conhecido, na Suécia, por razões históricas, existem duas autoridades com as mesmas funções de *Ombudsman*: O Chanceler de Justiça, ou *Justitiekanslern* or *JK*, criado sob circunstâncias históricas especiais, em 1713, e o Comissário Parlamentar, ou *Justitieombudsman* or *JO*, estabelecido pela Constituição de 1809 sob outras circunstâncias especiais. O *JO*, ou *Justitieombudsman*, foi o progenitor direto dos agentes públicos nos diversos países que receberam o nome de *Ombudsman*, ou na tradução literal representantes (*Ombuds*) do povo.

A reforma constitucional brasileira adotou ambos os modelos: o Ministério Público, inspirado no *JO*, chefiado pelo Procurador-Geral da República, como uma instituição permanente na defesa da ordem jurídica,

do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis; e a Advocacia-Geral da União, inspirada no JK, representando a União, judicial e extrajudicialmente, com as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo²⁸.

Os cidadãos têm ampliadas as vias de acesso para suas reclamações contra a administração pública e para garantia de seus direitos: tanto podem recorrer ao Executivo quanto ao Legislativo, como tradicionalmente, ao Judiciário, embora algumas importantes exclusões ainda existam. Mas, de modo geral, o sistema do direito administrativo está mais fortalecido para a proteção do público contra erros ou abusos do poder, atos administrativos nocivos ou acusações injustas. Os Tribunais e Cortes judiciais de primeira instância podem corrigir decisões administrativas injustas ou ilegais enquanto os Tribunais de Contas e auditorias podem invalidar irregularidades financeiras, e os responsáveis serem processados pelos promotores públicos.

Nesse contexto, mesmo a existência do *Ombudsman* subordinado ao Poder Executivo, ou a sua versão clássica, independente, ou ambas as versões, funcionando nos diversos níveis de governo — como exemplo o Ministério Público Federal, em nível nacional, ou o "Ouvidor-Geral", em nível local — "são mecanismos efetivos para a reparação das queixas ou reclamações do público e para o aperfeiçoamento da qualidade da administração pública"²⁹.

Referências bibliográficas

1. Guillermo O'Donnell, "Challenges to Democratization in Brazil", *World Policy Journal* (Spring 1988): 281-300.
2. Guillermo O'Donnell vê o perigo da regressão ao autoritarismo de duas formas: através de uma regressão rápida, pelo golpe militar convencional ou pela regressão gradual, e pela erosão das práticas democráticas.
3. Gerald Caiden, "Ombudsman in Developing Democracies: Comment", *International Review of Administrative Science*, Vol. 50, Nº 3 (1984): 221-226, at 221.
4. Marinho, Josaphat, "Constituição e Poder de Fiscalização e Controle". Conferência proferida no Tribunal de Contas, em 9-4-85, Salvador, TC, pp. 6 e 7.
5. H. H. Kirchheimer, "The Ideological Foundation of the Ombudsman Institution", in *The International Handbook of the Ombudsman: Evolution and Present Function*, Gerald E. Caiden ed. (Westport: Greenwood Press, 1983), pp. 23-26.
6. H. H. Kirchheimer, *ibid.*, p. 25.
7. S. V. Anderson ed., *Ombudsman for American Government?*, Englewood Cliffs, N. J.: Prentice-Hall, Inc. 1968, p. iii.

8. Manuel Eduardo Alves Camargo e Gomes, "A Institucionalização do Ombudsman no Brasil", *Revista de Direito Administrativo*. Vol. 167 Janeiro-Março, (1987): 1-31, at p. 15.
9. Manuel Eduardo A. C. Gomes, *supra*, note 2 at p. 18.
10. MacMargolis, "Brazil's City That Works", *Newsweek*, October 14, 1991, at p. 21.
11. *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988, Título IV, Capítulo IV, Seção I, art. 127.
12. José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 6ª ed., pp. 291 e 292.
13. Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 17ª ed., pp. 50 e 51.
14. *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988, Título IV, Capítulo IV, Seção I, art. 127, § 2.º
15. *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988, Título IV, Capítulo IV, Seção I, art. 128, § 4.º
16. Frederico Marques. *Instituições de Direito Processual Civil*, V. I, Fozense, Rio, 1958, p. 245.
17. *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988, Título III, Capítulo VII, Seção I, art. 37, incisos I e II.
18. *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988, Título III, Capítulo VII, Seção I, art. 37, incisos I e II.
19. *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988, Título IV, Capítulo IV, Seção I, art. 128, parágrafo 4º
20. *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988, Título IV, Capítulo III, Seção I, art. 93, inc. VI.
21. *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988, Título III, Capítulo VII, Seção II, arts. 37, XI, 150, II, 153, III, 153, § 2º, I.
22. *Constituição da República Federativa do Brasil*, art. 5º, incisos XXXV, LIII, LV.
23. João Afonso da Silva, *ob. cit.*, p. 59.
24. *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988, art. 29 do ADCT.
25. *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988, Título IV, Capítulo IV, Seção I, art. 129, inciso IX.
26. *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988, arts. 129, item IV e 103, parágrafos 1º e 2º.
27. *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988, art. 62.
28. *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988, arts. 131 e 132.
29. Daisy de Asper y Valdés, "The Self-Perceptions of the Ombudsman: A Comparative and Longitudinal Survey" in *The Ombudsman Journal*, nº 9 (1990/1991): 1-40, at 34.

O Ministério Público e a Defesa de Direitos Individuais Homogêneos

TEORI ALBINO ZAVASCKI

Juiz do TRF — 4ª Região. Professor de
Direito Processual Civil na UFRGS

SUMÁRIO

1. *Introdução.* 2. *Hipóteses de legitimação previstas em lei.* 3. *Embasamento constitucional.* 4. *Outros direitos individuais homogêneos.* 5. *Conclusões.*

1. *Introdução*

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078, de 11-9-90), ao tratar da defesa dos interesses e direitos dos consumidores em juízo, estabeleceu que ela será exercida em forma de “defesa coletiva” quando se tratar de interesses ou direitos difusos, de interesses ou direitos coletivos e de interesses ou direitos individuais homogêneos (art. 81, parágrafo único). Interesses ou direitos difusos foram ali definidos como “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato” os coletivos como sendo “os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica-base”; e os individuais homogêneos foram definidos, simplesmente, como sendo “os decorrentes de origem comum”.

Do ponto de vista objetivo, assemelham-se os interesses difusos aos coletivos: ambos são indivisíveis, não podendo ser satisfeitos nem lesados senão em forma que afete a todos os possíveis titulares, difusa ou coletivamente considerados. O que os diferencia são seus aspectos subjetivos: embora ambos sejam transindividuais, a indeterminação dos sujeitos titulares é absoluta quando se trata de interesses difusos, mas é relativa em se tratando de interesses coletivos. É que nos difusos, a ligação entre os titulares decorre de mera circunstância de fato, enquanto que os titulares dos interesses coletivos têm a ligá-los, entre si ou com o obrigado, uma relação jurídica-base. Tal forma de ligação relativiza a indeterminação dos sujeitos, tornando possível identificá-los por grupos, classes ou categorias. Nos dois casos, entretanto, os interesses são transindividuais e indivisíveis. Diferentemente é o que ocorre com os chamados “interesses ou direitos individuais homogêneos”. Estes são divisíveis e individualizáveis e têm titularidade determinada. Constituem, portanto, direitos subjetivos na acepção tradicional, com identificabilidade do sujeito, determinação do objeto e ade-

quando elo de ligação entre eles. Decorrendo, ademais, de relações de consumo, têm, sem dúvida, natureza disponível. Sua homogeneidade com outros direitos da mesma natureza, determinada pela origem comum, dá ensejo à defesa de todos em forma coletiva, mediante ação proposta, em regime de substituição processual, por um dos órgãos ou entidades para tanto legitimados concorrentemente no art. 82. Tal legitimação recai, em primeiro lugar, no Ministério Público.

Além da prevista no Código do Consumidor, há outras hipóteses de legitimação do Ministério Público para defender, em forma coletiva, direitos de natureza individual: a da Lei n.º 7.913, de 7-12-89, para propor ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários e a do art. 46 da Lei n.º 6.024, de 13-3-74, para propor ação de responsabilidade pelos prejuízos causados aos credores por ex-administradores de instituições financeiras em liquidação ou falência. Nas três hipóteses — danos decorrentes de relações de consumo, de investimentos em valores mobiliários e de operações com instituições financeiras — os direitos lesados são por natureza individuais, divisíveis e disponíveis. Há, ademais, a referência a interesses e direitos individuais, constante do atual art. 21 da Lei n.º 7.347, de 24-7-85 (introduzido pelo art. 117 da Lei n.º 8.078/90) que teria tido, ao que parece, o propósito de estender a todos os direitos individuais homogêneos, o mesmo regime a que se sujeitam os direitos decorrentes das relações de consumo, inclusive, portanto, no que tange à legitimação do Ministério Público para defendê-los coletivamente.

Pois bem, como compatibilizar a legitimação para defesa daqueles direitos individuais, com a natureza e as finalidades do Ministério Público, instituição destinada à defesa de interesses sociais ou individuais indisponíveis (CF, art. 127), eis o primeiro tema deste estudo. Examinar-se-á, em segundo lugar, em que condições e em que limite poderá o Ministério Público atuar em defesa de outros direitos individuais de natureza homogênea, nas hipóteses em que não há legitimação expressa em norma infraconstitucional.

2. *Hipóteses de legitimação previstas em lei*

A legitimação do Ministério Público para defender, em juízo, direitos individuais homogêneos, que tenham como origem relações de consumo, está prevista no art. 82, I, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. A ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente so-

fridos “será proposta em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores” (art. 91). Trata-se, pois, de hipótese típica de legitimação extraordinária, em forma de substituição processual. Os titulares do direito não serão sequer indicados ou qualificados individualmente na inicial, mas simplesmente chamados por edital a intervir como litisconsortes, se assim o desejarem (art. 94). É que o objeto da ação, mais que obter a satisfação do direito pessoal e individual das vítimas, consiste em perseguir seja fixado o valor total dos danos causados. É importante assinalar esse detalhe: os objetivos perseguidos são visualizados não propriamente pela ótica individual e pessoal de cada prejudicado, e sim pela perspectiva global, coletiva, impessoal. Não é por outra razão, também, que “em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados” (art. 95). Condenação “genérica” (sem especificar prejuízos particularmente considerados) “fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados” (e não os prejuízos específicos e individuais dos lesados). Caberá aos próprios titulares do direito, depois, promover a liquidação e a execução pelo dano individualmente sofrido (art. 97). Haverá, portanto, em tema de legitimação, substancial alteração de natureza por ocasião da execução da sentença, já que para esta, será indispensável a iniciativa do próprio titular do direito. Mesmo quando proposta em forma coletiva (art. 98), a execução, nestes casos, deverá se dar em litisconsórcio ativo, já que, aqui sim, busca-se satisfazer direitos individualmente considerados, direitos esses disponíveis e, mesmo, passíveis de renúncia ou perda (art. 100). A propositura da ação de liquidação ou de execução dependerá, portanto, de iniciativa do próprio interessado, ou de sua expressa autorização. Ao contrário do que ocorre com a ação coletiva de conhecimento — que pode ser proposta por terceiros legitimados como substitutos processuais — a execução será proposta ou pelo próprio titular ou, quando por terceiros, em forma de representação e não de substituição, como demonstrou Ada Pellegrini Grinover¹.

Mas não é esta a primeira, nem é a única hipótese de legitimação do Ministério Público para defesa judicial coletiva de interesses ou direitos individuais. O Código do Consumidor, sob este aspecto, não criou novidade alguma, a não ser a de conceituar o que chamou de direitos individuais homogêneos. Na verdade, nosso direito positivo já contemplava outras hipóteses de legitimação do Ministério Público para defesa de direitos dessa

1 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1992, p. 553.

natureza. É o caso, por exemplo, da Lei n.º 7.913, de 7-12-89, que “dispõe sobre a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários”. Lá se prevê a legitimação do Ministério Público para adotar “as medidas judiciais necessárias para evitar prejuízos ou obter ressarcimento de danos causados aos titulares de valores mobiliários e aos investidores do mercado...”. Legitimação, portanto, para atuar em busca de tutela cautelar e ressarcitória de direitos individuais, divisíveis e disponíveis, decorrentes de origem comum. Vale dizer: típicos direitos individuais homogêneos. Detalhe importante: as importâncias da condenação “reverterão aos investidores lesados, na proporção de seu prejuízo” (art. 2.º), mas caberá a cada investidor, individualmente, habilitar-se para o recebimento do quinhão que lhe couber (art. 2.º, § 1.º). A atuação do Ministério Público será, portanto, na condição de substituto processual do conjunto dos investidores e, embora isso não conste de modo expresso na lei, a sentença condenatória terá, aqui também, caráter genérico e impessoal.

Outra hipótese legal de ação civil pública, promovida pelo Ministério Público, em defesa de direitos individuais homogêneos, — embora, evidentemente, sem essa denominação — é ainda mais antiga. Trata-se da ação destinada a apurar a responsabilidade de ex-administradores de instituições financeiras em regime de intervenção ou liquidação extrajudicial, prevista nos artigos 45 a 49 da Lei n.º 6.024, de 13-3-74. Sua propositura se dá nas hipóteses em que, após inquérito administrativo levado a cabo pelo Banco Central, ficar constatada existência de prejuízo, vale dizer, de passivo a descoberto, na instituição financeira. Constatado o prejuízo, o inquérito administrativo será “remetido pelo Banco Central do Brasil ao juiz da falência ou ao que for competente para decretá-la, o qual o fará com vista ao órgão do Ministério Público, que, em 8 (oito) dias, sob pena de responsabilidade, requererá o seqüestro dos bens dos ex-administradores, que não tenham sido atingidos pela indisponibilidade prevista no art. 36, quantos bastem para a efetivação da responsabilidade” (art. 45). Efetivado o seqüestro, ou melhor, o arresto cautelar, terá o Ministério Público o prazo de trinta dias para propor a ação principal (art. 46, parágrafo único). “Passada em julgado a sentença que declarar a responsabilidade dos ex-administradores, o arresto e a indisponibilidade se convolarão em penhora, seguindo-se o processo de execução”, diz o art. 49. O resultado assim apurado “será entregue ao interventor, ao liquidante ou ao síndico, conforme o caso, para rateio entre os credores da instituição” (§ 1.º, do

art. 49). Caso a intervenção ou a liquidação extrajudicial venham a se encerrar no curso da ação ou da execução "o interventor ou o liquidante, por ofício, dará conhecimento da ocorrência ao juiz, solicitando sua substituição como depositário dos bens arrestados ou penhorados, e fornecendo a relação nominal e respectivos saídos dos credores a serem, nesta hipótese, diretamente contemplados com o rateio previsto no parágrafo anterior" (art. 49, § 2.º). Não há dúvida, portanto, que se trata de ação civil pública, movida pelo Ministério Público (e, em caso de falência, pelo síndico — art. 47), como substituto processual dos credores da instituição financeira, buscando a condenação dos ex-administradores no pagamento de prejuízos causados. Os direitos defendidos são os dos credores, ou seja, são individuais, divisíveis e disponíveis, decorrentes de origem comum. Portanto, direitos individuais homogêneos. Aqui também o importante detalhe: a atuação do Ministério Público é no sentido de alcançar sentença condenatória genérica, pelo valor do prejuízo causado. A execução, por sua vez, será igualmente promovida pelo valor global. Não se leva em consideração, nem na ação de conhecimento, nem na execução, a situação individual e específica dos credores, os quais, para satisfação de seus direitos individualmente considerados, haverão de habilitar-se pessoalmente junto ao interventor ou ao liquidante ou ao juízo da execução, se for o caso.

O que há de comum nas hipóteses legais citadas é, portanto, a atuação do Ministério Público promovendo em nome próprio, mas como substituto processual, ações objetivando sentença condenatória genérica, para posterior satisfação de direitos individuais, divisíveis e disponíveis. Os direitos dos substituídos, em todas as hipóteses, são defendidos sempre globalmente, impessoalmente, coletivamente. Obtido o provimento judicial, genérica e globalmente proferido, encerra-se o papel do Ministério Público e tem início, se for o caso, a atuação dos titulares do direito individual, no sentido de obter a sua satisfação específica.

3. *Embasamento constitucional*

Tradicionalmente, a atuação do Poder Judiciário vinha marcada pela natureza individualística das questões e dos conflitos postos à sua resolução. A legitimidade *ad causam* como regra, sempre dependeu do nexo de conformidade entre as partes da relação de direito material e as partes na relação processual. A substituição processual mesmo na vigência do atual Código de Processo, foi admitida apenas como exceção (art. 6.º). A atividade jurisdicional pressupunha, ademais, a afirmação da existência

de um conflito, substancial e direto, entre sujeitos determinados. A sentença, operando como lei para estas partes perfeitamente identificadas, punha cabo, assim, em definitivo, a conflito bem localizado e limitado. Esta versão tradicional certamente não tem como compassar-se com a evolução ocorrida no campo do direito de ação e, mais especificamente, no da legitimação. Hoje, a própria Constituição Federal assegura ação para defesa de interesses difusos e coletivos (art. 129, III), ou seja, para dirimir conflitos em que se envolvem, pelo menos de um lado, sujeitos indeterminados. Admite-se mandado de segurança coletivo “em defesa de interesses” dos membros ou associados da entidade impetrante (CF, art. 5.º, LXX, b). Vale dizer: o direito de ação ganhou dimensão nova, constituindo-se instrumento não apenas para solução de conflitos particularizados, entre sujeitos bem identificados, cada qual em busca de afirmação de direitos subjetivos individuais. Hoje, a ação é também instrumento para solução de conflitos de massa, de amplas circunscrições, envolvendo figurantes nem sempre identificados, e onde se busca afirmar, não necessariamente direitos subjetivos particulares, mas interesses ampliados, vale dizer, direitos individuais projetados para uma dimensão impessoal, coletiva, comunitária. No campo da legitimação, a substituição processual já não é fenômeno excepcional, mas, pelo contrário, passou a constituir a forma normal de atuação nas ações coletivas.

Pois bem, neste novo contexto, ao Ministério Público, instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, a quem já cabia, por força de lei, intervir em todas as causas “em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte” (CPC, art. 82, III), foi cometida, entre outras, a incumbência constitucional de defesa dos “interesses sociais” (CF, art. 127).

“Interesse público”, como consta do Código de Processo Civil e “interesses sociais”, na dicção constitucional, são expressões com significado substancialmente equivalente. Poder-se-ia, genericamente, defini-los como “interesse cuja tutela, no âmbito de um determinado ordenamento jurídico é julgada como oportuna para o progresso material e moral da sociedade a cujo ordenamento jurídico corresponde”, como o fez J. J. Calmon de Passos, referindo-se a interesses públicos². Relacionam-se, assim, com situações, fatos, atos, bens e valores que, de alguma forma, concorrem para

2 PASSOS, J. J. Calmon de. Intervenção do Ministério Público nas causas a que se refere o art. 82, III, do Cód. Proc. Civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 268, p. 55.

preservar a organização e o funcionamento da comunidade jurídica e politicamente considerada, ou para atender suas necessidades de bem-estar e desenvolvimento. É claro que estas definições não exauram o conteúdo da expressão "interesses sociais", nem é intenção aqui exauri-lo. Inobstante, são suficientes para os limites da conclusão que, por ora, se busca atingir, a saber: a proteção dos consumidores e dos poupadores e investidores do mercado financeiro e de capitais constitui não apenas interesse individual do próprio lesado, mas interesse da sociedade como um todo. Trata-se, portanto, de interesse social.

Com efeito, é a própria Constituição que estabelece que a defesa dos consumidores é princípio fundamental da atividade econômica (CF, art. 170, V), razão pela qual deve ser promovida, inclusive pelo Estado, em forma obrigatória (CF art. 5.º, XXXII). Não se trata, obviamente, da proteção individual, pessoal, particular, deste ou daquele consumidor lesado, mas da proteção coletiva dos consumidores, considerada em sua dimensão comunitária e impessoal. O mesmo se diga em relação aos poupadores que investem seus recursos no mercado de valores mobiliários ou junto a instituições financeiras. Conquanto suas posições subjetivas individuais e particulares possam não ter relevância social, o certo é que quando consideradas em sua projeção coletiva passam a ter significado de ampliação transcendental, de resultado maior que a simples soma das posições individuais. É de interesse social a defesa destes direitos individuais, não pelo significado particular de cada um, mas pelo que a lesão deles, globalmente considerada, representa em relação ao adequado funcionamento do sistema financeiro, que, como se sabe, deve sempre estar voltado às suas finalidades constitucionais de "promover o desenvolvimento equilibrado do País e de servir os interesses da coletividade" (CF, art. 192).

Não será difícil concluir, de todo o exposto, que a legitimação do Ministério Público para a defesa de "direitos individuais homogêneos" dos consumidores e dos investidores no mercado financeiro, estabelecida nas Leis n.º 6.024/74, n.º 7.913/89 e n.º 8.078/90, é perfeitamente compatível com a sua incumbência constitucional de defender os interesses sociais, imposta pelo art. 127 da Carta de 1988. É de se anotar, mais uma vez, que esta legitimação, em todos os casos, tem em mira a obtenção de sentença genérica. A atuação do Ministério Público dá-se em forma de substituição processual e é pautada pelo trato impessoal e coletivo dos direitos subjetivos lesados. E é nesta dimensão, e somente nela, que a defesa de tais direitos individuais — divisíveis e disponíveis — pode ser

promovida pelo Ministério Público sem ofensa à Constituição. Aliás, por esta mesma razão, não há como supor-se legítima, sob o enfoque constitucional, a atuação do Ministério Público na execução das sentenças, em benefício individual dos lesados. Ainda quando promovida coletivamente, como prevê o art. 98 da Lei n.º 8.078/90, a execução da sentença — que foi genérica — será destinada à satisfação de pretensões particularmente consideradas. Há, aqui, litisconsórcio. A ação executiva dependerá de iniciativa dos lesados e será promovida, assim, em regime de representação e não de substituição processual. Ora, nesta dimensão pessoal, a defesa de direitos subjetivos individuais e disponíveis é expressamente vedada aos agentes do Ministério Público, a teor do que dispõe, a *contrario sensu*, o mesmo art. 127 da Constituição de 1988. Não se aplica, portanto, ao Ministério Público — sob pena de inconstitucionalidade evidente — o disposto no art. 98 do Código do Consumidor. Sem embargo, poderá ele, se for o caso, promover a execução da sentença nos termos do art. 100 da Lei, já que o produto de indenização, na hipótese, não será destinado à satisfação individual dos lesados, mas será revertido em favor de um Fundo, criado pelo art. 13 da Lei n.º 7.347/85, onde será gerido e aplicado no interesse comunitário.

4. Outros direitos individuais homogêneos

Questão mais delicada é a que diz respeito à legitimação do Ministério Público para promover ação em defesa de outros direitos individuais homogêneos que não os previstos, casuisticamente, pelo legislador ordinário. É que, para esse efeito, é inteiramente insuficiente a invocação isolada do Código do Consumidor (art. 117), que acrescentou o artigo 21 à Lei n.º 7.347/85, a saber: “Art. 21 — Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III, da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”. Realmente, a referência a direitos individuais soa desafinada no contexto da lei da ação civil pública, que se destina a reger unicamente direitos e interesses difusos e coletivos, como faz certo o seu art. 1.º De mais a mais, a simples menção a direitos individuais certamente não teria o condão de legitimar o Ministério Público a promover a defesa indiscriminada de qualquer direito individual, ainda que homogêneo, eis que há barreiras constitucionais a serem respeitadas, como anteriormente se fez ver. Assim, portanto, ante a insuficiência da legislação ordinária, a questão há de ser enfrentada e resolvida à luz da própria Constituição

e, mais especificamente, mediante exame do grau de eficácia do seu artigo 127.

Segundo o preceito constitucional, incumbe ao Ministério Público instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. Pergunta-se: o dispositivo contém carga de eficácia por si só suficiente para legitimar o Ministério Público a, se for o caso, exercer judicialmente a incumbência ali atribuída? A resposta sem sombra de dúvida, é positiva, por várias razões. Antes de mais nada, é preciso não se esquecer que os preceitos constitucionais são preceitos obrigatórios, cuja observância e aplicação é dever de todos. A não ser que barreiras intransponíveis devidamente evidenciadas se antepõem, impõe-se a todos a imediata observância e aplicação das normas constitucionais, exaurindo-se delas todo o potencial de eficácia que seja possível. Esta obrigatoriedade — que parece tão óbvia — deve ser assim mesmo reiterada. Realmente, como observou Agustín Gordillo, “que a Constituição é suprema, ninguém discute; porém que seja imperativa, vale dizer uma norma vigente obrigatoriamente aplicável em todo o momento, a toda circunstância e por todo o tribunal do País, é objeto de freqüentes dúvidas expressas ou implícitas”³. Daí a insistente reiteração: como toda norma de direito, o preceito constitucional — e assim o art. 127, aqui examinado — é, essencialmente, um preceito que deve ser interpretado, aplicado e obedecido.

Dir-se-á, quem sabe, que o dispositivo em foco tem sua eficácia ou auto-aplicabilidade comprometida pelo enunciado demasiadamente genérico do seu comando, constituindo-se, por isso, mera norma de programação, dirigida ao legislador ordinário, à espera de complementação infraconstitucional. *A arguição não procede. Mesmo quando genérica ou programática, a norma constitucional possui, em algum grau, eficácia e operatividade. “Não há norma constitucional alguma destituída de eficácia. Todas elas irradiam efeitos jurídicos, importando sempre numa inovação da ordem jurídica preexistente. . .”, ensina José Afonso da Silva*⁴. “De fato”, observa Celso Antônio Bandeira de Mello, “não teria sentido que o constituinte enunciasse certas disposições apenas por desfastio ou

3 GORDILLO, Agustín. *Princípios Gerais de Direito Público*. Trad. de Marco Aurélio Greco. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1977, p. 95.

4 SILVA, José Afonso da. *Auto-aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1968, p. 75.

por não sopitar seus sonhos, devaneios ou anelos políticos. A seriedade do ato constituinte impediria a suposição de que os investidos em tão alta missão, dela se servissem como simples válvula de escape para emoções antecipadamente condenadas, por seus próprios emissores, a permanecer no reino da fantasia. Até porque, se desfrutavam do supremo poder jurídico, seria ilógico que, desfrutando-o, houvessem renunciado a determinar, impositivamente, aquilo que consideraram desejável, conveniente, adequado”⁵.

Por outro lado, deixar de observar a norma constitucional ao argumento de que não é auto-aplicável, porque carece de regulamentação infraconstitucional, implica atribuir ao Poder Legislativo a pecha de inconstitucionalidade por omissão. Isso é grave. É o mesmo que atribuir-lhe a inconstitucionalidade por ação, vale dizer, por ter aprovado lei inconstitucional. Ora, o reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, da inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2.º), por certo se dará com os mesmos cuidados hoje adotados no exame da inconstitucionalidade por ação, e assim expostos por Carlos Maximiliano: “Todas as presunções militam a favor da validade de um ato, legislativo ou executivo; portanto, se a incompetência, a falta de jurisdição ou a inconstitucionalidade, em geral, não estão acima de toda a dúvida razoável, interpreta-se e resolve-se pela manutenção do deliberado por qualquer dos três ramos em que se divide o Poder Público. Entre duas exegeses possíveis, prefere-se a que não infirme o ato de autoridade. . . Os tribunais só declaram a inconstitucionalidade de leis quando esta é evidente, não deixa margem à séria objeção em contrário. Portanto, se entre duas interpretações mais ou menos defensáveis, entre duas correntes de idéias apoiadas por juriconsultos de valor, o Congresso adotou uma, o seu ato prevalece. A bem da harmonia e do mútuo respeito que devem reinar entre os poderes federais (ou estaduais), o Judiciário só faz uso de sua prerrogativa quando o Congresso viola claramente ou deixa de aplicar o estatuto básico, e não quando opta apenas por determinada interpretação não de todo desarrazoada”⁶. Portanto, parafraseando Carlos Maximiliano, deve-se entender que todas as presunções militam a favor da constitucionalidade da “omissão”, vale dizer, a favor da auto-aplicabilidade dos preceitos constitucionais. Se a falta de condições de imediata aplicabilidade não estiver acima de toda a dúvida

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 57/58, p. 238.

⁶ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 9ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1984, p. 307.

razoável, interpreta-se e resolve-se pela desnecessidade da ação legislativa. Entre duas exegeses possíveis, opta-se pela auto-aplicabilidade. O STF só declarará a inconstitucionalidade por omissão quando for evidente, sem margem de dúvida séria, a necessidade de norma regulamentar do preceito maior. Entre duas interpretações razoáveis, opta-se pela que afirme a ausência de inconstitucionalidade por omissão. A bem da harmonia e do mútuo respeito que devem reinar entre os poderes, o Judiciário só proclamará a omissão do Legislativo quando esta implicar claramente falta de cumprimento de sua missão constitucional.

No caso específico em exame, o preceito constitucional que confere ao Ministério Público a incumbência de promover a defesa dos interesses sociais (art. 127) é, em tudo, assemelhado ao preceito legal contido no art. 82, III, do CPC, que atribui ao Ministério Público a competência para intervir em todas as causas em que há interesse público. Muito se questionou a respeito da extensão de tal comando processual, mas jamais se duvidou de sua auto-aplicabilidade. A mesma atitude interpretativa se há de ter frente à norma constitucional do art. 127: pode-se questionar seu conteúdo, mas não sua suficiência e aptidão para gerar, desde logo, a eficácia que lhe é própria.

Partindo-se, assim, da premissa de que o art. 127 da CF é auto-suficiente, completo, apto a, desde logo, irradiar todos os efeitos, há de se concluir que o Ministério Público está constitucionalmente legitimado a utilizar-se de todos os instrumentos necessários ao adequado desempenho da incumbência, do poder/dever, de promover a defesa dos interesses sociais. Isto inclui, por certo, sua habilitação para manejar também os instrumentos processuais, se preciso for, de modo a que suas atribuições sejam exauridas às últimas conseqüências. Com efeito, seria inimaginável supor-se que o dever de defesa — imposto ao Ministério Público pelo Constituinte — fosse limitado a providências extrajudiciais. Em outras palavras: o artigo 127 da Carta Constitucional é, também, norma de legitimação.

Posta a questão nestes termos, estar-se-á, agora, *mutatis mutandis*, diante das mesmas indagações que assaltam os intérpretes do art. 82, III, do CPC: o que se deve entender por "interesses sociais"? Utilizando a classificação de Karl Engisch pode-se afirmar tratar-se de conceito indeterminado ("cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos")⁷

⁷ ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Trad. de J. Batista Machado. 3ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, p. 173.

e normativo (“carecido de um preenchimento valorativo”)⁸ cuja função “em boa parte é justamente permanecer abertos às mudanças das valorações”⁹. Por isso mesmo, a resposta à indagação, a exemplo do que ocorre com a expressão “interesse público”, não comporta soluções de caráter genérico com significação unívoca, como demonstrou J. J. Calmon de Passos. Com efeito, “a individualização do interesse público não corre, de uma vez por todas, em um só momento, mas deriva da constante combinação de diversas influências, algumas das quais provêm da experiência passada, enquanto outras nascem da escolha que cada operador jurídico singular cumpre, *hic et nunc*, no exercício da função que lhe foi atribuída. Assim, a atividade para individualização dos interesses públicos é uma atividade de interpretação de atos e fatos e normas jurídicas (recepção dos interesses públicos fixados no curso da experiência jurídica anterior) e em parte é uma valoração direta da realidade pelo operador jurídico, atendidos os pressupostos ideológicos e sociais que o informam e à sociedade em que vive, submetidos à ação dos fatos novos, capazes de modificar juízos anteriormente irreversíveis”¹⁰. A existência de interesses sociais a justificar a atuação do Ministério Público há de ser, portanto, investigada caso a caso, podendo, certamente, sofrer o crivo da parte adversa e, como toda a matéria referente à adequada legitimação da parte, ser objeto de apreciação pelo juiz.

Inobstante, no que interessa ao específico tema da atuação do Ministério Público, é possível, desde logo e à luz do próprio Texto Constitucional, descartar qualquer sinonímia entre “interesses sociais” e “interesses de entes públicos”, já que, em relação a estes há vedação expressa de patrocínio pelos agentes ministeriais (CF, art. 129, IX). Interesses sociais, portanto, não são, simplesmente, interesses de entidades públicas e nem, por certo, interesses individuais ou de grupos isolados. No entanto, como se fez ver acima, há certos interesses individuais — de pessoas privadas e de pessoas públicas — que, quando visualizados em seu conjunto, em forma coletiva e impessoal, têm a força de transcender a esfera de interesses puramente individuais e passar a representar, mais que a soma de interesses dos respectivos titulares, verdadeiros interesses da comunidade como um todo. É o que ocorre com os direitos individuais homogêneos, antes mencionados, dos consumidores e dos poupadores, cuja defesa pelo Ministério

8 ENGISCH, Karl. *Op. cit.*, p. 177.

9 ENGISCH, Karl. *Op. cit.*, p. 198.

10 PASSOS, J. J. Calmon de. *Op. cit.*, p. 55.

Público tem expressa chancela em lei ordinária. Entretanto, outras hipóteses certamente poderão ocorrer. Assim, v. g., se “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (CF, art. 225); e se “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados” (CF, art. 225, § 3.º) se é assim, parece evidente que a condenação dos responsáveis por aquelas condutas, seja no que diz respeito à reparação dos danos difusamente causados, seja também no que diz com os danos causados diretamente a pessoas e aos seus bens, constitui interesse de toda a comunidade, já que se busca preservar o bem maior, que a todos diz respeito, que é o de preservar o direito à própria sobrevivência. Assim, no que se refere aos danos pessoais sofridos — verdadeiros direitos individuais homogêneos — a legitimação do Ministério Público para defendê-los é inegável, independentemente de previsão normativa ordinária, pois que albergada no próprio Texto Constitucional.

Em suma: ao Ministério Público não cabe, evidentemente, bater-se em defesa de direitos ou interesses individuais, ainda que, por terem origem comum, possam ser classificados como homogêneos. Interesses individuais homogêneos não são, necessariamente, interesses sociais. Entretanto, quando tais interesses individuais homogêneos, mais que a soma de situações particulares, possam ser qualificados como de interesse comunitário, nos termos acima enunciados, não há dúvida de que o Ministério Público estará legitimado a atuar. Identificada situação em que interesses sociais desta natureza careçam de defesa, será dever do Ministério Público promovê-la, utilizando-se, para tanto, dos instrumentos processuais compatíveis e apropriados. A previsão, em lei, de procedimento específico, caso a caso, é inteiramente desnecessária e não justifica a inércia, nem é empecilho para atendimento do dever constitucional. A propósito — e apenas para exemplificar com situações semelhantes, recentemente postas ao Judiciário — a falta de procedimento específico não impediu a impetração de mandado de segurança coletivo, nem de mandado de injunção, nem de ações de impugnação de mandato eletivo (CF, art. 14, § 10). Em todos estes casos, houve adequação de procedimentos, seja com emprego da analogia, seja com a adoção do procedimento ordinário, de modo a que o mandamento constitucional não resultasse comprometido. Nesta medida e neste contexto, faz sentido invocar-se o artigo 21, da Lei n. 7.347, de 24-7-85, que manda

aplicar, na defesa dos direitos e interesses individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.

5 — *Conclusões*

O art. 127 da CF, que atribui ao Ministério Público a incumbência de promover a defesa dos interesses sociais, é preceito de eficácia plena, que confere inclusive legitimação para demandar em juízo.

Os interesses sociais, assim entendidos aqueles cuja tutela é importante para preservar a organização e o funcionamento da sociedade e para atender suas necessidades de bem-estar e desenvolvimento, não se confundem com os interesses das entidades públicas e nem, simplesmente, com o conjunto de interesses de pessoas ou de grupos, mesmo quando tenham origem comum.

Entretanto, há interesses individuais que, considerados em seu conjunto, passam a ter significado ampliado, de resultado maior que a simples soma das posições individuais, e cuja lesão compromete valores comunitários privilegiados pelo ordenamento jurídico. Tais interesses individuais, visualizados nesta dimensão coletiva, constituem interesses sociais para cuja defesa se legitima o Ministério Público.

A identificação destes interesses sociais compete tanto ao legislador (como ocorreu, v.g., nas Leis n.ºs 8.078/90, 7.913/89 e 6.024/74), como ao próprio Ministério Público, caso a caso, mediante o preenchimento valorativo do conceito, decorrente da interpretação de atos, fatos e normas jurídicas, e à luz dos valores e princípios consagrados no sistema jurídico, tudo sujeito ao crivo do Poder Judiciário, a quem caberá a palavra final sobre a adequada legitimação.

A atuação do Ministério Público em juízo, em defesa dos citados interesses, dar-se-á em forma de substituição processual e será pautada pelo trato impessoal e coletivo dos direitos lesados, visando, portanto, sentença de caráter genérico. Não é compatível com esta forma de atuação a execução específica da sentença, em representação do próprio lesado, nos moldes previstos no art. 98 do Código de Defesa do Consumidor.

À falta de procedimento específico previsto em lei, a defesa dos interesses sociais há de ser feita mediante utilização de procedimento analogicamente adequado, inclusive o previsto no Título III da Lei n.º 8.078/90, ou do procedimento ordinário.

Advocacia de Estado: Posição Institucional

MÁRIO BERNARDO SESTA

Procurador do Estado do Rio Grande do Sul.
Diretor da Escola Superior de Advocacia de
Estado do Rio Grande do Sul

A Constituição Federal de 1988 inovou, em matéria de particular relevância, no que respeita à tutela legal do interesse público, ao adotar *radical constitucional específico* para a Advocacia de Estado, tanto em nível da União (art. 131), quanto dos Estados e do Distrito Federal (art. 132).

Até então, especificamente no que respeita à União, as duas facetas, igualmente relevantes, da custódia do interesse público, uma sob o enfoque do Estado, outra sob o enfoque da Sociedade, vinham sendo cometidas cumulativamente ao Ministério Público, como ainda ocorre em alguns países¹.

1 A Constituição Imperial de 1824, no seu art. 48, menciona o *Procurador da Coroa e Soberania Nacional*, competente para o exercício cumulativo das funções da Advocacia de Estado e da acusação pública, como se depreende das disposições expressas do Decreto nº 5.618, de 2 de maio de 1874, que regulamentava as "Relações" (Tribunais) do Império (art. 19). O advento da República determinou a mudança da denominação daquele órgão para *Procurador-Geral da República* (CF/1891, art. 58, § 2º), mantido o mesmo complexo de competências. Durante a 1ª República, a Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, dispoendo sobre a organização da Justiça Federal, regulava expressamente a competência do Ministério Público como órgão da Advocacia de Estado (art. 28) bem como sua competência em matéria criminal (art. 33). A mesma linha organizativa foi mantida em consolidação da Legislação referente a Justiça Federal, efetivada pelo Decreto nº 3.084, de 5 de novembro de 1898, conforme consta dos arts. 11, 123 e 124. Em 1937, o Decreto-Lei nº 6, de 16 de novembro, definia os "Procuradores da República" como *Advogados de Estado* (art. 17). Em 1938, o Decreto-Lei nº 986, de 27 de dezembro, novamente definiu o Ministério Público como órgão da Advocacia de Estado (arts. 6º e 9º, I). A Constituição Federal de 1946 previa

(Continua)

O delinear-se progressivo de um perfil mais democrático da atividade administrativa, e de sua estruturação, foi impondo, entre os princípios inerentes à dogmática organizacional do Estado contemporâneo, especial atenção a seu caráter liminarmente jurídico.

De outra parte, dia-a-dia, avulta, não só em termos de grandeza quantitativa, como também em termos de complexidade e não menos de repercussão social e econômica, o espaço pertinente ao interesse público enquanto interesse do Estado, e, coerentemente, a relevância do aconselhamento jurídico e patrocínio desse mesmo interesse em juízo.

O despertar da consciência de um novo patamar de exigências estruturais do Estado democrático sublinhou as peculiaridades, especialmente daquele patrocínio, orientando o legislador constituinte a que buscasse, nos melhores exemplos do direito comparado e na própria tradição jurídica luso-brasileira, a inspiração para institucionalizar o que hoje se chama de *Advocacia de Estado*.

Tendo em vista que o Ministério Público brasileiro desenvolveu-se quase exclusivamente em torno das funções acusatória e fiscalizadora, herdadas do hoje superado *modelo francês*, nascido, menos da Revolução de 1789, do que do Império Napoleônico, a mencionada cumulação de atribuições resultava prejudicial à tutela conjugada do interesse público, em detrimento dos interesses estatais, não menos essenciais que os da sociedade, em relação às exigências da ordem jurídica, e, por sua amplitude e expressão, certamente mais sensíveis, em relação às exigências de uma ordem jurídica *democrática*².

O Estado contemporâneo, independentemente do modelo social, econômico e até político, atua, quando menos através do simples poder de polícia, desde as questões postas em termos de escala, envolvendo interes-

(Continuação da nota 1)

expressamente a competência do Ministério Público como órgão da Advocacia de Estado (art. 126, § único). Idem a Lei Federal nº 1.341, de 30 de janeiro de 1951 (Lei Orgânica do Ministério Público da União — arts. 30, I; 37 e 38, I). Idem as Constituições Federais de 1967 (art. 138, § 2º) e de 1969 (art. 95, § 2º). Só a Constituição Federal de 1988, ao instituir a "Advocacia Geral da União" (art. 131) dividiu o exercício da Advocacia de Estado da custódia da lei e da acusação pública.

2 Essa preocupação transparece no Decreto-Lei nº 2.590, de 17 de setembro de 1940, que alterou a redação do art. 33, do Decreto-Lei nº 988, de 27 de dezembro de 1938, para dizer que: "Os Promotores de Justiça que mostrarem desídia ou descaso na defesa dos interesses da União, mediante representação fundamentada dos Procuradores Regionais, poderão ser dispensados das funções do Ministério Público Federal por portaria do Procurador-Geral, sem prejuízo de outras sanções em que incorrerem. No caso de dispensa, as causas a seu cargo serão confiadas ao Promotor da Comarca mais próxima, ou passarão diretamente aos Procuradores Regionais, se na Comarca não houver outro Promotor, conforme for julgado mais conveniente pelo Procurador-Geral da República".

ses mensuráveis na mesma escala, até as filigranas situadas no limiar da intimidade individual.

O conjunto e, especialmente, a relevância dos interesses estatais, todos, por definição, imersos no universo jurídico, por que todos tecnicamente pertinentes à categoria dos interesses administrados, por certo constituem-se, hoje, na faceta *mais sensível* da tutela do interesse público.

Tendo, assim, em vista um melhor aparelhamento da tutela do interesse público, a Constituição Federal de 1988, secundando antecedentes praticados, com sucesso, há mais de dez anos, em nível estadual³, optou por *dividir a instituição* incumbida da tutela judicial do interesse público, atribuindo à chamada "Advocacia da União", à conta da influência do *modelo italiano, a atividade institucional originária*, isto é, a tutela do interesse público naquilo que diz respeito com os interesses do Estado⁴, remanescendo ao "Ministério Público", *basicamente, as competências acusatória e fiscalizadora herdadas do modelo francês*, a que se acrescentou a título revitalizador, a polêmica participação na tutela dos chamados "interesses difusos"⁵.

3 No Rio Grande do Sul, já a Constituição de 1967 previa a existência da então chamada "Consultoria-Geral do Estado", cujas atribuições incluíam a "defesa dos interesses do Estado em juízo", bem como a "assistência judiciária aos órgãos da administração estadual e aos Municípios" (art. 66, a e b; este dispositivo foi implementado pela Lei Estadual nº 5.896, de 23 de dezembro de 1969, em razão do comando expresso no art. 229, das "Disposições Transitórias", da mesma Constituição); a Constituição Estadual de 1970, repetiu o dispositivo em seu art. 87; posteriormente, a Emenda Constitucional nº 10, de 11 de dezembro de 1979, de autoria do Deputado Guido Moesch, alterou a denominação do órgão para "Procuradoria-Geral do Estado". Desde a Constituição Estadual de 1967, o chefe do Ministério Público Estadual vinha designado como "Procurador-Geral da Justiça" (art. 126), designação essa mantida nas Constituições subsequentes (CE/69, art. 78; CE/69, art. 108).

4 Na Itália, a defesa judicial dos interesses do Estado compete a "Avvocatura dello Stato", distinta do Ministério Público, instituída pelo RD nº 2.914, de 16 de janeiro de 1876, como "Avvocatura Erariale", tendo recebido a atual denominação por força do RD nº 1.483, de 20 de novembro de 1930.

5 "Com efeito, o Ministério Público constitui uma instituição apegada aos problemas da Justiça tradicional. Ora, nesta não se inserem com clareza e absoluta definição os que dizem respeito aos direitos e interesses coletivos, motivo pelo qual o Ministério Público teria imensas dificuldades para ajustar-se a essas funções novas e tão diferentes das que lhe são normalmente atribuídas".

"O *Parquet*, na verdade, encontra-se aparelhado, em todo o mundo, para fazer frente à criminalidade tradicional, de feição tipicamente individual e revestida de pouca complexidade. Não está, porém, preparado para enfrentar delitos de maior vulto e infinitamente mais complexos, tais como aqueles que envolvem problemas religiosos, étnicos e sociais, referentes a grupos, classes, comunidades. Quando se pensa em crimes que são praticados por ou em sociedades anônimas,

(Continua)

A superação do absolutismo e a progressiva impessoalização do interesse estatal, que se veio a chamar de *interesse público*, está na base, não só das origens do Ministério Público, mas principalmente, pois aquela instituição surgiu a partir da Advocacia de Estado, daquilo que poderíamos denominar de gradativa institucionalização desta última função estatal.

Por isso que a evolução histórica da Advocacia de Estado, a partir dos *les gens du roi* até hoje, nada mais é do que a evolução das instituições estatais, do absolutismo ao Estado Democrático social contemporâneo⁶. Essa circunstância dá a marca fundamental das relações da Advocacia de Estado, e de seus agentes, tanto com os interesses que lhes incumbem aconselhar e patrocinar judicialmente, quanto com os órgãos e agentes incumbidos da gestão de tais interesses, sejam "condutores políticos", na versão de CIRNE LIMA, sejam "servidores".

(Continuação da nota 5)

bancos, monopólios abusivos, quando se cogita de fraudes alimentares e publicitárias, de poluição da mais variada espécie, enfim, quando se foge do esquema clássico, o Ministério Público encontra-se praticamente manietado, sem condições e forças para agir. Dificilmente seria o porta-voz dos grupos, das classes, das coletividades, para a defesa dos interesses dos mesmos."

"No campo civil o mesmo fenômeno ocorre, desde que o Ministério Público tem nele participação muito limitada, intervindo, principalmente, em casos da família e de estado das pessoas. E, em grande parte deles, atua como *custos legis*, sendo muito reduzida sua intervenção no processo civil, como parte principal, circunstâncias que tornariam quase inoperante e ineficaz seu posicionamento como defensor dos direitos coletivos" (cf. WALDEMAR MARIZ DE OLIVEIRA, in "Tutela Jurisdicional dos Interesses Coletivos, *apud* A Tutela dos Interesses Difusos", Max Limonad, SP, 1ª ed., 1984, p. 18).

Observe-se que PONTES DE MIRANDA, já ao comentar a CF/46, particularmente os arts. 125 a 128, pertinentes ao Ministério Público, enumerava, dentre as atitudes doutrinárias "que se nos deparam nos nossos dias", as seguintes:

(a) a dos que reputam o Ministério Público duplicação supérflua, inútil, dispendiosa, ao lado dos magistrados a que se atribuíam funções de julgamento de ofício, hoje minguadas; (b) a dos que só o explicam como fato psicológico de desconfiança da magistratura, e foi devido, em sua origem francesa, porém não em sua origem luso-brasileira, elemento político; (c) a dos que lhe querem a conservação como corpo autônomo ao mesmo lado mas diferente da magistratura ligada mas independente do Poder Executivo. Representante da lei, dizem os penúltimos; e não no Poder Executivo, aditam os últimos." (In *Comentário à Constituição de 1946*, Ed. Borsoi, RJ, 3ª ed., 1960, t. III, p. 493.)

6 Entendemos que a distinção dos agentes públicos em *condutores políticos* e *servidores públicos* (CIRNE LIMA, Ruy; "Princípios de Direito Administrativo, Livraria Sulina Editora P.A., 4ª ed.; 1964, p. 163), em que pese à sua importância na história do direito público brasileiro e suas virtualidades como fator elucidativo da matéria a que diz respeito, não corresponde mais à realidade. Atualmente, parece-nos mais apropriado classificar os *agentes públicos* em *agentes de existência necessária* e *agentes de existência possível*; os primeiros correspondem aos *agentes institucionais*, uns providos pela via eleitoral, outros mediante concurso público; os segundos correspondem aos *servidores públicos* em sentido próprio ou *agentes administrativos*.

A evolução do Ministério Público não foi linear como a da Advocacia de Estado e a ruptura que sofreu com a Revolução Francesa, da qual guarda a marca indelével, comprometer-lhe justamente na França, a independência funcional⁷.

E, sob esse aspecto, a Constituição Brasileira de 1988 delineou sobre o legado lusitano, melhormente afeiçoado pela distinção institucional creditável ao modelo italiano, um traço de alta relevância, perfeitamente apto a caracterizar o *modelo brasileiro de tutela do interesse público, na medida em que (a) distinguiu a custódia da lei, combinada com a acusação pública, tanto da Advocacia de Estado, quanto da Defensoria Pública; (b) conferiu, igualmente, a hierarquia de órgãos de Estado às instituições incumbidas daquelas atividades, definidas como "funções essenciais à Justiça"; e (c) investiu constitucionalmente os respectivos agentes nas funções correspondentes.*

Procedida essa divisão e expresso, conseqüentemente, radical constitucional específico à Advocacia de Estado, impõem-se traçar-lhe o exato perfil, aclarando algumas nuances relativas ao posicionamento do Advogado no contexto administrativo e no contexto institucional do Estado.

A Advocacia de Estado, antes de mais nada, distingue-se da Advocacia comum, seja no seu aspecto consultivo, seja no seu aspecto contencioso. Essa distinção radica basicamente na diferença do interesse aconselhado ou patrocinado, que é o *interesse público*, o qual, a par de sua publicidade, e em razão mesmo dessa sua natureza, é um *interesse administrado*, assim tomado no sentido técnico do termo.

O trato do interesse público e, mais especificamente o trato jurídico desse interesse, apresenta, como decorrência fundamental do fato de ser ele, por natureza, um *interesse administrado*, a característica de que, entre o objetivo final do agente e sua vontade (do agente), está, não o seu interesse (do agente ou administrador), mas o interesse abstrato da coletividade, tutelado pelas diretrizes que dimanam da Constituição e das leis.

Essa distinção entre os atos de senhorio e os de administrador interfere não só na atuação do administrador diante da coisa pública, mas também na atuação do Advogado que aconselha ou patrocina judicialmente o interesse público, e mais, nas relações institucionais e administrativas que se hão de estabelecer entre o administrador e o Advogado do interesse público.

7 O Ministério Público francês obedece ao princípio segundo o qual "la plume est serve mais la parole est libre", o que significa que os membros do *Parquet* dizem o que entendem mas são obrigados, nas intervenções escritas, a acatar a orientação de seus superiores (cf. HELIO TORNAGHI, *Instituições de Processo Penal, Forense*, Rio, 1ª ed., 1969, vol. III, p. 143, nº 14).

Assim tal qual o administrador não pode dispor da coisa pública como se sua fosse, assim também o Advogado do Estado guarda, em relação ao interesse público, aconselhado ou judicialmente patrocinado, um grau muito menor de disponibilidade.

Mas não é só: a própria relação entre o administrador da coisa pública e o Advogado do Estado difere, essencialmente, das relações comuns entre Advogados e constituintes, pelo fato já referido, de que, no caso, o interesse em tela é indisponível *também para o constituinte*, que é mero agente da coletividade. Aliás, efetivamente, *o constituinte é a coletividade*, razão pela qual a investidura do Advogado deve decorrer de instância institucional, indisponível para o administrador.

Quer do ponto de vista da evolução histórica da instituição, quer do ponto de vista das implicações de natureza técnica relativas à sua organização e funcionamento, poderíamos avançar uma *noção de Advocacia de Estado*, descrevendo-a como atividade pertinente ao patrocínio judicial e ao aconselhamento jurídico do interesse público, exercida por agentes especificamente investidos nas respectivas funções, em nível institucional.

A *Advocacia de Estado*, enquanto modalidade diferenciada da *Advocacia* e enquanto atividade diferenciada no contexto da ação estatal, distingue-se por duas características fundamentais.

Primeira delas, o seu *objeto* que, como já se disse e repetiu, é patrocínio judicial e o aconselhamento jurídico do interesse público; *segunda*, a modalidade de investidura de seus agentes que é, em razão da *natureza* mesma do seu objeto, estabelecida necessariamente em nível institucional.

Quando se fala de que o *objeto* da *Advocacia de Estado* é a tutela do interesse público, está-se a referir, naturalmente e em *primeiro lugar*, o *interesse do Estado*, que, numa estrutura federativa ou descentralizada, vem a corresponder ao interesse das chamadas "pessoas administrativas necessárias".

A natureza específica desse interesse, do interesse do Estado, a par de sua indisponibilidade, revela, profundamente, as marcas inerentes aos *fins do Estado*, enquanto organização política da sociedade.

Assim, quando se fala no interesse do Estado, a palavra *interesse* assume conotações muito especiais porque *esse* interesse distingue-se profundamente daquilo que comumente se denomina de interesse *particular* ou *privado*. Aliás, o *privatum* é o universo próprio do interesse. Mesmo naquelas ocasiões em que o Estado intervém despido de sua condição de *imperium*, o "interesse estatal", ainda que tratado ou expresso através de organismos estruturados segundo as normas ou modelos de direito privado, não se confunde com o *interesse privado* em sentido próprio, com as im-

plicações que lhe são conaturais e consentâneas com o universo do *privatum*, que lhe é peculiar.

O interesse do Estado manifestado, quer através de seus órgãos máximos, expressivos da soberania, quer através de todo complexo de órgãos de sua administração direta, quer, inclusive, através da vasta gama dos órgãos da chamada administração descentralizada, mesmo aqueles organizados com base no formulário peculiar ao direito privado, é, nada mais e nada menos, do que a realização da Justiça, visualizada de acordo com as concepções filosóficas e políticas, explícita ou implicitamente adotadas pela ordem institucional correspondente.

É por essa razão, por ser o interesse do Estado a realização da Justiça, que sua tutela jurídica, tanto no patrocínio judicial quanto no aconselhamento preventivo, é atividade "essencial à Justiça".

Foi extremamente feliz o constituinte brasileiro ao inserir a Advocacia de Estado entre as ditas "funções essenciais à Justiça", de que trata o Capítulo IV, do Título IV, este tratando da "Organização dos Poderes", da Constituição Federal de 1988, por ter sido sensível à sobredita característica daquela tutela.

Como já se pode concluir, do que se disse a respeito do interesse público, enquanto interesse estatal, fica claro que abrange todas as facetas que esse mesmo interesse apresenta, levada em conta a complexidade estrutural do Estado contemporâneo, que se desdobra, desde as superestruturas institucionais, passando pelas estruturas tipicamente publicísticas e espalhando-se, na periferia, em estruturas organizadas com base no formulário de direito privado.

Em outras palavras, sabe-se perfeitamente que, em qualquer país contemporâneo razoavelmente desenvolvido, independentemente do modelo sócio-econômico e político adotado, a estrutura estatal, como um todo, cujo interesse é necessariamente sincrônico com o respectivo núcleo organizativo-gravitacional, inclui não só o interesse da estrutura do chamado "Poder Executivo", ao qual compete a apresentação do Estado, como ainda dos demais "Poderes"; abrange o interesse das autarquias, das empresas públicas, das sociedades de economia mista e das fundações sob controle estatal. Poder-se-ia até entender, sem nenhuma demasia, que a abrangência conceitual do interesse estatal transcende o complexo estrutural pertinente ou diretamente subordinado ao Estado, para incluir também o das instituições privadas que, por delegação, permissão, concessão ou contrato prestam serviços públicos, ao menos naquilo que pertina ao universo do *publicum*.

A impregnação jurídica do Estado contemporâneo, enquanto processo institucional, é tão marcante que enseja, modalidades, qualitativamente distintas, de atuação do Advogado em relação aos diversos aspectos estruturais e dinâmicos daquela realidade.

Nessa linha, faz-se necessário, distinguir quatro situações funcionais possíveis: (a) o Advogado *no* Estado; (b) o Advogado *no* Governo; (c) o Advogado *do* Estado; (d) o Advogado *do* Governo.

Num primeiro plano, deparamos com a salutar presença de Advogados dispostos em diversos pontos da malha administrativa, prestando *assessoramento jurídico*. Dito assessoramento objetiva instrumentalizar a decisão administrativa, tendo em vista mantê-la adstrita às balizas legais e constitucionais que consignam o contorno do regime de legalidade tutelar do interesse público. Tal assessoramento não tem efeito vinculativo para o administrador, nem expressa a chamada "vontade do Estado", conquanto possa, em determinadas circunstâncias, acarretar-lhe a responsabilidade.

Normalmente, tais Advogados estão inseridos no contexto administrativo sob o regime próprio do serviço público, titulando cargos de provimento efetivo, nomeados mediante concurso público, embora nada impeça serem providos mediante comissionamento e, não raro, vamos até encontrá-los admitidos mediante contrato.

Nesse mesmo nível de exigência institucional (de conveniência), podemos ainda distinguir, sempre no campo da atividade exclusivamente consultiva, o papel do Advogado *no* Estado do papel do Advogado *do* Governo; o primeiro, como se disse, despido de qualquer conotação política, constitui-se num agente administrativo, graduado em Direito, que se situa, orgânicamente ou não, no contexto da administração estatal, para atender à *conveniência administrativa*, em face do regime de legalidade peculiar à administração pública; o segundo, igualmente limitado ao nível do assessoramento, atende ao desiderato da *conveniência administrativa, combinado com o da conveniência política*.

Nada mais razoável do que determinada administração, tendo em vista as diretrizes, decorrentes do programa partidário ou da ideologia que o informa, ou mesmo, os compromissos pertinentes ao processo de sua investidura, querer assessorar-se juridicamente, com vistas a que as opções políticas de sua atuação permaneçam dentro dos limites das respectivas possibilidades jurídicas. Isso posto, pode dizer-se dos Advogados no Governo que são Advogados *no* Estado, com sobrecaracterização político-partidária.

O que distingue melhormente o Advogado *no* Governo é sua investidura que, normalmente, é de caráter político. Tenha-se, porém, presente que a atividade do Advogado *no* Governo não é política no sentido de que pertina ao contexto institucional do país; político é o critério de sua investidura, que se concretiza, de regra, através do comissionamento.

Desses Advogados na Administração e no Governo distinguem-se, fundamental e qualitativamente, os Advogados do Estado, também designados como Procuradores do Estado⁸.

Quando se fala em Advogado do Estado ou, mais apropriadamente, Procurador do Estado, não se está a referir a presença de bacharéis em direito enquanto agentes administrativos, inseridos na textura da administração para assessorar o administrador, com vistas a manter-se dentro dos parâmetros jurídicos apropriados.

O Advogado do Estado responde a um desiderato bem mais complexo, que compromete o próprio perfil estrutural do Estado de Direito Democrático⁹.

Não se trata, nesse caso, como se disse, tão só de assegurar minimamente a juridicidade liminar de toda a atividade administrativa, mas de implementar institucionalmente, tanto o assessoramento da ação administrativa, quanto, e principalmente, o patrocínio do interesse do Estado em juízo.

Os Advogados do Estado são agentes públicos que recebem institucionalmente o mandato que os habilita à tutela judicial do interesse público, enquanto interesse do Estado. Essa especial circunstância de que os Advogados do Estado são investidos nos seus poderes, não por ato administrativo, mesmo sujeito a normas objetivas de provimento, não por investidura eventual, não por comissionamento, mas, como se disse, necessariamente em nível institucional, decorre da natureza peculiar do interesse que se lhes incumbe patrocinar e significa o atendimento de um novo pata-

8 A organização conjunta da defesa dos interesses do Estado, da acusação pública e da custódia de lei, em nível federal até a Constituição Federal de 1988, resultou na anomalia de o Chefe do Ministério Público conservar a denominação de Procurador-Geral da República, originária da época em que os antecedentes desse órgão desincumbiam-se principalmente da defesa judicial do interesse estatal. Contornando essa anomalia terminológica, adotou-se a denominação de "Advogado-Geral da União", para chefiar a "Advocacia-Geral da União", numa evidente remissão à terminologia italiana.

Nos Estados adotou-se, com mais propriedade, a designação de "Procurador-Geral do Estado" para designar os agentes e o chefe de Advocacia de Estado. Aliás, a própria Constituição Federal de 1988, em relação aos Estados, adota a denominação mais apropriada (art. 132).

9 "...il problema dell'organizzazione della difesa dello Stato in giudizio non è che un aspetto parziale di un più vasto problema, quello della posizione dello Stato come parte del giudizio, in relazione alla tutela giudiziaria dei diritti ed interessi del cittadino rispetto allo Stato stesso." (GIUSEPPE BELLÌ, "Avvocatura dello Stato", *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè Editore, 1959, v. IV, p. 672).

mar de exigências, revelador de um estágio mais avançado da juridização do Estado¹⁰.

A presença do Advogado do Estado visa atender essa circunstância e corresponde, melhormente do que à idéia de um simples assessoramento, à idéia, dentro da mais avançada análise da estrutura estatal, de uma verdadeira linha de *controle da legalidade administrativa*¹¹.

A esse propósito, tenha-se presente que a Advocacia de Estado, enquanto instrumento institucional pertinente ao controle do regime da legalidade administrativa, o que, de resto, foi muito apropriadamente expresso na Constituição do Estado do Rio Grande do Sul (CE/RS/89, art. 114) inclui, entre seu acervo de atribuições, facetas das mais relevantes da *custódia da lei*, referidas a uma sublinhada feição democrática da administração pública contemporânea.

É por isso que, rigorosamente dentro de condições compatíveis com a própria dinâmica da administração, o aconselhamento do interesse pú-

10 De tudo quanto pertine ao *interesse público*, pode dizer-se o que CIRNE LIMA refere a respeito dos bens objeto de uma relação administrativa: "O bem, objeto de uma relação de administração, se há de permanecer vinculado à finalidade que lhe é designada, há de ser também munido e defendido contra tudo quanto possa desviá-lo daquela finalidade; seja, como excelentemente disse Marciano, das cousas santas, — "ab injuria hominum defensum ac munitum". (CIRNE LIMA, Ruy; *Preparação à Dogmática Jurídica*, Liv. Sulina, POA, 2ª ed., p. 164).

Noutra obra, esclarece o mesmo autor: "Exprime-se, nestes passos, pela palavra *administração* conceito antagônico ao de propriedade. Propriedade "latu sensu" pode dizer-se o direito que vincula à nossa vontade ou à nossa personalidade um bem determinado em todas as suas relações. Opõem-se a noção de administração à de propriedade nisto que, sob administração, o bem se não entende vinculado à vontade ou personalidade do administrador, porém, à finalidade impessoal a que essa vontade deve servir." (CIRNE LIMA, Ruy; *Princípios de Direito Administrativo*, Liv. Sulina, POA; 1964, 4ª ed., p. 20).

Conforme observa CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, todo o "sistema de Direito Administrativo, . . . , se constrói sobre os mencionados princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e *indisponibilidade do interesse público*" (in *Elementos de Direito Administrativo*", RT, SP, 1980, p. 6, grifou-se).

A expressão "supremacia do interesse público" em relação ao interesse privado, adotada pelo ilustre administrativista, preferimos dizer "superioridade", na medida em que essa condição do interesse público não é absoluta, como expressaria melhormente o termo "supremacia"; não é em todos os confrontos que o interesse público, ou da pessoa de direito público, sobrepe-se ao interesse particular. Essa sobreposição só é legítima quando exista consonância do interesse público com os fins justificadores de sua especial qualificação.

11 Sobre o desenvolvimento da idéia de "controle" na análise de vanguarda da estrutura e do dinamismo do Estado contemporâneo, veja-se BERGERON, Gerard, in *Fonctionnement de L'Etat*; Colin, Paris, 1965.

blico, no caso da Advocacia de Estado *deve*, obedecidas certas condições, ter *caráter vinculativo*. Aqui vai a diferença fundamental entre o simples assessoramento, que caracteriza a Advocacia no Estado, e o controle de legalidade administrativa que caracteriza o aconselhamento jurídico cometido à Advocacia do Estado.

Mas a característica *especial* da Advocacia do Estado sobressai, evidentemente, no que diz respeito ao *patrocínio judicial do interesse público*, porque nessa atividade, os agentes dela encarregados atuam *em nome do Estado*.

É secundário o fato de que o administrador manifeste sua preferência por determinada argumentação ou determinada postura em juízo; é irrelevante tal manifestação porque essa argumentação só chega em juízo *através do Advogado do Estado* e se ele a perfilhar. Em outras palavras: chega *porque ele a perfilhou*.

O Advogado do Estado, no exercício de sua função básica, não fala *ao* administrador *para* assessorá-lo; fala *pele Estado no processo* em que este for parte, vinculando-o.

Usando da mesma alocação figurativa antes empregada, o Advogado do Estado, atuando em juízo, expressa, no processo, a *vontade do Estado*.

Usando de distinção muito em voga, embora não muito apropriada, poder-se-ia dizer serem os Advogados de Estado *agentes políticos*, na medida em que, como os magistrados, os promotores e os defensores públicos, correspondem a determinado contexto político-institucional, de modo específico e expresso.

Melhor seria dizer serem *agentes institucionais*, ao lado dos "agentes administrativos", porquanto nos parece curioso designar como *políticos* agentes públicos que não são investidos pelo modo especificamente político, que é a eleição.

Por outro lado, quando se fala na *necessária* investidura institucional de seus agentes, como uma das características essenciais, identificadoras da Advocacia do Estado, dentre as diversas formas de atuação do Advogado na estrutura estatal, o que se pretende é enfatizar a circunstância de que a indisponibilidade peculiar ao interesse público, enquanto interesse administrado em sentido técnico, exige que o patrocínio judicial e o aconselhamento jurídico desse mesmo interesse seja cometido a agentes que guardem, em relação à administração pública e ao Governo, a devida *independência*.

Assim, são incompatíveis com a caracterização da Advocacia do Estado, salvo em hipóteses excepcionais¹², as formas de investidura marcadas pela precariedade, tais como o comissionamento, a contratação e qualquer outra modalidade de admissão de Advogados para o exercício dessa competência, que os deixe sujeitos ao *nudo* de quem os tenha nomeado, admitido ou contratado.

A investidura institucional *pressupõe, no mínimo*, que os agentes da Advocacia do Estado sejam investidos em cargo público de provimento efetivo, só acessível mediante concurso público, e que a competência que lhes é própria decorra, no mínimo, *da lei e, não, de ato administrativo*.

O constituinte brasileiro, coerente com a visão que adotou da tutela do interesse estatal como função essencial à Justiça, elevou a institucionalização da investidura dos agentes da Advocacia do Estado ao nível constitucional federal (CF/88, arts. 131 e 132), estabelecendo um novo marco na caracterização da atividade no contexto institucional brasileiro.

Não se pense, no entanto, que a característica própria dessa forma específica de Advocacia, que é a Advocacia de Estado, careça do radical constitucional, vale, neste passo, trazendo à baila a distinção, formulada, dentre outros, por CARL SCHMIDT, entre *constituição formal e constituição material*¹³, ter presente que o Ministério Público Francês não deixou de ser reputado pertinente à constituição material, independente do fato de que, desde a reconstitucionalização posterior à II Guerra Mundial, o *parquet* não figure mais nos textos constitucionais da França.

12 Não é impossível imaginar situações em que o exercício de atribuições próprias da Advocacia de Estado possa e até deva ser cometido a advogados que não revistam as características peculiares aos agentes daquela "função essencial à Justiça", sob pena, por exemplo de deixar desguarnecida, em situações extraordinárias, a tutela judicial do interesse estatal. E o caso da tutela do interesse público estatal junto a tribunais federais ou de outros Estados, para o que determinada Procuradoria-Geral pode não estar materialmente preparada sem comprometer o desempenho de suas atividades de rotina.

Agora essas situações extraordinárias, o texto constitucional, quer no que se refere ao patrocínio judicial dos interesses da União, quer no que se refere ao dos Estados e do Distrito Federal, pressupõe inequivocamente a Advocacia de Estado organizada em nível institucional com agentes investidos também em nível institucional. Basta comparar, no que respeita a União, o disposto no art. 131, emprestada especial atenção ao § 3º desse mesmo artigo da CF/88, com o art. 29 do ADCT/88; no que se respeita aos Estados, o disposto no art. 132 da CF/88 com o disposto no art. 69 da ADCT/88.

13 "O conceito sociológico da Constituição, ou Constituição no sentido material (HATSCHERK, JELLINEK, MORGAN etc.), significa a própria organização do Estado, as instituições políticas e jurídicas, ainda não corporificadas numa carta. Nesse sentido, todos os Estados têm uma Constituição, simbolizada nas tradições, usos e costumes políticos, que regulam a transmissão do poder, a criação e funcionamento dos órgãos estatais." PINTO FERREIRA, *Princípios Gerais de Direito Constitucional Moderno*. Ed. Saraiva, 6ª ed. 1983, vol. I, p. 33.

Se o legislador constituinte pretendeu organizar um Estado que prime por sua juridicização; um Estado que sendo democrático, seja ao mesmo tempo participativo e marcadamente sujeito ao princípio da legalidade administrativa, que supere as exigências meramente elementares do Estado de Direito, revelando-se como um Estado de Direito de feição mais avançada, nada mais natural que emprestasse particular relevo às instituições mais diretamente vinculadas com essa marca.

A institucionalização da Advocacia de Estado, na Constituição Federal de 1988, não se resume a um dispositivo ou um conjunto de dispositivos constitucionais, que possam ser visualizados isoladamente.

A instituição da Advocacia de Estado, com radical Constitucional Federal, tanto para a União, quanto para o Distrito Federal e os Estados; sua enumeração entre as funções "essenciais à Justiça", e o regime jurídico especial que se lhe atribui, não são mais do que mera consequência das premissas definidoras do Estado de Direito, adotadas pelo constituinte brasileiro, que deu particular relevo ao caráter participativo do modelo democrático escolhido e, coerentemente, buscou assegurar os melhores instrumentos de preservação do princípio da legalidade administrativa. Foi como decorrência dessas premissas, dessa opção política, que o constituinte institucionalizou a Advocacia de Estado reputando-a como essencial à Justiça, de *existência necessária*, pertinente ao novo arcabouço constitucional do país.

Esse aspecto é de fundamental relevância na distinção entre os papéis do Advogado no Estado e o do Advogado do Estado sob o ponto de vista institucional, onde o primeiro figura como agente de *existência contingente* (conquanto desejável) e o segundo como agente de *existência necessária*. Em outras palavras, quando se trata do segundo, não se cogita mais de uma situação de *conveniência estrutural* mas, sim, de uma situação de *necessidade institucional*.

Coerentemente, a topologia da Constituição Federal de 1988, revela, com muita propriedade, a situação peculiar dos agentes da Advocacia do Estado no contexto do serviço público: não é em vão que o legislador constituinte deixou de regular a Advocacia de Estado no Título III (Da Organização do Estado), onde trata especificamente da Administração Pública (artigos 37 a 43), dos servidores públicos civis e militares; é no Título IV, que versa sobre a "Organização dos Poderes" (artigos 44 a 135) que, após tratar do Poder Judiciário, arrola e disciplina a Advocacia de Estado, a Defensoria Pública e o Ministério Público, denominando-as, englobadamente "funções essenciais à Justiça".

O teor da Constituição Federal de 1988, reconhece, não só para a Advocacia de Estado, mas para todas as chamadas "funções essenciais à Justiça" um *estatuto especial* no contexto da *organização do Estado*.

Efetivamente, tais atividades estão definitivamente fora do rol daquilo que alguns administrativistas denominam “burocracia” ou administração: foram instituídas constitucionalmente em nível de *órgãos de Estado*, dispostos os respectivos radicais no mesmo tópico dos “Poderes de Estado”¹⁴

Assim sendo, fica fora de dúvida que, tanto o Ministério Público, quanto a Advocacia de Estado, quanto a Defensoria Pública não podem ser considerados simplesmente *órgãos administrativos* ou contingentes; são *órgãos de Estado*, pertinentes ao quadro institucional adotado pela Constituição Federal de 1988, sendo pois de existência necessária.

Evidentemente, não se cairá na tentação de alguns doutrinadores que se perdem na fantasiosa idéia de que algum desses órgãos possa revestir características de “Poder” de Estado. Aliás, os próprios “Poderes” tradicionais são-no hoje mais nominalmente do que substancialmente, eis que a tricotomia do poder estatal cumpriu sua função instauradora do Estado Democrático e os três “Poderes” prosseguem assim designados atualmente mais por razões pertinentes ao léxico constitucional consagrado do que por correspondência à realidade objetiva: o poder estatal é uno e indivisível, titulado pelo Povo.

Indubitavelmente, os órgãos mais importantes do contexto institucional do Estado são aqueles que expressam a soberania estatal, isto é, o Poder Executivo, o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, que segundo o figurino presidencialista são, por definição, “independentes e harmônicos entre si” (CF/88, art. 2.º).

Tal não impede, porém, que haja *outros órgãos de Estado*, de existência *necessária*, identificados com o perfil institucional adotado pelo legislador constituinte, e é nesse contexto, que se inserem a Advocacia de Estado, o Ministério Público e a Defensoria Pública.

Conquanto não sejam “Poderes” de Estado, não são órgãos administrativos, de existência contingente. Assim como, dentre as ditas “pessoas administrativas”, existem as de existência necessária e as de existência contingente¹⁵, assim também, entre os órgãos integrantes da tessitura orga-

14 “O conjunto dos agentes, distribuídos pelas diversas funções que a lei institui e regula e hierarquicamente subordinados aos órgãos, forma a *burocracia* que, no Estado moderno, desempenha um papel importantíssimo como força efetiva e atuante ao serviço do exercício do Poder”. (CAETANO, Marcelo; *Direito Constitucional*, Forense, Rio, 1977, v. 1, p. 225, nota 1.)

15 “2. No elenco das pessoas administrativas, já dissemos, algumas são de natureza política e existência necessária (4): a União, os Estados e os Municípios. Outras são de natureza meramente administrativa e existência contingente: as entidades autárquicas.” (CIRNE LIMA, Ruy; *Princípios de Direito Administrativo*, Sulina, POA, 1964, 4ª ed., p. 62).

nizacional do Estado, há os de existência necessária, que são os *órgãos políticos*, porque *inerentes ao perfil institucional do país*, e há os de existência contingente ou possível, que são os *órgãos administrativos*. Entre os primeiros estão os três "Poderes" de Estado e os correspondentes às ditas "funções essenciais à Justiça".

Dentro desse contexto, percebe-se logo que o Procurador do Estado, o agente da Advocacia de Estado à luz da Constituição Federal de 1988, é *peça* inerente a um *design* jurídico-institucional específico, no qual o respectivo mandato decorre da maior instância normativa da ordem jurídica nacional, indisponível para a administração e indisponível inclusive para o legislador ordinário, pela circunstância de que se trata uma Advocacia profundamente marcada pelo objetivo que persegue.

É preciso deixar bem claro, porém, que a relevância institucional da Advocacia de Estado não decorre de sua constitucionalização. Tanto o Constituinte Federal de 1988, como o Constituinte Estadual no Rio Grande do Sul, há dez (10) anos atrás, constitucionalizaram a Advocacia de Estado, em razão do reconhecimento da sua pertinência ao *conjunto material* das instituições do Estado, enquanto órgão e instrumento de tutela do interesse público, nesse seu aspecto, extremamente sensível e relevante, da defesa do interesse público enquanto interesse do Estado.

De outro lado, a especificação desse radical, expresso constitucionalmente em 1988, apenas revela a consciência que teve o legislador constituinte federal, precedido pelo legislador constituinte estadual rio-grandense em mais de uma década (1967), da pertinência da *distinção* dos conteúdos funcionais, até então concentrados no Ministério Público, ao *conjunto material mínimo das instituições estatais, com vistas a melhor* a atender às exigências organizacionais do Estado de Direito Democrático.

Finalmente, impõe-se distinguir o papel do Advogado do Estado daquele correspondente ao do Advogado do Governo¹⁶.

16 "L'avvocatura dello Stato è, pertanto, istituzionalmente l'organo di difesa legale e di consulenza non di una singola amministrazione, ma dello Stato considerato nelle sue unitarietà." ... "deriva quindi dalla natura stessa dell'istituto, che si è venuto concretando attraverso l'evoluzione storica, la particolare situazione giuridica e morale dell'avvocatura dello Stato. Essa, infatti, è collocata alle dirette dipendenze della Presidenza del Consiglio di Ministri (t.u. 20 ottobre, 1950, n. 1483), in una posizione di particolare autonomia in relazione agli organi strettamente burocratici, posizione che presenta delle caratteristiche comunicon il Consiglio di Stato a la Corte dei conti nelle loro funzioni non giurisdizionali. E essa un organo di collaborazione dalle amministrazione tutte, che è, pertanto, fuori della gerarchia burocratica. La sua attività ha un carattere di particolare autonomia, che si avvicina a quella della magistratura." (GIUSEPPE BELLI, *op. cit.* p. 671; grifou-se.)

Conquanto pertina, de longa data, ao conceito nuclear do Estado de Direito Democrático a distinção entre *Estado* e *Governo*, não falta quem desenvolva, quiçá deliberadamente, uma linha de raciocínio que visa confundir o papel do Advogado do Estado com o Advogado do Governo, tudo com vistas ao objetivo adminicular de sustentar a quimérica impossibilidade da *independência* enquanto prerrogativa *também* da Advocacia de Estado.

Cumpre, antes de mais nada, apontar para os dois significados que pode ter a expressão "Governo": ela, ora indica o órgão do Poder Executivo, ora designa determinada administração ou gestão.

No primeiro caso, de Advocacia *de* Estado se trata; o que se quer agora é considerar o segundo significado justamente para distinguir o que se pode chamar de Advocacia de Governo.

O fato de à Advocacia *de* Estado competir a defesa do interesse público, enquanto interesse institucional do Estado ou da pessoa administrativa necessária, não impede que o Governo, no legítimo interesse de defender a imagem, o bom nome, a idoneidade de seus agentes; com vistas à preservação do patrimônio político de respectivo Partido, no contexto da vida pública de determinada sociedade, queira e possa comissionar ou contratar Advogados especificamente para a defesa desses interesses.

Um Governador de Estado ou um Secretário de Estado que resulte réu numa ação popular, onde o autor busque a anulação de ato praticado no exercício da função pública, tem direito de defender-se e, para tal fim contratar um Advogado. Essa contratação pode ser feita inclusive com verba pública, na medida em que, num sistema democrático, em que o acesso aos cargos públicos se opera através do processo eleitoral, isto é, da manifestação da opinião pública através do voto, a imagem do administrador é inerente à sua condição de agente público.

Esse o campo específico de atuação do Advogado do Governo.

Ressalve-se que essas situações, pelo fato de serem distintas, não são insuscetíveis de ocorrerem combinadas. Assim, conquanto o Advogado *no* Estado (ou *no* Governo) nunca se possa confundir com o Advogado *do* Estado, este pode, além da titularidade do patrocínio judicial do interesse público, prestar assessoramento jurídico à administração. Nada impede, também, que um assessor jurídico de quadro seja comissionado como Advogado *no* Governo. Finalmente nada impede, conquanto se possa discutir a conveniência de tal combinação, que o Procurador-Geral do Estado, em sendo comissionado, seja também o Advogado *do* Governo.

SIAFI - um Mecanismo de Administração e Controle do Gasto Público

ALDERY SILVEIRA JÚNIOR

e

GILBERTO TRISTÃO

SUMÁRIO

1. *Introdução.* 2. *Histórico do SIAFI.* 3. *Funcionamento básico do SIAFI.* 3.1. *Execução da receita.* 3.2. *Programação financeira e execução da despesa.* 3.3. *Principais características e vantagens do SIAFI.* 4. *O SIAFI e a Contabilidade.* 4.1. *Plano de Contas único.* 4.2. *Tabela de Eventos.* 5. *Interligação do SIAFI com a Contabilidade.* 6. *SIAFI: um mecanismo de planejamento.* 6.1. *Correlação do SIAFI com o planejamento administrativo.* 6.2. *Viabilização dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social pelo SIAFI.* 6.3. *O SIAFI como ferramenta para a viabilização do Plano Plurianual.* 7. *Abrangência do sistema de Orçamento.* 8. *Conclusão.* 9. *Bibliografia.*

1. *Introdução*

“O Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal (SIAFI) é um Sistema que processa, com o auxílio de teleinformática, a execução orçamentária, financeira, patrimonial e contábil das entidades da Administração Federal direta e indireta”¹.

Até 1986, o Governo Federal convivia com diversos problemas de natureza administrativa na gestão de seus recursos. Problemas esses caracterizados pela defasagem na escrituração contábil, pela incompatibilidade de utilização dessa escrituração como fonte de informações para fins

1 Instrução Normativa nº 22/86, da STN, p. 1.

gerenciais e pela existência de milhares de contas correntes bancárias, as quais muito comprometiam a saúde das finanças públicas e dificultavam a política monetária do Governo.

Para solucionar esses problemas e agilizar a administração e controle do gasto público, se fez necessária a implantação de um sistema que preenchesse todos esses requisitos: O SIAFI, o qual se constitui em um dos principais mecanismos de modernização da máquina administrativa.

Uma outra característica importante do SIAFI é a de promover a transparência dos gastos públicos, uma vez que ele é um depositário de informações de *como, com que, quanto e quando* o governo gasta, permitindo, assim, um completo controle das finanças públicas e da fiel execução dos orçamentos Fiscal e da Seguridade Social, tanto internamente, na esfera do Executivo, como externamente, pelo Legislativo, que tem a incumbência de "exercer o acompanhamento e a fiscalização orçamentária" (Constituição Federal, art. 166, § 1.º, inciso II).

2. *Histórico do SIAFI*

Em 10 de março de 1986, foi criada a Secretaria do Tesouro Nacional (STN), órgão central de planejamento e controle financeiro, subordinada ao então Ministério da Fazenda, a qual absorveu as funções da antiga Comissão de Programação Financeira (CPF) e da Secretaria Central de Controle Interno (SECIN), tendo como atribuições básicas as de Órgão Central de Programação Financeira do Tesouro Nacional e de Órgão Central dos Sistemas de Administração Financeira, Contabilidade e Auditoria, entre outras atribuições secundárias.

A STN, para bem desenvolver suas atividades, necessitava de um sistema de informações gerenciais seguras e tempestivas para todos os níveis da Administração Federal, de forma que integrasse os números disponíveis nos diversos órgãos espalhados por todo o território nacional; surgiu, assim, a idéia e a necessidade de se implantar um sistema que compatibilizasse a modernização e a integração dos Sistemas de Programação Financeira, de Execução Orçamentária e de Controle Interno do Poder Executivo, nos órgãos centrais, setoriais e seccionais. O próprio diploma legal de criação da STN a incumbiu de desenvolver um sistema com o porte necessário para atender a essas necessidades².

E em tempo recorde foi implantado o SIAFI. Tendo a idéia inicial sido concebida em março de 1986, em janeiro de 1987 ele já entrou em funcionamento, embora precariamente, em fase de adaptação e modernização.

Os problemas para implantação do SIAFI foram muitos: desde a rejeição por parte de diversos órgãos até o total despreparo do pessoal

² Decreto nº 92.452/86, art. 12.

que iria operar com o Sistema. Problemas esses brilhantemente sanados devido à insistência, perspicácia e dedicação com que atuou a STN no gerenciamento dos conflitos e barreiras com os quais se deparou.

Hoje, transpostas todas as barreiras, o SIAFI é uma obra engenhosa que desponta na esfera do serviço público federal, aplaudido e acreditado por todos, haja vista a eficiência e eficácia com que conduz a execução, o acompanhamento e o controle da administração financeira, orçamentária, patrimonial e contábil, tanto na esfera do Poder Executivo, como nas do Legislativo e Judiciário.

3. Funcionamento básico do SIAFI

O SIAFI, apesar de ser um sistema altamente complexo na sua abrangência e nos recursos de que dispõe, possui um funcionamento básico calcado em uma estrutura bastante simplificada e em consonância com o Orçamento Geral da União aprovado pelo Congresso Nacional.

Do Orçamento tem-se duas diretrizes básicas: previsão de receita e estimativa de despesas. E é em cima dessas duas diretrizes que opera o SIAFI.

3.1. Execução da receita

No início de cada ano civil os diversos órgãos incluem no SIAFI, através de transação própria, a previsão de receita para o exercício, e, durante o decorrer do ano há o processamento da execução da receita.

O processamento da receita no SIAFI dá-se de três formas distintas:

a) através de Documento de Arrecadação da Receita Federal (DARF): — para as arrecadações efetuadas dessa maneira existem dois procedimentos diferentes:

— DARF provenientes da rede bancária — dezenalmente a rede bancária transfere à Receita Federal o montante arrecadado naquele período através de DARF, sendo este numerário depositado na conta única do Tesouro Nacional e incluído no SIAFI; e

— DARF provenientes dos órgãos integrantes do SIAFI — os órgãos públicos integrantes do SIAFI de forma "on-line", ou seja, através de terminais instalados em suas dependências, fazem seus recolhimentos através de "DARF eletrônico" processado no próprio SIAFI, sem que o numerário transite pela rede bancária;

b) através de Guia de Recebimento (GR) — este documento, processado nos terminais do SIAFI, destina-se basicamente ao cancelamento e anulação de pagamentos já efetuados através do SIAFI, com o retorno do crédito para o empenho e recolhimento para a conta de arrecadação

do órgão do numerário correspondente e posterior transferência deste numerário para a Conta única, através de Ordem Bancária intra-SIAFI (transferência entre contas); e

c) através de depósitos comuns efetuados nas contas de arrecadação dos diversos órgãos — esses depósitos são apropriados no SIAFI através de um documento denominado Nota de Lançamento (NL) e posteriormente transferido da conta de arrecadação para a Conta única, localizada no Banco Central, através de Ordem Bancária intra-SIAFI.

Diariamente, o numerário relativo aos DARF eletrônicos e às Ordens Bancárias intra-SIAFI constam da disponibilidade financeira do Tesouro Nacional, enquanto que os recursos provenientes das arrecadações da rede bancária passam a integrar a disponibilidade financeira do Tesouro Nacional a cada dez dias, após a devida apropriação do mesmo pela Receita Federal, efetuada através de NL.

3.2. *Programação financeira e execução da despesa*

A programação financeira é feita de acordo com as despesas estimadas no Orçamento Geral da União e com as disponibilidades de caixa do Tesouro Nacional.

No início de cada exercício financeiro, o Departamento de Orçamento da União manda para o Departamento do Tesouro Nacional uma fita magnética contendo os créditos constantes da Lei do Orçamento; o DTN processa essa fita, incluindo no SIAFI a dotação orçamentária de cada Ministério ou órgão equivalente (equivalente para efeito de dotação orçamentária).

As setoriais de orçamento de cada Ministério ou órgão equivalente, que são as Unidades Orçamentárias (UO), de posse dos créditos da dotação orçamentária que lhes são afetos, provisionam esses créditos às suas respectivas Unidades Administrativas (UA), denominadas Unidades Gestoras (UG), através de um documento específico (Nota de Movimentação de Crédito — NC) ou, também, poderão destacar créditos para outras Unidades Orçamentárias, através de NC, que, por sua vez, provisionarão esses créditos às suas Unidades Administrativas.

As Unidades Administrativas, de posse dos créditos que lhes são distribuídos passam à execução do orçamento. Essa execução é feita através do Empenho das despesas, após cumpridas as formalidades de licitação prevista no Decreto-Lei n.º 2.300/86; despesas essas que já foram previamente programadas por ocasião da elaboração da proposta de orçamento, no ano anterior.

Todos os Empenhos das Unidades Gestoras “on-line” são efetuados diretamente nos terminais do SIAFI, os quais só aceitam esses lançamentos

se a UG possuir dotação orçamentária (crédito) para a despesa que está sendo empenhada.

A figura a seguir, apresenta o esquema básico do SIAFI:

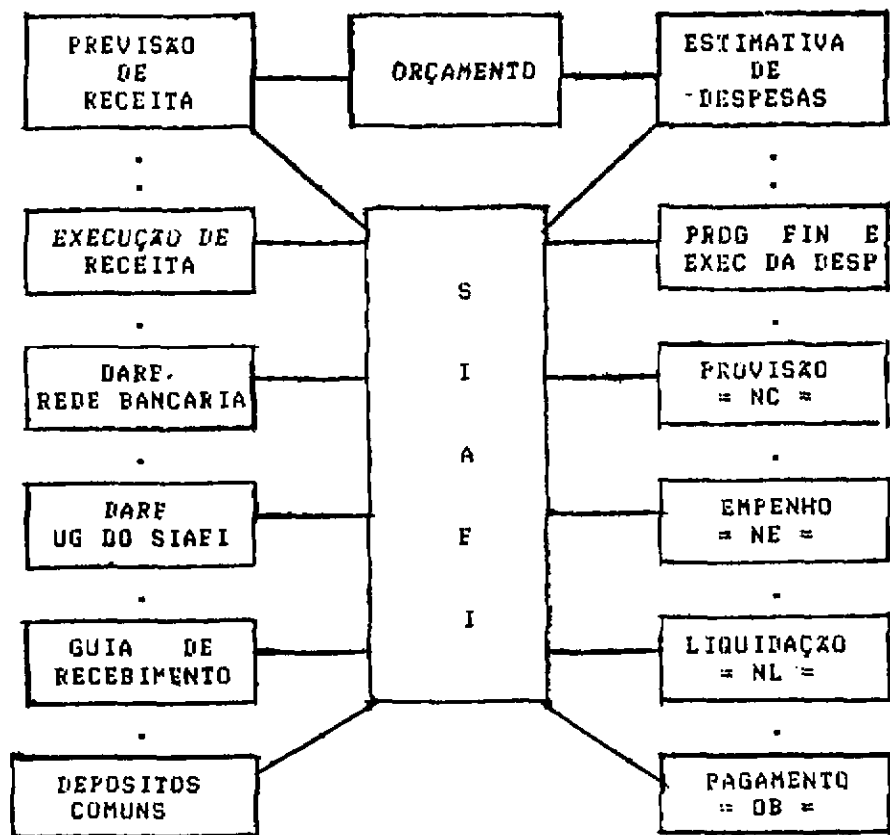


FIGURA 1 - FUNCIONAMENTO BÁSICO DO SIAFI

3.3. Principais características e vantagens do SIAFI

Apesar de o SIAFI estar atrelado a um princípio básico de funcionamento muito simples, ele tem por trás de si todo um aparato contábil que lhe dá o necessário suporte e muito contribui para o dinamismo do Sistema. A função contábil do SIAFI será abordada no item 4.

Uma das principais vantagens do SIAFI é que ele está programado para fornecer, a qualquer instante, todas as demonstrações contábeis das unidades integrantes do Sistema, devidamente atualizadas até o momento da solicitação. Esse é um extraordinário avanço em relação à maioria dos

países do Terceiro Mundo. CAIDEN e WILDAVSKY observam: "os responsáveis pelo orçamento nos países em desenvolvimento freqüentemente não sabem qual a situação real dos principais indicadores relativos à vida financeira do país. Leva dois anos ou mais para saber (dentro de uma razoável margem de erro) quanto o governo gastou. Para eles o problema não é a *previsão*, mas a *revisão*"³.

Os lançamentos efetuados nos terminais do SIAFI incidem diretamente na Contabilidade, promovendo uma atualização instantânea das demonstrações. Tais demonstrações são fornecidas no seu todo ou em parte, dependendo do tipo de informação que se deseje recuperar. Além disso, ainda se tem a flexibilidade de abertura das contas contábeis, através da transação denominada "razão da conta", onde são demonstrados todos os registros efetuados na conta que se deseje consultar. Tanto as demonstrações contábeis como a razão da conta são informadas de acordo com o período solicitado: em determinado dia, mês ou ano.

Para fins de operacionalização, o SIAFI dispõe de dez módulos básicos, que são: Auditoria e Controles, Cadastros Básicos, Comunicações via SIAFI, Contabilidade, Estados e Municípios, Execução Financeira, Execução Orçamentária, Programação Orçamentária, Rol de Responsáveis e Tabelas. Cada um desses módulos são compostos por várias transações diferentes.

Destaque-se que uma das principais características do SIAFI é a sua abrangência. Apesar de o nosso país possuir dimensões continentais, o SIAFI consegue integrar todo o território nacional, com terminais, instalações em quase todos os órgãos dispersos nas diferentes regiões e ligados diretamente ao computador central, localizado no SERPRO, em Brasília.

4. O SIAFI e a Contabilidade

A interligação SIAFI-Contabilidade é propiciada pela utilização de duas ferramentas importantíssimas: o Plano de Contas único e a Tabela de Eventos.

4.1. Plano de Contas Único

Antes da implantação do SIAFI, o órgão de Controle do Governo Federal, a antiga Secretaria de Controle Interno do Ministério da Fazenda, tinha uma dificuldade muito grande em fazer a consolidação dos Balançetes dos diversos órgãos da Administração Federal em virtude da diversidade de Planos de Contas existentes até então na esfera federal. Cada órgão tinha o seu Plano de Contas e, em consequência, efetuava lançamentos diferentes. Por ocasião da consolidação, muitos dados tinham que ser desprezados tendo em vista que somente um ou outro órgão possuía

³ CAIDEN, Naomi e WILDAVSKY, Aaron. *Planning and Budgeting in Poor Countries*. Nova Iorque/EUA, A Wiley-Interscience Publication, 1974, p. 66.

determinados controles. Com a implantação do SIAFI houve a necessidade de criar um Plano de Contas único, com os mesmos tipos de lançamentos para todos os órgãos.

A unificação do Plano de Contas na Administração direta e indireta veio simplificar sobremaneira a consolidação dos Balancetes, a qual é efetuada automaticamente pelo SIAFI, a partir dos lançamentos contábeis.

4.2. Tabela de Eventos

Todos os lançamentos feitos no SIAFI são efetuados utilizando-se códigos de eventos.

Os eventos correspondem à codificação dos fatos contábeis. Cada fato contábil é representado por um código de evento distinto. Como, por exemplo, o Empenho de uma despesa, a liquidação de despesas, o pagamento de despesas, a retenção de obrigações, a assinatura de contratos, a apropriação de receitas, a prestação de contas de convênio, a integralização de ações, a baixa de material permanente por doação, a receita de alienação de bens imóveis etc., para cada um destes fatos contábeis existe um código de evento diferente.

De acordo com a Tabela de Eventos, a qual é o manual onde estão compilados todos os eventos utilizados pelo SIAFI, os códigos dos mesmos são compostos por seis dígitos e estruturados da seguinte forma:

	XX.X.XXX
	" " "
— TRANSAÇÃO	" "
Identifica um conjunto de eventos de uma mesma natureza.	" "
— TIPO	"
Indica a situação do registro, se é evento normal ou de estorno.	"
— SEQUÊNCIA	

Os eventos são divididos em oito grupos básicos, conforme discriminação a seguir:

GRUPOS	CARACTERÍSTICAS
10.0.000	— Eventos de previsão de receita
20.0.000	— Eventos de dotação
30.0.000	— Eventos de movimentação de crédito
40.0.000	— Eventos de empenho
50.0.000	— Eventos de apropriação, retenção, liquidação e outros
60.0.000	— Eventos de restos a pagar
70.0.000	— Eventos de desembolso
80.0.000	— Eventos de embolso e de receita.

A cada evento corresponde uma ou mais partidas contábeis, conforme o tipo do evento.

Exemplo de Empenho da Despesa:

Evento 40.0.091 — Empenho da despesa

Debita as Contas 29211.00.00 — Crédito disponível
19241.01.01 — Emissão de empenhos
19341.00.00 — Valores comprometidos no exercício

Credita as Contas 29213.01.00 — Crédito empenhado
29241.01.01 — Empenhos a liquidar
29341.00.00 — Valores em liquidação

Conforme este exemplo, nota-se claramente a flexibilidade dos eventos quanto aos tipos de controles que eles proporcionam e a gama de informações gerenciais geradas a partir da utilização de determinado evento.

Uma outra característica marcante dos eventos é que, quando eles são utilizados em documentos de entrada no SIAFI que envolvam outras Unidades Gestoras, como por exemplo: pagamentos efetuados a outras UG, transferências de créditos, repasse de numerário, assinatura de convênios, etc., provocam, automaticamente, registros nas contas contábeis correlatas com o fato, das UG de destino.

5. *Interligação do SIAFI com a Contabilidade*

A Contabilidade é o coração do SIAFI, haja vista que toda informação gerencial processada por esse Sistema é calcada em cima dos lançamentos contábeis.

A Contabilidade, após o advento do SIAFI, passou a ser escriturada uniformemente em todos os órgãos públicos da Administração direta e indireta, sepultando de vez a imensa variação existente na forma de escrituração adotada pelos diversos órgãos.

A estrutura do SIAFI tem como base a Contabilidade, embora ele não seja só Contabilidade, indo muito além. A lógica maior do SIAFI em termos de busca de informações está calcada na Contabilidade. Em todos os lugares do Brasil onde haja gestor público há um terminal do SIAFI e a execução, o cumprimento ou a aplicação da autorização orçamentária é executada nesses terminais e a partir daí, ou seja, com a simples entrada de dados nos terminais referentes à execução orçamentária pelas Unidades Gestoras, a Contabilidade é processada automaticamente. De modo que, na relação existente entre SIAFI-Contabilidade, houve uma inversão de procedimentos no que diz respeito à Contabilidade. Normalmente ela registra depois que o fato ocorre, mas no SIAFI houve uma inversão: para

se pagar, antes de efetuar o pagamento propriamente dito, tem-se que entrar no SIAFI e dizer: "vou pagar isso", ou: "estou pagando isso", ou: "quero pagar isso", e assim sucessivamente com as demais transações que não pagamentos. Portanto, a Contabilidade passou a demonstrar o fato antes mesmo que ele ocorra, uma vez que todos os lançamentos efetuados nos terminais do SIAFI produzem efeito automático e instantâneo na Contabilidade, ou seja, provocam a escrituração contábil.

E é devido à utilização do Plano de Contas único e da Tabela de Eventos que se diz que o SIAFI tem a sua base estruturada na Contabilidade. Existe um Plano de Contas único para todos os usuários do Sistema, quer seja Administração direta, quer seja indireta, todos utilizam o mesmo Plano de Contas. E a forma como saem as informações é simples: se é uma empresa, as demonstrações contábeis vão sair de acordo com as exigências da Lei; se for Administração direta, as demonstrações saem de acordo com a legislação que a rege. Mas a base de dados é a mesma e a forma de entrar com os dados também é a mesma, ou seja, a base é o Plano de Contas e a forma é o evento.

Essa interligação da forma como ela ocorre não seria possível sem a utilização de uma ferramenta nobre como a informática. A informática entra como uma prestadora de serviço e a Administração Federal como usuária do Sistema, de modo que graças a essa tecnologia a Contabilidade passou a ter uma agilidade muito maior, propiciando a existência do SIAFI.

No que diz respeito ao SIAFI, a Contabilidade é a mesma, ela não muda, o que muda é a forma como ela é utilizada. A missão intrínseca da Contabilidade, no que tange aos registros terem que ser fidedignos, terem que ser confiáveis, terem que representar e deixar transparecer o real fato acontecido, é adotada pelo SIAFI em toda sua essência. Quando do registro de qualquer fato, utiliza-se uma codificação (evento) que vai representar uma série de partidas; essas partidas já estão firmadas exatamente pela sua intenção de provocar determinados lançamentos contábeis e pelo fato de estarem codificadas elas são registradas automaticamente. A figura do evento é muito simples: penduradas a um evento há todas as partidas que se queira colocar para atender a determinados tipos de controles. Por exemplo, ao se realizar um fato patrimonial tem-se um registro patrimonial e pode-se, inclusive, nesse evento, criar um outro tipo de controle para ser usado na forma de compensado: todas as vezes em que ocorrer um fato patrimonial, que haja um outro registro, de forma que esse fato apareça na auditoria. Há uma flexibilidade muito grande em termos de se ter vários registros amarrados aos eventos e esses registros não são estanques, podem ser alterados a qualquer instante, de acordo com as necessidades dos usuários do Sistema. Se há uma definição de que todas as compras de equipamentos devam ser de conhecimento da

auditoria, basta apenas pendurar um registro nos eventos correspondentes que vá lá na auditoria e mostre no compensado que a unidade tal adquiriu determinado equipamento, de modo que se possa ter uma ferramenta que dá não só a informação para o gerente lá da ponta (o gestor), informação essa necessária para a execução de todas as suas atividades, mas também ao usuário maior que está por trás do gestor, que é o que está no planejamento, no orçamento, no acompanhamento da execução, na auditoria, enfim, todo o universo de usuários. De forma que, ao se manter um cadastro para atender a todo um universo maior de usuários, mais eficiente e eficaz se torna o Sistema.

E é exatamente por tudo isso que se diz que o SIAFI está estruturado tendo como base, como essência, a Contabilidade.

6. *SIAFI: um mecanismo de planejamento*

No Brasil, os orçamentos são considerados instrumentos do planejamento. Abordaremos, a seguir, a contribuição do SIAFI ao processo de planejamento.

6.1. *Correlação do SIAFI com o Planejamento Administrativo*

O SIAFI é um Sistema que processa a Administração Financeira, Orçamentária, Patrimonial e Contábil dos três poderes da União, ele não é um sistema de planejamento.

O SIAFI, para atingir seus objetivos, se utiliza de modernas técnicas de processamento de dados, o que lhe permite armazenar uma gama imensurável de informações sobre a execução financeira e orçamentária. Essas informações são consolidadas em diversos tipos de relatórios, os quais constituem-se em ferramentas de consultas gerenciais para a tomada de decisão e para a ação planejadora dos técnicos do governo.

Além de consolidar os dados sobre a execução financeira e orçamentária de todos os órgãos públicos federais, que orientarão o planejamento federal, o SIAFI ainda concentra dados econômicos e financeiros de todos os Estados da Federação e de todos os Municípios, através da integralização dos balancetes dos mesmos, dados esses que servirão de base, de subsídio para a elaboração do planejamento nacional.

6.2. *Viabilização dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social pelo SIAFI*

Hoje, uma das funções do SIAFI, se não a principal, é a de viabilizar a execução do Orçamento Fiscal e do Orçamento da Seguridade Social. As informações contidas em seu banco de dados referentes às execuções de exercícios passados constituem-se em subsídios para a elaboração das propostas desses Orçamentos.

A técnica orçamentária utilizada pela administração federal é o Orçamento-Programa. A finalidade deste tipo de orçamento é justamente o de vincular orçamento ao planejamento, conforme afirma TRISTÃO⁴. A elaboração do orçamento anual é calcada nas funções básicas do Governo; estas, por sua vez, são desmembradas em Programas, Subprogramas, Projetos e/ou Atividades; sendo os recursos destinados aos Projetos e Atividades, que atualmente podem ser fracionadas em Subprojetos e Subatividades, distribuídos por categoria econômica. Toda despesa efetuada pelo Governo está enquadrada em uma determinada categoria econômica, que por sua vez está atrelada a um determinado Projeto ou Atividade. Os Subprojetos e as Subatividades correspondem ao menor nível de detalhamento das funções básicas do Governo; e o planejamento administrativo é feito a partir dessas funções, através dos Programas de trabalho, de forma que cada Programa de Trabalho corresponda a um plano distinto, que esteja inserido em um plano maior que é o plano de uma função do Governo. Conseqüentemente, podemos afirmar que quando um órgão público executa uma despesa está, ao mesmo tempo, executando um plano previamente traçado, haja vista que nenhuma despesa pode ser realizada sem que haja uma verba específica para tal, consignada no Orçamento Geral da União⁵.

Ao afirmar-se que a realização de uma despesa está subjugada a um planejamento anterior, não se pode inferir que o planejamento tenha sido bem elaborado. Não existe nenhuma correlação nesse sentido. A elaboração de um planejamento não se restringe apenas à fixação de objetivos e ao estabelecimento de linhas de ação; a alocação de recursos às diversas etapas do plano também faz parte do processo de planejamento. E é justamente nesta fase onde mais se "peca", dada a insuficiência ou excesso de recursos geralmente acometidos aos planos. O SIAFI se insere no processo de planejamento nesse ponto crítico, ele entra em cena como mecanismo de apoio ao planejamento de curto prazo (orçamento anual).

O orçamento anual é o documento onde estão consignadas a previsão de receitas e a fixação de despesas dos diversos Programas de Trabalho, e a execução do orçamento configura a implementação desses planos. Como foi afirmado anteriormente, o SIAFI viabiliza a execução do orçamento; essa viabilização é caracterizada através da execução da receita e da despesa. O SIAFI processa uniformemente a administração financeira, orçamentária, patrimonial e contábil do serviço público federal como um todo. Este Sistema, conforme foi discutido no item 3.0, é baseado na contabilidade e, como tal, produz informações gerenciais que servirão de subsídios para a elaboração do planejamento administrativo.

4 TRISTÃO, Gilberto. Orçamentos Públicos no Brasil. *Revista Gerido Pública*. Brasília, Ano I, n. 1, mar. 91, p. 29.

5 Constituição Federal — Art. 167, Inciso II.

A execução da despesa se processa através de três fases distintas: empenho, liquidação e pagamento⁶. Quando se empenha uma despesa (os empenhos são efetuados diretamente nos terminais do SIAFI), esse empenho é efetuado dentro de uma categoria econômica e de um determinado Projeto ou Atividade, e, automaticamente, o SIAFI abate do Programa de Trabalho referente ao Projeto ou à Atividade a que se refere o empenho o valor correspondente à despesa que está sendo empenhada, ou seja, ele debita a conta "Crédito Disponível por Programa de Trabalho", de modo que a cada empenho emitido baixa o saldo dessa conta. Por ocasião do pagamento da despesa, o SIAFI, também automaticamente, credita a conta "Despesa Realizada por Programa de Trabalho". De modo que a qualquer momento, dentro do exercício financeiro, é possível se saber o saldo de crédito e a despesa realizada, por elemento de despesa, de qualquer Programa de Trabalho, bastando apenas um simples apertar de teclas nos terminais do SIAFI. Esta facilidade faz com que, ao final de cada exercício financeiro, sejam fornecidos dados seguros e precisos sobre a realização de cada Programa, em termos financeiros. Se, ao final do exercício, for constatado que determinado Programa de Trabalho foi executado integralmente, que os objetivos delineados foram satisfatoriamente atingidos, e o SIAFI acusar que financeiramente ele não foi realizado totalmente, através da constatação da existência de saldo financeiro significativo, fica claramente evidenciada a dissonância existente entre o planejamento físico e o financeiro, configurando, nesse caso, uma superestimação de dotações. Assim como também pode acontecer o inverso: o recurso financeiro se exaurir antes do atingimento das metas prefixadas. Para coibir estas falhas do processo de planejamento, o SIAFI constitui-se em uma excelente ferramenta de apoio, bastando, apenas, que, por ocasião da elaboração dos diversos planos, seja consultada e analisada a execução de planos semelhantes em exercícios anteriores, em termos de metas físicas e financeiras, com relação ao planejado e o executado.

O SIAFI controla eficazmente a execução de todos os Programas de Trabalho em termos financeiros. A partir do momento em que haja um entrosamento perfeito entre planejamento físico e financeiro, o controle promovido pelo SIAFI passa a ser traduzido como o controle do Programa de Trabalho como um todo e não apenas financeiro.

6.3. *O SIAFI como ferramenta para a viabilização do Plano Plurianual*

Como já foi salientado, uma das funções do SIAFI é a de viabilização do Orçamento Fiscal (assim como também do Orçamento da Seguridade Social), tanto em termos de elaboração como, principalmente, de execução. E o mesmo poderia acontecer com o Plano Plurianual.

⁶ Instrução Normativa nº 10, do Departamento do Tesouro Nacional; *Manual de Despesa da União*. Brasília, 1991, Capítulo I, Seção 3, Assunto 1, item 1.

O Plano Plurianual, cuja elaboração é um preceito constitucional ⁷, é um plano de médio prazo, elaborado pelo Executivo, e aprovado pelo Legislativo. Como comenta DUARTE, o Plano Plurianual tem a finalidade de reduzir a possibilidade de aberrações graves, coibindo certos investimentos que não são prioritários ou que são feitos em tempos inoportunos, embora destinados a beneficiar alguma região ou setor administrativo, mas que podem ser danosos à Nação ⁸.

Os Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social e o Plano Plurianual são elaborados por outro sistema que não o SIAFI, o SIDOR (Sistema Integrado de Dados Orçamentários), sistema esse coordenado pelo Departamento de Orçamento da União. No início de cada exercício financeiro o SIAFI é alimentado com os dados dos Orçamentos Fiscal e de Seguridade Social, e é a partir desse fato que ele tem condições de executar e controlar esses Orçamentos.

De acordo com a Constituição brasileira, os Orçamentos Fiscal e da Seguridade devem ser elaborados em consonância com o Plano Plurianual ⁹. Podemos deduzir, então, que esses Orçamentos estão, de certa forma, inseridos no Plano Plurianual, ou seja, constituem-se em um segmento deste Plano, só que elaborados para um ano e de forma mais detalhada. Ora, se o SIAFI controla esses Orçamentos, através da execução da receita e da despesa, o mesmo se torna viável com o Plano Plurianual, bastando, para isso, que o SIAFI seja alimentado com os dados desse Plano. Isto é só um problema de máquina, de programação. Se o SIAFI tem mecanismos de controle que "vai" aos orçamentos Fiscal e da Seguridade e diz o que foi realizado ou não, ele pode, por extensão, fazer o mesmo com o Plano Plurianual, e, assim, teríamos o SIAFI funcionando também como um mecanismo de execução e controle do referido Plano.

Hoje os dados do SIAFI já servem como subsídio para a elaboração do Plano Plurianual, mas ele pode se transformar em um subsídio bem mais significativo; para isso, é necessário apenas que o SIAFI passe a acompanhá-lo.

O subsídio prestado atualmente pelo SIAFI à elaboração do Plano Plurianual é de fácil entendimento: o SIAFI executa e controla a receita e a despesa da União como um todo; desta forma, ele tem armazenado dados sobre a receita total dos últimos anos, e, mediante esses dados, aliados a outras variáveis de cunho econômico, os técnicos do Governo têm subsídios para projetar a receita para os anos subseqüentes. Essa projeção servirá de parâmetro para a elaboração do Plano, haja vista que o mesmo

7 Constituição Federal — Art. 165, § 1º

8 DUARTE, Cleuso Damasceno. *A Constituição explicada ao cidadão e ao estudante*. Belo Horizonte: Ed. LÉ, 1989, p. 127.

9 Constituição Federal — Art. 165, § 4º

constitui-se no estabelecimento de metas a serem atingidas a médio prazo e a conseqüente alocação de recursos necessários para a sua implementação. Sendo assim, têm-se condições de avaliar se a receita prevista, aliada às operações de crédito para os próximos anos, também programadas, serão capazes de comportar os investimentos a serem consignados no Plano Plurianual. Ou seja, é a partir da previsão de receita para os anos subseqüentes que o Plano será montado. Primeiro elabora-se a minuta do Plano em termos de metas físicas a serem alcançadas, em seguida faz-se a adequação dos recursos financeiros. Se os recursos previstos forem insuficientes para atender às metas traçadas, estabelecem-se prioridades a "atacar", de modo que figurem no Plano Plurianual apenas os investimentos mais significativos para a Nação, considerando a integração regional e setorial do País.

Em última análise, quanto ao controle do Plano Plurianual pelo SIAFI, não é difícil de ser posto em prática, basta apenas uma decisão de caráter político-administrativa.

7. *Abrangência do Sistema de Orçamento*

A Constituição de 1988 promoveu profundas mudanças no que se refere ao Orçamento Geral da União. A partir de então o Executivo ficou obrigado a encaminhar anualmente ao Legislativo os Orçamentos Fiscal, da Seguridade Social (que compreende Previdência, Saúde e Assistência Social) e de Investimento das Empresas Estatais.

SERRA ressalta a importância dessa inovação lembrando que, "em 1988, as receitas próprias da Previdência igualaram as receitas tributárias da União, excluídas as transferências constitucionais a Estados e Municípios; os investimentos das Estatais federais corresponderam, nesse mesmo ano, a três vezes o montante dos investimentos da administração direta e autarquias federais, além de representarem um instrumento decisivo na definição dos rumos do desenvolvimento do País"¹⁰.

Esses orçamentos devem ser elaborados em consonância com a Lei de Diretrizes Orçamentárias. Essa lei deverá ser encaminhada pelo Executivo ao Legislativo, anualmente, quatro meses e meio antes do envio do Projeto de Lei do Orçamento, a qual deverá definir "as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subseqüente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento"¹¹.

10 SERRA, José. A Constituição e o gasto público. *Revista Planejamento e Políticas Públicas*. Rio, nº 1, jul./89, p. 93.

11 Constituição Federal — Art. 165, I 2º

Dos três orçamentos, o único que não é executado pelo SIAFI é o de investimento das Empresas Estatais; se a execução orçamentária e financeira dessas Empresas fosse processada pelo SIAFI haveria benefícios inquestionáveis, não só para a ação planejadora como um todo, como, principalmente, promoveria um controle mais eficiente das mesmas por parte da Administração Federal, pois, como é público e notório, há um total desarranjo nas finanças da maioria das Estatais. Se isso acontecesse (controle das Estatais pelo SIAFI), certamente muitas delas se equilibrariam.

Para que o SIAFI passe a controlar também as Empresas Estatais, fato esse que não está nem sendo cogitado, falta apenas decisão política, mais nada. Mas fica plantada a semente; talvez algum dia tenhamos governantes mais comprometidos com os verdadeiros designios de desenvolvimento do País e possam, desse modo, absorver essa idéia, submetendo as Estatais ao controle do SIAFI.

8. Conclusão

O SIAFI, assim como o Sistema de Planejamento, é um tema complexo e abrangente. A nossa intenção foi ressaltar a importância deste Sistema no processo de planejamento, enquanto mecanismo de administração e controle do gasto público, assim como também trazer à tona a idéia embrionária do Plano Plurianual e do Orçamento de Investimento das Empresas Estatais serem acompanhados pelo SIAFI.

Procuramos também promover uma visão geral do que é o SIAFI, enfocando o seu surgimento, o porquê de sua existência e o princípio lógico de seu funcionamento, visando propiciar um melhor entendimento de sua função no processo de planejamento e de controle, tanto pelo Executivo, como pelo Legislativo.

Todavia, não se deve ter a falsa impressão de que o SIAFI poderá resolver todos os problemas da administração financeira e orçamentária brasileira. Irene Rubin criticando as expectativas depositadas na reforma orçamentária americana disse: "uma reforma orçamentária pode ajudar na consecução das metas estabelecidas, mas não pode modificar a mentalidade dos políticos. A administração pública está esperando que a reforma orçamentária faça o impossível"¹². Dentre as espécies de problemas que o SIAFI não resolve, estão aqueles que se originam de causas comportamentais e culturais.

12 RUBIN, Irene S. *Budget Theory and Budget Practice: How Good the Fit?* *Public Administration Review*. Washington (DC), v. 50, n° 2, mar./abr. 1990, p. 184.

O advento do SIAFI veio trazer agilidade e eficiência à Administração Financeira e Orçamentária, além de promover a transparência dos gastos públicos. O SIDOR, que foi implantado com a função inicial de dar suporte à elaboração do Orçamento Anual, teve estendido o seu uso para a elaboração do Plano Plurianual. Esses mecanismos, SIDOR e SIAFI, dão o suficiente sustentáculo para as três fases importantíssimas do processo de planejamento: a *elaboração*, a *execução* e o *controle*. São ferramentas dignas de serem aplaudidas, mas não são suficientes, falta muito mais para que o planejamento seja colocado no lugar de destaque merecido. Esperamos que esses mecanismos sejam interpretados como o prelúdio da retomada do planejamento no Brasil; que culminem com a elaboração de planos coerentes, direcionados para um futuro mais longo, de médio a longo prazo.

Em última análise, esperamos também que seja bem assimilada, pelos nossos governantes e administradores públicos, a idéia de que o mais importante não é o planejamento propriamente dito, mas sim a sua implementação. De nada adiantará a existência de planos mirabolantes, se ficarem engavetados ou saírem das gavetas apenas para impressionar as "visitas".

9. *Bibliografia*

- BRASIL. Constituição Federal (1988). Brasília, Senado Federal.
- BRASIL. Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento. Departamento do Tesouro Nacional. Instrução Normativa nº 10; Manual de Despesa da União. Brasília, 1991.
- BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria do Tesouro Nacional. Instrução Normativa nº 22; instruções para implantação do SIAFI. Brasília, 1986.
- BRASIL. Presidência da República. Decreto nº 92.452; criação da Secretaria do Tesouro Nacional. Brasília, 1986.
- CAIDEN, Naomi e WILDAVSKY, Aaron. *Planning and Budgeting in Poor Countries*. Nova Iorque/EUA. A Wiley-Interscience Publication, 1974.
- DUARTE, Cleuso Damasceno. *A Constituição explicada ao cidadão e ao estudante*. Belo Horizonte, Ed. Lê, 1989.
- RUBIN, Irene S. Budget Theory and Budget Practice: How Good the Fit? *Public Administration Review*. Washington (DC), v. 50, nº 2, pp. 179-189, mar./abr. 1990.
- SERRA, José. A Constituição e o Gasto Público. *Revista Planejamento e Políticas Públicas*. Rio, nº 1, jun./1989.
- TRISTÃO, Gilberto. Orçamentos Públicos no Brasil. *Revista Gestão Pública* Brasília, Ano I, nº 1, mar./1991.

O Limite Constitucional aos Gastos Relativos às Despesas com Pessoal

(Interpretação ao art. 169 da Constituição Federal)

JUDITH H. MARTINS COSTA

Professora no Departamento de Direito Privado da UFRGS e na Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul — AJURIS. Auditora Substituta de Conselheiro do TCE/RS

SUMÁRIO

1. *Introdução.*
2. *O modelo interpretativo adequado à compreensão do art. 169 da Constituição Federal.*
3. *Extensão e alcance da expressão "Despesas com Pessoal".*
4. *Conclusão.*

1. *Introdução*

Uma das mais controvertidas questões trazidas pela Constituição Federal diz respeito ao alcance da expressão "despesas com pessoal" contida no art. 169, norma complementada, como se sabe, pela regra de caráter transitório do art. 38 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, debatendo-se os administradores públicos com dúvidas relativas a, v.g., quais os *elementos* que comporão tais despesas para os efeitos de seu cálculo — se inclusivos, ou não, da remuneração dita indireta, como os diversos "auxílios" para alimentação, habitação, transportes e a prestação de creche, por exemplo.

A controvérsia alcança, por igual, a compatibilização do conceito constitucional de "despesas com pessoal" com aquele passível de ser deduzido da Lei Federal n.º 4.320/64, que fixa normas de direito orçamentário e, bem assim, a inclusão, ou não, em seu âmbito de abrangência, das despesas concernentes aos servidores de entidades da Administração Indireta.

Nesse quadro, parece valer a pena um esforço de compreensão da diretriz constitucional em tela, quando mais não seja para que se possibilite o debate — e o diálogo — sobre questão de tão relevante interesse público.

É com essa perspectiva que, parece-me, devem inicialmente ser fixados os pontos de apoio ao raciocínio que permitirá, configurado o *tipo de norma jurídica* modelado no art. 129 da Constituição Federal, formular algumas respostas às questões acima delineadas, a fim de que se possa, a partir daí, visualizar a extensão e o alcance do conceito.

2. *O modelo interpretativo adequado à compreensão do art. 169 da Constituição Federal*

No exame de toda e qualquer norma jurídica, procedimento indispensável à determinação de seu conteúdo e alcance, é a configuração, prévia, do *tipo de norma* que se tem em vista e as conseqüentes formas de sua atuação no sistema jurídico considerado em sua globalidade: não só a interpretação jurídica não se faz isoladamente, como se os textos fossem pedaços desgarrados de palavras ou expressões¹ como é preciso atender, primordialmente, à *finalidade* das normas postas em exame.

A função de um ordenamento jurídico, além do mais, adverte NORBERTO BOBBIO, “não é apenas a de controlar os comportamentos dos indivíduos (...) mas, igualmente, a de dirigir os comportamentos em direção a certos objetivos preestabelecidos”², de onde, mais importante do que a análise estrutural das normas, parece ser a sua *análise funcional*.

Em recente obra — resultado de concurso à titularidade da cátedra de Direito Econômico da Universidade de São Paulo — o professor Eros Roberto Grau, insigne jurista, após constatar os diferentes modos de atuação do Estado moderno na ordem econômica e social, assinala que, atualmente, “deixa o Estado (...) de intervir na ordem social exclusivamente como produtor do Direito e realizador de segurança, passando a desenvolver novas formas de atuação, para o que faz uso do Direito positivo como instrumento de implementação de políticas públicas”³. Por esta razão a Teoria Geral do Direito ajuntou, às categorias “clássicas” das normas — vale dizer, às *normas de conduta*, que definem comportamentos devidos ou sancionados, e às *normas de organização ou procedimento*, cujo caráter é instrumental, visando à estrutura e funcionamento dos órgãos ou à disciplina de processos de aplicação de outras normas —, a categoria das *normas-objetivo* que, justamente, definem fins a perseguir para a implementação das políticas públicas.

1. Ver NORBERTO BOBBIO, *Teoria do Ordenamento Jurídico*, trad. de Cláudio de Cicco e M. Celeste Campos, Ed. UnB/Polis, Brasília, 1989, p. 19.

2 “La Funzione promozionale del diritto”, in *Dalla Struttura alla funzione*, Edizione di Comintà Milano, 1977, p. 87, no original: “La funzione di un ordinamento giuridico non è solo quella di controllare i comportamenti degli individui, il che può essere ottenuto attraverso la tecnica delle sanzioni negative, ma anche quella di dirigere i comportamenti verso certi obiettivi prestabiliti. Ver, do mesmo autor, “Teoria do Ordenamento Jurídico”, cit., pp. 31 a 35.

3 In *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 — Interpretação e Crítica*, Ed. RT, São Paulo, 1990, p. 19.

A distinção é de maior relevância porquanto *apoi definir o modelo interpretativo adequado* a cada uma das categorias de normas jurídicas. Se é certo que “não existe norma ou instituto jurídico que não deva origem a uma finalidade”⁴, esta, a finalidade, jogará um papel decisivo, em tema de interpretação, justamente no campo das *normas-objetivo* de vez que aí, “enquanto instrumento de governo o Direito passa a ser atuado tendo em vista a implementação de políticas públicas, políticas referidas a fins múltiplos e específicos” sendo a definição de tais fins políticos “enunciada precisamente nestas *normas-objetivo*, que mercê disso passam a determinar os processos de interpretação do Direito”⁵.

Por aí se percebe que, ultrapassada a perspectiva de que o ordenamento estatal apenas ordene condutas ou imponha procedimentos, as *normas-objetivo* se situam como *instrumentos normativos* que operam a transmutação dos fins econômicos e sociais — objetivos das políticas de governo — em fins também jurídicos⁶.

Tais considerações preliminares se justificam porquanto a *norma inscrita no art. 169 da Constituição Federal consubstancia uma verdadeira norma-objetivo cuja finalidade é controlar os gastos públicos relativos à manutenção do aparato burocrático estatal com seus agentes, vale dizer, com seu “pessoal”*, abrindo espaço às possibilidades de o Estado investir o que recolher através de tributos em prestações à *comunidade*. Assim — e tendo como assente a conclusão já alcançada — é preciso, previamente à determinação do alcance da norma do art. 169, referir os pontos hábeis à hermenêutica adequada às chamadas *normas-objetivo*.

Antes, todavia, se faz necessária ainda uma outra observação de índole preliminar: quando a doutrina refere que as *normas-objetivo* são as que implementam políticas, com isto se há de entender as políticas implementadas pelas vias *normativas* próprias, em regra a Constituição, modelo político fundamental de um País. Não se está a tratar, aí, portanto, da política econômica, seja de um determinado governo, menos ainda de um partido político eventualmente no Poder: “A expressão *políticas públicas* designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do Poder Público na vida social”⁷, intervenção esta submetida, como se sabe, ao *princípio da legalidade*, de onde se infere a necessária relação entre “políticas econômicas” e atuação jurídica do Estado, ou atuação do Estado em acordo a comandos *normativos* específicos. As *normas-objetivo* por isso têm, em regra, sede constitucional e, sempre, sede legal.

4 Cf. EROS ROBERTO GRAU, *op. cit.*, p. 182.

5 *Idem*, p. 183.

6 Cf. notas à conferência realizada por Eros Roberto Grau em 12-3-82 no Congresso Brasileiro do Direito do Consumidor, Canela.

7 Cf. EROS ROBERTO GRAU, *op. cit.*, p. 20.

Por outro lado, como bem observa Konrad Hesse, nos Estados constitucionais contemporâneos, é reconhecida à Constituição uma "pretensão de eficácia" (Geltungsanspruch) para cuja consolidação é de importância decisiva a interpretação "submetida ao princípio da ótima concretização", o qual, por sua vez, "evidentemente não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual". Isto porque "se o direito, e, sobretudo, a Constituição têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábula rasa", devendo o intérprete, obrigatoriamente "contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição", de onde "a interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação"⁸.

Assim, se toda a interpretação constitucional está polarizada pela busca do sentido da norma no quadro das condições reais de uma situação historicamente determinada, com mais razão as normas constitucionais que constituem objetivos estão voltadas *ao sentido de sua finalidade*. Recorremos novamente a Eros Roberto Grau que com profundidade domina o assunto:

"Essas normas-objetivo por certo não se amoldam aos casulos conceituais das normas de conduta e das normas de organização, razão pela qual não são explicáveis como tais. Procurando pontualizar a função que desempenham, no interior do sistema jurídico, poderemos referi-las como normas que explicitam resultados em fins *em relação a cuja realização estão comprometidas outras normas*, estas de conduta e de organização. A importância delas, de outra parte, como critério indiciário dos fins a que se voltam estas últimas, normas de conduta e de organização, *o que viabiliza a fluente perquirição de sua eficácia, é extremada.*"⁹

Por isto mesmo, na interpretação das normas-objetivo é imperiosa a necessidade de *hermenêutica teleológica* que alcance, por igual, as *normas de conduta e de organização com elas relacionadas*, interpretação finalística que não decorre de uma "opção" do intérprete mas de imposição da norma que definiu os fins a serem alcançados¹⁰.

A Constituição Federal, no artigo 169, define, como visto, um objetivo. implementando uma política de controle dos gastos públicos. É, pois

8 Todas as citações deste parágrafo referem-se à obra *A Força Normativa da Constituição* ("Die Normative Kraft der Verfassung"), trad. de Gilmar Ferreira Mendes, Sergio Fabris Editor, Porto Alegre, 1991, pp. 15 e 22.

9 *Op. cit.*, p. 183, grifos meus.

10 EROS ROBERTO GRAU, notas à conferência aludida na nota 6 supra.

norma-objetivo — o que Dworkin define como *policies*¹¹ — enquanto que a Lei n.º 4.320/64, que estatui normas de direito financeiro para a elaboração e controle dos orçamentos públicos, é *norma de organização ou procedimento*. Portanto, segundo a linha de raciocínio que ora venho seguindo, a interpretação da Lei n.º 4.320/64, que é instrumental, está condicionada aos fins determinados na norma-objetivo do art. 169.

O raciocínio adequado, por imposição constitucional, portanto, é: o artigo 169 preenche o sentido da Lei n.º 4.320, e não o inverso. Não se trata, pois, da questão de dar interpretação “ampliativa” ou “restritiva” ao dispositivo constitucional invocado, mas de conformar a exegese da norma infraconstitucional aos fins expressamente determinados pela lei fundamental. O alcance da expressão “despesas com pessoal” está indissoluvelmente ligado à compreensão desta premissa.

3. *Extensão e alcance da expressão “despesas com pessoal”*

Tem sido entendido, por vezes, que, à falta de uma precisa definição constitucional da expressão “despesas com pessoal”, não estariam subsumidos nesse conceito as chamadas remunerações indiretas, assim os auxílio para alimentação, transporte, moradia, para as creches dos filhos de servidores públicos e outros similares, objeto de disposição legal de natureza infraconstitucional — estatutária ou trabalhista — de modo que, para a sua delimitação, o mais adequado seria recorrer ao entendimento passível de ser deduzido da Lei n.º 4.320/64, o qual teria sido implicitamente “recepionado” pela Constituição para esse específico efeito.

Estou convicta, todavia, de que a diretriz constitucional aponta em direção inversa.

Se se tomar em linha de consideração os argumentos antes expendidos a respeito do raciocínio jurídico adequado à interpretação das normas constitucionais que consignam objetivos — as normas-objetivo — se concluirá, desde logo, que é a Lei n.º 4.320/64 que deve ser entendida à luz da Constituição, e não inversamente. Se concluirá, também, consoante a análise funcional de ditas normas, que o modo de sua interpretação não se vincula a uma “opção” do intérprete ou do aplicador, mas decorre de imposição do sistema normativo: é a única adequada para preencher o sentido e a função de tais normas.

Ora, é sabido que a finalidade do artigo 169 foi a de instituir um limite aos gastos estatais com os seus agentes e servidores, por isto se

11 Ver *Taking Rights Seriously*, trad. esp. de Marta Gustavino, Madrid, 1989, em especial p. 72, como segue: “Llamo ‘directriz’ o ‘directriz política’ (*policies*) al tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado”. Ver nota, na mesma página, explicativa da expressão original (*policies*) de “policy, plan o curso de acción dirigido al logro de un objetivo social, económico, cultural etc., y puesto en práctica por un gobierno, institución, empresa o persona”.

justificando a limitação aí imposta no percentual de 65% das *receitas correntes líquidas* (isto é, deduzidos os repasses de tributos que, por força constitucional, devem ser feitos a outras unidades federativas), consoante a disposição do artigo 38 ADCT, que o completa, e até que editada lei complementar.

Com efeito, é princípio fundamental da República, assim capitulado no artigo 3.º, IV da Constituição Federal, a promoção do “bem de todos” — vale dizer, do interesse comum de todos os administrados — de modo que a diretriz da limitação dos gastos públicos com pessoal há de ser entendida como um dispositivo de *proteção da sociedade*¹² e, por isso, há de ser aplicada em toda a sua extensão.

Por essa razão a expressão “gastos com pessoal” indicada no texto constitucional não tem, no meu entendimento, idêntica dimensão daquela modelada na Lei n.º 4.320/64. Ou melhor dito: em razão da força normativa da Constituição, a expressão deve ser lida, *para os efeitos de limitação dos gastos estatais, com o sentido de abranger todos os gastos que têm o seu suporte fático no item “pessoal”*, sejam vencimentos, proventos, gratificações, estímulos, vantagens, utilidades ou o que mais que tiver que ser gasto em relação ao “pessoal” do serviço público, isto é, os agentes públicos em razão do cargo, emprego ou função que titulam.

Isto porque a Constituição, fonte por excelência dos princípios e diretrizes superiores de um ordenamento jurídico, é perspectivada, hoje, como determinante do *conteúdo* das leis¹³. Não se trata, repito, de ler no texto do artigo 169 o que o legislador ali não colocou — até porque a interpretação segundo a “vontade do legislador” constitui uma falácia que, em última instância, levaria o intérprete a recorrer às forças do Além —, mas de descobrir, objetivamente, a finalidade da norma.¹⁴

Consoante a mesma diretriz, a questão relativa à abrangência do conceito no que concerne aos recursos repassados, para a mesma finalidade, à *Administração Indireta* deve ser respondida com base em idênticos parâmetros. Em primeiro lugar pelo fato de a Administração Indireta, juntamente com a Direta, “compor” a Administração Pública (CF, art. 37, *caput*), ambas possuindo o mesmo caráter instrumental — *entidades servientes*,

12 Cf. IVES GANDRA DA SILVA MARTINS, “Limite Constitucional das Despesas com o Pessoal da Administração Pública”, in *Revista do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo*, vol. 65, 1991, p. 86.

13 Ver DIETER GRIMM, *Las Fuentes del Derecho*, Ed. Universitat de Barcelona, 1983, pp. 13 a 26.

14 Neste sentido assinala KARL ENGISH que, afastada a teoria subjetivista da interpretação, de sucesso em especial na época do nacional-socialismo alemão, “vigora, predominantemente, a interpretação objetiva, pela qual se entende que, com o ato legislativo, a lei desprende-se de seu autor e adquire uma existência objetiva” (ver *Introdução ao Pensamento Jurídico*, trad. de J. Batista Machado, Lisboa, Ed. Gulbenkian, pp. 141 e 142).

na justa dicção de Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁶. Em segundo lugar porque a classificação econômica de uma despesa não pode limitar ou restringir sua caracterização como despesa de pessoal, pela simples razão de que as normas que indicam tais classificações constituem normas de organização (cuja interpretação, como visto acima, é necessariamente teleológica), e por fim — *last but not least* — porque a finalidade da norma-objetivo do artigo 169 não permite seja a mesma seccionada.

No entanto, parece importante destacar que nesta questão *de pouco importa o critério orgânico, tomado de forma mecânica e isoladamente*. Com isto se quer dizer que não é, necessariamente, pelo simples fato de estar inserida na estrutura da Administração Indireta que uma entidade terá as suas despesas com pessoal contadas para o efeito do limite de gastos estabelecido constitucionalmente, ou inverso. Se uma destas entidades — v.g., uma empresa pública ou uma sociedade de economia mista — não depende do repasse de verbas estatais para a cobertura de suas despesas com pessoal, os gastos dessa entidade determinada *não comporão o montante a ser calculado para os fins da limitação* das despesas da Administração Direta, devendo, neste caso, ser observado, *internamente*, no universo daquela entidade, o limite constitucional de 65% das despesas correntes ou daquelas classificadas similarmente.

Todavia, em hipóteses contrárias o *cômputo das despesas com pessoal de entidades da Administração Indireta se imporá também para o efeito dos repasses feitos, a tal título, pelo Erário*. Se ocorrer, por exemplo, a hipótese de entidade que por disposição legal deva ter a cobertura dos gastos por ente político, pelo fato de decorrer tal repasse de disposição legal específica, deve a despesa restar incluída no limite constitucional, cabendo ao ente que *detém* o controle político da entidade promover medidas que visem a adequação de tais repasses à diretriz constitucional.

Daí que entendo mesmo irrelevante, no caso dos Estados e Municípios, a questão de saber se o *princípio da unidade orçamentária poderia ser ou não dispensado pelas Constituições Estaduais e pelas Leis Orgânicas Municipais*, porquanto tal princípio não serve como base de apoio à exegese do supracitado artigo 169, isto é, para o efeito de *determinar o alcance da expressão "despesas com pessoal" como núcleo da limitação dos gastos públicos*.

4. Conclusão

O raciocínio expendido permite, pois, o alcance de algumas conclusões que, longe de esgotarem o tema, podem servir, contudo, como auxílio na tarefa de fixação das despesas públicas. Em síntese, se poderia afirmar que:

a) tratando-se, o artigo 169 mencionado, de *norma-objetivo*, transmutese, por isto, a interpretação da *legislação infraconstitucional classificável*

16 In *Elementos de Direito Administrativo*, São Paulo, 1980, p. 12.

nas categorias das *normas de conduta* e das *normas de organização*, as quais devem ser lidas de forma compatível com os objetivos fixados constitucionalmente, consoante os fundamentos antes expendidos nos itens 1 a 7, *supra*;

b) tais objetivos pretendem a redução dos gastos do aparelho burocrático estatal com o seu pessoal a um limite pré-fixado, também constitucionalmente, a fim de ser obtida a possibilidade de o Estado direcionar parcela substancial dos seus recursos a investimentos e ações que concretizem o bem comum, ou o interesse de toda a sociedade, em atendimento a princípio fundamental da Constituição Brasileira (art. 3.º, IV);

c) dimanada, assim, do texto constitucional, um específico preenchimento conceitual da expressão “despesas com pessoal” que vai determinar o *conteúdo* — para os *efeitos* do cumprimento da norma constitucional limitativa — do mesmo conceito, tal como referido na Lei n.º 4.320/64;

d) a expressão “despesas com pessoal” designa, para tais finalidades, todos os gastos realizados pelo Poder Público que tenham o suporte fático no item “pessoal do serviço público”, sejam, exemplificativamente, salários e encargos sociais, proventos, vencimentos, gratificações, adicionais, indenizações, utilidades ou o que mais despende a Administração Pública em razão de vinculação jurídica com os seus agentes. O cálculo do percentual de 65% (art. 38 ADCT) deve incidir sobre as *receitas correntes líquidas*, à medida em que, raciocinando inversamente, teria que ser admitido, de forma absurda, estarem aí embutidos repasses de retenção tributária que constituem despesas próprias de outras unidades federativas, o que conduziria ao estabelecimento de percentual diverso daquele determinado pelo texto constitucional; essa consideração no âmbito municipal resulta irrelevante porquanto não arrecada o Município quaisquer recursos que devam ser repassados para outras entidades federativas;

e) tal expressão despreza, para os *efeitos da norma constitucional examinada*, classificações financeiras e orçamentárias, as quais têm caráter meramente instrumental ou organizativo, em razão da interpretação necessariamente teleológica que lhes deve ser conferida;

f) a determinação do seu alcance despreza, por igual, critérios de natureza meramente orgânica: os recursos repassados às entidades integrantes da Administração Indireta não serão acrescidos à despesa de pessoal para o efeito da apuração do limite de 65%, *salvo quando se destinarem especificamente a suportar despesas com pessoal*;

g) as entidades da Administração Indireta interna e isoladamente consideradas apurarão o limite de 65%, computando, para esse fim, todas as despesas dessa natureza, na forma do item g, *supra*, inclusive as que sejam suportadas por repasses da entidade da Administração Direta a qualquer título, à medida em que tais repasses passam a integrar a *receita* da entidade.

Ministério Público e Tribunais de Contas na Constituição

MAURÍCIO AUGUSTO GOMES
Promotor de Justiça em São Paulo

SUMÁRIO

1. *Introdução.* 2. *Ministério Público e Tribunais de Contas.* 3. *Conclusão.*

1 — *Introdução*

O Congresso Nacional aprovou recentemente projeto de Lei (n.º 4.064-C/89), que dispõe sobre a *Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União*, através do qual criou-se um Ministério Público exclusivo daquele Tribunal (arts. 80 a 84). O Presidente da República, vetando no particular apenas o dispositivo que tratava da nomeação do respectivo Procurador-Geral e de seus vencimentos (§ 1.º do art. 80), sancionou, sem alteração quanto ao mais, o projeto que se converteu então na Lei n.º 8.443, de 16 de julho de 1992.

Assim, acabou acolhida na lei a tese, sustentada por alguns com base no artigo 130 da Constituição Federal, de que a Carta Magna prevê um Ministério Público especial, distinto e integrante da estrutura própria dos Tribunais de Contas.

Essa interpretação, todavia, parece-nos bastante discutível, vez que a Carta Magna, cuidando de estabelecer por completo os delineamentos institucionais do Ministério Público (arts. 127 a 130), inclusive declarando sua composição no Estado brasileiro (art. 128), em nenhum momento se refere à existência de uma instituição particular, chamada Ministério Público, junto aos Tribunais de Contas.

Fazer uma breve análise da constitucionalidade das normas infraconstitucionais acima citadas, expondo as razões que fundamentam nosso ponto de vista, é o objeto desse trabalho.

2 — Ministério Público e Tribunais de Contas

Prescreve o artigo 64 da Lei n.º 8.443, de 16 de julho de 1992, que “Funciona junto ao Tribunal de Contas da União o Ministério Público, na forma estabelecida nos arts. 80 a 84 desta Lei”. Por sua vez, o artigo 80, *caput* da referida lei diz que “O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, ao qual se aplicam os princípios da unidade, da indivisibilidade e da independência funcional, compõe-se de um procurador-geral, três subprocuradores-gerais e quatro procuradores, nomeados pelo Presidente da República, dentre brasileiros, bacharéis em Direito” e seu artigo 81, *caput*, declara competir ao procurador-geral junto ao Tribunal de Contas da União a missão de guarda da lei e fiscal de sua execução.

Assim, por essas disposições legais recém editadas (arts. 80 a 84 da Lei n.º 8.443, de 16 de julho de 1992), positivou-se juridicamente a criação de um Ministério Público exclusivo do Tribunal de Contas da União. Certa corrente sustenta a constitucionalidade dessa criação, sob o argumento de que o artigo 130 da Constituição Federal prevê um Ministério Público especial, integrante da estrutura própria dos Tribunais de Contas.

Pensamos, porém, que não é isso que a Constituição diz, nem foi isso que o Constituinte quis.)

A rigor, a criação de um Ministério Público especial e próprio do Tribunal de Contas da União, como constou do referido projeto aprovado pelo Congresso Nacional e enviado para sanção pelo Chefe do Executivo, segundo nosso modo de ver, é incompatível com as normas constitucionais vigentes e inconveniente ao interesse público, motivos pelos quais deveria ter sido objeto de veto, como impõe a regra constitucional nessas hipóteses (art. 66, § 1.º da CF).

Com efeito, o artigo 130 da Constituição Federal obriga apenas a aplicação aos membros do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas das regras da Seção I, do Cap. IV, do Título IV, pertinentes a direitos, vedações e forma de investidura.

A prescrição do artigo 130, como revelam suas próprias palavras, diz respeito tão-somente aos membros do Ministério Público que atuarem junto aos Tribunais de Contas, jamais a um outro Ministério Público, do Tribunal de Contas. Observe-se que a norma fala em direitos, vedações e forma de investidura, o que, à toda evidência, relaciona-se com os agentes públicos que exercem a função e não à Instituição, vez que não teria cabimento falar em direitos, vedações e forma de investidura do Ministério Público, pois, tais predicados somente podem ser atribuídos aos seus agentes.

Neste aspecto, a Constituição é clara, não ensejando qualquer dúvida, ao arrolar nos incisos I e II do artigo 128 os Ministérios Públicos admi-

tidos no Estado brasileiro. Nesse sentido, em conformidade com a forma federativa de Estado, o texto supremo previu expressamente a existência apenas do Ministério Público da União, com seus desdobramentos em razão da organização da Justiça da União, e dos Ministérios Públicos dos Estados. Não existem, portanto, outros Ministérios Públicos além dos que estão ali previstos.

Aliás, nem é caso de se admitir que a regulamentação do exercício das funções de Ministério Público junto aos Tribunais de Contas conste da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, pois, esta destina-se a organizar, como revela sua denominação, o Tribunal de Contas da União (arts. 73 cc. 96 da Constituição Federal), não sendo a sede adequada para tratar de Ministério Público, especialmente diante da autonomia dada pela Constituição à Instituição. E mais, o art. 75 da Constituição Federal obriga os Estados a adotar o mesmo modelo da União para organização dos respectivos Tribunais de Contas, mas com relação à organização dos Ministérios Públicos exige que os Estados obedeçam os princípios postos nela e na Lei Orgânica do Ministério Público (art. 61, § 1.º, inc. II, *d* e art. 128 da CF).

Note-se que aqui estamos nos referindo apenas ao exercício das funções próprias de Ministério Público e não das de consultoria, assessoria ou de procuradoria jurídica, até porque estas lhe são expressamente vedadas (art. 129, IX da Constituição Federal).

Assim sendo, por força constitucional, a matéria deve ser tratada na lei que vier a traçar as normas gerais para organização dos Ministérios Públicos dos Estados (art. 61, II, *d* da CF) ou mesmo nas leis complementares da União e dos Estados, que organizarem os respectivos Ministérios Públicos (art. 128, § 5.º). A questão receberá adequado tratamento, nessas normas infra-constitucionais, se nelas forem consideradas institucionais as funções exercidas pelos integrantes da carreira do Ministério Público junto aos Tribunais e Conselhos de Contas dos Estados, o que guarda perfeita coerência com o espírito do Constituinte e com as disposições constitucionais que visam regulamentar.

Mas não é somente isso. Entendemos que a incompatibilidade constitucional da criação de um Ministério Público particular do Tribunal de Contas da União atinge níveis mais profundos e graves de inconstitucionalidade, na medida em que princípios fundamentais do vigente ordenamento jurídico-constitucional são direta ou indiretamente vulnerados.

Como se sabe, a moderna Constituição Federal promulgada em 1988, como vem declarado na sua norma vestibular, buscou instituir no Brasil um Estado Democrático de Direito, baseado em princípios que elegeu como fundamentais, sob a forma de **governo republicano**, do que decorre, entre outras coisas, a exigência de **publicidade** (transparência), probidade e moralidade na Administração Pública.

Num Estado Democrático de Direito, baseado em tais princípios, não há lugar para poderes incontrastáveis, pois, todos os órgãos incumbidos do exercício do poder estão submetidos a controle pelos mais diversos meios, dentre os quais sobrepõe-se o popular, exercido diretamente ou por meio de representantes. Por isso mesmo, embora se reconheça que devam ter a autonomia necessária ao eficiente desempenho de suas funções, não é recomendável e nem se admite que os organismos do Estado tenham autonomia absoluta. Ao contrário, devem se submeter reciprocamente a mecanismos de controle, de molde a que sejam fiscalizados uns pelos outros e todos pela sociedade civil.

O fenômeno do agigantamento do Poder Executivo em todas as sociedades modernas tornou a tarefa de fiscalizá-lo cada vez mais importante e, ao mesmo tempo, cada vez mais difícil. No caso brasileiro muito há que ser feito para alcançar o sucesso nesse objetivo, sendo para tanto indispensável uma eficiente atuação dos Tribunais de Contas. Não foi por outra razão que a função fiscalizadora do Legislativo foi sensivelmente realçada na vigente Constituição, sendo tratada em seção própria (IV do Cap. I do Tít. IV) com especial destaque à organização do Tribunal de Contas.

Por outro lado, a imposição de exclusividade do exercício das funções de Ministério Público, inclusive junto aos Tribunais de Contas, aos integrantes da carreira (art. 129, § 2.º), revela firme determinação do Constituinte no sentido de garantir o exercício independente de tão relevantes funções, a par de contribuir, no caso, para dar mais eficiência aos mecanismos de controle entre os poderes, assim aperfeiçoando o chamado sistema de freios e contrapesos.

A efetiva atuação do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas é mais um instrumento destinado ao fortalecimento e ao eficiente exercício da atividade fiscalizadora da Administração Pública pelo Poder Legislativo, objetivo declaradamente assumido pelo Constituinte de 1988, que neste aspecto, parece-nos, foi desvirtuado pela regulamentação infra-constitucional que criou um Ministério Público particular pertencente ao Tribunal de Contas da União.

3 — Conclusão

Pelas razões aqui expostas, entendemos que os dispositivos da Lei n.º 8.443, de 16 de julho de 1992, que dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, na parte em que institui um Ministério Público particular e integrante da estrutura própria do referido tribunal, são inconstitucionais, por afrontarem normas expressas da Constituição Federal e alguns de seus princípios fundamentais, além de desatenderem ao interesse público.

A Tutela do Ambiente: Dúvidas e Dificuldades

JOSÉ ARTHUR RIOS

Na esteira da ECO-92 que acaba de concluir-se, talvez convenha alinhar algumas considerações sobre a proteção legal ao meio ambiente no Brasil, suas origens e seus rumos. Essa preocupação — a da proteção à natureza — não é de ontem. Remonta a nossos antepassados portugueses e a encontramos, de corpo inteiro, muito antes da descoberta e da colonização, na mais antiga legislação lusa, esta radicada em antigas práticas e costumes. As *Ordenações do Reino*, que tomaram vários nomes conforme os soberanos que as promulgaram, incluíam diversos incisos tentando obstar ao desperdício e à destruição dos recursos naturais, como florestas e pomares. Proibia, ainda, a caça com redes, malhas de ferro e outros instrumentos capazes de causar sofrimento aos animais, bem assim, em certos meses, a matança de suas crias. Os infratores eram punidos com sanções que iam da multa ao banimento do Reino. Nesses antigos estatutos até se vislumbra a primeira idéia de zoneamento quando proibem a caça em certas áreas territoriais; e aplicavam multas contra a derrubada de árvores, graduadas aquelas conforme o valor das espécies. Esses dispositivos se tornaram essenciais à proteção do pau brasil, importante fonte de riqueza para os colonos em todo o primeiro século de nossa história.

Durante a dominação espanhola, as *Ordenações Filipinas* (1603) acrescentaram-lhes novos dispositivos buscando estimular o plantio de árvores em terrenos baldios, proibir a caça em certas propriedades privilegiadas, a derrubada de árvores, sobretudo frutíferas, e a interdição da caça e pesca por meios considerados cruéis.

A idéia de poluição, como conduta sancionável, parece despontar nesses velhos textos legais quando proibem que se lancem resíduos e detritos

em rios e lagos, visando a impedir por essa forma a destruição dos peixes e suas crias.

Do ponto de vista da teoria jurídica é importante salientar que essas antigas leis, broto do direito costumeiro, já trazem no bojo o conceito de responsabilidade, uma das colunas jurídicas do sistema moderno de proteção legal ao meio ambiente; bem assim, a idéia de compensação pelas lesões à natureza. Desde esses tempos usava-se o conceito de responsabilidade objetiva como base para a repressão de danos praticados intencionalmente — ou, como reza a lei —, “maliciosamente”, enquanto que a responsabilidade objetiva justificava, de muito antes, sanções face a danos causados sem culpa ou intenção, pelo proprietário ou seu preposto, contra algum vizinho (1608). O nosso Código Civil reproduziria estas leis, delas discrepando apenas ao isentar o réu de compensação pelas perdas causadas quando provasse, fora de qualquer dúvida, que cumprira seu dever de vigilância, o dano fora provocado por negligência do queixoso ou, ainda, resultasse de acidente ou força maior (art. 527).

Infelizmente, não dispomos de documentos quanto à aplicação desses antigos estatutos no Brasil, o que deve ser atribuído muito mais ao desaparecimento ou destruição de arquivos do que à negligência dos responsáveis pela execução da lei¹. É de presumir que a despreocupação dos administradores, sempre que resguardados interesses econômicos, melhor se explicaria pela vastidão da terra e a riqueza dos recursos aparentemente inesgotáveis. Mais ainda, pela vigência de certos fatores culturais, como a falta de distinção clara entre bem público e particular, ou a geral indiferença do colono face ao bem comum numa colonização marcada pelo individualismo, a cobiça e a desmarcada predação dos recursos naturais; e na qual grande parte da agricultura se praticava em latifúndios geridos pelos grandes proprietários, na realidade operados por feitores e escravos ignorantes. Além disso, a quantidade e variedade dessas normas, tanto as *Ordenações* como as leis extravagantes — que visavam, estas, complementar a legislação substantiva e incluíam todo tipo de ordens emanadas da Coroa — contribuíam em muito para agravar a confusão e ensejar conflito de interpretações nos tribunais. Todos esses fatores talvez expliquem a míngua de sentenças e acórdãos nos tempos coloniais, e, mesmo após a Independência, versando assuntos ambientais, afirmativa que condicionamos a futuras pesquisas.

¹ Assinale-se ainda o caráter pioneiro e idealista dessas leis, tais como as que buscavam proteger a vegetação dos pântanos e dos litorais (1763), problema que continua a preocupar o atual legislador.

1 ANN HELEN WAINER, *Legislação Ambiental* (Subsídios para a História do Direito Ambiental). Rio de Janeiro, Forense, 1991, representa uma tentativa de pesquisa nesse rico filão. Respingamos nesse trabalho as notas para nosso texto, sobretudo Capítulo I, pp. 3 e ss.

De não menor interesse era a evidente preocupação pela proteção das matas (v.g. 1773). Surge nessa legislação o conceito de bem comum exatamente para apoiar essa proteção. Continua na moderna Constituição Brasileira, quando afirma que a proteção ambiental repousa nos "bens de uso comum do povo" (art. 225).

Não menos singular é a tentativa constante de combater os malefícios causados ao solo pelo sistema da monocultura, introduzido na nova terra com a cana-de-açúcar e a escravidão africana. Muito antes da descoberta, os reis de Portugal se preocupavam com o estímulo e a proteção às lavouras de alimentos, como depõem vários incisos das *Ordenações*.

Essa foi a mesma orientação dos colonos holandeses no Nordeste. Os editos do Alto Conselho Holandês acentuavam especificamente a proteção dos cajueiros e a proibição aos engenhos de lançarem o bagaço de cana nos rios e represas, dos quais boa parte da população pobre retirava seu alimento². Não ficaram aí os batavos, mas estenderam esses interditos à mortandade de animais, sobretudo de caça e pássaros. Não seria tudo isso elementos de uma clara consciência ecológica?

Os incentivos a lavouras, como mandioca, feijão, milho e arroz, principais fontes da alimentação da população indigente, tinham em mira resguardá-la da fome, ameaça constante na época colonial. Merece reparo como, desde seu começo, misturavam-se nessas leis intenções de ordem social e ecológica. Continuaram a ser promulgadas por toda a era colonial e acompanharam a penetração do nosso vasto interior.

Percebe-se que as urgências de expansão do plantio de culturas alimentares entrava em conflito com as necessidades de conservação das matas. O crescimento dessas lavouras resultou, tanto quanto no caso dos cultivos de exportação, em desmatamento e erosão do solo. O único fator favorável à preservação das matas foi o valor econômico que veio eventualmente a assumir para a Coroa Portuguesa³. Foi esse interesse que

2 GILBERTO FREYRE, *Casa Grande e Senzala*. Rio de Janeiro, José Olympio, 1969, v. I, p. 45, 14ª ed.: "Na zona agrícola tamanho foi sempre o descuido por outra lavoura, exceto a cana-de-açúcar ou a do tabaco, que a Bahia, com todo o seu fausto, chegou no século XVIII a sofrer de "extraordinária falta de farinhas" pelo que de 1788 em diante mandaram os governadores da capitania incluir nas datas de terra a cláusula de que ficava o proprietário obrigado a plantar "mil covas de mandioca por cada escravo que possuísse empregado na cultura da terra". Uma espécie de providência tomada pelo Conde de Nassau com relação aos senhores de engenho e aos lavradores de Pernambuco no século XVII."

3 HELIO DE ALMEIDA BRUM, "A Ecologia e o Direito Econômico" in *Carta Mensal*, v. 37, nº 442, Rio de Janeiro, Confederação Nacional do Comércio, janeiro, 1992: "o direito sempre mostrou grande sensibilidade aos fatos suscetíveis de valorização sócio-econômica... Não são... os princípios técnicos, mas um contexto técnico, econômico e social que dá ao dano e poluição sua coerência."

acarretou a proibição da apropriação de terras na vizinhança dos rios e nas zonas litorâneas, onde as condições do solo eram favoráveis à expansão da cobertura vegetal. Em 1796 é nomeado um magistrado, especialmente incumbido de fiscalizar a conservação das matas. Reuniu funções judiciais e de polícia e sua competência consistia em aplicar multas a infratores e, se necessário, em determinar a prisão deles. Foi esse cargo precursor das entidades que hoje, por mandato constitucional, assumiram a supervisão do meio ambiente.

A transferência da Corte portuguesa para o Brasil, em 1808, deu origem a várias iniciativas destinadas à proteção ambiental e à preservação de espécies naturais ameaçadas. Tal foi a criação do Real Jardim Botânico por D. João VI com a finalidade de adaptar plantas tropicais ao novo *habitat* e, impulsionar a criação de novas espécies, como a palmeira, além de árvores frutíferas, como o abacateiro, o chá, o cravo.

A primeira Carta do Brasil independente, a Constituição de 1824, não previu nenhuma medida específica contra danos ao ambiente, nem logrou maior repercussão o ensaio antecipador de José Bonifácio sobre reflorestamento⁴. Todavia, em 1830, nosso primeiro Código Penal já incluía dois artigos que criminalizavam o corte ilegal de matas. A legislação ordinária logo acompanhou o Código, reprimindo o contrabando do pau brasil para fora do País. Seguindo essa tendência, em 1850, já no Império, nossa primeira Lei de Terras (Lei 601) punia os danos provocados pelas derrubadas e queimadas, impondo aos infratores penas de multa e prisão. Conferia-se o papel de aplicar a lei a funcionários da polícia que, a partir daí, enfeixavam atribuições dos antigos juízes.

A primeira Constituição republicana, de 1891, descontinuou essa tradição. Não incluía qualquer artigo sobre problemas ambientais. Novas perspectivas sobre o tema somente seriam abertas pelo Código Civil que revogou toda a legislação baseada nos antigos Estatutos do Reino e, tentou assentar as relações da nossa sociedade civil nos padrões liberais e burgueses do mundo ocidental posterior à Revolução Francesa.

A Revolução de 30 trazia em seu ideário nacionalista a intenção da proteção das nossas riquezas naturais, patrimônio exclusivo da Nação, na versão corrente, sempre cobiçado por diversos imperialismos — tese que levou aos maiores excessos e, até hoje, emprenha boa parte da opinião pública.

4 JOSÉ BONIFÁCIO DE ANDRADA E SILVA, *Memória sobre a necessidade e utilidade do plantio de novos bosques em Portugal*. Rio de Janeiro, IHGB (1816), 4ª ed., pp. 46-47 (para as consequências do desmatamento e p. 75 (para o plantio e reservas).

ALBERTO TORRES, um dos precursores e teóricos de tudo isso, escreveu em 1915:

“O problema do reflorestamento, o da restauração das fontes naturais e o da conservação e distribuição das águas são, em nosso país, problemas fundamentais, extraordinários, mais importantes que o da viação comum, e muitíssimo mais que o das estradas de ferro... É, o primeiro, um grande e complexo serviço a empreender, equivalente, pela sua importância, às obras de irrigação do Egito e da Mesopotâmia, a mais imperiosa e urgente necessidade da constituição cósmica deste país (*sic*); condição da vida do seu povo, da sanidade do seu solo, da produtividade das suas terras... necessidade que, protelada deste momento, pode surpreender-nos, de um ano para outro, com a emergência de secas e de fomes, capazes de aniquilar massas extensas da população”⁵.

TORRES combatia o desmatamento e mostrava que a legislação florestal era difícil de aplicar devido à resistência de nossos costumes (*sic*) — hoje diríamos, pela resistência cultural — e, na sua visão, um tanto ou quanto apocalíptica, devido ao que chamava “a anarquia social”. Clamava pela proteção dos nossos recursos, embora sua perspectiva desenganada e pessimista, fruto das idéias de seu tempo, não lhe permitisse mais risonho prognóstico. Reconheçamos, quanto ao desmatamento e suas conseqüências, que os fatos lhe dariam razão.

Dessas preocupações brotou farta legislação. Desde 1941, em simples decreto, a poluição do ar e o ruído foram objeto de criminalização. O Código Florestal, os Códigos de Caça e Pesca, emergiram todos da década de 60. As águas marítimas onde quer poluídas pelos rios constituíram, por sua vez, alvo de lei repressiva cerca dos anos 70. “Dir-se-ia que a incorporação da natureza ao sistema jurídico seria conquista paulatina, segmental, à medida que o jurista ou o político fossem descobrindo as belezas da Criação até chegar às nuvens e às estrelas. Desse ritmo de câmara lenta, salvou-nos a introdução do conceito global e integrativo de ambiente, que nos veio pela mão forte de uma nova ciência, a Ecologia.

A palavra, empregada pela primeira vez, em 1868, por um pseudocientista, muito lido no Brasil, o alemão Ernst Haeckel, colhia sua origem de duas palavras gregas que significam casa e discurso. Em sentido mais amplo que a geografia, passou a indicar o *corpus* do *habitat*, é hoje definida, nos termos de uma autoridade, como “ciência que estuda as condições de existência dos seres vivos e as interações de qualquer natureza,

5 ALBERTO TORRES, *As Fontes da Vida no Brasil*. Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1990, 2ª ed., p. 12.

existentes entre eles e seu meio”⁶. Ora considerada ciência, de pleno direito, ora mero ponto de vista que engloba ciências biofísicas e humanas, ganhou prestígio e nomeada a partir de certos pronunciamentos, como a Declaração de Estocolmo (1972), merecendo inserção, sob a forma de direito ao ambiente em várias Constituições, tal a soviética (1877), a chinesa (1978), a portuguesa (1976) e a brasileira (1988). Hoje, a palavra é até sinônimo de natureza, e o nome da ciência passou a designar seu objeto.

GILBERTO FREYRE foi talvez o primeiro, entre nós, a falar de Ecologia, nesse sentido novo e, com tal amplitude de visão. Em sua obra *Sociologia*, cuja primeira edição é de 1945, falava em Sociologia regional ou Ecologia social, também chamada Ecologia humana que considerava “uma expressão biológica em Sociologia” e cujo escopo seria o estudo “das relações dos seres humanos entre si e com o ambiente, com o espaço, com a região, embora nessas relações se incuam, para alguns ecologistas, as relações ainda obscuras, de caráter talvez principalmente biológico da população com o meio natural”⁷. Nessas páginas, GILBERTO FREYRE, nas pegadas do anglo-indiano Mukerjee, já usava os conceitos-chaves de “complexo ecológico”, “equilíbrio regional” e marcava com nitidez o que separa a Ecologia social ou humana da Ecologia vegetal ou animal⁸.

Contrapondo-se à linha de pensamento da chamada Escola do Recife, marcada pelo monismo e o cientificismo do século XIX, GILBERTO FREYRE não reconhecia fenômenos propriamente, ou simplesmente, *naturais* nas sociedades humanas, já que para ele todos se mostram traduzidos, interpretados por um ser cultural que é o homem, cuja visão das coisas jamais será puramente mecânica, mas duplamente criadora. GILBERTO exemplificava com a água, que não é encarada da mesma maneira por todas as populações.

No entanto, muito antes de escrever essa tentativa de teorização e de síntese, o sociólogo já havia demonstrado em *Nordeste* sua maneira ecológica de ver os problemas da sociedade e da região. Nesse livro, denunciava, em termos candentes — como os que hoje usaria qualquer moço do Partido Verde —, o malefício da poluição das águas dos rios nordestinos causada pelas caldas das usinas:

“O monocultor rico do Nordeste fez da água dos rios um mictório. Um mictório das caldas fedorentas de suas usinas. E as caldas fedorentas matam os peixes. Envenenam as pescadas. Emporcalham as margens. A calda que as usinas de açúcar lançam

6 ROGER DAJOZ, *Ecologia Geral* (tradução). Petrópolis, Editora Vozes, 1978, p. 14.

7 GILBERTO FREYRE, *Sociologia*. Rio de Janeiro, José Olympio (1945), 1962, 3ª ed., v. II, p. 435.

8 *Ibid.*, p. 441.

todas as safras nas águas dos rios sacrifica cada fim de ano parte considerável da produção de peixes no Nordeste ... Quase não há um rio do Nordeste do canalial que alguma usina de ricaço não tenha degradado em mictório ... O rio não é mais respeitado pelos fabricantes de açúcar ... Esses rios secaram na paisagem social do Nordeste da cana-de-açúcar. Em lugar deles correm uns rios sujos, sem dignidade nenhuma, dos quais os donos das usinas fazem o que querem. E esses rios, assim prostituídos, quando um dia se revoltam é a esmo e à toa, engolindo os mocos dos pobres que ainda moram pelas suas margens e ainda tomam banho nas suas águas amarelentas ou pardas como se o mundo inteiro mijasse ou defecasse nelas”⁹.

Essas páginas, cruas e veementes, foram originalmente escritas em 1937. Quem falava nesse tempo em ecologia, em poluição?

Pelos anos 40, um pioneiro dos estudos sociais no Brasil, o professor norte-americano DONALD PIERSON, fundador da Escola Livre de Sociologia de São Paulo, reuniu alguns ensaios de autores de língua anglo-saxônica sobre o tema. O que preconizavam esses cientistas sociais impregnados das idéias de CHARLES DARWIN e de sua vetusta *Origem das Espécies*, de 1859, era um conceito global que reunisse os chamados ecossistemas e servisse de foco às relações entre homem e natureza, conceito este, até então, relegado à tradição romântica que tinha dado origem aos deslumbramentos de GOETHE e CHATEAUBRIAND¹⁰.

Desses autores, cumpre ressaltar o nome do Professor T. LYNN SMITH, cuja obra marcou época nos estudos brasileiros, quando ainda não se falava em “brasilianistas”, pelo método, abrangência e vastidão de seu conhecimento do nosso País, só igualado em GILBERTO FREYRE.

Na sua obra capital, *Brasil, Povo e Instituições*, de 1946 — que recebeu, nos Estados Unidos, quatro edições, às quais o autor foi sempre incorporando novo material bibliográfico, estatístico e analítico —, LYNN SMITH dedica um capítulo ao que chamou “agricultura da queimada”, caracterizando-a como sistema agrícola e complexo cultural, ou seja, um conjunto padronizado de hábitos, práticas, técnicas e valores fixado durante gerações no comportamento do nosso homem do campo.

⁹ GILBERTO FREYRE, *Nordeste*. Rio de Janeiro, José Olympio, (1937), 1961, 2ª ed., pp. 82-83.

¹⁰ DONALD PIERSON, *Estudos de Ecologia Humana*. São Paulo, Livraria Martins, 1970, t. I, passim. O livro contém ensaios de Robert E. Park, Roderick D. McKenzie, A. B. Hollingshead, Louis Wirth, James A. Quinn e T. Lynn Smith, entre outros. Precisando o campo da Ecologia Humana, Pierson marca a vertente darwiniana do livro na Introdução: “O fato básico em todas estas ciências é a existência, tanto entre os seres humanos como entre as plantas e animais, de uma competição constante por um lugar no solo.” Embora assinala, adiante, que no caso dos seres humanos essa competição é atenuada pelo costume e a lei. (p. 11.)

Nessa prática agrícola, a terra é preparada para o plantio pelo simples corte da vegetação baixa na mata com o facão, depois com a derrubada das matas maiores pelo machado, de modo a permitir que a massa dos troncos e galhos seque por algum tempo até a queimada. O processo deixa o solo maneiro e, durante algum tempo, livre de ervas e capim. Nesses pedaços de terra, entre os remanescentes dos troncos e galhos queimados, lançam-se as sementes que fornecem o alimento básico de milhões de brasileiros.

A maior parte da população rural brasileira desconheceu ou desprezou, durante séculos, qualquer outro sistema de preparação da terra que não o fogo. A única ferramenta usada no plantio é a enxada e, se alguma outra atenção é dada à plantação nascente, limita-se ao uso desse implemento¹¹. O mais interessante é que, assim como os portugueses receberam a prática da queimada dos índios e a incorporaram ao seu sistema agrícola, assim também representantes de outras etnias européias que aportaram a nossas plagas — italianos, alemães, poloneses — não tardaram a usá-la como único meio a seu alcance para domar a mata equatorial e tropical. Proibida em textos legais, combatida por técnicos e administradores, a queimada resiste pela força do costume.

O Direito levou algum tempo a assimilar os conceitos da Ecologia. Dispõe o Código Penal de 1940, embora não contemple especificamente crimes contra o ambiente nos delitos então considerados como tais, ou seja, crimes contra a saúde pública (arts. 267 a 285) ou contra a incolumidade pública (arts. 250 a 285), tais como a corrupção ou adulteração de alimentos, remédios, água potável, incêndios criminosos, produção de substâncias tóxicas etc.

Todavia, só pelos anos 80, a legislação parece ter absorvido a noção do ambiente como um todo e este, objeto de proteção jurídica. Superava-se dessa forma a visão setorial.

O mesmo ocorreu no direito italiano. Para PASQUALE LANDI, o ambiente é entendido na sua acepção unitária, prescindindo de concepções setoriais e é definido como “o conjunto das condições (físicas e químicas) conformes aos interesses fundamentais da coletividade e à qualidade da vida e abrange o patrimônio natural nacional e os recursos naturais. Representa, portanto, a seu ver, uma superação do conceito biológico, tal como era compreendido, atomizado em setores diversos e, sujeito a distintas disciplinas normativas”. Daí sua conclusão de que o ambiente no sentido naturalístico não coincide exatamente com o ambiente em sentido jurídico: “alla lesione dell'*Umwelt* biologico non sempre corrisponde

11 T. LYNN SMITH, *Brasil, Povo e Instituições* (tradução). Rio de Janeiro, Bloch Editores, 1967, pp. 406 e ss.

l'obbligo di risarcimento a favore dello Stato, quale titolare o rappresentante di un interesse superindividuale"¹².

Em 1981, surge o primeiro texto legal (Lei n.º 6.933, de 31-8-81) a dar ao país os fundamentos de uma política ambiental, seus princípios, propósitos e instrumentos. Criou-se dessa maneira um sistema nacional de proteção ecológica, ainda que singularmente omissivo quanto a sanções penais. No mesmo ano, outros documentos legais estabeleceram estações ecológicas e áreas de proteção ambiental (Lei n.º 6.902, de 27-4-81), traçando diretrizes ao zoneamento industrial em áreas críticas de poluição (Lei n.º 6.803, de 2-7-80).

Embora tampouco incluisse sanções penais contra agressões ecológicas, a Lei n.º 7.347, de 24-7-85, estabelecia medidas de responsabilidade pública por danos ao ambiente, ao consumidor, aos bens de valor artístico, estético, histórico, turístico ou paisagístico.

No final da década, vários textos legais foram editados sobre o mesmo tópico, como a lei que proibia a pesca da baleia em águas brasileiras (Lei n.º 7.643, de 18-12-87) e, já promulgada a Constituição Federal, três diplomas importantes: o que submeteu a controle legal a pesca de espécies em período de reprodução (Lei n.º 7.679, de 23-11-88), o que dispunha sobre o uso de agrotóxicos na agricultura (Lei n.º 7.802, de 11-7-89) e o que reprimia a poluição (Lei n.º 7.804, de 24-7-89).

Não se pode, portanto, dizer que o Brasil, pelos seus cientistas políticos e legisladores, tenha esperado pela ECO-92 para atualizar-se no problema do meio ambiente. Embora a maioria dos textos não tenha revestido estrito caráter penal, são marcos de um ambicioso sistema protetor da Ecologia. Alguns líricos e festivos, como o que cria a Festa Anual da Árvore (Decreto n.º 55.795, de 24-2-65); outros pragmáticos, como o que estabeleceu incentivos fiscais para projetos de desenvolvimento florestal (Lei n.º 5.106, de 2-9-66); outros secamente administrativos, como o que criou o INCRA (Decreto n.º 1.110, de 9-7-70); ou desvanecidamente humanitários, como o Estatuto do Índio (Lei n.º 6.001, de 19-12-73); o que definiu o conceito de sítios de relevante interesse ecológico (Decreto n.º 89.336, de 31-1-84); que criou o IBAMA (Lei n.º 7.735, de 22-2-89); e o Fundo Nacional do Ambiente (Lei n.º 7.797, de 10-7-89) — todos tinham como foco e leit motiv o tema ecológico¹³.

12 PASQUALE LANDI adverte: "La tutela dell'ambiente (*Umweltschutz*) non coincide con la protezione di specifiche categorie di interessi, esprimendo un'attività di conservazione, a diversi livelli, estesa a ogni settore di svolgimento della vita biologica: si forma il concetto unitario di ambiente." Pasquale Landi, *La tutela processuale dell'ambiente*, Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1991, p. 11, n. 14, 20 e 32. Sobre a configuração do direito ambiental como interesse difuso, ver p. 17.

13 Para a abundante legislação ecológica, ver PAULO AFFONSO LEME MACHADO, *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 9ª ed., 1991.

Entretanto, nessa matéria, é a Constituição Federal de 1988 que representa significativo divisor de águas. Constitui, hoje, lei básica e ponto de partida para qualquer ação voltada para a defesa da ecologia. Assentou princípios até agora imperfeita ou escassamente desdobrados e, ainda, em boa parte, sem tradução em leis ordinárias.

Ponto essencial conferiu a qualquer cidadão brasileiro competência para usar o instrumento da ação popular a fim de anular ato lesivo ao meio ambiente ou ao patrimônio histórico e cultural (art. 5.º, LXXIII).

Mais pertinente e direto, o art. 225, e seus parágrafos, tornou-se escudo e fundamento de qualquer ação, atividade ou movimento de defesa ambiental e matriz de toda a legislação subsequente. No seu *caput*, que contém afirmação genérica seguida de várias especificações, declara-se, primeiro, que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado — definido este como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida —, cabendo ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e resguardá-lo para as presentes e futuras gerações.

Essa norma assume caráter absoluto e declaratório e impõe aos Poderes Públicos e à comunidade nacional a função de preservar certos direitos assegurados ao cidadão, bem como assinala ao Estado o desempenho de certos deveres. Delineia-se, dessa forma, um Direito ecológico e ambiental, alicerçado em amplo sistema de direitos e obrigações.

Segue-se a essa norma, no § 1.º e suas alíneas, uma série de princípios programáticos que visam a orientar os Poderes Públicos nessa matéria, deixando-se à margem a coletividade mencionada no *caput* do artigo, talvez pelo impreciso e genérico do termo. Assim, tornam-se deveres do Poder Público: (1) preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; (2) preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação do material genético; (3) definir em todas as Unidades da Federação espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e supressão deles somente permitidas através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção (*sic*); (4) exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; (5) controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, sua qualidade e a do meio ambiente; (6) promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e, nesse sentido, a conscientização pública; (7) proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem (*sic*) em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade.

É verdade que usando linguagem, às vezes, de discutível pureza, o legislador enveredou por trilhas perigosas manipulando conceitos científicos, mal amalgamados no verbo jurídico, tais como "processos ecológicos essenciais", "manejo ecológico", "ecossistemas", "patrimônio genético", "material genético", e assim por diante, que carecem de definição *per se* e, melhor ficariam em texto regulamentar. Salve-se o "estudo prévio de impacto ambiental" que pode vir a constituir instrumento privilegiado para assegurar às futuras gerações, de que fala o *caput*, algum bem-estar ou equilíbrio no seu ambiente.

Mais importante é a inovação introduzida nesse mesmo art. 225, § 2.º, quando estatui que todo explorador de recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio degradado, pautando-se essa recuperação pelas normas emanadas do órgão técnico competente e, na forma da lei. Como se vê, a Constituição não prevê a alternativa do pagamento de indenizações, mas simplesmente dispõe que se refaça o *statu quo ante*, restaurando-se o meio ambiente degradado. Da mesma forma, o artigo não transfere à autoridade o arbítrio de optar ou não pela recuperação. Torna-se obrigação legal do Poder Público impor a recuperação, assim como apontar e aprovar a solução técnica a adotar-se no processo. Cabe à lei ordinária indicar como deve proceder a entidade ou serviço, seu *modus faciendi*, a fim de obrigar o minerador, indivíduo ou empresa, a cumprir a lei mediante decisão judicial ou administrativa.

Segundo os melhores comentaristas, este passo representa considerável avanço sobre leis anteriores ao entender que a atividade mineradora é degradante do solo, sem qualquer reserva ou especificação. E a Constituição impõe a todas as atividades mineradoras a obrigação de recuperar o ambiente degradado.

Essencial, no entanto, à construção de um sistema de direito penal ambiental, é a definição de crime ecológico, entendido como todas as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente, que sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, o que não exclui a obrigação de repararem os danos causados (art. 225, § 4.º) (o grifo é nosso).

Rompe o inciso com uma tradição em nosso Direito, sério obstáculo à penalização do crime ambiental, quando passa a atribuir responsabilidade penal não só a pessoas físicas como a pessoas jurídicas, tornando-as sujeitos ativos do ilícito penal. Nem se argumente que a sanção penal seria aplicável apenas a pessoas físicas, e as administrativas a pessoas jurídicas, porque neste caso seriam as primeiras excluídas das sanções administrativas, o que seria absurdo; ou então, o legislador teria usado o modal "respectivamente", o que não ocorre.

Tal ampliação da responsabilidade penal parece decorrer ainda, por analogia, do dispositivo que estabelece a responsabilidade da pessoa jurídica,

independente da responsabilização dos seus dirigentes, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular (art. 173, § 5.º).

Pode-se afirmar que a consideração do meio ambiente atravessa todo o Texto Constitucional de 1988. Emerge ainda como um dos princípios da ordem econômica, onde aparece ao lado da propriedade privada, da função social da propriedade, da livre concorrência e da busca do pleno emprego, com os quais, diga-se de passagem, nem sempre se concilia. Surge, ainda, a defesa do meio ambiente, como requisito à função social da propriedade rural (art. 186, II) e imperativo do sistema nacional de saúde que é obrigado a colaborar — o verbo, *hélas!*, sem objeto no texto — na proteção do meio ambiente (art. 200, VIII).

O preceito constitucional não é auto-aplicável, mas pende de regulamentação mediante lei ordinária que definirá tanto as sanções penais e administrativas aplicáveis aos agentes econômicos, como a obrigação de restaurar o dano infligido.

É de acentuar a criminalização de conduta ou atividade considerada potencial ou efetivamente lesiva ao ambiente, mesmo que o agente seja entidade pública. A Constituição, em diversos artigos, prevê a proteção de elementos isolados dos ecossistemas, tais como florestas, fauna e flora (art. 23, VII), proteção essa que passa a ser da competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 23, VIII), ou objeto de legislação concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal, juntamente com a pesca, a conservação da natureza (*sic*), a defesa do solo e dos recursos naturais, a proteção do meio ambiente e o controle da poluição (art. 24, VI), artigo onde se acumula e não se discrimina esses conceitos. Apesar disso, o que ressalta no diploma constitucional é o uso predominante do ambiente como conceito global, fato novo na doutrina constitucional, e que acarreta importantes consequências jurídicas.

Ainda permanece aberta à discussão a possibilidade de conciliação entre os artigos constitucionais que dispõem sobre a proteção do ambiente e os imperativos do desenvolvimento social e econômico, tais como expressos no art. 170, onde se enumeram os princípios que devem disciplinar a ordem econômica, a saber, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, pleno emprego, às quais se acrescenta expressamente a proteção ao meio ambiente.

Embora indicasse a necessidade de sanções para as lesões ao meio ambiente e, até, em dado artigo, mencionasse “sanções penais e administrativas”, a Constituição deixou à lei ordinária o cuidado de discriminá-las.

Criminalização, note-se, que nem sempre acarreta penalização. A Lei n.º 6.933, de 31-8-81, o primeiro documento legal que deu ao País as

bases de uma política ambiental, silencia singularmente quanto à aplicação de sanções penais.

O Código Penal (1940) tentara certa unificação da matéria ao absorver toda a área de criminalização, deixando as contravenções para os Códigos ou Leis especiais, como o Código Florestal, deste despreendendo o que passou a constituir propriamente crime. O mesmo se fez em relação à caça (lei de proteção à fauna, conhecida como Código de Caça, que passou a incluir apenas contravenções). A pesca foi considerada no chamado Código de Pesca. Como conseqüência desse pequeno terremoto jurídico, a competência para conhecer essas contravenções passou a ser exclusiva da Justiça Federal.

Já a Parte Especial do Código Penal que, até hoje, pende de sanção, não considerou o crime ecológico como tal, mas inseriu elementos do ilícito ambiental em capítulos ou artigos que tratam de problemas especiais, como, exemplo, a proteção de animais e plantas. Para serem penalizados atos ou omissões praticados por dado agente, têm de ser tipificados como crimes contra a propriedade, principalmente o dano (arts. 163 a 167) ou contra a incolumidade pública (arts. 250, 252 e 259) ou contra a saúde pública (arts. 270 e 271). Essa dispersão não contribui à proteção do ambiente. O que se nota, nessa década, é o contraste entre a legislação protetora e a ausência de sanções correspondentes.

As vésperas da Constituição, novo texto legal (Lei n.º 7.655, de 12-2-88) mudara inteiramente essa situação criminalizando as contravenções enumeradas no Código de Caça e criando novos tipos criminais relacionados com atividades pesqueiras. Numa onda criminalizante, as sanções foram agravadas, os delitos isentos de fiança, tudo indicando uma tendência para crescente penalização. O mesmo ocorreu com a pesca, mas, neste caso, a nova lei, esta posterior à Constituição (Lei n.º 7.679, de 23-11-88), revogou muitos artigos do Código de Pesca.

Após a promulgação da Constituição Federal e sua forte definição do crime ecológico, duas leis, ambas específicas, tornam-se da maior importância, uma sobre agrotóxicos (Lei n.º 7.802, de 18-7-89), outra sobre crimes de poluição (Lei n.º 804, de 18-7-89).

Essas leis especiais muitas vezes se afastam dos critérios do Código Penal na fixação do valor pecuniário das multas. Os critérios para tal variam extremamente de um para outro texto legal. O Código Florestal, por exemplo, adotava um método de fixação de multas em parcelas pré-definidas do salário mínimo, entre uma e cem vezes o salário mínimo mensal. O Código de Pesca adota o mesmo critério do Código Penal. A lei que proíbe a pesca da baleia em águas brasileiras fixa multas em unidades de correção monetária. As leis contra o uso de agrotóxicos e a poluição tomam por base o valor mais alto do padrão monetário. Acrescente-se que todos esses textos legais impõem sanções de prisão.

Em resumo, hoje a execução (*enforcement*) das leis ambientais dispõe, segundo a Constituição e seus intérpretes, de três tipos de sanções para os delitos ambientais — civis, penais e administrativas —, a serem aplicados tanto a agentes naturais, indivíduos, como a pessoas jurídicas.

É visível que a tutela jurídica dos recursos naturais ainda padece, entre nós, de hiatos e contradições. É verdade que caminhamos bastante em relação à fase do Código Civil, em que o meio ambiente era encarado na perspectiva individualista dos direitos de propriedade e da relação entre vizinhos, enquanto sua proteção se fazia de forma incidental e punctiforme ao sabor da reação de interesses individuais lesados. Hoje, o interesse geral se sobrepõe no interesse individual, e as medidas de mera conservação e proteção cedem lugar a outras mais amplas que visam à utilização racional dos recursos no quadro amplo dos ecossistemas.

Todas essas características do moderno Direito Ecológico aparecem nitidamente no art. 225 da Constituição Federal que, sob esse aspecto, e com as reservas já feitas, representa um marco. Era de esperar que isso ocorresse. Como em outros países, esse avanço foi precedido por um processo de conscientização da sociedade que atravessou três fases distintas até se tornar valor universalmente aceito.

(a) A *primeira* fase é assinalada pela predominância de uma mentalidade individualista e conservadora que gira em torno da instituição da propriedade e impregna os chamados direitos de vizinhança. Na Europa, essa fase é assinalada pelo Código Civil francês, o chamado Código de Napoleão e, como o caracterizou MARTINE REMOND-GOUILLOUD, parece partir exatamente do extremo oposto à proteção — o “direito de destruição”¹⁴. A propriedade se fundamenta no direito romano, que confere ao proprietário o *usus, fructus et abusus*. Não há espaço no direito para a propriedade comum, apenas para as coisas apropriadas individualmente ou para a *res nullius*, a coisa de ninguém. Os espaços, na medida em que são ou não apropriados, dominam a mente do legislador. O direito socialista apenas viria a substituir o Estado ao proprietário individual do velho direito liberal; mas o caráter absoluto da propriedade permanece.

(b) A essa proteção de espaços que se vizinham substitui-se *segunda* fase, marcada pelos primeiros efeitos do industrialismo nas cidades e nos campos, a contaminação e envenenamento das fontes de vida, a poluição do ar e da água. Não são mais as perturbações da vizinhança que movem o legislador, o próprio conceito de vizinhança se dilui numa unidade maior já que os efeitos de certas atividades dispensam a proximidade de agente e vítima, atingem distâncias imprevistas, exigindo teoria mais ampla que a do abuso do direito. Lastreada por preocupações de higiene e saúde, começa

14 MARTINE REMOND-GOUILLOUD, *Du Droit de Détruire*. Paris, Presses Universitaires de France (PUF), 1967, pp. 49-50.

a surgir uma concepção global, societária, de ambiente. A apreciação subjetiva que só levava em conta o comportamento do autor do dano, cede lugar a uma visão objetiva que se fixa nos traços característicos da turbação, e esta se articula em todo maior no interesse de uma coletividade inominada. Os códigos de saúde e higiene, as leis que visam proteger a água potável, retomam, por sobre as brutalidades e esmagamentos do industrialismo avassalador, a concepção rousseauiana e idílica de uma Natureza que seria valor de civilização a ser preservado. Despida das graças de que a investiu o Romantismo, apertada nos contidos espartilhos da ciência, a idéia ganha força e, se arma de defesas e proteções legais.

(c) Somente a partir dos anos 70, na *terceira* e atual fase desse longo processo de maturação jurídica, a tutela do ambiente, acompanhando o progresso das ciências ecológicas, volta-se não mais para espaços, nem para setores de atividades julgadas potencial ou atualmente perturbadoras, *mas para os recursos naturais entendidos como organizados em sistemas e dentro de uma unidade global integradora.*

O art. 225 da nossa Constituição vem articular-se nesse amplo movimento de idéias, valores e decisões que se inaugura com o discurso de Nixon (1970) e com a Declaração de Estocolmo. Sua enorme contribuição pode delinear-se em torno de três definições: (a) a do direito de cada cidadão ao ambiente, assim definido como propriedade comum da Nação; (b) a da obrigação que passam a ter os Poderes Públicos de protegê-lo em benefício das gerações presentes e futuras; (c) e a de crime ecológico, lesão que não atinge apenas determinado indivíduo, mas uma comunidade inteira. É esta que, a requerimento de qualquer pessoa ou grupo, ao fim e ao cabo, aciona a máquina da Justiça.

Essa intenções generosas, no entanto, são procrastinadas pela necessidade de complementação desses atos legislativos por lei ordinária, quando não pendem ainda de interpretação dos Tribunais. A Constituição é relativamente recente, a jurisprudência escassa, os pontos de ruptura permanecem indecisos, os juízes vacilam à mingua de apoio técnico e os interessados ainda hesitam em recorrer ao Judiciário para a solução de conflitos.

Outro problema é causado pelo labirinto da legislação anterior. Fervilham Códigos (Caça, Pesca, Minas, etc.), leis e decretos-leis, leis ordinárias e complementares e que suscitam dúvidas, dada a multiplicidade de procedimentos e de sanções conflitivas. Mais que evidente, as leis promulgadas antes da década de 80, a todo momento emendadas, revogadas, ou reeditadas, não mais conseguem dominar os problemas modernos da degradação ambiental, da deterioração do *habitat* do homem, acarretados pelo crescimento urbano e pela expansão da indústria. A onda de criminalização inaugurada pelo Código Penal para delitos específicos, ainda num prisma individualista e setorial, ficou *aquém* da conceituação ampla inaugurada pela Constituição Federal.

Essa postulação clássica exclui da penalização por crimes ecológicos empresas e autarquias. Alguns juristas já se mostram favoráveis a uma mudança do estatuto no sentido da Constituição¹⁵.

A definição de uma responsabilidade social, defendida por muitos autores, acarreta a obrigação de indenizar, mas não inclui responsabilidade penal que exige a individualização da culpa. Eventualmente — e só, segundo nos parece, através de lei explícita — poderá essa tendência levar à aplicação de sanções penais em nome do bem-estar coletivo, de novos valores e interesses sociais.

A concepção vigente de responsabilidade penal, firmemente ancorada na pessoa física, torna irrelevante boa parte da legislação nascida na esteira do Código de 1940, e sua forte tendência à criminalização que refletia igual pendor então corrente no mundo avançado. De fato, de que vale a criminalização sem a penalização correspondente? A menos que a legislação futura venha a introduzir em nosso Direito Penal o viés encontrado em outros países que contornaram o problema pela identificação de um alto funcionário da empresa ou autarquia poluidora a quem se possa atribuir a responsabilidade da ação lesiva. Até o momento, entretanto, essa responsabilidade vicária parece remota ao penalismo brasileiro.

Dessa posição doutrinária decorrem dificuldades técnicas, sobretudo no domínio da prova e da causalidade. O problema não se restringe a nosso Direito.

“O processo jurídico clássico”, observa MARTINE RÉMOND-GOUILLOUD, do ponto de vista do direito francês, “é individual, baseia-se na identificação de uma relação, o autor do delito e sua vítima. Toda solução justa pressupõe claramente definido esse elo... Que o responsável receba a sanção por sua culpa... ou pelo risco originado por sua atividade, a sanção supõe em todo caso demonstrado o laço de causa e efeito entre a atividade pretensamente ressarcível e a turbacão cuja cessação ou reparação é perdida. Exige-se uma prova. E, quanto mais severa a sanção, mais estreita deve ser a prova. Se a sanção incorrida é de natureza repressiva, o princípio da legalidade dos delitos e das penas se opõe a que seja pronunciada se o comportamento incriminado não corresponder exatamente às exigências da lei: a liberdade individual tem esse preço”¹⁶.

15 PAULO JOSÉ DA COSTA, por exemplo, escreve: “Nos termos da Constituição vigente, embora tenha sido adotada a responsabilidade penal pessoal, o parágrafo 3º do art. 225 admitiu que as pessoas jurídicas poderão ser agentes de crimes lesivos ao meio ambiente. Com tal posicionamento nada impede que o legislador ordinário venha a regulamentar, em legislação especial, a criminalidade ecológica, onde se venha a admitir que *societas puniri potest*. In Paulo Affonso Leme Machado, *op. cit.*”

16 MARTINE RÉMOND-GOUILLOUD, *op. cit.*, pp. 209 e ss.

Ora, é exatamente a dificuldade de prova que torna problemática a punição do delinquentes em delitos de poluição, por exemplo. O que leva a mesma autoridade citada a concluir pela ineficácia do direito penal do ambiente e, até, a questionar o conceito de crime ambiental¹⁷, que a seu ver exigiria forte e unânime reação social, no caso, ainda inexistente.

Por outro lado, nosso Direito Ecológico surge, na vertente, de uma sociedade tradicional e burocrática, como criação de um Estado centralizador através de sua forma própria de atuação, que é a organização administrativa. O Estado brasileiro, cedendo a pendor antigo, tenta resolver o problema do meio ambiente não através de uma unanimidade comunitária, que não sabe ou não tem meios de suscitar, mas mediante burocracias complexas, dispersas por diversos Ministérios e obedientes a múltiplos centros de poder.

Essa orientação levou necessariamente à opção preferencial por sanções administrativas na prevenção ou repressão de crimes ambientais (a Lei n.º 8.938/81, por exemplo, dá ênfase a sanções administrativas, enquanto a Lei n.º 7.804/89 aplica sanções tanto administrativas como penais); e, assim, trouxe com a dispersão de controles o enfraquecimento na repressão. É sabido que, entre nós, como em toda a América Latina, o Executivo tem se mostrado leniente no indiciamento e na punição das agressões ao meio ambiente.

O cipoal da legislação contribui ainda para duplicação ou confusão de conceitos básicos. A poluição, por exemplo, recebe várias definições, seja a lei federal, promulgada por um Estado da Federação, ou vise, como objeto material, à proteção das águas ou da fauna. Sem falar nos critérios conflitantes para avaliação de multas.

A coexistência de leis especiais com idêntico, ou semelhante, objeto material é outro fator de confusão. Criam-se diferentes situações de penalização, conforme a natureza do problema considerado¹⁸.

Tudo isso leva alguns especialistas a clamar pela unificação da legislação ambiental, o que traria a oportunidade de eliminar obsolescências e contradições, bem como de tornar os mecanismos de controle (*enforcement*) mais racionais, rápidos e eficazes¹⁹.

17 *Ibid.*, p. 279.

18 A Lei n.º 7.802/89 (Lei de Substâncias Tóxicas), por exemplo, contempla a possibilidade de penalizar pessoas físicas e jurídicas, estas através de seus patrões e empregados, quanto à proteção da mão-de-obra empregada nas atividades de produzir ou transportar substâncias tóxicas (art. 16).

19 Atendendo parcialmente a esse imperativo, o IBAMA elaborou anteprojeto de consolidação da legislação federal sobre o meio ambiente, publicada no *Diário Oficial* de 17-2-90 com "o objetivo de ampliar a discussão em torno da definição de seu conteúdo e, conseqüentemente, angariar subsídios para a elaboração da versão final a ser encaminhada ao Congresso." O anteprojeto contém 407 artigos, revoga 25 leis e 4 decretos-leis atualmente em vigor. Em artigo no *Jornal do Brasil*

Outro aspecto importante do novo conceito de tutela ambiental, introduzido na Carta de 1988, é a obrigação atribuída aos Poderes Públicos de proteger o ambiente com vistas a beneficiar “as gerações presentes e futuras” (art. 225, *caput*). Essa prescrição, que introduz nova e interessante dimensão no conceito de tempo jurídico, pode ser efetivada de várias maneiras. A primeira vem sendo a prioridade conferida à noção de risco e de probabilidade, mudando o vetor do sistema, da repressão para a prevenção, do dano acabado e consumado para a lesão potencial, o que se torna freqüente no campo dos dispositivos que governam certas atividades industriais específicas de efeito tóxico. Na Suíça a Lei de Proteção contra a Poluição de Água torna todos os habitantes potencialmente suscetíveis ao risco de denúncia criminal. A Corte Federal Suíça aprovou a política de considerar a poluição, em cada caso singular, fenômeno de massa²⁰.

Isto quer dizer que a lei não visa apenas punir a agressão efetivada, mas antecipá-la. Essa nova visão do risco ecológico transparece não só do artigo citado da Constituição, mas das Leis n.ºs 6.938/81 e 7.804/89, que ambas definem crime de perigo ou de risco (art. 15) e nem mesmo postulam a exigência de que seja direto e imediato — como está ocorrendo hoje na Europa, na discussão do problema da chuva ácida.

Na mesma perspectiva de preservação do futuro, o instrumento mais eficaz parece ser o Estudo de Impacto Ambiental exigido em qualquer iniciativa econômica que se revele ameaça potencial à integridade do ambiente e passível de acarretar processo de degradação (art. 225, IV, da Constituição Federal). Algumas Constituições Estaduais, nas pisadas do legislador federal, prescreveram a necessidade do RIMA (Relatório de Impacto sobre o Meio Ambiente) antes do licenciamento de qualquer atividade de risco potencial. Trata-se de instrumento público, ensejando dessa forma a intervenção direta da entidade pública específica e, como tal definida em lei, que precedeu a Constituição e delineou a política nacional do meio ambiente (Lei n.º 6.938/81, art. 9, III).

De tudo isso se conclui que o art. 225 da Constituição Federal constitui rico filão jurídico a ser explorado em seus efeitos pelo legislador ordi-

(30-3-92), o Embaixador Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva critica pertinentemente o anteprojeto, mostrando que o IBAMA “cria uma burocracia centralizada e se auto-atribui 116 atribuições cuja implementação criará os maiores óbices à vida administrativa do País.” No projeto o IBAMA aparece como órgão deliberativo quando, na verdade, é um órgão executivo. Além do mais, invade a órbita de atribuições do Presidente da República e cria pesados encargos para a administração pública e para a iniciativa particular, formulando exigências que poderiam vir a repelir o investidor estrangeiro em potencial. Não se pode dizer, portanto, que o anteprojeto preencha os requisitos formulados pelo grupo de Messina.

20 GUNTER HEINE (do Instituto Max Planck), “The movement of social defence, the protection of norms and the protection of the environment and fundamental rights”, tese apresentada no 12º Congresso Internacional de Defesa Social, Paris, outubro, 1991 (mimeografado).

nário. Cabe a este compatibilizar seus preceitos com os aspectos da Ordem Social e Econômica, o que envolve o confronto entre o problema do desenvolvimento e a proteção ao meio ambiente, caso típico da Amazônia.

A Constituição Federal, traçando os princípios da Ordem Social e Econômica, alinhou a propriedade privada e, com idêntico *status*, a defesa do ambiente, como fundamento da atividade econômica (art. 170, II e VI). A fim de indicar a natureza particular do conceito, quando empregado neste contexto, o legislador usou o termo "patrimônio", em vez de propriedade. Na linguagem jurídica brasileira compreende-se por aí uma universalidade (*universitas*) de bens e direitos, ativos e passivos, suscetíveis de avaliação em termos monetários, e de propriedade de uma pessoa física ou jurídica. Assim, o patrimônio nacional é o conjunto de bens, economicamente avaliados, que pertencem ao domínio privado da União ou sobre o qual esta exerce direito de propriedade através de um título *in persona* ou *in re*. No pensamento do legislador, essa propriedade do Estado pode coexistir com a propriedade privada de pessoas físicas ou jurídicas, que terão, todavia, de submeter-se às normas impostas pela União para seu uso. Isto ocorre, por exemplo, nas atividades da mineração em que a União introduz normas e limitações para a proteção do solo, das águas, florestas e animais.

O Direito Ecológico ainda carrega a herança da absolescência dos diversos ramos da árvore jurídica que a apóiam e reforçam. O Código de Processo Penal (1940), por exemplo, não atende a uma das exigências da modernidade, que é a solução rápida de conflitos²¹. Urge introduzir no procedimento a possibilidade da transação como forma de acelerá-lo.

Acima de tudo, cabe considerar o processo de penalização, *cum grano salis*. É o que parecem indicar as conclusões dos especialistas que em dezembro de 1991 se reuniram em Messina para discutir, sob os auspícios das Nações Unidas, problemas de Direito Ecológico. Embora, segundo eles, o direito penal guarde importância, seu papel será sobretudo preventivo e, aliás, supletivo a uma série de fatores outros, políticos, sociais, culturais e econômicos. Seria eficaz na medida em que fosse combinado esse papel com outros elementos de direito civil e administrativo, hoje igualmente utilizados na maioria dos países avançados para o mesmo fim. O direito penal deveria ser reservado para coibir os casos mais sérios de dano ambiental e, especialmente, para punir aqueles delitos que ferissem normas comunitárias arraigadas. A lei penal não deveria ser utilizada nesse terreno de tal maneira que viesse a ofender direitos humanos fundamentais e levasse a excessos na aplicação das sanções penais. Em muitos países, é clara a desproporção entre a legislação penal em vigor e a capacidade de denúncia e condenação dos responsáveis por crimes ecológicos, esta última, comparativamente rara. A penalização de pessoas jurídicas, quando possível,

21 A imposição de um inquérito policial que deve ser feito posteriormente no decurso da ação penal e a exigência de apresentação de prova testemunhal perante o Juiz são suficientes para demonstrar seu caráter ultrapassado.

dilatária a categoria de infratores. Insistiu-se na necessidade de criar um fundo internacional de compensação para as vítimas de grandes desastres ecológicos.

Nem foi esquecida a importância de códigos ambientais abrangentes que deveriam sobretudo conter princípios gerais, as prioridades nacionais em matéria de proteção ambiental, e um conjunto de sanções administrativas, civis e penais. A elaboração de códigos nacionais compreensivos talvez eliminasse a necessidade de uma profusão de leis independentes e contribuiria a dar corpo a políticas nacionais.

Previu-se ainda a difusão de programas educativos em vários níveis da população em geral e dos funcionários encarregados do setor, a obrigação da difusão de informações pela mídia, o treinamento do pessoal especializado e, sobretudo, de funcionários da Justiça e a elaboração de sanções diferenciadas, que levem em conta o grau de risco, a flora, a fauna e outros bens protegidos, e a existência ou não de compensações às vítimas, e de adequada compensação para o futuro, além do uso de técnicas de arbitragem e conciliação. Buscou-se encontrar instrumentos internacionais de proteção ambiental que não só incorporassem princípios gerais, campos e métodos de cooperação internacional, mas também técnicas de investigação nos casos de poluição que atravessassem fronteiras nacionais; em métodos para a fixação de responsabilidades por danos internacionais e a compensação a ser paga por tais incidentes; e a possibilidade de criação de fundos internacionais e de reinvestimentos compensatórios, o que tudo deveria ter sido considerado na ECO-92.

Apesar desses hiatos, pode-se esperar maiores resultados, no momento, da aplicação da Lei n.º 7.347/85 e da responsabilidade civil à proteção da natureza. A maior contribuição desse texto legal reside no amparo aos interesses difusos e coletivos (Constituição Federal, art. 129, III), dotando-os de um instrumento de defesa, a ação civil pública. Enquanto a ação popular visa anular o ato ilegal da autoridade administrativa que autorizou, permitiu ou licenciou a atividade poluidora, a ação civil pública visa reparar o dano, objetivamente considerado, levando-se em conta a ocorrência do resultado prejudicial ao homem e seu ambiente, e desprezando qualquer consideração subjetiva que envolva a conduta do agente poluidor. O citado diploma legal abriu os Tribunais à intervenção de associações privadas investindo, ao mesmo tempo, no Ministério Público, autoridade bastante para acionar o poluidor por danos ao meio ambiente.

Tudo isso representa apenas um começo. A existência de leis e de um mecanismo preventivo e repressivo não é suficiente para assegurar a plena tutela do meio ambiente. É à sociedade que cabe, pelas suas associações e comunidades, o principal dessa iniciativa. De sua educação e conscientização, de um amplo movimento de opinião, decorrerão, em última análise, ao que nos parece, o sucesso ou insucesso dos programas oficiais de proteção ambiental.

Competência Tributária Estadual, Exoneração do ICMS na Constituição do Estado de Santa Catarina (Art. 131, X, d)

A. C. FONSECA DA SILVA

Procurador da República e Mestre em Direito

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. O escopo da isenção do ICMS, art. 131-X-d da Constituição do Estado de Santa Catarina. 3. Autonomia do Estado-Membro. 4. Limitações à competência estadual de exonerar. 5. Isenção sob declaração conjunta dos Estados-Membros. 6. Veículo de exoneração: Constituição ou lei ordinária, uma questão formal.

1. Introdução

A Constituição do Estado de Santa Catarina, promulgada em 5 de outubro de 1989, declarou o serviço de transporte rodoviário de passageiros livre do ICMS (imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação). A disposição está inscrita no artigo 131-X-d¹ cuja constitucionalidade tem sido contestada. A controvérsia concerne ao

¹ Art. 131. O imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação atenderá ao seguinte: ... X — não incidirá: ... d) sobre os serviços de transporte rodoviário de passageiros.

conflito de normas entre a Constituição estadual e a Constituição Federal

Autoridade do Governo de Santa Catarina sustenta a inconstitucionalidade do referido dispositivo sob diversos fundamentos. Primeiro, a isenção seria discriminatória, sobretudo porque não abrange outros serviços de transporte, a exemplo do transporte de mercadorias. Segundo, a exoneração em apreço estaria a desafiar o princípio da não-cumulatividade. Terceiro, a isenção somente poderia ser concedida mediante deliberação conjunta dos Estados. Argumenta-se, finalmente, não ser a Constituição estadual instrumento adequado para conceder isenção, que somente pode ser estabelecida por lei fiscal ordinária de exclusiva iniciativa do Governador.

Os argumentos supra resultam de má qualificação dos elementos legais sob exame. Uma equilibrada análise está a demonstrar que a não-incidência ora tratada, em rigor jurídico, não discrimina, tampouco fere o princípio da não-cumulatividade. Neste trabalho, portanto, a constitucionalidade da exoneração prevista na Constituição catarinense (art. 141-~~X~~-d) é sustentada, visto não estar caracterizado o postulado conflito com a Constituição Federal. Razões de ordem pública e social, ademais, vêm ao conforto daquela franquia constitucional.

2. *O escopo da isenção do ICMS, art. 131-~~X~~-d da Constituição do Estado de Santa Catarina*

A exoneração em apreço teve por fim o favorecimento de segmento social menos aquinhoado, pela expectativa de redução tarifária de transporte rodoviário de passageiros. Consoante o espírito constitucional, idosos e deficientes são beneficiados. De frisar que o próprio Estado já subsidia a tarifa de transporte para estudantes e professores². O propósito de manter a tarifa dos serviços de transporte rodoviário de passageiros em níveis acessíveis revela uma preocupação do Estado de atender à comunidade num setor que tem sido palco de irresignações coletivas de resultados incalculáveis. Insatisfações populares irrompidas aqui e acolá, em diferentes cidades brasileiras, têm trazido riscos à segurança pública, à propriedade privada e à incolumidade física dos cidadãos, além de consideráveis prejuízos à atividade econômica.

Cumpra também salientar que o Estado de Santa Catarina, beneficiado pelas suas belezas naturais, tem na atividade turística uma das suas significativas fontes de riqueza. Ao favorecer a tarifa dos serviços de transportes de passageiros, a comentada não-incidência pode representar um impulso ao turismo.

É notório que a massa de usuários dos serviços de transporte rodoviário abrange uma grande clientela de baixo poder aquisitivo. O esforço

² Lei estadual nº 5.694, de 9 de maio de 1980, art. 11.

para se manter uma tarifa subsidiada, sobretudo em nível doméstico, tem um caráter acentuadamente social. A fixação dos preços desses serviços está hoje a cargo dos Estados.

Essencial à vida nacional, o serviço de transporte é caracterizado de relevância pública. Não é por outra razão que a não-incidência cogitada termina por atender à cláusula reitora da seletividade do ICMS³.

A seletividade revela uma conotação de solidariedade social, de equidade fiscal consentida que, sendo de magnitude constitucional, tende a mitigar outros princípios regentes da atividade tributária quando entram em aparente contraste.

O optativo político da exoneração, no caso, foi determinado por fins nobres, de poderosa justificativa à vista do interesse público imanente. A Assembléia Legislativa Constituinte do Estado não viu nenhuma limitação que desaconselhasse a conversão daquele optativo político em optativo jurídico.

3. *Autonomia do Estado-Membro*

A Constituição Federal assegura a autonomia dos Estados federados, aos quais "são reservadas as competências" não vedadas⁴. A autonomia comporta temperamento, cuja medida é traçada pela Constituição da República. Esta autonomia supõe a existência de um poder central dotado de soberania e a de Estados não soberanos capazes de possuir sua legislação, sua justiça e sua administração próprias. Em outras palavras, a autonomia compreende i) o poder de auto-organização (elaboração da própria Constituição, respeitados os princípios federais), ii) o poder de autogoverno (organização do governo e dos poderes constitucionais) e iii) o poder de auto-administração (capacidade de estabelecer administração própria e leis adequadas à realização das atividades estatais).

No dizer de JOSÉ AFONSO DA SILVA, "autonomia pressupõe ao mesmo tempo uma zona de autodeterminação, que é o propriamente autônomo, e um conjunto de limitações e determinantes jurídicos extrínsecos, que é o heterônomo". A autonomia é a base da organização nacional fundada no federalismo erigido a núcleo imutável da própria República⁵.

Há no sistema federativo uma ordem constitucional dúplice: uma federal ou central e uma estadual ou local. A existência dessa duplicidade reclama parâmetros de controle de constitucionalidade que definem a relação de compatibilidade entre a Constituição estadual e a federal.

3 CF, artigos 30-V, 129-II e 155, § 2º, III.

4 Art. 25, § 1º

5 RDP 16:16-18. Proposta de abolição da forma federativa de Estado não será objeto de deliberação. Esta regra estava contida no art. 47, § 1º, da Constituição revogada; repete-a a Constituição vigente no art. 60, § 4º, inc. I.

A Constituição anterior⁶ trazia as balizas essenciais que orientavam o controle de constitucionalidade. Eram princípios que os Estados haveriam de respeitar. Comentando tais princípios, JOSÉ AFONSO DA SILVA os dispôs em três grupos: “princípios constitucionais sensíveis” (art. 13, n.º 1 e 10, n.º VII); “princípios federais extensíveis” (art. 13, n.º II a IX); e “princípios constitucionais estabelecidos”. São princípios enumerados no Texto Constitucional ou revelados à custa de interpretação⁷.

A partir do art. 13 da Constituição derogada o Supremo Tribunal Federal firmou jurisprudência estabelecendo não poder a Constituição estadual dispor, em substituição à lei, sobre matérias para cuja regulamentação a Constituição Federal exigia iniciativa exclusiva do chefe do Poder Executivo⁸. Essa iniciativa não podia ser cerceada, com sacrifício do modelo federal, segundo sustentara o Ministro MOREIRA ALVES⁹. O aludido artigo 13 mandava os Estados respeitar o modelo federal de processo legislativo, sendo parte deste a iniciativa exclusiva de lei em matérias financeira e tributária¹⁰.

Alteração a destacar é que a atual Constituição Federal não nomeou os princípios inscritos no art. 13 da velha Carta. A reprodução seria até ociosa, porque a observância obrigatória pelos Estados dos aludidos preceitos decorrem de normas expressamente estabelecidas no próprio texto ou defluem de outros princípios que ornaram a estrutura jurídica da forma federativa de Estado e republicana representativa de governo. O Poder Judiciário haverá de dizer, na ocasião adequada, quais os princípios que implicitamente se aplicam aos Estados.

O processo legislativo reclama particular atenção, porque a Constituição vigente silencia sobre a observância pelos Estados do modelo federal, cuja regulamentação foi reservada à lei complementar. Dispositivos tópicos, todavia, direcionam a feitura das leis, alguns dos quais são endereçados ao processo legislativo estadual¹¹. Deve a Constituição estadual seguir o modelo central da iniciativa exclusiva de leis?

A exclusividade de iniciativa do processo legislativo para regulamentação de matérias específicas deve compreender-se no mecanismo de equilíbrio horizontal dos poderes. A expectativa é que o Estado ao auto-organizar-se recorra a esse mecanismo, que assim ganha o *status* de princípio reitor, obrigatório. Isto não significa que deva haver na Constituição estadual uma correspondência perfeita das matérias topicamente eleitas pelo cons-

6 EC nº 1, de 1960, art. 13.

7 RDP 16:16.

8 RTJ 91:1000-1035; RTJ 102:474-480; RTJ 120:993-996.

9 RTJ 92:1014.

10 EC 1/69, art. 13-III; art. 57-I, IV.

11 Ver artigos 25, § 3º, 27, § 4º, e 59, parágrafo único, todos da Constituição Federal.

tituinte federal. Parece ser de bom senso reconhecer ao Estado a autonomia para variar, desde que o processo legislativo estadual, na sua generalidade, não negue ao Governador o privilégio do domínio volitivo para iniciar a feitura das leis sobre determinadas matérias.

No trato da matéria tributária, sabe-se que continua de iniciativa do Presidente da República, como na velha ordem, as leis que disponham sobre matéria tributária e orçamentária¹². A Constituição do Estado de Santa Catarina seguiu este modelo: a respectiva norma, porém, é endereçada ao legislador estadual ordinário, no exato esquema do padrão federal¹³, e não à Assembléia Estadual Constituinte.

A iniciativa das leis no âmbito da matéria acima referida está estreitamente ligada à autonomia estadual; autonomia de auto-organizar-se não tendo até mesmo que seguir o parâmetro federal naquilo que não é fundamental. A esse respeito, pode-se argumentar sem desdouro algum que a iniciativa exclusiva do Presidente da República ou do Governador no processo legislativo não é conatural ou inerente ao federalismo nem à noção de República. Pelo contrário, a prerrogativa funciona a modo de exceção da supremacia parlamentar¹⁴ e em certo sentido é detrimetosa à regra da separação dos poderes.

As limitações constitucionais ao poder de isentar do Estado estão expressamente circunscritas no Capítulo I do Título VI.

4. Limitações à competência estadual de exonerar

Sempre foi objeto de discussão doutrinária a distinção entre imunidade e isenção. Aceita-se tranqüilamente que imunidade e isenção são espécies de não-incidência, a primeira qualificada porque veiculada pela Constituição. Há ainda a não-incidência pura e simples por exclusão na descrição da hipótese de incidência, o que não vem ao caso.

O constituinte e o legislador, todavia, não primam pela fidelidade de conceitos. Isto, porém, não chega a constituir uma perturbação séria. Se a lei ordinária fala de não-incidência entende-se que se trata de isenção; se é a Constituição, entende-se imunidade. Em qualquer das hipóteses está-se sempre diante de uma exoneração tributária.

O poder de exonerar está implícito na formulação constitucional positiva que autoriza o Estado organizar-se, estabelecendo suas Constituições e

12 CF, art. 61, 1º, II-b.

13 A Constituição Federal em vários dispositivos estabelece "não-incidência" dos impostos que indica e reserva ao Presidente da República a iniciativa de lei dispendo sobre matéria tributária. No particular, a Constituição catarinense é uma cópia perfeita do modelo federal.

14 A supremacia parlamentar pode variar de sistema para sistema, mas é elementar num regime democrático. Cf. WADE e BRADLEY, *Constitutional and Administrative Law*, p. 64, 1988.

leis próprias, inclusive no que respeita à subordinação dos cidadãos ao peso dos encargos do consórcio estatal¹⁵. Na ordem local, portanto, a exoneração subsume-se à Constituição estadual e a leis ordinárias. Na mesma fonte jurídica que autoriza a tributação reside a autorização genérica da abstenção do exercício da competência tributária: o Estado que pode impor tributos pode ele próprio autolimitar-se¹⁶.

Ao tempo da Constituição de 1946 controvertia-se a doutrina sobre se a União Federal estava ou não autorizada a conceder isenção de impostos estaduais e municipais. A controvérsia chegou ao STF e lá OROZIMBO NONATO e ALIOMAR BALEEIRO fizeram-se defensores eméritos da opinião positiva, assumindo eles que o Governo central detinha poderes implícitos que, sob o reclamo de relevante interesse social ou econômico, autorizavam a inibição da competência estadual ou municipal. A tese se viu agasalhada pela Constituição de 1967¹⁷. Admitiu-se interferência do Governo central na competência reservada aos Estados e Municípios, em manifesto detrimento dos postulados do sistema federal.

A Constituição de 1988, ao contrário da anterior, nega expressamente à União "instituir isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios"¹⁸. Com essa novidade, o regime federal se vê fortalecido, proscrevendo-se a outorga de exoneração sem a participação do poder local. Assume-se, portanto, que hoje, mais do que nunca, tornou-se proverbial a assertiva de que o poder de exonerar decorre do poder de tributar.

Não se nega existirem limitações à capacidade para exonerar¹⁹. São restrições, umas genéricas e outras mais específicas, objetos dos comentários seguintes.

Diz a Constituição Federal que "sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte"²⁰. A regra atua como um bom aviso, no sentido de que se deve observar as condições pessoais ao contribuinte²¹. O desígnio da personalidade circunscreve-se a detalhes técnicos na formulação da hipótese de incidência. A progressividade, por exemplo, é clara ilustração de expediente técnico que privilegia o caráter pessoal do imposto. O postulado da personalidade ganha mais sentido quando implicado ao princípio da igualdade e da capacidade contributiva ou econômica.

15 CF, artigos 25, 145 e 155.

16 No passado, a União Federal estava excepcionalmente autorizada a isentar impostos estaduais e municipais (art. 19, § 2º, da EC 1/69).

17 Art. 20, § 2º

18 Art. 151-III.

19 Confira-se capítulo I do título VI da Constituição Federal.

20 Art. 145, § 1º

21 A cláusula "sempre que possível" parece ociosa, visto que o Direito não contempla o impossível.

Estabelecer a igualdade foi sempre um esforço justificado da ciência jurídica, desde os tempos mais remotos. O princípio não é rígido, mas se adapta "às condições reais do meio econômico-político num determinado momento histórico", afirma JOÃO MANGABEIRA, devendo-se "considerar desigualmente as situações desiguais", tendo-se em mira um equilíbrio de interesses ²².

Não se postula a igualdade natural de todos, visto que "iguais — diz Kelsen — são aqueles indivíduos que, em relação às qualidades assim determinadas, são desiguais" ²³. Sendo um conceito de relação, a igualdade exige um padrão comum, sem o qual não há igualdade possível ²⁴. Tal padrão ou critério é posto pela norma jurídica que elege as qualidades iguais ou os fatores de discrimens, em face dos quais se determina o conteúdo do tratamento igual. Em outros termos, a desigualdade das coisas e dos seres, que o Direito não exclui, será sempre contemplada quando expressa ou racionalmente justificada ²⁵.

Afirmar que a Constituição catarinense discriminou entre serviços de transporte de passageiros e transporte de mercadorias, por exemplo, não é uma objeção séria. As figuras aludidas não estão numa situação de igualdade, sendo perfeitamente justificado um discrimen entre as duas subcategorias.

Cumprir acrescentar que a proibição de tratamento desigual entre contribuintes ²⁶ traz implícitas condições objetivas não presentes na questão tópica. A técnica da progressividade e bem assim o expediente da tributação seletiva são exemplos ilustrativos de discriminações consentidas. Tudo o que vale, impõe-se e impera, é a racionalidade da justificação do discrimen.

Outra vedação constitucional concerne à "diferença tributária entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão da sua procedência ou destino" ²⁷. A regra é similar àquela da uniformidade territorial, de observância obrigatória pela União Federal ²⁸. Comentando o preceito, escreve PISCITELLI: "Em sentido complementar (mais do que propriamente inverso), não podem tampouco os Estados, Distrito Federal e Municípios estabelecer diferença tributária em razão da procedência ou destino de bens e serviços de qualquer natureza. O princípio da não-discriminação

22 *Idéias Políticas de João Mangabeira*, v. 1, pp. 494-501, Sen. Federal, 1980.

23 *A Justiça e o Direito Natural*, p. 71.

24 *Ética a Nicômaco*, capítulo V.

25 A. C. Fonseca da Silva, *Equidade e Direito Tributário*, pp. 66 e 89, UnB, 1964.

26 CF, art. 150-II.

27 Cf, art. 152.

28 CF, art. 151-I.

é fator essencial para o estabelecimento de relações estáveis e equilibradas entre os diferentes níveis jurisdicionais político-administrativos”²⁹.

A não-incidência inscrita na Constituição catarinense alcança qualquer serviço rodoviário de passageiro em condições de sofrer tributação do ICMS se não existisse a aludida norma da Constituição estadual limitando a capacidade impositiva do Estado.

A discriminação quanto à procedência ou destino é melhor entendida quando visualizada em termos de atribuição de vantagem a uma unidade da Federação em detrimento de outra, pelo efeito da cumulatividade.

A não-cumulatividade, também vedada pela Constituição³⁰, realiza-se na prática pelos efeitos jurídicos produzidos por um regime de abatimento de créditos³¹. O preceito sob comentário concerne ao modo pelo qual o tributo será recolhido, em ordem a evitar-se tributação em cascata, vezo outrora presente no sistema tributário brasileiro.

BALEIRO escreveu que a tributação cumulativa tornava o imposto “ainda mais regressivo e odioso para as classes de menor capacidade econômica”³². O efeito refletia-se sobretudo no equilíbrio inter-regional. As várias operações de produção e circulação pelas quais passavam uma mercadoria terminava por projetar os seus efeitos econômicos além da fronteira estadual, motivando uma situação de desequilíbrio entre regiões predominantemente consumidoras e regiões predominantemente produtoras.

A não-cumulatividade, à qual se associa forte conotação econômica, ganha ainda mais sentido com a sucessão de duas ou mais operações com a mesma mercadoria. Mas a grande verdade é que o serviço é um bem econômico imaterial consumido no momento em que é adquirido. Há uma coincidência quase perfeita no tempo entre as três etapas: aquisição, produção e consumo. É por esta razão que se diz que o serviço é um “bem

29 R. B. Piscitelli, *O Sistema Tributário da Nova Constituição*, p. 67, Editora UnB.

30 A Constituição Federal reza que o ICMS será “não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal (art. 155, § 2º, inc. I).

31 R. A. Carazza: “não é o imposto que é não-cumulativo, mas, apenas, no cálculo do montante devido a título de ICM deve ser levada em conta a não-cumulatividade, técnica que, em apertada síntese, consiste no abate, em cada operação, do montante cobrado nas operações anteriores. (...) O montante do imposto recolhido em cada operação deve ser levado em conta nos posteriores recolhimentos do ICM, decorrentes da prática de novos negócios jurídicos, realizados através da mesma mercadoria, por outros comerciantes, industriais ou produtores, do mesmo ou de outros Estados”. (RDT 29/30:168).

32 A. Baleiro, *Direito Tributário Brasileiro*, 10ª ed., p. 206.

de consumo presente”³³. Não se pode imaginar circulação de serviço capaz de provocar incidência do ICMS em diferentes etapas.

O raciocínio traz à consideração outro aspecto regulado pela Constituição. É que com o sentido de preservar o equilíbrio regional, ao Senado Federal, cabe estabelecer “as alíquotas aplicáveis às operações e prestações, interestaduais e de exportação”. Faculta-se ainda ao mesmo órgão estabelecer alíquotas mínimas e máximas nas operações internas “para resolver conflito específico que envolva interesse de Estado”. Prevê-se também a possibilidade de as alíquotas internas não poderem ser inferiores às fixadas para as operações interestaduais. O esquema completa-se com a compensação de eventual diferença de alíquotas, em favor do Estado onde se achar localizado o destinatário da mercadoria ou serviço, solucionando-se eventual conflito de interesses entre unidades federadas envolvidas³⁴. Todo esse conjunto de normas somente opera em favor de um equilíbrio de interesses entre Estados. A respeitabilidade desta compreensão brota da coerência lógica do sistema constitucional, que não interfere com a autonomia local senão para resguardar o interesse geral. Isto é intuitivo, ponderoso, fora de qualquer dúvida razoável.

Se a previsão de alíquotas mínimas tem realmente o efeito jurídico de atuar como norma restritiva do poder de exonerar imputado ao Estado, as normas acima aludidas somente produzirão resultados diante de situação conflituosa potencialmente reconhecida. Repita-se que a operação de serviço de transporte de passageiros, pela sua natureza, não é suscetível de gerar o conflito fiscal que a Constituição pretende neutralizar sob vários procedimentos, inclusive no que tange ao mecanismo e forma de isentar.

5. *Isenção sob deliberação conjunta dos Estados-Membros*

Reproduzindo regra da Carta revogada, a Constituição vigente estabelece que “cabe à lei complementar regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados”, no que respeita ao ICMS³⁵.

A extensão dessa regra há de ser esquadrinhada em contraste com os princípios relevantes inscritos no Texto Constitucional. A Lei Complementar n.º 24, de 1975, surgiu com o escopo de implementar o § 6.º, art. 23, da Constituição revogada. Essa LC é hoje de existência legal duvidosa e certamente não opera quanto à “circulação” de serviços, circunstâncias que abrem espaço à competência concorrente do Estado.

As entidades federadas podem se articular mediante convênios através dos quais atuam em cooperação, “tendo em vista o equilíbrio do desen-

33 A. Crew, *Economia*, 2ª ed., p. 48, Labor S.A., Barcelona, 1960.

34 CF, art. 155, § 2º, n.ºs IV a VIII.

35 CF, art. 155, § 2º, n.º XII-g (art. 23, § 6º, da Constituição revogada).

volvimento e do bem-estar em âmbito nacional". A deliberação conjunta acima aludida, pois, depende de regulamentação por lei complementar que estabelecerá "normas para cooperação"³⁶.

Em matéria tributária, a lei complementar tem significado singular. Ela regula essencialmente "conflitos de competência", "limitações constitucionais ao poder de tributar" e estabelece normas gerais sobre preceitos tributários básicos de observância compulsória pelos Estados, Distrito Federal e Municípios³⁷. A LC exerce, assim, um papel restritivo à competência tributária dos Estados nas hipóteses estritamente previstas no Texto Constitucional. As restrições consentidas fundam-se na exigência de uma articulação harmoniosa em níveis horizontal e vertical, de absoluta conveniência para a vida política do País³⁸. Mas exatamente por ser uma restrição à autonomia dos Estados, com sacrifício do federalismo, não pode a lei complementar ser utilizada para disciplinar matéria fora do escopo constitucional.

Fora dos casos rigidamente enumerados, a lei complementar não se presta a inibir, restringir ou reduzir a competência do Estado para exonerar. Assumir o contrário é admitir que a União Federal possa, por caminho travesso, conceder isenção de tributos estaduais ou municipais à margem da Carta da República.

A LC n.º 24 dispõe sobre convênios para concessão de isenções do ICM (não do ICMS). Essa lei revelou-se de discutida constitucionalidade nos tópicos nela regulados sobre ratificação de convênio por decreto do Executivo estadual e na extensão da isenção³⁹. Embora a Suprema Corte tenha no passado reconhecido a constitucionalidade da dita lei, não se pode hoje assumir como tranqüila a sua existência em face da nova ordem, que é rasoura — no dizer de Pontes de Miranda — recortando o direito anterior para que só subsista o que é compatível com a nova estrutura e as novas regras constitucionais⁴⁰.

Duas referências notáveis, portanto, devem ser aqui reforçadas: a Constituição vigente nitidamente restringe as hipóteses de interferência da União nos governos locais; na hipótese singular de isenção do ICMS a LC atenderá somente a uma situação conflituosa e operará no domínio da forma pela qual se processa a isenção⁴¹.

36 CF, art. 23, parágrafo único.

37 CF, art. 146.

38 C. Fonseca, *Rev. da Fac. Dir. de Caruaru*. 17:293-305.

39 Artigo 4º, §§ 2º e 1º

40 *Comentários à Constituição de 1946*, vol. IV, p. 19.

41 Parece haver uma diferença de alcance na redação do disposto no art. 23, § 6º da Constituição anterior comparado com o correspondente dispositivo da Constituição vigente. Dizia aquele que as isenções do ICM eram "concedidas ou revogadas nos termos fixados em convênios, celebrados e ratificados pelos Estados, segundo o disposto em lei complementar". A diferença sugere uma variação entre substância e forma.

A forma não pode ser privilegiada ao extremo de mutilar o conteúdo. Este, no senso comum, e o juízo razoavelmente extraído das categorias postas ou plasmadas no texto legal ou constitucional. As categorias, no domínio do entendimento jurídico, determinam a acidentalidade da forma que de ordinário se agrega à substância categorizada para dar-lhe vida ou operacionalidade. Em outras palavras, tendo a lei complementar o escopo de regular forma, é inaceitável que os seus efeitos possam sobrepor-se aos comandos substanciais dos princípios basilares subjacentes na disciplina da repartição das competências das entidades federadas.

Quanto à situação de conflito, os Estados poderão por convênio, e a modo de coordenação do desenvolvimento articulado, implementar medidas que neutralizem eventuais desequilíbrios, dentro de um processo submetido a regulamentação por lei complementar, respeitada obviamente a autonomia⁴² de cada uma das unidades federadas. Essa autonomia atua como obstáculo à expansão indevida da lei complementar quando, sob o pretexto de estabelecer normas gerais, usurpar a competência tributária local⁴³. Onde não existe situação potencial ou concreta de conflito a LC não opera, não tem ela utilidade, não se realiza jamais. Nesta circunstância, ocasional interferência da lei complementar fará despontar odiosa afronta à Lei Maior.

Viu-se que a operação de serviço de transporte de passageiros não dá espaço à tributação cumulativa. Essa característica particular anula qualquer tentativa de, lançando-se escolho à competência exonerativa do Estado, se pretender aplicar norma complementar sem fundamento constitucional.

Cumpra ainda argumentar que a LC 24, de 1975, se subsistente, somente pode alcançar matéria relativa à circulação de mercadorias, escapando do seu âmbito de regulamentação tudo que diga respeito à "circulação" de serviço, porque a figura do ICMS é produto da Constituição de 1988. Na ausência de lei complementar eficaz o Estado é livre para atuar no terreno da sua competência concorrente⁴⁴.

42 A função do convênio como instrumento de cooperação é a execução das leis, sendo estas uma expressão da autonomia das unidades federadas.

43 Cf. A. M. da Cruz, o IPI — *Limites Constitucionais*, p. 48.

44 Ao Estado é conferida a faculdade de, atendendo a interesses particulares, legislar sobre algum assunto fiscal específico em princípio regulamentável pelo Poder Central. A competência concorrente permite ao Estado preencher um vazio supletivamente ou em plenitude, se ausentes — nesta última hipótese — normas gerais do Poder Central. CF, art. 24-I e §§ 1º e 3º

A comentada isenção, como já se disse, foi estabelecida em consideração a interesses particulares do Estado. Admita-se que somente por deliberação dos Estados fundada em convênio a isenção pudesse ser concedida. Admita-se também não existir LC particularmente eficaz, porque a LC n.º 24 não abrange circulação de serviço (além de essa operação ser neutra quanto a conflito de interesses interestaduais). Estas circunstâncias autorizam o Estado a legislar concorrentemente. Sob este título, a isenção concedida na Constituição catarinense não significa nenhuma afronta à Lei Maior, assumindo a respectiva norma exonerativa caráter de legislação concorrente.

6. *Veículo de exoneração: Constituição ou lei ordinária, uma questão formal*

Fazer da Constituição instrumento de “isenção” tributária nunca recebeu objeção séria, ainda que a isenção por via de lei ordinária melhor atenda à preferência conceitual da doutrina.

Tudo o que cai no texto da Constituição constitucional é. A classificação das normas em constitucionalmente materiais e formais, tendo em conta os assuntos por elas endereçados, não parece oferecer nenhuma utilidade prática. Assume-se que certas normas, pelas conotações que carregam ou pelas associações de idéias que suscitam no espírito do jurista, revelam um peso não conferido a outras normas constitucionais. Uma vez inseridas no mesmo texto, porém, todas recebem a mesma adjetivação e sujeitam-se a igual processo de revisão.

Qualquer censura sobre o que a Constituição estadual contém somente ganha significado no que concerne às competências locais, avaliadas à luz da Carta da República. Criar obrigação tributária, é certo, pertence à lei ordinária. Dir-se-fa, por isso, que não seria de boa técnica isentar senão igualmente através de lei. Mas o valor auxiliar da técnica não invalida a “isenção” constitucional.

Sob o ponto de vista meramente formal, portanto, não há nada capaz de afetar a não-incidência do ICMS “sobre os serviços de transporte rodoviário de passageiros” inscrita na Constituição do Estado de Santa Catarina, que se mostra fiel ao modelo federal.

Em conclusão, aquilo que ostensivamente é adotado pela Constituição Federal não pode ser entendido como negado ao constituinte estadual sem vedação expressa ou implícita. Não se vê inconstitucionalidade da exoneração em apreço, posta a salvo de todas as limitações examinadas.

IRPJ - Lei n.º 8.383, de 30-12-91

OSWALDO OTHON DE PONTES SARAIVA FILHO
Procurador Judicial da Procuradoria-Geral da
Fazenda Nacional. Advogado em Brasília.

SUMÁRIO

1. *Introdução.* 2. *Controvérsia sobre a publicação da Lei nº 8.383/91.* 3. *Sistemática legal.* 4. *A Constitucionalidade do questionado Diploma Legal.* 5. *Conclusão.*

1. *Introdução*

Muito se tem questionado acerca da constitucionalidade da incidência das alterações emanadas pela Lei n.º 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ao Imposto de Renda das pessoas jurídicas, no que respeita tanto aos fatos geradores ocorridos em 31 de dezembro de 1991, como até mesmo aos fatos geradores a suceder a partir de 31 de janeiro de 1992.

Alguns tributaristas e contribuintes alegam que preceitos do supracitado Diploma Legal teriam descurado os princípios da anterioridade e da irretroatividade da lei tributária e a proteção ao fato jurídico perfeito.

Concebem, então, que as pessoas jurídicas deveriam ser eximidos de realização de balancetes trintídios, de pagamento mensal do Imposto de Renda e, ainda, da indexação do gravame em UFIR's.

2. *Controvérsia acerca da publicação da Lei n.º 8.383/91*

A justificativa para a alegação de lesão aos preceptivos dos arts. 5.º, XXXVI, e 150, III, *a* e *b*, ambos da Constituição Federal, por parte da

Lei n.º 8.383, de 30 de dezembro de 1991, reside, unicamente, na acintosa controvérsia de que o acoimado Diploma Legal só poderia ser tido como publicado em 2 de janeiro de 1992.

Asseveram que, embora a Lei n.º 8.383, de 30-12-91, conste publicada no *DOU* de 31-12-91, teria sido impossível sua circulação naquele dia, uma vez que o expediente da Imprensa Nacional teria se encerrado às 18 horas; assim, o propalado *Diário Oficial* somente teria circulado no dia 2 de janeiro de 1992, “quando pôde ser distribuído aos contribuintes”.

De logo, impende de esclarecer que, em 31-12-91, foram publicadas, em função da quantidade de artigos nelas contidos, duas edições do *Diário Oficial da União*: a de n.º 253 e a de n.º 253-A.

Do Sumário do n.º 253 do *DOU* de 31 de dezembro de 1991, verifica-se que a Lei n.º 8.383, de 30 de dezembro de 1991, editada às fls números 31138/31146, nele se encontra.

O *Diário Oficial da União*, de n.º 253-A, tem como ato inicial a Lei n.º 8.384, também de 30-12-91, na pág. 31153.

Para estabelecer a verdade, basta transcrevermos trechos da declaração expedida pela Imprensa Nacional, subscrita por seu Diretor-Geral, em resposta a requerimento por nós formulado, *ad litteram*:

“Declaro, para os devidos fins, e atendendo solicitação do Doutor OSWALDO OTHON DE PONTES SARAIVA FILHO — Procurador da Fazenda Nacional, que:

— o *Diário Oficial da União*, Seção I, do dia trinta e um de dezembro de um mil novecentos e noventa e um que dentre outros publicou o texto da Lei n.º 8.383/91 e Lei Complementar n.º 70/91, foi colocado em circulação no mesmo dia, encontrando-se disponível para comercialização na Seção de Vendas deste órgão, por meio de funcionários do setor, a partir das vinte horas e quarenta e cinco minutos até às vinte e quatro horas;

— o *Diário Oficial da União* foi retirado das dependências deste órgão, a partir das vinte horas e quarenta e cinco minutos, por todas as emissoras de televisão que noticiaram e apresentaram, ao vivo, naquele mesmo dia, um exemplar do referido jornal: *TV Nacional, TVS, Rede Globo*, naquela oportunidade, foi noticiado que os interessados na aquisição do *DOU* poderiam se dirigir à Imprensa Nacional que encontrava-se de plantão, até a meia-noite. Este órgão dispõe de gravações dessas matérias. Além

disso, foi remetido exemplares à Presidência da República e ao Ministério da Justiça, tendo sido registrado vendas e distribuições de exemplares.

.....

Brasília, 24 de julho de 1992.

Enio Tavares da Rosa, Diretor-Geral da Imprensa Nacional.”

Ora, como restou comprovado, a Lei n.º 8.383, de 30-12-91, foi publicada no *DOU* n.º 253, de 31-12-91, tendo sido esta edição colocada em circulação no mesmo dia, tendo sucedido vendas e distribuições de exemplares; assim, insofismavelmente, está assegurada a vigência da acoimada lei em 31 de dezembro de 1991.

Aduza-se que o art. 101 do Código Tributário Nacional dispõe que, em regra, a vigência, no espaço e no tempo, da legislação tributária rege-se pelas disposições legais aplicáveis às normas jurídicas em geral.

A ab-rogada Lei de Introdução ao Código Civil, em função da vastidão do País e das dificuldades de comunicação da época, estabelecia o sistema do prazo progressivo, isto é, tornava-se a lei obrigatória em momentos distintos, nas diversas partes do território nacional em função de sua distância relativamente à Capital Federal.

A vigente Lei de Introdução (Decreto-Lei n.º 4.567, de 4-9-42) perfilha, ao contrário, o início da obrigatoriedade sob a égide do princípio do prazo único ou simultâneo, dispondo o seu art. 1.º que, salvo disposição em contrário, a lei começa a vigorar, simultaneamente em todo território nacional, 45 dias depois de sua publicação.

A maioria dos Diplomas Legais determina o início da vigência no dia de sua publicação.

Uma vez oficialmente publicada, a lei está em vigor, obrigando a todos, podendo incidir, ou seja, ser aplicada, bastando, para tanto, que se materialize o seu suporte fático.

Portanto, no Brasil, a publicação se realiza através do *Diário Oficial*, em que o texto da lei vem estampado, gerando a presunção de conhecimento *erga omnes*.

Aliás, antigos juristas já proclamaram que o conhecimento da lei constitui *praesumptio iuris et de iure*, ou mesmo advém da *fiction iuris*, decorrente da publicação da lei.

Neste ponto, cabe transcrever o magistério de CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA, in *Instituições de Direito Civil*, volume I, 5.ª ed., Rio

de Janeiro, 1976, pág. 116, acerca do princípio da obrigatoriedade das leis oficialmente publicadas, vale repisar, em vigor, *ipsis verbis*:

“Os juristas modernos preferiram encarar a realidade e focalizar o problema à luz da verdade objetiva. A lei é obrigatória, a lei tem que ser obedecida, não por motivo de um conhecimento presumido ou ficto, mas para que seja possível a convivência social. A lei é obrigatória por uma razão de interesse da própria vida social organizada. Quando a Lei de Introdução ao Código Civil declara que ninguém se escusa de cumprir a lei, sob a alegação de que não a conhece, está pura e simplesmente proclamando o princípio de que ela é obrigatória para todos, ainda para aqueles que efetivamente a ignoram. O interesse da segurança jurídica, como acentua FERRARA, impõe e exige este sacrifício, que não é menor nem mais suave, se se parte da falsa presunção de conhecimento. Partindo deste cânon, que é fundamental, e que se inspira em uma razão, de conveniência, institui-se o princípio da obrigatoriedade em termos realistas. A lei é obrigatória, deve ser cumprida, tem de ser obedecida por todos, cultos ou incultos, conheçam ou desconheçam os seus dispositivos, porque assim o exigem razões mais altas de interesse público. Pelo mesmo fundamento é inacolhível a escusativa de sua ignorância...”

Contudo, o que importa reconhecer é que, evidentemente, a vigente Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro não pretendeu que a obrigatoriedade de um determinado diploma legal, devidamente publicado, com os exemplares do respectivo *Diário Oficial* tendo sido colocado à disposição dos interessados para comercialização na repartição própria na Capital Federal, somente se iniciaria a partir da remessa dos referidos exemplares para os seus assinantes, por parte da ECT, nos vários locais do País.

Neste capítulo, cabe, apenas, adiantar que, como na realidade, a Lei n.º 8.383, de 30-12-91, foi publicada, e, portanto, entrou em vigor no dia 31-12-91, tendo, efetivamente, a edição do *DOU* que a continha tido circulado neste mesmo dia, não há de se falar em lesão aos princípios da anterioridade e da irretroatividade da lei tributária — mesmo porque seus malsinados preceitos não trazem instituição de tributo novo ou aumento de tributo —, nem de dano ao direito adquirido ou ao ato jurídico perfeito, mesmo em relação ao fato gerador que ocorreu no último momento do ano-base de 1991, recordando-se que o verbete da Súmula n.º 584 do Supremo Tribunal Federal, perfeitamente compatível ao caso, é no sentido de que “ao imposto de renda calculado sobre os rendimentos do ano-base, aplica-se a lei vigente no exercício financeiro em que se deve ser apresentada a declaração”.

3. Sistemática legal

A Lei n.º 8.383, de 30-12-91, nos seus artigos 38 a 51 e em alguns preceitos das Disposições Finais e Transitórias, traz importantes alterações no tratamento fiscal do imposto de renda das pessoas jurídicas, destacando-se, além da indexação em UFIR, o estabelecimento, em regra, da apuração e pagamento do gravame no regime de base correntes com incidência mensal do imposto.

Transcrevam-se alguns dos supracitados preceptivos legais:

“Art. 38. A partir do mês de janeiro de 1992, o imposto de renda das pessoas jurídicas será devido mensalmente, à medida em que os lucros forem auferidos.

§ 1.º Para efeito do disposto neste artigo, as pessoas jurídicas deverão apurar, mensalmente, a base de cálculo do imposto e o imposto devido.

§ 2.º A base de cálculo do imposto será convertida em quantidade de UFIR diária pelo valor desta no último dia do mês a que corresponder.

§ 3.º O imposto devido será calculado mediante a aplicação da alíquota sobre a base de cálculo expressa em UFIR.

§ 4.º Do imposto apurado na forma do parágrafo anterior a pessoa jurídica poderá diminuir:

a) os incentivos fiscais de dedução do imposto devido, podendo o valor excedente ser compensado nos meses subsequentes, observados os limites e prazos fixados na legislação específica;

b) os incentivos fiscais de redução e isenção do imposto, calculados com base no lucro da exploração apurado mensalmente;

c) o imposto de renda retido na fonte sobre receitas computadas na base de cálculo do imposto.

§ 5.º Os valores de que tratam as alíneas do parágrafo anterior serão convertidos em quantidade de UFIR diária pelo valor desta no último dia do mês a que corresponderem.

§ 6.º O saldo do imposto devido em cada mês será pago até o último dia útil do mês subseqüente.

§ 7.º O prejuízo apurado na demonstração do lucro real em um mês poderá ser compensado com o lucro real dos meses subseqüentes.

§ 8.º Para efeito de compensação, o prejuízo será corrigido monetariamente com base na variação acumulada da UFIR diária.

§ 9.º Os resultados apurados em cada mês serão corrigidos monetariamente (Lei n.º 8.200, de 1991).

Art. 39. As pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real poderão optar pelo pagamento, até o último dia útil do mês subseqüente do imposto devido mensalmente, calculado por estimativa, observado o seguinte:

I — nos meses de janeiro a abril, o imposto estimado corresponderá, em cada mês, a um duodécimo de imposto e adicional apurados em balanço ou balancete anual levantado em 31 de dezembro do ano anterior ou, na inexistência deste, a um sexto do imposto e adicional apurados no balanço ou balancete semestral levantado em 30 de junho do ano anterior;

II — nos meses de maio a agosto, o imposto estimado corresponderá, em cada mês, a um duodécimo do imposto e adicional apurados no balanço anual de 31 de dezembro do ano anterior;

III — nos meses de setembro a dezembro, o imposto estimado corresponderá, em cada mês, a um sexto do imposto e adicional apurados em balanço ou balancete semestral levantado em 30 de junho do ano em curso.

§ 1.º A opção será efetuada na data do pagamento do imposto correspondente ao mês de janeiro e só poderá ser alterada em relação ao imposto referente aos meses do ano subseqüente.

§ 2.º A pessoa jurídica poderá suspender ou reduzir o pagamento do imposto mensal estimado, enquanto balanços ou balancetes mensais demonstrarem que o valor acumulado já pago excede o valor do imposto calculado com base no lucro real do período em curso.

§ 3.º O imposto apurado nos balanços ou balancetes será convertido em quantidade de UFIR diária pelo valor desta no último dia do mês a que se referir.

§ 4.º O imposto de renda retido na fonte sobre rendimentos computados na determinação do lucro real poderá ser deduzido do imposto estimado de cada mês.

§ 5.º A diferença entre o imposto devido, apurado na declaração de ajuste anual (art. 43), e a importância paga nos termos deste artigo será:

a) paga em quota única, até à data fixada para a entrega da declaração de ajuste anual, se positiva;

b) compensada, corrigida monetariamente, com o imposto mensal a ser pago nos meses subsequentes ao fixado para a entrega da declaração de ajuste anual, se negativa, assegurada a alternativa de requerer a restituição do montante pago indevidamente.

Art. 40. Poderá optar pela tributação com base no lucro presumido a pessoa jurídica cuja receita bruta total (operacional somada à não-operacional) tenha sido igual ou inferior a trezentos mil UFIR no mês da opção ou a três milhões e seiscentas mil UFIR no ano anterior, ressalvado o disposto no § 1.º

§ 1.º Não poderá optar pela tributação com base no lucro presumido a pessoa jurídica cujo lucro, no ano anterior, tenha sido submetido ao adicional de que trata o art. 25 da Lei n.º 7.450, de 23 de dezembro de 1985.

§ 2.º A opção pela tributação com base no lucro presumido será efetuada no mês de janeiro ou no mês de início das atividades da pessoa jurídica e só poderá ser alterada a partir de janeiro do ano seguinte.

§ 3.º Os eventuais excessos de receita bruta verificados em meses subsequentes àquele em que houver sido exercida a opção não implicará modificação do regime de tributação dentro do mesmo ano.

§ 4.º O limite da receita bruta será calculado tomando-se por base as receitas mensais, divididas pelos valores da UFIR nos meses correspondentes.

§ 5.º Verificada, durante o ano-calendário, receita bruta superior a três milhões e seiscentas mil UFIR, a pessoa jurídica passará, no ano subsequente, a ser tributada com base no lucro real.

§ 6.º O limite de que trata o parágrafo anterior será proporcional ao número de meses de funcionamento da pessoa jurídica durante o ano em que iniciar suas atividades.

§ 7.º O lucro presumido será determinado mediante a aplicação dos seguintes percentuais:

a) trinta por cento da receita bruta da prestação de serviços; e

b) três inteiros e cinco décimos por cento da receita bruta das demais atividades.

§ 8.º O lucro presumido, apurado na forma do parágrafo anterior, será convertido em quantidade de UFIR pelo valor diário desta no último dia do mês a que corresponder.

§ 9.º O imposto será calculado sobre o valor mensal do lucro presumido expresso em quantidade de UFIR.

§ 10. O imposto e a contribuição social (Lei n.º 7.689, de 1988), apurados em cada mês, serão pagos até o último dia útil do mês subsequente.

.....

Art. 41. A tributação com base no lucro arbitrado somente será admitida em caso de lançamento de ofício, observadas a legislação vigente e as alterações introduzidas por esta Lei.

§ 1.º O lucro arbitrado e a contribuição social serão apurados mensalmente.

.....

§ 3.º A contribuição social sobre o lucro das pessoas jurídicas tributadas com base no lucro arbitrado será devida mensalmente.

Art. 42. O limite da receita bruta anual previsto para a isenção das microempresas (Lei n.º 7.256, de 27 de novembro de 1984) passa a ser de noventa e seis mil UFIR.

§ 1.º O limite da receita bruta será calculado tomando-se por base as receitas mensais, divididas pelos valores da UFIR vigente nos meses correspondentes.

.....

§ 4.º O imposto de que trata o parágrafo anterior, convertido em quantidade de UFIR pelo valor desta no mês em

que o rendimento tiver sido pago, poderá ser compensado com o devido na declaração de ajuste anual do beneficiário.

Art. 43. As pessoas jurídicas deverão apresentar, em cada ano, declaração de ajuste anual consolidando os resultados mensais auferidos nos meses de janeiro a dezembro do ano anterior, nos seguintes prazos:

I — até o último dia útil do mês de março, as tributadas com base no lucro presumido;

II — até o último dia do mês de abril, as tributadas com base no lucro real;

III — até o último dia do mês de junho, as demais.

Parágrafo único. Os resultados mensais serão apurados, ainda que a pessoa jurídica tenha optado pela forma de pagamento do imposto e adicional referido no art. 39.

Art. 46. As pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real poderão depreciar, em vinte e quatro quotas mensais, o custo de aquisição ou construção de máquinas e equipamentos novos, adquiridos entre 1.º de janeiro de 1992 e 31 de dezembro de 1993, utilizados em processo industrial da adquirente.

§ 1.º A parcela da depreciação acelerada que exceder à depreciação normal constituirá exclusão do lucro líquido e será escriturada no livro de apuração do lucro real.

§ 2.º O total da depreciação acumulada, incluída a normal e a parcela excedente, não poderá ultrapassar o custo de aquisição do bem, corrigido monetariamente.

§ 3.º A partir do mês em que for atingido o limite de que trata o parágrafo anterior, a depreciação normal, corrigida monetariamente, registrada na escrituração comercial, deverá ser adicionada ao lucro líquido para determinar o lucro real.

§ 4.º Para efeito do disposto nos §§ 2.º e 3.º deste artigo, a conta de depreciação excedente à normal, registrada no livro de apuração do lucro real, será corrigida monetariamente.

§ 5.º As disposições contidas neste artigo aplicam-se às máquinas e equipamentos objeto de contratos de arrendamento mercantil.

Art. 47. Desde que autorizada pelo Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, a pessoa jurídica tributada com

base no lucro real poderá deduzir como despesa operacional o custo de construções e benfeitorias realizadas, com a aprovação do órgão governamental competente, em bens públicos de uso comum ou vinculados a serviços públicos ou utilidade pública.

.....
Art. 51. Os balanços ou balancetes referidos nesta Lei deverão ser levantados com observância das leis comerciais e fiscais transcritos no *Diário Oficial* ou no Livro de Apuração do Lucro Real.

.....
Art. 59. Os tributos e contribuições administrados pelo Departamento da Receita Federal, que não forem pagos até a data do vencimento, ficarão sujeitos à multa de mora de vinte por cento e a juros de mora de um por cento ao mês-calendário ou fração, calculados sobre o valor do tributo ou contribuição corrigido monetariamente.

§ 1.º A multa de mora será reduzida a dez por cento, quando o débito for pago até o último dia do mês subsequente ao do vencimento.

§ 2.º A multa incidirá a partir do primeiro dia após o vencimento do débito; juros, a partir do primeiro dia subsequente.

.....
"Art. 62. O § 2.º do art. 11 e os arts. 13 e 14 da Lei n.º 8.218, de 1991, passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 11.

§ 1.º

§ 2.º O Departamento da Receita Federal expedirá os atos necessários para estabelecer a forma e o prazo em que os arquivos e sistemas deverão ser apresentados.

Art. 13. A não-apresentação dos arquivos ou sistemas até o trigésimo dia após o vencimento do prazo estabelecido implicará o arbitramento do lucro da pessoa jurídica, sem prejuízo da aplicação das penalidades previstas no artigo anterior.

Art. 14. A tributação com base no lucro real somente será admitida para as pessoas jurídicas que mantiverem, em boa ordem e segundo as normas contábeis recomendadas, livro ou fichas utilizados para resumir e totalizar, por conta ou subconta, os lançamentos efetuados no Diário (Livro Razão), mantidas as demais exigências e condições previstas na legislação.

Parágrafo único. A não-manutenção do livro de que trata este artigo, nas condições determinadas, implicará o arbitramento do lucro da pessoa jurídica."

"Art. 66. Nos casos de pagamento indevido cu a maior de tributos e contribuições federais, inclusive previdenciárias, mesmo quando resultante de reforma, anulação, revogação ou rescisão condenatória, o contribuinte poderá efetuar a compensação desse valor no recolhimento de importância correspondente a períodos subsequentes.

§ 1.º A compensação só poderá ser efetuada entre tributos e contribuições da mesma espécie.

§ 2.º É facultado ao contribuinte optar pelo pedido de restituição.

§ 3.º A compensação ou restituição será efetuada pelo valor do imposto ou contribuição corrigido monetariamente com base na variação da UFIR.

Art. 71. As pessoas jurídicas de que trata o art. 1.º do Decreto-Lei n.º 2.397, de 21 de dezembro de 1987, que preenchem os requisitos dos incisos I e II do art. 40, poderão optar pela tributação com base no lucro presumido.

Parágrafo único. Em caso de opção, a pessoa jurídica pagará o imposto correspondente ao ano-calendário de 1992, obedecendo ao disposto no art. 40, sem prejuízo do pagamento do imposto devido por seus sócios no exercício de 1992, ano-base de 1991.

Art. 79. O valor do imposto de renda incidente sobre o lucro real, presumido ou arbitrado, da contribuição social sobre o lucro (Lei n.º 7.713, de 1988, art. 35), relativos ao exercício financeiro de 1992, período-base de 1991, será convertido em quantidade de UFIR diária, segundo o valor desta no dia 1.º de janeiro de 1992.

Parágrafo único. Os impostos e a contribuição social, bem como cada duodécimo ou quota destes, serão reconvertidos em cruzeiros mediante a multiplicação da quantidade de UFIR diária pelo valor dela na data do pagamento.

Art. 89. As empresas que optarem pela tributação com base no lucro presumido deverão pagar o imposto de renda da pessoa jurídica e a contribuição social sobre o lucro (Lei n.º 7.689, de 1988):

I — relativos ao período-base de 1991, nos prazos fixados na legislação em vigor, sem as modificações introduzidas por esta Lei;

II — a partir do ano-calendário de 1992, segundo o disposto no art. 40.

Art. 90. A pessoa jurídica que, no ano-calendário de 1991, tiver auferido receita bruta total igual ou inferior a um bilhão de cruzeiros optar pela tributação com base no lucro presumido no ano-calendário de 1992.

.....
Art. 97. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação e produzirá efeitos a partir de 1.º de janeiro de 1992.”

4. A constitucionalidade do questionado *Diploma Legal*

O art. 153, III, da Constituição Federal atribui competência tributária plena para a União legislar sobre o imposto de renda e proventos de qualquer natureza.

No uso deste poder, à União, no que concerne ao imposto de renda das pessoas jurídicas, pode, através de lei ordinária, dispor sobre o período de apuração e, conseqüentemente, determinar o respectivo fato gerador, bases de cálculo, o sujeito passivo, as alíquotas, obrigações acessórias, tudo, aliás, como autoriza o art. 97 do Código Tributário Nacional.

A propósito, como leciona CARLOS MAXIMILIANO, no seu clássico *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 11.ª ed., RJ, Forense, 1991, p. 312: “Quando a Constituição confere poder real ou prescreve dever, franqueia também, implicitamente, todos os poderes particulares, necessários para o exercício de um ou cumprimento de outro. É força não seja a lei fundamental casuística, não desça a minúcias, catalogando poderes especiais, esmerilhando providências. Seja entendida inteligentemente: se teve em mira os fins, fornecem meios para os atingir.”

O art. 146, III, da Lei Suprema, dispõe que cabe à lei complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, incluindo a definição dos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes dos impostos discriminados na Constituição, a obrigação, lançamento e crédito tributários.

Contudo, ROQUE ANTÔNIO CARRAZA, in *Curso de Direito Constitucional Tributário*, 3.ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 1991, p. 397, leciona que “o art. 146 da CF, se interpretado sistematicamente, não dá margem a dúvidas: a competência para editar normas gerais em matéria de legislação tributária desautoriza a União a descer ao detalhe,

isto é, a ocupar-se com peculiaridades da tributação de cada pessoa política. Entender o assunto de outra forma poderia desconjuntar os princípios federativos...”.

Assim, observadas as vedações de cobrança do imposto em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência que o houver instituído ou aumentado (princípio da irretroatividade da lei tributária — art. 150, III, *a*, da CF), de cobrança do imposto no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que o instituiu ou majorou (princípio da autoridade tributária — art. 150, III, *b*, da CF), de aplicação de lei retroativa com descumprimento ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito (art. 5.º, XXXVI, da CF), inexistente na Carta Magna qualquer obstáculo a que lei ordinária federal fixe o regime de tributação dos lucros das pessoas jurídicas, seja ele em bases mensais, semestrais ou anuais.

Outrossim, no plano do Código Tributário Nacional inexistente qualquer óbice.

De fato, nos termos do art. 43 do CTN, o imposto de renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda, assim compreendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos e de proventos, isto é, os demais acréscimos patrimoniais de qualquer natureza que não se comportem no conceito de renda.

De conformidade com o art. 105 da mesma Lei Complementar. “A legislação tributária aplica-se imediatamente aos fatos geradores futuros e aos pendentes, assim entendidos aqueles cuja ocorrência tenha tido início mas não esteja completa nos termos do art. 116”.

O aludido art. 116 do CTN dispõe que “salvo disposição legal em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos — tratando-se de situação de fato, desde o momento em que se verifiquem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios; tratando-se da situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos do direito aplicável”.

Recorde-se, ainda, que o § 2.º, do art. 144, do CTN, determina que, em relação aos impostos lançados por períodos certos de tempo, a respectiva lei detém competência para fixar expressamente a data em que o fato gerador se considera ocorrido.

Segundo AMILCAR DE ARAÚJO FALCÃO, em obra denominada *Fato Gerador da Obrigação Tributária*, Ed. Revista dos Tribunais — SP, 1977:

“Instantâneos são os fatos geradores que ocorrem em um dado momento de tempo e que, cada vez que surgem, dão lugar

a uma relação obrigacional autônoma. Complexivos ou periódicos (*fattispecie continuativa, segundo Vanoni*) são os fatos geradores cujo ciclo de formação se completa dentro de um determinado período de tempo e que consistem num conjunto de fatos, circunstâncias ou acontecimentos globalmente considerados”.

“Dentro dessa ordem de idéias é que será possível decidir, em direito intertemporal, se está em presença ou não de um caso de aplicação retroativa da lei tributária.

É que, tratando-se de fatos instantâneos, a alíquota a aplicar será aquela legalmente prevista à data da realização de cada fato gerador. Se, inversamente, se estiver em presença de um fato gerador complexivo, ocorrendo majoração da alíquota durante o curso da formação do fato gerador, a alíquota a aplicar é a legalmente prevista na data “em que se completa o respectivo ciclo de formação ou perfeição do fato” (chamada hipótese de Pseudo-Retroatividade).”

Portanto, impende acolher o critério jurídico que assimila o fato gerador do imposto de renda como complexo e periódico, pois se constitui de um conjunto de fatos, considerados pela lei num determinado período de tempo, que se completa, exatamente, com a exaustão desse espaço temporal. Enquanto não ocorra efetivamente a incidência, o fato gerador permanece pendente, ou seja, incorrido, e a lei que venha a ser editada antes desse termo final abrangerá, indubitavelmente, todos os fatos que se juntaram para constituir o fato gerador.

Destarte, o fato gerador do imposto de renda das pessoas jurídicas, complexivo na sua gênese, se constituiu pela aquisição do lucro, apurado num certo lapso de tempo, que a lei ordinária estabelece.

Até 31 de dezembro de 1991, a sistemática de cálculo e cobrança do IRPJ baseava-se em um fato gerador anual, ocorrido à meia-noite do último dia de cada ano, tendo por base de cálculo o lucro apurado no ano-base correspondente ao ano-calendário findo na data da ocorrência do fato gerador (Lei n.º 7.450, de 23-12-85).

Como vimos nos transcritos artigos 35 e seguintes da focalizada Lei, a partir do mês de janeiro de 1992, o regime de tributação do IRPJ passa a ser mensal; assim o referido gravame passa a ser devido mensalmente, com base nos lucros auferidos em cada mês, significa dizer, após sucedido o fato gerador, devendo, em regra, as pessoas jurídicas apurar, rigorosamente, a base de cálculo do imposto e o imposto devido.

Algumas pessoas jurídicas poderão optar pela tributação calculada por estimativa (art. 39) e com base no lucro presumido (art. 40). Se satis-

fizerem os requisitos previstos pela Lei e não optarem, deverão, obrigatoriamente, apurar os resultados, mês a mês, através de balancetes. Já a tributação com base no lucro arbitrado será admitida no caso de lançamento de ofício, a ela se submetendo a pessoa jurídica que não mantém escrituração de conformidade com os preceitos legais, tudo em diapasão com o art. 44 do CTN.

Cumpra mencionar que a Portaria GM/MEFP/N.º 441, de 27-5-92 (DOU de 28-5-92), com sucedâneo no art. 94, parágrafo único, da Lei n.º 8.383, de 30-12-91, faculta às pessoas jurídicas tributadas pelo lucro real, que optaram pelo cálculo do imposto por estimativa, a substituição da consolidação dos resultados mensais por consolidação de resultados semestrais no ano-calendário de 1992.

No que tange à indexação do IRPJ em UFIR, insta lembrar que a jurisprudência assente do Augusto Supremo Tribunal Federal, formada quando do exame da Lei n.º 4.357, de 16-7-64, que institui a correção monetária dos débitos fiscais, é no sentido de ser admitida a incidência imediata da atualização desses débitos, ainda que formados em período anterior que a instituiu, desde que calculada a partir da data de sua publicação.

Transcreve-se, a este respeito, o seguinte *Decisum* do STF, *verbis*:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 73.597 — ES
(Segunda Turma)

Relator: O Sr. Ministro Bilac Pinto.
Recorrente: Bousquet Auto Peças S.A.
Recorrido: Estado do Espírito Santo.

I. C. M.

1. Não há ilegalidade na cobrança do tributo por dois Estados, se num e noutro ocorrem fatos geradores distintos.
2. A lei instituidora da correção monetária tem eficácia imediata e incide, a partir de sua vigência, sobre todo e qualquer crédito tributário, ainda que constituído anteriormente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, não conhecer do recurso.

Brasília, 5 de outubro de 1972. — Thompson Flores, Presidente. — Bilac Pinto, Relator." (RTJ n.º 63, p. 514.)

Impende recordar que o Pretório Excelso entendeu que a expressão *estar em vigor*, no texto do § 29, do art. 153, da Carta Política de 1967, significa ter sido publicada (RE n.º 85.829-SP, publ. in RTJ n.º 80, pp. 296 a 300).

Repita-se que o Egrégio Supremo Tribunal fixou o entendimento de que "Ao imposto de renda calculado sobre os rendimentos de ano-base, aplica-se a lei vigente no exercício financeiro em que deve ser apresentada a declaração". (Súmula n.º 584.)

Este critério jurídico vem sendo adotado, de forma mansa e pacífica, pela Corte Suprema, como demonstra a seguinte Ementa:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 104.259-RJ

(Segunda Turma)

Relator: O Sr. Ministro Cordeiro Guerra.

Recorrente: Fios e Cabos Plásticos do Brasil S.A.

Recorrida: União Federal

Imposto de Renda. Embora percebidos no ano-base, os rendimentos estão sujeitos à tributação segundo a lei vigente no exercício financeiro a que ela se referir — jurisprudência substanciada na Súmula 584. RE não conhecido." (in RTJ n.º 115, p. 1.336.)

Como já restou demonstrado, a Lei n.º 8.383/91 foi publicada, com a circulação do *Diário Oficial* que a estampou no dia 31-12-91, passando a ter obrigatoriedade antes da meia-noite do dia 31-12-91, momento da ocorrência do fato gerador do IRPJ referente ao ano-base de 1991, exercício de 1992, e, evidentemente, antes dos fatos geradores a sucederem a partir de 31 de janeiro de 1992, portanto, não há de se cogitar, no caso vertente, de lesão ao direito adquirido ou ao ato jurídico perfeito, nem de dano aos princípios constitucionais da tributação da anterioridade e da irretroatividade.

Neste ponto, insta enfrentarmos a interpretação do art. 97 da Lei n.º 8.383, de 30-12-91, que dispõe que ela "entra em vigor na data de sua publicação e produzirá efeitos a partir de 1.º de janeiro de 1992".

Impende esclarecer que, vigente a Lei em 31 de dezembro de 1991, data de sua publicação, não há de negar a sua aplicabilidade imediata,

desde a data supracitada, os seus efeitos é que se produzirão a partir de 1.º de janeiro de 1992.

De fato, somente no ano-calendário de 1992, os contribuintes deverão apresentar a declaração anual de rendimentos, indexar o resultado pela UFIR, e, em relação aos fatos ocorridos a partir de 31 de janeiro de 1992, apurar, ainda, a base de cálculo através de balancetes mensais ou semestrais, além de, só a partir do ano-calendário de 1992, será cobrado o IRPJ, tanto em relação aos fatos geradores verificados no último instante do ano civil de 1991, em que foram auferidos os correspondentes, como em relação aos fatos geradores a sucederem nos meses de 1992.

Essa exegese compatibiliza a norma do art. 97 com os dispositivos da Lei n.º 8.383/91, que prevêem comandos a serem aplicados sobre fatos sucedidos já em 31 de dezembro de 1991, como o art. 79, que determina que o valor do IRPJ real, presumido ou arbitrado, relativamente ao período-base de 1991, exercício financeiro de 1992, seja convertido em quantidade de UFIR diária, segundo o valor desta no dia 1.º de janeiro de 1992 e reconvertido em cruzeiros pelo valor da UFIR diária na data do pagamento.

Corroborar a nossa interpretação o magistério do jurista CARLOS MAXIMILIANO, em obra já citada: "A lei geralmente não contém disposições contraditórias ou incompatíveis entre si, mas regras aparentemente antinômicas há sempre um nexó que as concilia". Destarte, para bem interpretar a Lei n.º 8.383/91 devemos conciliar o art. 97 com o art. 79.

Já dissemos que o princípio da irretroatividade veda a cobrança de tributos em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado.

No caso em comento, mesmo o previsto no art. 79 da Lei n.º 8.383, de 30-12-91, o referido Diploma Legal entrou em vigor antes do início do fato gerador, a cobrança do imposto exige-se depois da ocorrência do fato gerador do gravame, e a atacada lei não institui, nem aumenta o imposto de renda das pessoas jurídicas, portanto, sem dúvida alguma, não há de se cogitar em descumprimento ao art. 150, III, a, da Lei Suprema.

Também não há de se perquirir acerca de desobservância ao art. 150, III, b, da Superlei, visto que este preceptivo veda cobrança de tributos no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, repise-se que a Lei n.º 8.383/91 e o art. 79, em exame, não institui, nem aumenta o IRPJ. Ademais, a cobrança da exação somente ocorrerá nos meses do ano-calendário seguinte ao do exercício financeiro do início da vigência da Lei questionada.

Ratifique-se, a propósito, que muito embora em termos econômicos pudesse ser admitido que um débito tributário de dinheiro (não indexado) seja inferior a um débito tributário de valor (indexado) e que a lei que transforma um débito de dinheiro em débito de valor estaria majorando tributo, a jurisprudência pátria é remansosa no sentido de que a indexação de débitos não representa acréscimo, mas, apenas, a reposição do poder aquisitivo da moeda.

De fato, essa técnica de atualização é insusceptível de gerar aumento real do valor do débito tributário. A correção monetária, por definição, restringe-se a corrigir o valor nominal da moeda, de forma a preservar o valor real do débito.

Transcreva-se a este respeito o pronunciamento do consagrado tributarista RUBENS GOMES DE SOUSA, no artigo intitulado "A inflação e o Direito Tributário", publicado na RDA n.º 96, p. 11, *ipsis verbis*:

"A correção monetária nada acrescenta às situações jurídicas definitivamente constituídas. Apenas repõe em sua condição original um dado financeiro variável em função das flutuações do valor real da moeda como instrumento legal de pagamento."

Aduza-se que as normas que instituem atualização monetária de débito tributário são, na verdade, de Direito Financeiro em prol do Fisco.

Arremate-se que a simples indexação do débito tributário em UFIR exclui a idéia de majoração do gravame, mesmo se adotado para corrigir o valor nominal da base de cálculo do imposto de renda. Aliás, o art. 97, § 2.º, do Código Tributário Nacional não deixa dúvida a este respeito: "não constitui majoração de tributo... a atualização do valor monetário da respectiva base de cálculo".

Por fim, cabe transcrever trecho do voto do Emérito Ministro MOREIRA ALVES, no julgamento da Representação de Inconstitucionalidade n.º 1.451-7-DF, sobre a definição de tributo do art. 3.º do CTN e da possibilidade da obrigação tributária configurar-se como obrigação de valor, *ad litteram*:

"... os tributaristas, as mais das vezes, evitam, em detrimento da clareza, enfrentar essa questão como se apresenta ela (transformação de obrigação de dinheiro em obrigação de valor), talvez porque partam do falso pressuposto de que a obrigação tributária não possa configurar-se como obrigação de valor por ser, por definição, obrigação de dinheiro. Pressuposto falso, porque a obrigação tributária, em verdade, é obrigação pecuniária."

ria (e não obrigação de dinheiro em contraposição à obrigação de valor), que tanto pode levar em consideração o valor nominal da moeda (e aí se terá a obrigação de dinheiro em sentido técnico) quanto o valor de aquisição dela (quando ocorrerá obrigação de valor em sentido técnico, numa das duas modalidades em que ela se apresenta: ou seja, a em que se deve uma quantidade de dinheiro sem sujeição a seu valor nominal). Por isso mesmo é que o art. 3.º do CTN caracteriza o tributo como “toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir”, o que devidamente desdobrado significa que o tributo é toda prestação pecuniária compulsória em moeda ou toda prestação pecuniária compulsória cujo valor se possa exprimir em moeda, a traduzir, claramente, que a primeira parte diz respeito à dívida pecuniária pelo valor nominal (obrigação de dinheiro propriamente dita), e a segunda à dívida pecuniária pelo valor aquisitivo (dívida de valor em que se deve quantidade de dinheiro sem sujeição a seu valor nominal). E — como acentuei acima — talvez por partirem desse falso pressuposto, preferem usar, para chegar ao mesmo resultado, as equivocadas expressões *moeda de conta e moeda de pagamento*, como que para dar a impressão de que são moedas diversas, mas sempre moedas, embora se apremem em esclarecer que, na realidade, essas expressões exprimem duas funções distintas da moeda única (o *cruzado*, que, no caso, encarado pelo seu valor nominal, seria a *moeda de pagamento*; e que, focalizado pelo seu valor de aquisição *aferrível* pelo valor da OTN, seria a moeda de conta com o pseudônimo de OTN).” (in *RT* n.º 629, p. 237).

Destarte, a indexação do IRPJ em UFIR não está acarretando aumento de tributo, mas ocasiona simples atualização do montante devido, de modo a recompor o valor da exação ao mesmo nível da existente por ocasião da gênese da obrigação tributária.

A Lei n.º 8.383 reduziu o período-base a um mês; os lucros, assim como os prejuízos, passam a produzir efeitos de correção monetária mais cedo, já a partir do mês seguinte, porque este já se constitui em um período-base novo (art. 38, parágrafo 9.º).

Colime-se, outrossim, que o regime mensal da Lei n.º 8.383/91 não proporciona majoração do imposto, mas mera antecipação do seu recolhimento em relação ao sistema anual.

Os críticos da acoimada Lei fazem referência, para fortalecer os seus argumentos, ao precedente do art. 18 do Decreto-Lei n.º 2.323, de 26 de

fevereiro de 1987, declarado inconstitucional pelo Plenário do Pretório Augusto na R.I. n.º 1.451-7-DF (pub. in RT n.º 629, páginas 225 a 241).

Naquele caso, o art. 18 do Decreto-Lei n.º 2.323, de 26-2-87, publicado em 5 de março de 1987, pretendeu modificar a forma de pagamento do imposto de renda incidente sobre o lucro apurado pelas pessoas jurídicas em 31 de dezembro de 1986, data da ocorrência do fato gerador do gravame.

O fundamento do R. *Decisum* não foi o dano ao princípio da anterioridade da lei tributária, já que não se tratava de aumento de tributo, mas o descumprimento ao disposto no art. 153, § 3.º, da Constituição Federal revogada, que estabelecia que a lei não prejudicará o fato jurídico perfeito.

De fato, o Relator do feito, o Ministro MOREIRA ALVES, em seu voto, sustentou que o fato gerador do IRPJ ocorreu em 31-12-86, *ex vi* do disposto no art. 17 da Lei n.º 7.450/85, originando, em decorrência da legislação então vigente, uma dívida de dinheiro: assim, não poderia uma lei publicada posteriormente à ocorrência do fato gerador do tributo alcançar o fato jurídico perfeito, para alterar a natureza do débito (para débito de valor) de uma obrigação já definitivamente constituída.

Ora, enfatize-se que o caso do art. 18 do DL n.º 2.323 não guarda semelhança com o caso em comento, isto porque naquela ocasião o referido Diploma Legal foi publicado em março de 1987 para atingir o fato gerador exaurido em 31 de dezembro de 1986; a retroação, na hipótese, é incontestável.

Já no caso da Lei n.º 8.383, como procuramos comprovar, a questionada Lei foi publicada e passou a ter vigência no dia 31 de dezembro de 1991, para alcançar fatos geradores que ocorreriam no último instante dessa data ou a partir de 31 de janeiro de 1992, inexistindo, no caso, retroação.

5. Conclusão

Destarte, não há como recusar a aplicabilidade da Lei n.º 8.383/91, mesmo em relação aos fatos geradores ocorridos em 31 de dezembro de 1991, sendo certo que, tanto num caso como no outro, não se pode considerar a existência de aumento de tributo.

Diante de todo o exposto, concluo pela inexistência de qualquer inconstitucionalidade ou ilegalidade que tenha manchado o tratamento fiscal previsto na comentada Lei n.º 8.383, de 30-12-91.

Análise dos Níveis de Produção, Aproveitamento e Desperdício de Projetos de Lei Apresentados

LUIZ MÁRIO MARQUES COUTO

Professor da UnB. Assessor Técnico da
Câmara Legislativa do DF.

MARIA DO CARMO ARRUDA FURTADO

Psicóloga. Assessora Técnica da Câmara
Legislativa do DF.

ADELCE PINTO DE QUEIROZ

Administrador na UnB. Assessor Técnico da
Câmara Legislativa do DF.

S U M A R I O

I. Introdução. II. Resultados do estudo: 1. Produção de Projetos de Lei. 2. Coeficiente de aprovação dos projetos de lei. 3. Coeficiente de conversão dos projetos de lei. 4. Coeficiente de rejeição aos projetos de lei. 5. Coeficiente de vetos aos projetos de lei. III. Comentários.

I. *Introdução*

Inexistem, na literatura específica, estudos que indiquem, por tempo, quais os índices ideais de volume de proposições legislativas, de níveis satisfatórios de conversão de projetos de lei em novas leis, e de rejeição ou vetos a projetos apreciados e aprovados em Câmaras ou Assembléias Legislativas.

Tampouco encontram-se disponíveis parâmetros ou referenciais de desempenho de outras Assembléias que permitam fundamentar análises comparativas a respeito da produção e do processo legislativo desenvolvidos na Câmara Legislativa do Distrito Federal (CLDF).

Reduzidas as pretensões de aprofundamento e precisão da investigação, é possível, ainda que no âmbito exclusivo da CLDF, identificar os níveis de produção, aproveitamento e desperdício dos projetos de lei que tramitaram na Casa, ao longo dos três primeiros semestres de atividade legislativa. Este é o objetivo do estudo que se apresenta.

Não obstante a sua especificidade restritiva, o presente trabalho resultou de um metódico, sistemático e rigoroso processo de coleta e registro de dados, desenvolvido durante o ano de 1991 e primeiro semestre de 1992. A Análise tomou por base a produção semestral, posto que os dados até então disponíveis foram condensados com esta mesma periodicidade.

Acredita-se seja este trabalho inédito em termos de pesquisa, consolidação e avaliação de informações a respeito do processo de desenvolvimento de projetos de lei em uma Casa Legislativa. Trata-se, assim, de um estudo que poderá representar o início do tratamento científico dos trabalhos legislativos, vindo a ensejar a realização de pesquisas ulteriores, que possibilitem a indicação de índices objetivos e desejáveis de desempenho.

De imediato, espera-se que os resultados a seguir apresentados sirvam de subsídios aos Parlamentares, para análise da congruência ou discrepância entre os índices de produção, aprovação, conversão e rejeição dos projetos de lei apresentados nos três semestres iniciais de funcionamento da CLDF e as metas, expectativas ou objetivos pretendidos.

Importa esclarecer que o capítulo referente aos Comentários não tem caráter conclusivo. Trata-se, tão-somente, de inferências resultantes da observação dos dados disponíveis, consideradas algumas interveniências de possíveis variáveis internas e externas ao processo legislativo estudado.

II. Resultados do estudo

1. Produção de projetos de lei

Nos três primeiros semestres de funcionamento da CLDF, foram apresentados 491 projetos de lei, o que corresponde à média de 163 projetos por semestre, ou a 27,2 projetos por mês.

Dentre os 491 projetos de lei apresentados no referido período, 367 são de autoria dos Parlamentares, equivalendo, por mês, a 0,8 projetos de lei, em média, por Deputado.

O Deputado mais produtivo da CLDF contribuiu com 1,8 projetos de lei ao mês, em média, durante o ano de 1991 (calculado sobre 12

meses). Este talvez possa ser o limite superior da média de apresentação. Nestes termos, o valor médio alcançado pelos Deputados nos três semestres representa 44,44% do teto (1,8 projeto de lei ao mês, por Deputado), ou seja, a produção média dos Deputados foi cerca de metade da produção do Deputado mais produtivo em 1991.

2. *Coefficiente de aprovação dos projetos de lei*

Dividindo-se o total de projetos aprovados (181) pelo total de projetos a serem analisados (459), ou seja, os projetos apresentados (491), excluídos os projetos retirados pelos autores (32), tem-se um coeficiente de aprovação legislativa de 39,4%. Entende-se, pois, que 39,4% dos projetos que tramitaram na CLDF foram aprovados em Plenário, durante os três semestres legislativos considerados.

A aprovação dos projetos de lei varia segundo o tempo. Efetuados os cálculos sobre resultados acumulados semestre a semestre, tem-se, no primeiro semestre de 1991, 10,5% de projetos aprovados, no segundo semestre de 1991, 43,5%, e no primeiro semestre de 1992, 39,4%.

Nota-se uma queda de aprovação dos projetos no primeiro semestre de 1992, comparativamente ao segundo semestre de 1991, tanto nos dados globais quanto nos projetos de autoria dos Parlamentares. Nos três semestres considerados foram apresentados, sucessivamente, 164, 142 e 185 projetos de lei. Destes totais, foram aprovados na CLDF, respectivamente, 16, 108 e 57 projetos de lei.

3. *Coefficiente de conversão dos projetos em lei*

Até 30 de junho deste ano, do total de projetos de lei apresentados (491), 142 foram convertidos em lei, o que implica a vigência de cerca de 8 novas leis, por mês, no Distrito Federal.

Dividindo-se o total de leis sancionadas ou promulgadas (142) pelo total de projetos a serem apreciados (459), daí já excluídos os 32 projetos retirados pelos autores, dentre os 491 apresentados, tem-se um coeficiente de conversão legislativa de aproximadamente 31%. Ou seja, de todos os 491 projetos lidos em Plenário, apenas 31%, ou cerca de um terço, foram transformados em lei, após três semestres de trabalho legislativo.

No decorrer dos semestres, a conversão em lei dos projetos apresentados é crescente. Assim, ao final do primeiro semestre de 1991, a conversão global dos projetos apresentados foi de 6,6%, de 22,8% no segundo semestre de 1991, e de 30,9% ao término do primeiro semestre de 1992.

A conversão também varia conforme a origem ou autoria dos projetos. Verifica-se, por exemplo, que até junho de 1992 o coeficiente de conversão dos projetos emanados do Executivo foi de 70,5%, enquanto que apenas

16,6% dos projetos apresentados pelos Parlamentares foram transformados em lei.

Embora haja um baixo índice de conversão dos projetos de lei de autoria dos Parlamentares, verifica-se um crescimento desse indicador ao longo do tempo, já que, no primeiro semestre de 1991, a conversão foi de apenas 0,8%, crescendo para 8,9% no segundo semestre de 1991, e atingindo o nível de 16,6% no final do primeiro semestre de 1992.

A baixa porcentagem de conversão explica-se pelo alto número de projetos de lei que ainda se encontram tramitando na Casa. São 252, ou 51,3% dos projetos já apresentados, cuja tramitação não foi ainda concluída, até 30 de junho deste ano.

Dos 491 projetos apresentados até 30-6-92, subtrai-se o total de 239, aí incluídos os 32 projetos retirados pelos autores, 24 rejeitados nas Comissões, 2 rejeitados em Plenário e 181 já aprovados, resultando, portanto, 252 projetos ainda em tramitação.

4. *Coefficiente de rejeição aos projetos de lei*

Dividindo-se o total de 19 projetos vetados (rejeitados na sanção) pelos 459 projetos a serem apreciados (excluídos os 32 projetos retirados pelos autores, dentre os 491 apresentados), tem-se o coeficiente de rejeição legislativa de 4,1% no primeiro semestre de 1992. Entende-se, portanto, que 4,1% de todos os 491 projetos lidos em Plenário não se transformaram em lei, por rejeição no momento da sanção (receberam veto total, que posteriormente foi mantido em Plenário).

Verifica-se que, no primeiro semestre de 1992, dobrou a porcentagem global de projetos vetados (4,1%) em relação ao segundo semestre de 1991, que foi de 2,1%.

Apresenta-se baixo o índice de veto a projetos do Executivo (1,6%), ao final de junho de 1992, enquanto que, a projetos dos Parlamentares, esse coeficiente foi de 5,0%.

5. *Coefficiente de vetos aos projetos de lei*

Dividindo-se o total de projetos rejeitados na sanção (19) pelo total de projetos aprovados pela CLDF (181), tem-se o coeficiente de veto de 10,4%, o que significa dizer que 10,4% do total de projetos aprovados pela Câmara, até 30 de junho deste ano, foram vetados pelo Executivo.

Até junho de 1992, somente 2,0% dos 97 projetos aprovados, de autoria do Executivo, foram vetados, enquanto que 20,2% dos 84 projetos de autoria de Parlamentares receberam veto.

Dobrou a porcentagem de veto aos projetos no primeiro semestre de 1992, em relação ao segundo semestre de 1991.

III. *Comentários*

A produção de projetos de lei na Câmara Legislativa do Distrito Federal, nos três semestres iniciais de atividade legislativa, foi altamente significativa se consideradas necessidades inadiáveis, como a implantação dos serviços administrativos da Casa, a elaboração do Regimento Interno, a discussão da Lei Orgânica, dentre outros, bem como a natural adaptação dos Parlamentares e respectivas equipes técnicas a uma metodologia de trabalho desconhecida da maioria.

Atendidas as urgências e superadas as dificuldades iniciais, acredita-se que a produção de projetos de lei tenderá a receber novo impulso nos semestres subseqüentes, podendo atingir até a média de dois projetos de lei ao mês, por Deputado.

Enquanto a produção é satisfatória, o coeficiente de aprovação de projetos de lei de autoria dos Parlamentares apresenta-se muito baixo, notadamente se comparado ao coeficiente de aprovação de projetos apresentados pelo Executivo.

Acredita-se que, além da rejeição das matérias em Plenário ou nas Comissões, contribui para o baixo coeficiente de aprovação de projetos de lei dos Parlamentares um tempo de estudo e discussão demasiado longo nas Comissões Permanentes. Acrescente-se à causa mencionada a preferência regimental e/ou política concedida aos projetos de lei de autoria do Executivo.

Examinando os valores do coeficiente de conversão chega-se a resultados semelhantes aos do item anterior, isto é, os projetos de lei do Executivo estão tendo prioridade na CLDF, em detrimento dos projetos apresentados por Parlamentares.

Os coeficientes de conversão e de aprovação avaliam, ainda que indiretamente, a efetividade e a oportunidade dos projetos apresentados. Os projetos arquivados, rejeitados nas Comissões ou retirados pelos respectivos autores frustram altos coeficientes de aprovação e de conversão, caracterizando equívocos de oportunidade ou de consistência.

Não se pode afirmar que a vigência de oito novas leis por mês, no Distrito Federal, média alcançada nestes três semestres, corresponda ou não a um nível satisfatório de produção legislativa, tanto mais porque se desconhece a capacidade de assimilação e de adaptação da comunidade a mudanças resultantes de novas leis.

Embora o número de leis sancionadas pareça alto, o índice de conversão legislativa é baixo, se considerarmos o número de projetos que tramitaram na Câmara nos três primeiros semestres de funcionamento da Casa.

A alta porcentagem de projetos de lei em tramitação indica que o processo legislativo não está fluindo com a agilidade necessária para processar todos os projetos lidos em Plenário, em tempo hábil. Apresenta-se muito, aprova-se pouco e converte-se em lei menos ainda.

O coeficiente de rejeição legislativa na sanção é uma medida de desperdício. Após ser elaborado, tramitar pelas Comissões e ser aprovado em Plenário, o projeto de lei acumula um grande número de homens-hora de trabalho. Ao ser vetado pelo Executivo, o projeto é arquivado e todo o esforço dispendido é anulado. Segundo os dados atuais, quase um quarto do trabalho global aplicado em projetos de lei de autoria dos Parlamentares é desperdiçado.

Apesar de o nível global de veto não ser expressivo, verifica-se que os vetos incidiram principalmente sobre projetos de autoria dos Parlamentares, anulando um quinto de todos os projetos aprovados.

Nota-se, também, que os Parlamentares tendem a confirmar as decisões de veto do Executivo, recuando de suas disposições de aprovação. Caberia, então, um exame das razões que motivam as alterações de voto dos Parlamentares, após a sanção de um projeto por eles anteriormente aprovado.

Importa reafirmar que, pela natureza da pesquisa realizada, e pelo período atípico que a Câmara Legislativa tem vivido, os comentários proferidos traduzem apenas tendências, razão pela qual evitou-se utilizar o termo conclusões para intitular este capítulo. A continuidade destas avaliações ensejará uma massa crítica de informações que confirmará estes resultados ou os corrigirá.

Bibliografia

1. FONSECA, J. S. da, MARTINS, G. de A., TOLEDO, G. L. *Estatística Aplicada*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1985.
2. MARCONI, M. de A, LOKATOS, E. M. *Técnicas de Pesquisa*. São Paulo: Atlas, 1986.
3. RICHARDSON, R. J. et al. *Pesquisa social: métodos e técnicas*. São Paulo: Atlas, 1989.
4. SPIEGEL, M. R. *Estatística*. Trad. Augusto Cesarius. 2ª ed. São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 1985.

ANEXO I
DEFINIÇÃO DE TERMOS
COEFICIENTE DE APROVAÇÃO LEGISLATIVA

Mede o percentual de projetos aprovados dentre aqueles que tramitaram na Câmara Legislativa *. Em linguagem matemática, o Coeficiente de Aprovação Legislativa é assim definido:

$$\text{CAL} = \frac{\text{P. AP.}}{\text{P. AN.}} \times 100$$

onde: CAL — Coeficiente de Aprovação Legislativa

P. AP. — Número de projetos aprovados até determinada data

P. AN. — Número de projetos a serem analisados até determinada data

Do ponto de vista conceitual, o coeficiente de aprovação qualifica a capacidade de apreciação de projetos instalada na CLDF e o ritmo com que as matérias são apreciadas, em relação aos quantitativos de entrada do sistema.

COEFICIENTE DE CONVERSÃO LEGISLATIVA

Mede o percentual de projetos sancionados ou promulgados, dentre aqueles que tramitaram na CLDF *. Em linguagem matemática, o Coeficiente de Conversão Legislativa é assim definido:

$$\text{CCL} = \frac{\text{P. SA.}}{\text{P. AN.}} \times 100$$

onde: CCL — Coeficiente de Conversão Legislativa

P. SA. — Número de projetos sancionados ou promulgados até determinada data

P. AN. — Número de projetos a serem analisados até determinada data

Este coeficiente mede a parcela das intenções de lei do Executivo e dos Parlamentares, e que se transformou efetivamente em lei.

(*) Os projetos que tramitaram são todos aqueles lidos em Plenário menos os retirados pelos respectivos autores.

COEFICIENTE DE REJEIÇÃO LEGISLATIVA

Mede o percentual de projetos rejeitados na sanção (vetados pelo Executivo, com veto mantido em Plenário), dentre aqueles que tramitaram na CLDF. Em linguagem matemática, o Coeficiente de Rejeição Legislativa é assim definido:

$$\text{CRL} = \frac{\text{P. RE.}}{\text{P. AN.}} \times 100$$

onde: CRL. — Coeficiente de Rejeição Legislativa

P. RE. — Número de projetos rejeitados na sanção, até determinada data

P. AN. — Número de projetos a serem analisados, até determinada data

Este coeficiente mede a parcela de projetos que, após tramitar e receber a aprovação dos Deputados, foi rejeitada pelo Executivo. De certa forma, mede o desperdício do trabalho legislativo.

COEFICIENTE DE VETO LEGISLATIVO

Mede o percentual de projetos rejeitados na sanção (vetados pelo Executivo, com veto mantido em Plenário), dentre aqueles que foram aprovados na CLDF. O Coeficiente de Veto difere do Coeficiente de Rejeição na base de comparação. O Coeficiente de Rejeição tem por base o número de projetos a serem analisados, e o Coeficiente de Veto tem por base o número de projetos aprovados na CLDF. O Coeficiente de Rejeição pode ser comparado com os dois primeiros de mesma base (CAL e CCL), enquanto o Coeficiente de Veto não. Em linguagem matemática, o Coeficiente de Veto é assim definido:

$$\text{CVL} = \frac{\text{P. RE.}}{\text{P. AP.}} \times 100$$

onde: CVL. — Coeficiente de Veto Legislativo

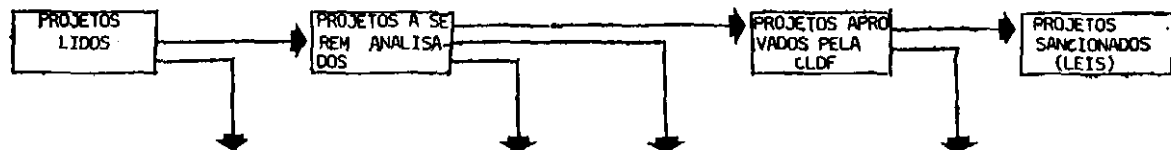
P. RE. — Número de projetos rejeitados na sanção até determinada data

P. AP. — Número de projetos aprovados em Plenário até determinada data

TABELA 1

PRODUÇÃO LEGISLATIVA POR AUTOR E SEMESTRE

ANEXO 2



SEMESTRE	AUTORIAS	PROJETOS LIDOS (A)	PROJETOS RETIRADOS (B)	PROJETOS A SEREM ANALISADOS (C)	PROJETOS REJEITADOS COM MISSÕES (D)	PROJETOS REJEITADOS PLENARIAMENTE (E)	PROJETOS APROVADOS PELA CLDF (F)	PROJETOS REJEITADOS NA SANÇÃO (G)	PROJETOS SANCIONADOS OU PROMULGADOS (H)
1º/91	TOTAL	164	12	152	00	02	16	02	10
	EXECUTIVO	24	01	23	00	00	09	00	09
	PARLAMENTARES	140	11	129	00	02	07	02	01
2º/91	TOTAL	142	09	133	12	00	108	04	55
	EXECUTIVO	62	01	61	00	00	55	00	38
	PARLAMENTARES	80	08	72	12	00	53	04	17
1º/92	TOTAL	185	11	174	12	00	57	13	77
	EXECUTIVO	38	00	38	01	00	33	02	39
	PARLAMENTARES	147	11	136	11	00	24	11	38

TABELA 2 TOTAIS ACUMULADOS E COEFICIENTES LEGISLATIVOS

ANEXO 3

TOTALIZ ZAÇÃO	AUTORIA	PROJETOS LIDOS (A)	PROJETOS RETIRA- DOS (B)	PROJETOS A SEREM ANALISADOS (C)	PROJETOS REJEITADOS COMISSÕES (D)	PROJETOS REJEITADOS PLENÁRIO (E)	PROJETOS APROV. PE- LA CLDF (F)	PROJ. REJEI- TADOS NA SANCÃO (G)	PROJ. SANCIO- NADO OU PRO- MULGADOS (H)	C O E F I C I E N T E S			
										APROVAÇÃO LEGISLATIVA $CA = \frac{(F)}{(C)} \times 100$ (I)	CONVERSÃO LEGISLATIVA $CC = \frac{(H)}{(G)} \times 100$ (J)	REJEIÇÃO LEGISLATIVA $CR = \frac{(D)}{(C)} \times 100$ (L)	VETO $CV = \frac{(G)}{(F)} \times 100$ (F)°
ATÉ 1º/91	TOTAL	164	12	152	00	02	16	02	10	10,5	6,6	1,3	12,5
	EXECUTIVO	24	01	23	00	00	09	00	09	39,1	39,1	0,0	0,0
	PARLAMENTARES	140	11	129	00	02	07	02	01	5,4	0,8	1,6	28,5
ATE 2º/91	TOTAL	306	21	285	12	02	124	06	65	43,5	22,8	2,1	4,8
	EXECUTIVO	86	02	84	00	00	64	00	47	76,2	55,9	0,0	0,0
	PARLAMENTARES	220	19	201	12	02	60	06	18	29,8	8,9	3,0	10,0
ATE 1º/92	TOTAL	491	32	459	24	02	181	19	142	39,4	30,9	4,1	10,4
	EXECUTIVO	124	02	122	01	00	97	02	86	79,5	70,5	1,6	2,0
	PARLAMENTARES	367	30	337	23	02	84	17	56	24,9	16,6	5,0	20,2

Poder Judiciário: Autonomia e Justiça

CLÉMERSON MERLIN CLÈVE

Professor de Direito Constitucional e Vice-Diretor da Faculdade de Direito da UFPR. Pós-graduado pela Université Catholique de Louvain — Bélgica. Mestre (UFSC:1983) e Doutor (PUC/SP:1992) em Direito Constitucional. Ex-Procurador da República. Procurador do Estado e advogado em Curitiba.

SUMÁRIO

1. *Função jurisdicional e Judiciário.* 2. *O problema da autonomia.* 3. *O problema do controle.* 4. *O problema da justiça.* 5. *A questão do acesso à justiça.* 6. *Considerações finais.*

1. *Função jurisdicional e Judiciário*

A Constituição Federal de 1988 prestigiou o Poder Judiciário. Concedeu, afinal, a esse Poder o monopólio da função jurisdicional. Não há mais autorização para a criação de contenciosos administrativos, tal como

(Exposição preparada para o II Congresso dos Servidores do Poder Judiciário do Estado do Paraná realizado, pelo SINDIJUS, em Curitiba, nos dias 25 e 26 de setembro/92.)

ocorria com a Constituição revogada. Por isso que o *princípio da inafastabilidade da apreciação judicial* obteve, com o novo Pacto Fundamental, uma carga semântica reforçada. Com efeito, estabeleceu o Constituinte que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (art. 5.º, XXXV da CF). A Constituição anterior referia-se apenas à hipótese de lesão e, pois, não àquela de ameaça. Essa simples alteração na textura lingüística da norma pode favorecer a emergência de teses que procuram restringir a liberdade de conformação normativa do Legislador quando atuada para suprimir mecanismos, ainda que de ordem infra-constitucional, existentes exatamente para a proteção de direitos ainda que não lesionados mas, entretanto, ameaçados de lesão.

Possível exceção ao monopólio da função jurisdicional do Judiciário constitui a competência atribuída ao Senado Federal para o julgamento de algumas autoridades, entre elas o Presidente da República, pela prática de crimes de responsabilidade (competência, esta, que se repete, também, no plano estadual). Mas aqui, afinal, não se pode dizer com firmeza se tal competência constitui, mesmo, exercício de função jurisdicional. Ademais, pela lógica do sistema constitucional de controle recíproco entre os Poderes, deve mesmo caber ao Legislativo, e não ao Judiciário, o julgamento de questão que envolve, afinal, juízo tipicamente político e, pois, não jurídico como aquele atuado pelos exercentes de cargos judiciais.

Essa possível exceção ao monopólio da função jurisdicional do Judiciário, todavia, não compromete a expressão desse Poder. Apanhe-se o direito comparado, e então veremos a situação privilegiada do Judiciário brasileiro. Na França, sob o prisma constitucional, não existe verdadeiro Poder Judiciário, mas simplesmente uma autoridade judiciária. Um corpo de funcionários com regime jurídico peculiar. Não obstante o esforço daqueles que procuram decalcar da jurisprudência do *Conseil Constitutionnel* e o fundamento para a justificativa da magistratura enquanto Poder, a verdade é que a Constituição francesa não concedeu à magistratura a significação que a Carta brasileira a ela atribuiu. Ademais, a autoridade judiciária, naquele país, sofre importante amputação, em virtude da existência do contencioso administrativo (Tribunais Administrativos e Conselho de Estado). Contencioso administrativo, aliás, que é encontrável, também, em outros países integrantes do território ocupado pelas democracias ocidentais: Bélgica e Itália, por exemplo. Ou mesmo os EUA com as comissões exercentes dos poderes quase-legislativos e quase-judiciais.

2. O problema da autonomia

Talvez não exista Judiciário no mundo que, na dimensão unicamente normativa, possua grau de independência superior àquela constitucionalmente assegurada à Justiça brasileira.

Em primeiro lugar o Judiciário constitui um Poder. Um Poder do Estado que se localiza ao lado do Executivo e do Legislativo (art. 20 da CF). E, mais do que isso, um poder com efetiva autonomia. Aliás uma autonomia concedida no interesse dos jurisdicionados e, não propriamente, no interesse dos órgãos integrantes da estrutura judiciária. Trata-se a autonomia de importante mecanismo possibilitador da independência do Judiciário, bem assim como de seus membros. Os poderes da República são *independentes* (e harmônicos), diz o Constituinte (art. 2.º da CF).

Aliás a independência do Judiciário é assegurada seja em virtude da (i) *autonomia institucional*, seja, ainda, em virtude da (ii) *autonomia funcional* concedida à magistratura.

A *autonomia institucional* desdobra-se em alguns princípios constitucionais norteadores da organização dos Tribunais judiciários. Com efeito, no sistema jurídico brasileiro, vigoram os princípios organizativos do (a) *autogoverno*, (b) *auto-administração*, (c) *da inicialidade legislativa* e (d) *da auto-administração financeira*.

Em face desses princípios compete aos próprios Tribunais eleger seus dirigentes (art. 96, I, *a*). Basta uma olhadela no direito comparado e veremos que nem todos os sistemas constitucionais caminham nesse diapasão. Apenas um exemplo será capaz de ilustrar a afirmação. Nos EUA, compete ao próprio Presidente da República nomear (com aprovação do Senado) o nome do *Chief of Justice*, ou seja, o nome do Presidente da Suprema Corte Americana, que, aliás, exercerá essa função de modo vitalício. No Brasil vigora o princípio da periodicidade dos mandatos, inclusive na esfera governativa interna do Judiciário.

Em face do princípio da auto-administração compete aos próprios Tribunais elaborar seus regimentos internos, organizar suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados, velando pelo exercício da atividade correicional respectiva (art. 96, I, *b*, da CF), conceder licença, férias e outros afastamentos a seus membros e aos juízes e servidores que lhes forem imediatamente vinculados (art. 96, I, *f*, da CF). O poder de auto-administração dos Tribunais foi ampliado, afinal, na medida em que, hoje, esses órgãos podem também prover os cargos necessários à administração da justiça (serviços auxiliares), bem como aqueles dos juízes de carreira da respectiva jurisdição (art. 96, I, *c*, da CF). Temos aqui, no último caso, verdadeira novidade incorporada pela Constituição Federal de 1988. Em que país do mundo, afinal, conta o Judiciário com um Poder de auto-administração tão pronunciado? Em que país do mundo dispõe o Judiciário de competência para prover os cargos da carreira da magistratura?

Do princípio da inicialidade legislativa decorre a iniciativa reservada de algumas leis. A primeira delas é o Estatuto da Magistratura Nacional, lei complementar de iniciativa privativa do Supremo Tribunal Federal. Diante do disposto no art. 93 da Constituição Federal, não pode o Congresso Nacional dispor sobre essa matéria sem a preliminar provocação da Suprema Corte brasileira. Ao depois, cabe unicamente aos Tribunais a iniciativa de leis que disponham sobre (1) a alteração do número de membros dos Tribunais inferiores; (2) a criação e a extinção de cargos e a fixação de vencimentos de seus membros, dos juizes, inclusive dos Tribunais inferiores, dos serviços auxiliares e dos juizes que lhe forem vinculados; (3) a criação ou extinção dos Tribunais inferiores, bem como (4) a alteração da organização e da divisão judiciárias (art. 96, II, da CF). O princípio da inicialidade legislativa impede a alteração de tais matérias sem a prévia provocação do Judiciário. Onde, em que país do mundo, o Judiciário detém poder de iniciativa legislativa? De se lembrar que nos EUA nem o Presidente da República detém tal poder.

O princípio da auto-administração financeira é suficiente para autorizar os tribunais a gerirem suas dotações orçamentárias (necessariamente entregues pelo Executivo, em duodécimos, a cada dia 20 — art. 168 da CF), bem como a elaborar suas propostas orçamentárias que, ao depois, serão submetidas ao Poder Legislativo por ocasião da votação da lei orçamentária anual (art. 99 da CF). A Constituição de 1988 inovou quando possibilitou ao próprio Judiciário elaborar a proposta orçamentária. É verdade que essa inovação produzirá alguns problemas. O Constituinte não foi muito claro quando definiu a questão. Não se sabe exatamente se deve o Judiciário encaminhar a sua proposta diretamente ao Poder Legislativo (a proposta constituiria uma providência assimilável à iniciativa legislativa) ou se, afinal, deve aquele Poder encaminhar referida proposta ao Executivo, detentor da iniciativa privativa da lei orçamentária (art. 165 da CF). A verdade é que, com o primeiro ou com o segundo encaminhamento deve, necessariamente, ser considerada a proposta do Judiciário que, incluída no projeto de lei orçamentária (pelo Executivo ou já no âmbito do Legislativo), sujeitar-se à aprovação dos parlamentares.

A *autonomia funcional* do Judiciário decorre do regime jurídico atribuído, pela Constituição, aos magistrados. Os membros do Poder Judiciário gozam das garantias da vitaliciedade, da inamovibilidade e da irredutibilidade de vencimentos, nos termos fixados pelo Pacto Fundador (art. 95, I, II e III da CF). Mas a *autonomia funcional* é, igualmente, assegurada pelas vedações que alcançam os juizes (art. 95, parágrafo único, da CF: o exercício, ainda que em disponibilidade, de outro cargo ou função, salvo uma de magistério; a percepção, a qualquer título ou pretexto, de custas ou participação em processos e, finalmente, o exercício de atividade político-partidária).

A autonomia, nas suas múltiplas dimensões, é condição da independência do Judiciário e da imparcialidade de seus membros. O sentido de imparcialidade exigida da magistratura será esclarecido mais tarde.

3. O problema do controle

Um Estado que se pretende Democrático de Direito não pode prescindir de mecanismos de controle da função jurisdicional. Dois são basicamente os tipos de controle reclamados. O primeiro (i) é o *controle da atividade jurisdicional propriamente dita*. O segundo (ii) é o *controle da legitimidade dessa atuação*.

O primeiro tipo de controle é encontrável sem maiores dificuldades no sistema constitucional brasileiro. Em alguns casos pode ser deduzido de princípios e preceitos constitucionais. O sistema de distribuição de competências jurisdicionais no direito brasileiro sugere a existência de um *princípio do duplo grau de jurisdição*. O jurisdicionado, inconformado com uma decisão judicial prolatada por juiz de primeiro grau, em geral, pode, satisfeitos os requisitos constitucionais ou legais, interpor recurso para reclamar sua reapreciação. A existência de óbices de alçada, estabelecidos por meio de lei, não é suficiente para infirmar a existência do referido princípio. Até porque, mesmo nesta hipótese, cabe ao jurisdicionado sucumbente interpor recurso que será, todavia, apreciado pelo próprio juiz prolator de decisão impugnada, salvo em matéria constitucional.

O controle da atividade judicial é possibilitado, também, pela exigência da publicidade. Com efeito, dispõe a Constituição (art. 93, IX) que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, sob pena de nulidade, podendo a lei, todavia, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes. Quando se vê o modo como funcionam as Cortes Constitucionais européias, com decisões tomadas a portas fechadas e se as compara com a prática brasileira, então vemos as vantagens da nossa experiência constitucional que, neste particular, atende plenamente o sonho republicano da transparência das atividades do Estado.

Por outro lado a fundamentação das decisões judiciais, igualmente exigida pela Constituição, é outro meio possibilitador de amplo controle sobre a atividade do juiz. Deve o Juiz expressar objetivamente as razões pelas quais decidiu deste ou daquele modo. Em que pesem às últimas descobertas da ciência, especialmente da *psicanálise*, da *semiologia* e da *ciência política* (teoria das ideologias) que procuram demonstrar a presença de componentes irracionais e ideológicos ocultos nas decisões, nem por isso se pode deixar de reconhecer que a fundamentação (motivação) consti-

tiu esforço para racionalizar a atividade do Juiz, tornando-a controlável pela sociedade e, igualmente, pelas instâncias judiciais superiores ou, mesmo, pela doutrina.

Aliás, diga-se que no âmbito do Judiciário todos os atos exigem fundamentação, constituam eles atos jurisdicionais típicos (art. 93, IX, da CF), ou simples atos administrativos (art. 93, X, da CF). Por isso que a atuação do Judiciário, seja ela jurisdicional (exercício de função típica) ou administrativa (exercício de função atípica), implica sempre a mais ampla possibilidade de controle. A motivação necessária dos atos administrativos dos demais poderes, lamentavelmente, não foi exigida pela Constituição.

Como se vê, o sistema constitucional oferece mecanismos suficientes para o controle da atividade do Judiciário. Cabe discutir, agora, o problema do controle da legitimidade de sua ação.

Dos três poderes da República, o Judiciário é o único que é composto por agentes cuja investidura independe da vontade popular. O Pacto Fundamental (i) pretende instaurar um Estado Democrático de Direito, cujo primeiro fundamento é a (ii) soberania (inclusive a popular) e, ademais, onde (iii) o poder sempre emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente. A legitimidade, então, do Legislativo e do Executivo reconduz-se, pelo menos num primeiro momento, ao problema da soberania popular. Tal não ocorre com o Judiciário. Não se quer advogar que a investidura dos membros do Judiciário dependa, também, de eleições. A experiência de alguns Estados norte-americanos é suficiente para demonstrar que o Juiz eleito não será um Juiz necessariamente independente. Aliás, em nome da independência do Judiciário a Constituição impede que os seus membros exerçam atividade político-partidária.

O eleitorado participa, de modo indireto, da escolha dos membros dos Tribunais Superiores (especialmente do STF e do STJ), na medida em que estes são nomeados pelo Presidente da República (arts. 101 e 104 da CF). Ora, tanto o Presidente quanto os Senadores foram investidos por força da vontade popular. O eleitorado pode participar outra vez nesse domínio (escolha de membros do Judiciário) quando escolhe pelo voto direto, universal e secreto, os juízes de paz para um mandato de quatro anos (art. 98, II da CF). Como se sabe, dispõem os juízes de paz de competência para celebrar casamentos e, na forma da lei, “verificar, de ofício ou em face de impugnação apresentada, o processo de habilitação e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação”.

Outra forma de legitimação da atuação jurisdicional ocorre com a participação direta dos cidadãos no exercício da função judicial. Ela, com efeito, pode ocorrer nos juizados especiais que, nos termos da Constituição, podem ser compostos por juízes togados e leigos (art. 98, I, da CF); mas, necessariamente, ocorre nos juizados de paz (compostos por cidadãos leigos eleitos: art. 98, II da CF); nos Tribunais do Júri (compostos por cidadãos: art. 5.º, XXXVIII da CF), competentes para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, e nas juntas eleitorais (compostas por cidadãos: art. 118, IV da CF).

Uma certa forma de participação poderia igualmente ser encontrada na *Justiça do Trabalho*, cuja composição em nosso País é necessariamente paritária (arts. 111 a 117 da CF). Por isso que seus órgãos, inclusive os de primeira instância (as juntas de conciliação e julgamento), são compostas por juízes togados (na Junta: o Juiz Presidente) e por juízes classistas, temporários, representantes dos empregados e dos empregadores. Ocorre que a participação, aqui, não é do eleitorado (corpo de cidadãos — soberania popular), mas sim das corporações. Trata-se, portanto, de mera participação corporativa, ademais, deturpada pelo jogo de interesses menores certamente exasperado em face da remuneração concedida aos juízes classistas que, diante de previsão legal, podem inclusive obter aposentação no cargo. Diga-se nesta altura que, por ocasião da revisão constitucional que ocorrerá a partir de 1993, o instituto do vocalato na Justiça do Trabalho deve passar por profunda rediscussão. Boa parte da dotação orçamentária da Justiça do Trabalho se destina, hoje, ao pagamento da remuneração, de aposentadoria, ou pensão de juízes classistas. Sem esta despesa a prestação jurisdicional nesse campo poderia ser ampliada, especialmente pela instalação de órgãos de primeira instância dessa importante justiça especializada nas cidades de certo porte que, ainda hoje, não a possuem.

A legitimidade da atuação jurisdicional não repousa necessariamente sobre o problema da forma de investidura dos membros da magistratura. É verdade que a participação popular no universo jurisdicional constitui interessante mecanismo de aproximação entre a justiça e a sociedade. É verdade, também, que no Brasil, a exemplo do que ocorre em outros países, a sociedade deveria discutir intensamente os nomes indicados pelo Presidente da República para integrarem os Tribunais Superiores. O próprio Senado deveria levar mais a sério a arguição que realiza antes de sua manifestação sobre a escolha presidencial.

A legitimidade da ação jurisdicional repousa, basicamente, sobre a racionalidade e a justiça da decisão. A decisão judicial deve ser racional e, portanto, controlável racionalmente. Por isso que o Juiz deve, na medida do possível, procurar exercer um controle sobre os mecanismos psicoló-

gicos orientadores da sua decisão. A decisão judicial deve, ademais, ser justa. O padrão de justiça, por evidente que não será encontrado em nenhum referencial arbitrário, aprioristicamente deduzido desta ou daquela concepção filosófica, mas, sim, na própria Constituição, quando se trate de uma Constituição Democrática como a brasileira.

Os valores consagrados na Constituição, inclusive os Princípios Fundamentais e as normas dedutíveis do Preâmbulo, informam o conceito de justiça que orientará a atuação jurisdicional. Justiça e racionalidade; aqui se encontram os fatores legitimadores da atuação jurisdicional do Estado Democrático de Direito.

Discute-se sobre a possibilidade de instituição, no Brasil, de um mecanismo de controle externo da atividade jurisdicional. Esse mecanismo, composto por pessoas representantes dos demais poderes da República e, também, da sociedade, se encarregaria de velar pela regularidade da atuação dos membros do Judiciário. É claro que não pode constituir instância recursal. É evidente, ademais, que não poderá discutir o mérito das decisões judiciais. Ou estabelecer diretivas orientadoras do agir do Juiz. O Conselho apenas teria por finalidade estabelecer uma ponte de ligação entre a sociedade e o Poder Judiciário, sem ferir, pois, a autonomia e a independência da magistratura. Traria ao Judiciário as preocupações da sociedade; cuidaria da regularidade dos concursos públicos para ingresso na carreira. Fiscalizaria, ademais, a correção da atuação judicial, exercendo competência para, inclusive, aplicar punições aos membros da magistratura incidentes em faltas funcionais.

É verdade que o Judiciário já dispõe de mecanismos internos (as corregedorias) de fiscalização da atuação funcional do Juiz. Se esses mecanismos, quanto aos juizes de primeiro grau, têm funcionado, a verdade é que são quase inoperantes quanto à fiscalização da atuação dos órgãos jurisdicionais de grau superior. Isso precisa mudar.

O Judiciário, hoje, no Brasil desenvolve intensa campanha para evitar, na revisão judicial, a criação de órgão externo de controle de sua atividade. Penso que a idéia não deveria ser combatida. Poderia ser discutido, sim, o modo como tal conselho externo será composto, bem assim a sua competência. Não há razão para o Judiciário temer algo que, em si, não tem a finalidade de amesquinhar sua independência ou sua autonomia, mas contribuir para a legitimação de sua atuação.

Agora, se o Judiciário é, mesmo, contra a idéia da criação do referido órgão de controle externo, então que, pelo menos, sugira ao Constituinte a criação de órgãos internos, desde que eficazes e sérios, exercentes de idênticas atribuições.

4. O problema da Justiça

A função do Judiciário, em princípio, é a de dirimir conflitos de interesses. Mas, a função do Judiciário, também, é a de distribuir justiça. O povo tem fome de justiça. Mas qual justiça é distribuída pelo Judiciário?

O Estado Democrático de Direito é mais do que um Estado de Direito. É um Estado de Justiça. A Constituição Federal de 1988 procurou fazer do Brasil um Estado de Justiça. Por isso inscreve na Ordem Constitucional uma série de valores que, agregados em regras e princípios (os princípios fundamentais), são suficientes para informar o conteúdo mínimo do direito brasileiro. Esse conteúdo mínimo corresponde aos *standards* de justiça aceitos pela formação social brasileira. A justiça da decisão judicial é a justiça deduzida de um Texto Constitucional que procura privilegiar a dignidade de pessoa humana. No sistema constitucional brasileiro atual é perfeitamente possível se advogar a inconstitucionalidade da lei injusta. Qualquer lei injusta, ofensiva dos *standards* definidos pelo Constituinte, será uma lei inconstitucional cuja aplicação pode ser perfeitamente negada pelo Juiz.

O juiz deve, no atual momento histórico, ter um compromisso com a justiça normativamente inscrita na Constituição Federal. E isso é perfeitamente possível no Brasil, já que aqui, ao contrário de outros países, todos os juízes exercem jurisdição constitucional (todos os órgãos do Judiciário são órgãos da Justiça Constitucional).

A realização da justiça pelo juiz implica, todavia, a discussão de, pelo menos, três intrigantes questões. Primeiro, o problema da neutralidade e da imparcialidade do juiz. Segundo, o problema da concepção de direito subjacente às decisões e, terceiro, a questão da dimensão ideológica do direito e, então, também, da decisão judicial.

Há um certo mito quanto à imparcialidade e neutralidade do juiz. O Juiz é um ser humano e não alguém que esteja acima do bem e do mal. Enquanto ser humano ele não pode deixar de sofrer a influência do meio onde vive. Além do mais, hoje já está demonstrado que o Juiz não constitui mero aplicador da lei despido de vontade; um órgão neutro, surdo e mudo, que nada mais faz do que solucionar o caso concreto aplicando não a sua vontade (decisão), mas sim aquela antes pronunciada pelo Legislador. Muito mais do que isso, o Juiz participa, ainda que procure negá-lo, ativamente, do processo de formação e eterna reconstrução da ordem jurídica. Logo, possui vontade; não constitui um autômato, escravo da técnica surrealista e mentirosa do silogismo.

Por outro lado não basta, hoje, desconstruir o discurso tradicional. E muito pouco desmontar a mitologia que aos poucos foi sendo formada no

universo da dogmática jurídica. É necessário ir adiante. O juiz não é neutro. Mas deve fazer um esforço para alcançar a neutralidade quando decide uma questão. Deve procurar controlar os mecanismos psíquicos que comandam o seu processo decisório. Deve procurar afastar a carga irracional que contamina o seu alcance intelectual. Deve procurar afastar os conceitos pré-formados (preconceitos) para mergulhar na complexidade da questão submetida à sua apreciação. Esse processo é difícil, todos sabem. Nem sempre é possível, ninguém desconhece. Mas deve ser experimentado, deve ser praticado, deve ser concretizado, deve ser tentado, insistentemente pelo juiz. O universo da decisão judicial deve ser o universo da racionalidade. O esforço do juiz é o esforço de despir-se dos processos mentais irracionais para alcançar a razão (como reclamavam os iluministas). A dialética processual e a discussão judicial concretizam uma caminhada que corresponde àquela mesma experimentada pela ciência. A verdade última é a verdade decorrente do embate das idéias, onde apenas a força do argumento (ajustado aos paradigmas postos pela ciência ou pelo direito) deve prevalecer.

A neutralidade do juiz exige, pois, não a criação de um ser despido de vontade, mas apenas que o órgão judicial se encontre pronto para decidir qualquer demanda rendendo-se unicamente à força dos argumentos produzidos em juízo em face do contraditório. Exige, ademais, que o juiz não possua qualquer interesse pessoal na demanda, por isso que o processo decisório, tanto quanto possível, será um processo controlado e controlável, submetido apenas às coordenadas impostas pela razão. Não significa que o juiz não possa, em face das coisas do mundo, ter as suas preferências. É claro que o juiz pensa sobre as questões do mundo, daí porque, certamente, opta por certos caminhos, adota determinadas idéias, possuindo uma concepção particular sobre os problemas (políticos, econômicos, jurídicos) debatidos no universo societário. O juiz, ninguém pode esquecer, é antes de tudo um homem e um cidadão. E assim deve ser.

O juiz tem um compromisso com a imparcialidade. A Constituição, como vimos, confere ao juiz certos predicamentos exatamente para permitir que atue com independência e com imparcialidade. A imparcialidade constitui idéia complementar da neutralidade. O juiz não pode preferir qualquer das partes que integram a relação processual. Deve presidir o processo zelando pela igualdade das partes. Isto, todavia, não impede que o juiz possua, em relação à questão *de direito* debatida nos autos certa convicção.

Há que ser dito algo a respeito da ideologia. Os juristas procuram negar a ideologia. O mesmo ocorre com os juizes. Estes, muitas vezes, escondem as suas preferências fazendo uso de certo discurso mentiroso e mistificador da neutralidade. Na verdade, aplicam o direito tal como o compreendem, ajustando-o à sua professada ideologia, todavia argumen-

tando que o fazem com apoio unicamente na norma e na lei. Tudo se passa como se prolatassem uma não-decisão. Uma sentença que não faz mais do que concretizar a vontade (decisão) abstrata da norma. Possuem, esses discursos (sentenças), verdadeiros silêncios discursivos com uma carga de significação muito mais intensa do que aquela do texto. Em casos assim há que se ler não o que o discurso diz, mas sim, efetivamente, aquilo que ele deixa de dizer. O controle da decisão judicial deve nesses casos, pois, incidir sobre o silêncio e não apenas sobre o texto da decisão. Porque se assim não agir, a carga de significação do silêncio intencional e determinante da decisão acabará por fazer coisa julgada.

Os operadores jurídicos e, em especial, os juízes devem assumir a dimensão ideológica do direito. Devem, mais do que isso, dizer (motivação) em que tipo de ideologia fazem repousar a decisão judicial. De onde parte o vetor determinante da solução do caso decidido. Somente assim se conseguirá alcançar a transparência no universo jurisdicional, transparência esta exigida pelo Estado Democrático de Direito. A negação da ideologia muitas vezes não passa de mecanismo de ocultação da carga ideológica da decisão. Ocultação que impede ou dificulta o exercício do direito de impugnação pelo jurisdicionado (duplo grau de jurisdição).

Pior todavia do que o que pretende decidir ocultando a ideologia é aquele que decide ideologicamente imaginando que age de modo neutro, imparcial e coerente com a verdade. O juiz inconsciente, aquele incapaz de enxergar a carga de significação do universo jurídico-imaginário, aquele que desconhece os movimentos da história e os interesses concretos das classes sociais, este é cativo das ideologias hegemônicas, é escravo do poder e dos interesses dominantes. Este juiz é perigoso, porque age ideologicamente, acobertando certos interesses com a plena convicção de que não fez mais do que aplicar a lei. Mas, de que modo foi aplicada a lei? A compreensão literal do texto normativo nem sempre significa plena compreensão do direito.

A aceitação da dimensão ideológica do direito e a demonstração do ponto de partida ideológico tomado para a decisão constituem necessários aportes para a construção de uma ordem jurídica atualizada.

A concepção de direito subjacente às decisões integra outra dimensão necessária para a realização de justiça. Que direito, afinal, deve ser aplicado pelo juiz?

Vivemos um momento de superação dos postulados individualistas do direito. Os conflitos individuais vão, na sociedade técnica e de massas, cedendo espaço para conflitos coletivos. Por outro lado, o tempo se acelera; conflitos novos nascem sem uma pronta solução normativa. As leis vão assumindo um caráter de provisoriedade, o papel do juiz cresce cada vez mais em importância. Cabe a ele, afinal, adequar os velhos dados norma-

tivos, às renovadas conjunturas, às situações emergentes, aos conflitos outrora inexistentes e, hoje, recorrentes. Se o direito dependia, na sociedade liberal, basicamente do legislador, hoje, na sociedade técnica e de massas, não sobrevive, não se aperfeiçoa, não evolui nem se realiza sem o juiz. Teria, todavia, o juiz consciência disso?

No Brasil de agora, não pode o juiz aplicar, simplesmente, os dados normativos residentes, por exemplo, no Código Civil, sem procurar adequá-los aos novos tempos e, mais, à idéia de direito consagrada na Constituição. Esse trabalho de adequação (negativa de aplicação de determinados dispositivos e interpretação de outros conforme a Constituição) não é fácil. E, neste ponto, nem todos estão preparados para levá-lo adiante.

O preparo dos novos operadores jurídicos constitui função das escolas de direito. E neste ponto, afirma-se, as escolas de direito estão falhando. Não se preocupam em atualizar os seus programas curriculares; não se preocupam em discutir as novas dimensões do direito; não se preocupam em analisar o papel dos operadores jurídicos, inclusive do juiz, na sociedade contemporânea; não se preocupam com a crítica da dogmática jurídica nem com a desconstrução de uma mitologia jurídica que, muitas vezes, além de ultrapassada e inadequada, é surrealista e reacionária. Quanto aos juizes, é necessário dizer que eles próprios devem, nas escolas da magistratura, discutir esses temas. Aliás, é indispensável que o façam.

Se o juiz não consegue, com o apoio de disciplinas como a filosofia, a sociologia e a história jurídicas, desenvolver uma visão global do direito, de sua estrutura e de seus problemas, então teremos um homem escravo de concepções jurídicas que podem ser contraditórias. Sim, porque o universo de produção da lei é um universo, muitas vezes, irracional, fortemente marcado pelas concepções políticas cambiantes, por isso que, no ordenamento jurídico brasileiro, por exemplo, é possível encontrar normas de conteúdo marcadamente corporativo (a CLT), ao lado de outras absolutamente individualistas (o Código Civil) que se encontram ao lado de outras de conteúdo plenamente ajustado às exigências do Estado Democrático de Direito (Código de Defesa do Consumidor). Um juiz perdido no cipoal normativo do direito, que se pretende mero aplicador da lei, será um juiz corporativo ou individualista ou social conforme o texto que aplicar. O juiz não pode ser prisioneiro das concepções que presidiram a elaboração dos textos normativos individualmente considerados. O Juiz deve entender a dimensão axiológica que preside, hoje, na atualidade, no momento da realização da justiça, todo o sistema jurídico. Assim a normativa, de não importa qual época, deve ser compreendida à luz das coordenadas hermenêuticas atualizadas pela história e corporificadas na norma constitucional.

A análise séria, interdisciplinar e consciente, da concepção de direito subjacente às decisões judiciais é fundamental para a realização de uma

justiça atualizada. A discussão do direito aplicável (os dados normativos) bem como do direito aplicado (as decisões judiciais) deve ser urgentemente retomada pelas escolas de direito, pelos operadores jurídicos e também pela sociedade.

5. *A questão do acesso à Justiça*

Afirme-se: não basta haver Judiciário; é necessário haver Judiciário que decida. Não basta haver decisão judicial; é necessário haver decisão judicial justa. Não basta haver decisão judicial justa; é necessário que o povo tenha acesso à decisão judicial justa.

O acesso à decisão judicial constitui importante questão política. Não há verdadeiro Estado Democrático de Direito quando o cidadão não consegue, por inúmeras razões, provocar a tutela jurisdicional.

O problema do acesso à Justiça tem sido muito discutido. Ninguém desconhece a existência de sérios obstáculos impeditivos do referido acesso. Ninguém desconhece, também, que muitas medidas têm sido sugeridas para a ultrapassagem desses obstáculos. De certo modo a Constituição se preocupou com essa questão. Trata-se, agora, de tornar efetivas as normas constitucionais que dispõe a respeito.

A sociedade técnica e de massas altera o perfil dos conflitos de interesses. Os conflitos individuais cedem, cada vez mais, espaço para os conflitos coletivos. A Constituição, atenta a esse problema, instituiu, entre os direitos fundamentais, o mandado de segurança coletivo (art. 5.º, LXX). Admitiu, ainda, que as associações, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial e extrajudicialmente (art. 5.º, XXI). Determinou, também, que aos sindicatos cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas (art. 8.º, III). Ampliou, depois, a legitimação ativa do Ministério Público para a propositura da ação civil pública que, agora se presta para proteger além do patrimônio público, do social e o meio ambiente, igualmente outros interesses difusos e coletivos. Previu, ademais, a defesa do consumidor (Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990). Por outro lado, textos legislativos esparsos igualmente dispõem sobre mecanismos processuais que ultrapassam os limites da concepção liberal: Lei n.º 7.347, de 24-7-85 (alterada pela Lei n.º 8.078, de 11-9-90), disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Lei n.º 7.853, de 24-10-89, dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência e institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas (ação civil pública para

proteção de interesses coletivos ou difusos de pessoas portadoras de deficiência). Lei n.º 7.913, de 7-12-89, dispõe sobre a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários. Lei n.º 8.069, de 13-7-90, dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente; os arts. 208 e 224 dispõem sobre a ação civil pública para a proteção de interesses difusos e coletivos de crianças e adolescentes.

Como se vê, o direito brasileiro admite a provocação do Judiciário por meio de instrumentos processuais adequados à tutela de interesses coletivos (não vamos aqui falar dos interesses difusos). Esses mecanismos são de extremada importância porque a um, permitem amplo acesso dos cidadãos ao Judiciário, e a dois, permitem decisões judiciais únicas incidentes sobre todo um universo coletivo, o que implica em celeridade e economia processuais. Importa, entretanto, que o Judiciário não crie embaraços à utilização desses institutos, o que muitas vezes ocorre em face da formação acentuadamente liberal-individualista dos Juizes.

Para além da instituição (e plena aplicação) dos instrumentos coletivos, é necessária a informalização dos procedimentos judiciais. Ora, a Constituição prevê (art. 98, I) a criação de juizados especiais, providos por juizes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juizes de primeiro grau. Prevê, mais (art. 98, II), a justiça de paz, remunerada, composta de cidadãos eleitos por voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos e competência para, na forma da lei, celebrar casamentos e *exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação*. Se esses dois mecanismos forem implementados, então mais um importante passo será dado para o fim de, tornando efetivas normas constitucionais, garantir a democratização do acesso à decisão judicial.

É necessário, também, a ampliação dos juizes e varas, levando o juiz até o povo (o juiz, como o artista da canção de Milton Nascimento, deve ir aonde o povo está). Esta providência implica a racionalização do aparelho judicial, para o fim de criar novos juizes e varas onde efetivamente haja precisão, com a conseqüente extinção das varas que não justifiquem um número mínimo de feitos em andamento. É fundamental, ademais, tornar efetiva a norma do art. 126 da Constituição Federal, segundo a qual "para dirimir conflitos fundiários, o Tribunal de Justiça designará juizes de entrância especial, com competência exclusiva para questões agrárias". Juizes que, nos termos da Constituição (art. 126, parágrafo único), sempre que necessário à eficiente prestação jurisdicional, far-se-ão presentes no local do litígio. É indispensável, por outro lado, reduzir o custo da prestação jurisdicional, daí por que a oficialização dos cartórios do foro judicial (jus-

tiça comum estadual) constitui providência urgente. Aliás providência outra vez determinada pela própria Constituição (art. 31 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias).

Muitas vezes, querendo provocar a tutela jurisdicional, o cidadão fica impedido por não possuir recursos para a contratação de advogados. Outras vezes, sem assessoria jurídica indispensável, acaba por incidir em erros que poderiam muito bem ser contornados. Ora, não há justiça sem a instituição, pelo Estado, de assistência judiciária gratuita. Assim como o Estado oferece serviços públicos na área da saúde, deve, igualmente, fazê-lo na área da justiça. A Constituição Federal (art. 5.º, LXXV) dispõe que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. A assistência judiciária hoje prevista na legislação ordinária, especialmente na Lei n.º 1.060, de 5-2-1950, não é suficiente para satisfazer o comando constitucional. Por isso que o Estado (União, Estados-Membros e Municípios) deve, urgentemente, colocar à disposição dos cidadãos necessitados, por meio de órgãos próprios ou de outro meio, serviços públicos prestadores de assistência jurídica integral. No âmbito da União, Distrito Federal e dos Estados, a Constituição Federal instituiu as Defensorias Públicas (art. 134 da CF) às quais incumbiu a orientação jurídica e a defesa em sede judicial, em todos os graus, dos necessitados. É imperioso que a União (inclusive para o Distrito Federal) e os Estados-Membros, de uma vez, instituam ou organizem as suas Defensorias Públicas. Quanto aos Municípios podem e devem também prestar esse tipo de serviço público. Não é indispensável que instituam órgãos próprios (Defensorias) bastando que, por meio de convênios com particulares, com escolas de Direito, ou por outra fórmula, assumam uma responsabilidade que também é deles. Não se pode esquecer que a Constituição Federal estabelece no art. 23, II, que é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: II — “cuidar da saúde e assistência pública...” e X — “combater as causas de pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos”. Esses dois incisos, nas partes referidas com grafia em grifo, são suficientes para justificar a responsabilidade do Município quanto a essa matéria. Afinal, a assistência jurídica integral constitui uma modalidade de “assistência pública” (a Constituição aqui não se refere à assistência social, mas, sim, à assistência pública, que é mais ampla), constituindo, ademais, importante mecanismo de promoção de integração social dos setores desfavorecidos.

A assistência jurídica integral aos necessitados deve com urgência ser prestada pelo Estado. Cabe, afinal, à assistência jurídica fazer a ponte entre a sociedade, especialmente aquela imensa parcela composta pelos desfavorecidos, e o Poder Judiciário. Sem a prestação desse serviço público,

pelo Poder Público, o Estado Democrático de Direito jamais poderá ser concebido como Estado de Justiça. E o princípio da inafastabilidade da prestação judicial apenas terá eficácia na sua dimensão formal, mas jamais, na indiscutivelmente importante dimensão material (vedação da instituição, pela lei, de mecanismos obstaculizadores da tutela judicial: — dimensão formal. Instituição de mecanismos promotores do acesso à prestação jurisdicional: — dimensão material do princípio).

O acesso à Justiça pressupõe, finalmente, a informação. Num país assolado pela miséria, onde milhões de cidadãos nem mesmo conseguem alcançar a alfabetização, é indispensável a informação. Um cidadão desinformado é presa fácil do arbítrio e da injustiça. Sem saber os direitos que possui, sem saber a quem recorrer no caso de agressão, sofre todos os infortúnios da vida imaginando que essa, afinal, é a carga do destino.

Há a necessidade da realização de programas nacionais de informação. O pleno exercício da cidadania depende da implementação dessas iniciativas. Preocupada com essa questão, a Associação dos Magistrados Brasileiros está elaborando uma cartilha com o objetivo de aproximar o Judiciário da sociedade. O Judiciário, esse poder desconhecido pelo povo, com medidas como estas, passa a ser incorporado ao cotidiano dos cidadãos informados. Espera-se que essas medidas continuem no futuro, sem sofrer interrupção. A OAB também deveria se sentir responsável pela realização de amplas campanhas de informação popular.

6. *Considerações finais*

A Constituição Federal procurou instituir um Judiciário forte, independente e autônomo. Concedeu aos magistrados um estatuto que, efetivamente, os protege contra o arbítrio e a prepotência. Preocupou-se com o problema do acesso à Justiça. Preocupou-se com o problema da investidura dos juízes e da racionalidade das decisões judiciais.

Talvez, quanto ao Judiciário, mudança na Constituição que pudesse ser reclamada diria respeito com o controle externo da atividade judicial.

Cabe, agora, reclamar a plena efetividade da Constituição, porque, sem a plena realização da Constituição não alcançaremos jamais a plena realização da justiça. Mas esta questão já não depende apenas do direito. Depende, sim, do homem. Do homem juiz e do homem jurisdicionado!

Reestruturação dos Tribunais do Trabalho

(Impacto Constitucional)

PAULO EMÍLIO RIBEIRO DE VILHENA

Professor da Faculdade de Direito da UFMG.
Aposentado. Juiz do TRT — 3ª Região.
Aposentado. Advogado em Belo Horizonte.

1. Embora CÍCERO tenha dito há perto de dois milênios que a história é a *magistra vitae* (mestra da vida), parece-nos, em realidade, que ela se traduz em uma compendiada e cíclica ironia sempre presente.

Os fenômenos histórico-sociais, dentro da aparente evolução tecnológica e científica do homem, como que se refletem e ex-surgem em cada tempo, como genialmente diagnosticara SPENGLER e agora mesmo, conquanto diante de instituições formalmente diversas, podemos verificar tal fenômeno.

É o que sucintamente exporemos.

2. Em sua candidez originária, como que espelhando os então dignificantes e altos objetivos da atividade dos órgãos da Justiça do Trabalho, dispôs, em 1943, o art. 726 da Consolidação do Trabalho:

“Art. 726 — Aquele que recusar o exercício da função de vogal de Junta de Conciliação e Julgamento ou de juiz classista representante de Tribunal Regional, sem motivo justificado, incorrerá nas seguintes penas:

a) sendo representante de empregadores, multa de 1/5 (um quinto) do salário mínimo a 2 (dois) salários mínimos regionais (modificados pelo Sr. CAMPANHOLE para “e 2 (dois) a 20 (vinte) valores regionais de referência) e suspensão do direito de representação profissional por dois a cinco anos;

b) sendo representante dos empregados, multa de 1/5 (um quinto) do salário mínimo regional (modificado pelo Senhor CAMPANHOLE para 2 (dois) valores regionais de referência) e suspensão do direito de representação profissional por dois a cinco anos” (*verbis*).

Apenas, *en passant*, cabe advertir que a Lei n.º 7.855, de 24 de novembro de 1989 — lei que o Sr. CAMPANHOLE cita abaixo do dispositivo

(como a que lhe tivesse dado nova redação) —, que alterou vários artigos da CLT referentes a multas, não só não toca em momento algum no citado art. 726 assim como, diversamente como faz supor o notório “edicionista”, tão só “triplica” os valores originários, passando a indicar como fator de indexação a então BTN (art. 2.º).

Já a ironia do movimento cíclico da história começa por aqui: ao Sr. CAMPANHOLE, que *spont* sua tem revogado inúmeros dispositivos da CLT, tenha talvez passado despercebido — cavaleiro fiel que empunha a bandeira do § 1.º do art. 2.º da Lei de Introdução ao Código Civil — haja passado despercebida autorizada corrente de juristas, que sustentam ser também a desuetudum uma das formas de revogação da lei formal, o que o levara a não cirurgiar de suas recentes edições da CLT o apontado art. 726 e seus parágrafos.

Para que se dê uma idéia concreta e objetiva da estranheza por nós exposta, basta que se levante uma hipótese: não é irrisível, e até humorístico, faça-se constar — de uns vinte anos para cá — dos editais de abertura de vagas e de apresentação de listas para juízes classistas (das Juntas ao Tribunal Superior do Trabalho) um item mais, contendo a advertência de que a recusa à nomeação importará na aplicação de uma multa?

Será concebível, hoje em dia, a convocação de candidatos a cargos a juízes classistas, com a advertência de que se recusarem a nomeação serão punidos com uma multa?

3. Debruçado na observação dos fatos, poder-se-ia perguntar: desvirtuou-se a função estatal do juiz classista em sua natureza, em sua finalidade e em seus objetivos institucionais?

Como explicar a *avalanche* de pedidos de nomeação, a pressão interna e externa para a sua convocação?

O que quer o pretendente ao cargo de Juiz Classista Temporário hoje? Tornou-se sua linha de atividade uma especial forma de exercício profissional, conquanto limitada no tempo — uma recondução para os classistas de 1.º grau, correspondente a dois mandatos de três anos?

Inserir-se-ia tal atividade, sem natureza estatutária, nem empregatícia, sem conceituação definida quanto a seu regime jurídico, inserir-se-ia em uma participação paralela e organicamente descompromissada na composição dos órgãos da jurisdição trabalhista?

Foi revertido o quadro dos pressupostos de aposentadoria pelo Estado, com a chamada “contagem recíproca de tempo de serviço”, cuja reciprocidade, na quase totalidade dos casos, somente atua em direção à aposentadoria pelos cofres, *in casu* da União e a estabilidade, ou definitivamente, da remuneração assegurada, conquanto mínimo tenha sido o tempo de serviço a ela prestado (a Carta Constitucional de 1988, numa como versão moralizante, fixou o tempo mínimo de cinco anos de exercício, para fazer-se

jus à aposentadoria, como deflui de seu art. 94, n.º VI, *in fine*. Está-se pressupondo da consideração do juiz classista como "magistrado").

Diante de tão agudas modificações legais e constitucionais e da própria revolução histórico-econômica e da sociedade difundidamente utilitária, que cada dia que passa mais vivemos, não se poderia especular que o próprio espírito da função se teria transmutado em uma atividade semiprofissional, atraente por sua desconexão com a responsabilidade técnica da prestação jurisdicional, responsabilidade esta incrustada na função e no cargo do juiz de carreira ou daquele que, nos Tribunais Superiores, devam trazer, como pressuposto de ingresso, a alta qualificação do saber jurídico e de sua integração no órgão judicante, como garantia da independência do Poder Judiciário (e por isso os juízes propriamente são vitalícios, inamovíveis e têm salários irredutíveis).

A conjuntura constitucional-legal do país não teria transformado a dignificante função do juiz classista em um mero *passaporte para a aposentadoria pela União*?

Ter-se-iam mudado e até ter-se-iam invertido escalas inteiras de valores teleológicos que venham a comprometer ou que comprometam a originária pureza e os fins públicos das instituições da Justiça do Trabalho?

Como resolver o crucial problema de uma primeira e ínsita contradição que ocorre na prestação jurisdicional na Justiça do Trabalho, em segundo e em terceiro grau (o Tribunal Superior do Trabalho), em que o juiz que pronuncia o voto, se classista, não está vinculado ao órgão colegiado como um membro vitalício, como portador dos requisitos técnicos indispensáveis à elaboração, à formulação e à edição de uma norma jurídica e se esta norma vem elaborada por uma figura nova, implantada nos quadros da atividade judicante, o *assessor*, que não tem o compromisso fundamental da jurisdição?

De onde provém a sentença assim produzida?

As dimensões que alcançou a Justiça do Trabalho, pelo número de seus Tribunais Regionais, de suas Juntas de Conciliação e Julgamento hoje espalhados por todo o território nacional e os desdobramentos operados em sua competência, se tudo isto representa uma das formas mais presentes de sustentação da estabilidade social, com a canalização judicial e eficiente dos conflitos de trabalho, pergunta-se, o crescimento da Justiça do Trabalho, o desdobramento de seus órgãos a isto correspondem os mesmos níveis de fidelidade institucional que presidiu a sua constituição originária?

4. É de imemorial lição histórica que as grandes instituições humanas sobrevivem e perduram no tempo, como já nos ensinara HAURIUO, não só se cumpre elas os seus fins mas, também senão se deformam elas em seus mecanismos de construção nem passem elas a servir mais que a si próprias e a seus fins aos interesses particularizados dos indivíduos que as compõem.

Se nos aventuramos a remontar concepções históricas e sociológicas, ainda que muito por alto, permitimo-nos evocar — em paralelismo com uma visão talvez pessimista, talvez cataclísmica da Justiça do Trabalho, se mais se desviarem suas instituições dos fins para os quais fora constituída, com sua particularização na política sectária do poder pelo poder ou na reversão de interesses institucionais em interesses preponderantemente individuais — permitimo-nos evocar o curso de uma das mais belas instituições de composição de interesses econômicos e sociais implantadas pelo homem na Idade Média.

Referimo-nos a uma instituição visceralmente ligada ao Direito do Trabalho, especialmente o Direito Coletivo do Trabalho, em suas raízes históricas, isto é, às Corporações Medievais.

Sabe-se que os membros da corporação eram os *mestres*, que representavam cada unidade de produção local e no específico ramo de atividade econômica. Como pessoas auxiliares e subordinadas, em cada ofício, a unidade econômica de produção representada pelo *mestre*, nela trabalhavam os *companheiros* e, a nível de incipiência prática e técnica, os *aprendizes*.

Estabeleceu-se um sistema, necessário e até inelutável de ascensão do companheiro a mestre e do aprendiz a companheiro, em razão seja do desaparecimento do mestre ou da necessidade de criar-se outra unidade de produção na área da corporação.

Como testemunha, com extraordinária profusão de dados, MARTIN SAINT-LEON, em sua obra clássica *Historia de las Corporaciones de Oficio*, diz que a ascensão de companheiro a mestre, dos séculos XII a XIV, quando as Corporações alcançaram sua maior projeção e maior fidelidade a seus fins, como instituição propriamente dita, somente poderia dar-se ou ocorrer quando o companheiro se submetesse a provas, através das quais demonstrasse a sua experiência e a sua habilidade profissionais, indispensáveis à direção e à condução técnica e econômica da unidade de produção a que estava filiado¹.

HENRI PIRENNE, em sua *História Econômica e Social da Idade Média*, timbra em atribuir a origem das Corporações e a sua extraordinária expansão histórica a dois fatores fundamentais: a preservação do poder local, como sua alta função pública e à associação voluntária, ou seja, à livre iniciativa².

Mais de dois séculos viveram e perseveraram as Corporações Medievais e isto não só se deveu às condições sócio-econômicas deste largo período histórico, mas sobretudo porque elas sempre se mantiveram fiéis a seus fins e sempre observaram, sem deformação, aos mecanismos de consitui-

1 SAINT-LEON, E. Martin. *Historia de las corporaciones de oficio*. Trad. Alfredo Cepeda. Buenos Aires: Paternon, 1947, p. 222.

2 PIRENNE, Henri. *História econômica e social da Idade Média*. 2ª ed. Trad. Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1965, p. 190.

ção e de composição de suas unidades econômicas, sobretudo aos seus sistemas probatórios e impessoais de ascensão, entre aprendizes e companheiros e, principalmente, entre companheiros e mestres.

É evidente que várias são as causas do desaparecimento das Corporações Medievais, entre elas os grandes descobrimentos, o surgimento da máquina, da grande indústria, das doutrinas liberais. Todavia são indiscrepantes os autores em apontar como uma das causas que fizeram o ruir das Corporações a deformação, a deterioração do sistema de acesso de companheiro a mestre, que se deu, por influxos externos, através da intervenção política dos príncipes e do próprio rei, que conferiam a carta de mestre àquele que obtivesse maior força ou prestígio político, independentemente de suas qualidades técnicas ou de experiência e até alheio àquela peculiar atividade econômica representada pela Corporação.

Chega a lembrar VIRGILIO FEROCI³, que até aos nobres, aos áulicos, aos reinóis, concediam-se direitos de inscrição nas Corporações, o que as transformou, desprezado o efetivo exercício da profissão, em domínios "mais de caráter político do que econômico".

A lição histórica, que aqui se chama, abriga apenas o fim elucidativo, pela analogia, segundo o qual as instituições tendem-se a esvaír-se no curso histórico em razão de seu desencontro com as infra-estruturas econômicas e sociais e ideológicas que lhes ditaram o nascimento. Mas, o esboroamento de tais instituições mais se acelerará e até se precipitará se passam elas a divorciar-se dos fins e dos princípios básicos de constituição e de remodelação que ditaram a sua criação e o seu funcionamento.

Seriam estes os primeiros germes de contradição de natureza orgânica e funcional, que, parodiando Karl Marx, poderiam levar à autodestruição da Justiça do Trabalho?

Fica feita a advertência.

5. Voltando à estrutura e ao funcionamento dos Tribunais do Trabalho, sem aludirmos, no momento, às Juntas de Conciliação e Julgamento, pode-se abrir, sem receio a susto ou a erro, uma hipótese medular e de contradição intrínseca no sistema de funcionamento dos Tribunais do Trabalho, quaisquer que sejam elas.

Aludimos acima à contradição histórico-teleológica que está vivendo a Justiça do Trabalho, em que o exercício de juiz classista passou de *munus* a uma premente e irreprimível ansiedade revestida de interesse exclusivamente pessoal e nos será imperioso abordar, ainda que em curtas pinceladas, o paradoxo que grassa nas próprias entranhas das Instituições Judicantes Trabalhistas, paradoxo este que se instala em uma de suas atribuições mais significativas, que é a sua competência funcional.

3 FEROCI, Virgilio. *Instituciones de derecho sindical y corporativo*. Trad. José María Ruiz Manent. Madrid: Reus, 1942, p. 20.

Seja por lei, seja regimentalmente, atribui-se, nos Tribunais do Trabalho, a faculdade ou o poder judicante ao juiz classista, ou ao representante de empregados ou ao representante de empregadores, quando, em ato decisório, ou concedem liminares ou indeferem petições iniciais (rescisórias, mandados de segurança ou *habeas corpus* etc.) ou recursos (ordinários, de revista, embargos, agravos etc.).

A questão comporta uma análise mais detida e que não pode passar despercebida, sem que se estejam omitindo os problemas que se reputam fundamentais na constituição e no funcionamento da Justiça do Trabalho.

Para que se tenha uma idéia geral, porém precisa, do problema, vamos exemplificar com o procedimento das medidas cautelares.

6. Inilidivelmente, o indeferimento da petição inicial da *medida cautelar* constitui uma sentença, através da qual se extingue um processo, com “decisão ou não do mérito da causa”, segundo define o § 1.º do art. 162 do Código de Processo Civil.

A índole especial da ação proposta — *medida cautelar* — não obsta se qualifique o ato judicial proferido pelo relator, como sentença, o que, aliás, se conceitua no art. 803 do mesmo Código, ao dizer que “o juiz decidirá dentro de 5 (cinco) dias”, e que se robustece ou tanto mais se precisa à leitura do parágrafo único deste artigo ou à referência do parágrafo único do art. 807.

Acurou-se de tal maneira a identificação da decisão do juiz na cautelar, como sentença, que a doutrina, em cor.eta abordagem, chega a desdobrar-lhe índole, em ou declaratória, ou constitutiva, ou condenatória, ou mandamental⁴.

O indeferimento da cautelar, se levado a efeito por um juiz classista, assume repercussões constitucionais nem suspeitadas por ele, pelo Tribunal e pelas normas regimentais que, canhestamente, lhe conferem competência para tanto.

Antes, duvida-se muito que o relator-classista tenha a consciência técnica da possibilidade processual, ou não, de inferir-se uma cautelar *in limine*, questão das mais delicadas do processo civil como se vê em HUMBERTO THEODORO JÚNIOR⁵, acolitado em OVÍDIO BAPTISTA, que diz que, mesmo em caso de má-fé, o “remédio não é o indeferimento”.

Todavia o ato decisório do Juiz Classista, na hipótese, em função isolada e autônoma, é nulo e afronta os princípios e as normas constitucionais que presidem a *paridade* de representação na Justiça do Trabalho.

4 Cf. JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Processo Cautelar*. 6ª ed. São Paulo: Livraria e Ed. Universitária de Direito, 1983, pp. 158/9, nº 122; SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Ação Cautelar Inominada no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro. Forense, 1979, pp. 172 e ss., 204, 241 e 408 que se desencadeia entre um procedimento cautelar cognitivo e um procedimento cautelar executório, como se colhe ao clássico CARLO CALVOSA: *Il Processo Cautelare*. Torino. UTET, p. 78, nº 11.

5 Cf. *op. cit.*, p. 130.

Se, porventura, se arrima tal decisão em preceito regimental — que faz pressupor sua competência para indeferir petições iniciais —, então a inconstitucionalidade fulmina tal preceito, a teor do disposto nos arts. 111 e 112 da Constituição Federal de 1988.

Enquanto o primeiro, em seu n.º II, timbra em fazer presente a “representação *paritária* dos trabalhadores e empregadores”, o segundo, em seu *caput*, na disciplina da estrutura da Justiça do Trabalho, reitera o basilar princípio do equilíbrio entre as categorias conflitantes nesta Justiça, com fazer “assegurada a paridade de representação de trabalhadores e de empregadores” (*verbis*).

A inconstitucionalidade de qualquer dispositivo regimental que atribua competência isolada do classista, como relator, para indeferir iniciais ou recursos, é manifesta.

O princípio constitucional, de clareza *éclatante* passa a defluir na legislação ordinária, iniciando-se, nos Tribunais Regionais do Trabalho, pelo § 4.º, contundente, do art. 670 da CLT, em que se encontra:

“§ 4.º — Os juízes classistas referidos neste artigo representarão, *paritariamente*, empregadores e empregados.”

Dos mais sugestivos, como exprimindo o princípio constitucional, impõe-se o art. 672, § 1.º, exigir, *sine qua non*, para a constituição de órgão *válido* de decisão, a presença dos “dois classistas”, ainda que, entre os três togados, dois deles não possam funcionar, impondo-se, inclusive, para a preservação dos trabalhos da Turma, se convoque, pelo seu Presidente, um suplente do classista porventura ausente.

Em nada há a estranhar o art. 649, *caput*, ainda da CLT, quando admite a *quebra da paridade*. Entretanto, tal dispositivo não rompe a *colegialidade do órgão*, pois toma como pressuposto a presença e a atuação do Juiz Presidente da Junta, *cujo voto prevalecerá*, o que, diante da força teleológica do preceito constitucional do equilíbrio entre juízes classistas integrantes da Junta de Conciliação e Julgamento, não situa o poder judicante nas mãos de um dos representantes ou de empregados ou de empregadores.

Em paralelismo, admitido, com o procedimento do júri (*jury-Verfahren*) em que atuam juízes leigos, ALBRECHT ZEUNER⁶ ressalta o reparo, como falando pelo art. 649, da CLT, e nas preservações constitucionais:

“*Auch in denjenigen Verfahren, in denen Laienrichter mitwirken, haben die Berufsrichter über Tatfrage mitzuentcheiden*”
Mesmo naqueles processos, nos quais concorrem juízes leigos, devem os juízes togados co-decidir nas questões de fato.

6 ZEUNER, Albrecht. Das Urteil in Deutschland. In: *Atti del Convegno internazionale per l'inaugurazione della nuova sede della facoltà*. — La sentenza in Europa — metodo, tecnica e stile. Padova: CEDAM, 1988, p. 174.

É de salutar importância alertar que regimentos internos de Tribunais do Trabalho acabam por mover-se dentro do mesmo princípio, revelado até no art. 649 da CLT, ao editar que, quando o relator é Juiz Classista, o revisor será sempre um Juiz Togado, e vice-versa, salvo se em situações excepcionais decorrentes de composição das Turmas.

No que se refere ao Tribunal Superior do Trabalho, não ociosamente resguarda o parágrafo único do art. 690 da CLT:

“Parágrafo único. O Tribunal funciona na plenitude de sua composição ou dividido em turmas, com *observância da paridade de representação de empregados e empregadores*” — ressaltado texto em grifo.

Portanto qualquer ato isolado praticado pelo juiz classista, que não seja meramente ordinatório, é constitucionalmente nulo, pois se a sua natureza é a decisória, somente poderá praticá-lo dentro do princípio da paridade.

7. Há algo mais na Justiça do Trabalho, que nos desafia o entendimento e até o *common sense*.

Sabe-se, desde sua instituição, pela Constituição Federal de 1937 e sua integração no Poder Judiciário, pela Constituição Federal de 1946, que a Justiça do Trabalho tem por fim e por objeto dirimir conflitos entre empregados e empregadores (tal desiderato mantém-se na Carta de 1988, com a mudança de *empregado em trabalhador*).

Trata-se, portanto, de uma justiça especializada e cujos conflitos dizem respeito, tão-somente, a empregados e empregadores (que se fale em avulsos ou em pequenos empreiteiros, a nível de *contraposição* — capital x trabalho).

Ora, a Justiça do Trabalho é estritamente especializada na tutela jurisdicional de tais conflitos. Se se admite, em tese e com restrições que serão abaixo apontadas, ou seja, tenha ela entre os membros de seus órgãos representantes das classes conflitantes, para as quais foi ela instituída, não se entende que passasse a abrigar, posteriormente, representantes de outras profissões, que não estão direta e linearmente vinculadas à espécie e natureza de tais classes, ou seja, os advogados e os procuradores (Ministério Público).

Somente uma imitação, de cunho político, pode ter criado nos Tribunais do Trabalho, transplantado para eles o chamado princípio do quinto, que preside a constituição dos tribunais comuns (aliás, altamente problematizada, nos acessos de juiz dos Tribunais de Alçada para os Tribunais de Justiça), cuja competência alcança relações jurídicas de toda a espécie, à exceção de competências especiais, como se dá com os Tribunais do Trabalho.

8. Se há interesses específicos de classes, que se se contrapõem, o que em princípio afasta a consideração da integração dos Tribunais do Trabalho por membros de outras atividades profissionais ou profissionalizadas

definidas (como a carreira do Ministério Público ou a do advogado), não significa isto que as classes envolvidas no processo trabalhista devam fazer-se, diretamente e de face nua, representar nesses tribunais, possivelmente com uma ressalva, como deduzidamente já o admitimos no Congresso de Direito Processual⁷, realizado em Cambuquira, nos idos de 1970, nos *Colóquios de Direito Processual*, em que a tese, então aprovada, teve os seus fundamentos finais expostos, relativamente aos juizes classistas, nos termos que se seguem, acompanhadas das conclusões.

Afirmava-se ali que a prestação jurisdicional é uma atividade técnica.

“Como ramo de conhecimento que se institui sobre postulados fundamentais e cuja estrutura e mecanismo se governam por leis próprias, que lhe imprimem caráter científico, o Direito, no plano social e normológico, impõe para seu correto entendimento e aplicação, àqueles encarregados de manipulá-lo, iniciação, prolongados estudos e constante experiência do fenómeno jurídico.”

(...)

“Não basta ter na mente a idéia do direito ou continuamente na boca o seu santo nome, como adverte Wilhelm Sauer. É indispensável, para a prática do direito, exercício, arte, genialidade, horizonte, sentido de justiça, objetividade, autocrítica e intuição em todas as situações, um coração aberto para todos os homens⁸.”

“A técnica jurídica, como uma sucessão de operações metódicas que adaptam os meios adequados aos fins propostos⁹ para a sua correta aplicação, exige longo aprendizado e diuturno trato com o complexo fenómeno da dinâmica jurídica.”

“Assim se requer no que toca aos princípios gerais de direito, à apreensão global e teleológica do mundo jurídico, aos conceitos jurídicos fundamentais, como se requer nas áreas de aplicação das diversas disciplinas jurídicas, como adequação de meios de realização da idéia do Direito.”

“Em um suposto de maior ou menor teor de maturidade histórico-sociológica, não foge a esse imperativo o Direito do Trabalho.”

(...)

“A manipulação de conceitos jurídicos, de relações jurídicas e de institutos jurídicos, em sua dinâmica, por leigos, não passa de consagração

7 Cf. VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Estrutura Orgânica da Justiça do Trabalho*. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, nº 30, abr./jun. 1971, pp. 121-130.

8 “Auf die Rechtsidee zu verweisen und ihren heiligen Namen fortwährend in Munde zu führen, ist freilich leicht; nach ihr zu entscheiden und nach ihr zu handeln, erfordert Übung, Kunst, Genialität, Weitblick, Gerechtigkeitsinn, Objektivität, Selbstkritik, Einfühlung in alle Lagen, ein warmes Herz für alle Menschen” — SAUER, Wilhelm. *Allgemeine Prozessrechtslehre*. Berlin-München: Carl Heymanns, 1961, p. 17, nº 4.

9 Cf. LACAMBRA, Luis Legas. *Filosofia do direito*. Barcelona: Bosch, 1953, p. 67, nº 9.

do empirismo na tarefa mais angustiante da vida judicante que é o revestir com exatidão o fato controvertido em regra jurídica."

"Em princípio, afigura-se contra-indicado o exercício da função jurisdicional, isto é, a entrega de uma parcela mínima que seja, de poder judicante a pessoa que não se tenha tecnicamente preparado para isto e que formal ou materialmente não seja portadora de certos requisitos que a desvinculem do jogo de interesses objetos de julgamento."

"Advertir-se-á: a representação classista poderá recrutar-se entre profissionais liberais habilitados."

"Seria o argumento do paradoxo dada a raríssima coincidência da indicação do juiz classista na pessoa de um advogado. E este não seria, a rigor, um classista, o representante de sua classe, pois esta qualificação, dentro do quadro de empregados e de empregadores, exclui o exercício de atividade judiciária ou jurídico-consultiva, pois a profissionalidade, de que cuida a lei (CLT, art. 530, III), supõe integração na atividade econômica a que, como empregado ou empregador, se tenha dedicado e que facultará a sindicalização."

"A atividade profissional, em si, porém, pergunta-se, contém justificativa para incorporar-se na atividade jurisdicional do Estado?"

"Sustenta-se que o juiz classista (representante de empregados ou de empregadores), ao participar de um Tribunal do Trabalho, traz a contribuição de sua experiência pessoal e profissional ou de seus conhecimentos técnicos específicos, que melhor conduzem a uma correta solução do caso a decidir."

"Tenha-se em mente que o conhecimento técnico-profissional, em si, é um dado neutro, desinteressado."

"Quando, entretanto, esse conhecimento se aplica em função de situações globais radicalmente conflitantes, como se verifica nos dissídios entre empregados e empregadores, ele se contamina e se cobre do interesse profissional de uma dessas categorias e se deforma, como ver, aqui, o juiz classista, a matéria submetida a seu julgamento, sob o prisma de uma ideologia profissional sedimentada — a que o fez assentar na cadeira judicante do Tribunal."

(...)

"Se as categorias sindicais são reunidas em razão e para a defesa de seus interesses profissionais e se, dentro do espírito dessa defesa, são designados seus representantes classistas, evidentemente, ao participarem de julgamentos, não poderão desvencilhar-se da capa ideológica, que constitui sua formação ética e explica a sua presença na sala de julgamentos."

(...)

"O que se deve examinar não é a qualidade em si do sistema paritário, mas o quanto contribui ou não para o regular funcionamento das instituições em que se acha inserido."

“Uma indagação é radicalmente cabível: a participação de juízes classistas leigos, sem lastro jurídico, na operação informativa e constitutiva da sentença em dissídios individuais e coletivos jurídicos¹⁰, sobretudo quando as matérias técnicas submetidas aos Tribunais se avolumam e se intrincam, (...) será essa participação infensamente admissível?”

“Se, nesses casos a participação do juiz classista é meramente nominal, ou se deixa ele orientar pelo togado que compõe o colégio,” (ou pelo assessor ...) “então vem a ser uma ficção”.

“Se porém, atua, na acção de operação julgadora, fá-lo deficitariamente, com os elementos informativos de que dispõe.”

“Se assim se dá, admite-se que ao invés de a representação classista como parte de órgão judicante, sustenta a higidez do sistema judiciário trabalhista brasileiro, ao contrário, escora-se ela em sua linha central de juízes, os magistrados togados” (ou em assessores...). “A visibilidade do desgaste institucional, nos resultados judiciais, está à vista”.

Vista ao nível institucional e como composição operativa, ganha a representação classista nos Tribunais feição iniludivelmente parasitária e hoje representando até um peso compacto de desejos e posições políticas.

“Por um lado, pondera-se que a linha de tradição na formação e no desenvolvimento das instituições estatais não traduz uma mentira. Seria tão anti-sociológico admiti-lo, como anti-sociológico seria *ex abrupto* romper com essa tradição.”

Mas as instituições, em sua organização, em seu funcionamento, para que estejam sempre rentes à realidade e cumpram os fins para os quais foram criadas, não podem escapar à mecânica de sua própria evolução e de seu aperfeiçoamento.”

(...)

“Se não se recomenda o “brusco rompimento com a tradição”, o aperfeiçoamento da Justiça do Trabalho compreenderá uma gradativa alteração na composição de seus órgãos e uma sucessiva redefinição das funções atribuíveis aos representantes classistas de empregados e de empregadores.”

Passando às conclusões a que se chegou naquela oportunidade, voltamos a insistir:

“Se se está no espírito manter a representação classista nos Tribunais do Trabalho, seja em razão de: a) preservar a confiança das classes litigantes nos órgãos judiciais, criados para dirimir conflitos; b) conservar-lhes o caráter de órgãos semiprofissionais ou diretamente ligados aos interesses profissionais das partes ou c) preservar áreas de prestígio político

10 Cf. ainda STAFFORINI, Eduardo R. *Derecho procesal social*. Buenos Aires: Ed. Argentina, 1955, pp. 59 e ss., e TISSEMBAUM, Mariano. *Las controversias del trabajo: la huelga y el lock out ante el derecho*. Buenos Aires: Victor P. de Zavalia, 1952, pp. 29 e ss.

ou de formação de lideranças sindicais vinculadas ao Estado, no exercício de umas de suas mais altas funções, que é a de aplicar a lei e realizar a justiça, é indispensável se observem certos limites, de fundo negativo uns e de natureza positiva outros, tais como:

1.º) circunscrever ao máximo a função informativa dos chamados juízes classistas como elemento fundamentador de conclusões decisórias. A informação terá caráter de assessoria e se restringirá ao seu conteúdo fático;

2.º) desvincular do juiz classista não só as questões jurídicas que demandam técnica específica e posição equidistante no ato de decidir, como quaisquer pronunciamentos que importem em conseqüências jurídicas naquele ato."

No plano organizativo, obter-se-ão tais *desiderata*, mas com as seguintes diretrizes:

"a) mantendo-se os vogais (hoje juízes classistas), em primeira instância, como órgãos auxiliares do juiz na proposta de acordos e para o esclarecimento das partes, com atribuições de natureza meramente informativa. Como assessores profissionais, sua participação no processo tem conteúdo apenas preliminar ou introdutório, e não envolverá ato formativo ou procedimental nem no do convencimento da sentença e menos ainda de natureza decisória;

b) nos Tribunais Regionais e no Superior do Trabalho, a função de assessoria exercer-se-á por pessoas, uma da classe dos empregados, outra da classe dos empregadores, com a atribuição de emitir "o ponto de vista da respectiva classe", no proceder, sem qualquer participação em atos ou sessões de julgamento."

E para que a Justiça do Trabalho suporte sua missão histórica e sua limpidez institucional, é indispensável que se proceda a uma revisão geral dentro de sua linha retrospectiva, através da qual buscará, em suas origens, em suas formas puras e no jogo aberto de suas intenções, o cumprimento da verdadeira finalidade sociológica, histórica e econômica, em razão da qual foi instituída.

9. A convivência com o tempo na escalada histórica de anos inúmeros que se sucedem acaba por tornarnos estranhos a nós mesmos e nos faz até voltar para a grave dúvida exteriorizada imortalmente por MACHADO DE ASSIS em seu célebre Soneto de Natal:

"Escolheu um soneto . . . A folha branca
Pede-lhe a inspiração; mas frouxa e manca.
A pena não acode ao gesto seu.

E, em vão lutando contra o metro adverso,
Só lhe saiu este pequeno verso:
"Mudaria o Natal ou mudei eu?"

Contratos Internacionais e Ordem Pública *

Desembargador NEGI CALIXTO

Professor de Direito Internacional Privado
da Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Paraná

SUMÁRIO

1. *Contratos internacionais.* 2. *Da ordem pública.* 3. *Conclusão.*

Reúne-se em torno deste Seminário o estudo de alta relevância e de preocupação constante do Direito Internacional Privado, que são os contratos internacionais, que formam as normas do comércio internacional.

Várias denominações foram atingidas ao sistema — o Direito Internacional Privado Comercial, o Direito do Comércio Internacional, o Direito Transnacional Comercial, o Direito Internacional dos Negócios, o Direito Internacional Econômico e o Contrato Econômico Internacional.

1. *Contratos internacionais*

Contratos internacionais são espécies dessa árvore gigantesca que é o Direito Comercial, como ramo do Direito Internacional Privado.

A variedade de denominações revela a riqueza dessa magna disciplina, abordável por diferentes ângulos, disse JACOB DOLINGER, Mestre eminente do Rio, quando prefaciou o belíssimo trabalho coordenado por JOÃO GRANDINO RODAS *Contratos Internacionais*, RT 1985.

Escreveu DOLINGER:

“Os conflitos de direito civil continuam sendo solucionados pelo clássico sistema de escolha da lei aplicável, determinada por meio de um leque de regras de conexão, solução esta que frequentemente acarreta conflitos de segundo grau, quando sistemas de Direito Internacional Privado de diferentes países estabelecem soluções diversas para os mesmos problemas. No campo do direito comercial, desenvolveu-se na Europa, a partir de 1930, uma nítida tendência no sentido da criação de leis uniformes de aplicação internacional generalizada.

* Palestra proferida na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais — Belo Horizonte — 18 de novembro de 1992 — Seminário de Contratos Internacionais.

Justifica-se esta diversidade de critérios pela distinção entre a natureza das instituições civis e das instituições comerciais, aquelas estáticas, estas dinâmicas, aquelas voltadas para a sociedade interna, estas cada vez mais extravasando para a sociedade internacional.

Daí o moderno renascimento da *lex mercatoria*, o sistema de fontes múltiplas, consuetudinária, convencional, jurisprudencial e arbitral, que formam as normas regentes do comércio internacional, em suas diversas manifestações, compra e venda, cambial, monetária-cambial, financeira, industrial, compondo o genérico direito econômico e participando do direito do desenvolvimento.”

A conceituação dos contratos internacionais do comércio do respeitável Mestre IRINEU STRENGER dá um completo espelho da preocupação do jurista em defini-los, bastando ver que STRENGER faz lembrar, sempre, como raiz metodológica, o princípio do gênero próximo e diferença específica.

Este é o conceito:

“São contratos internacionais do comércio todas as manifestações bi ou plurilaterais da vontade livre das partes, objetivando relações patrimoniais ou de serviços, cujos elementos sejam vinculantes de dois ou mais sistemas jurídicos extraterritoriais, pela força do domicílio, nacionalidade, sede principal dos negócios, lugar do contrato, lugar da execução, ou qualquer circunstância que exprima um liame indicativo de Direito aplicável.” (In *Contratos Internacionais do Comércio*, RT. 2.^a ed. 1922, p. 81.)

Do conceito clássico de BEVILAQUA — “contrato é o acordo de vontades para o fim de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos” —, a evolução não conheceu barreiras e atingiu o que conhecemos como acordo de vontades entre as partes por uma circunstância que se relaciona com mais de um sistema jurídico.

O contrato internacional do comércio praticamente se confunde com o próprio comércio internacional, no dizer de SUZAN LEE ZARAGOZA DE ROVIRA, “em razão das diferenças de sistemas legislativos e das valorações diversas que estes emprestam aos vários elementos de conexão, é evidente a possibilidade de conflitos de leis e a complexidade do problema que tanto tem preocupado a doutrina” (ob. cit. coordenada por JOÃO GRANDINO RODAS, p. 39).

2. Da ordem pública

Também nos contratos internacionais impera o princípio da ordem pública.

É princípio firmado que entre os elementos limitadores da vontade, colocam-se as leis imperativas internas do território no qual o contrato deve ser executado, e as regras de ordem pública, observa o Mestre IRINEU STRENGER (ob. cit., p. 114).

A liberdade de contratar dos negociantes sofre um limite que é a proibição de violar as regras de ordem pública do sistema jurídico com o qual o contrato pode entrar em contato para produzir seus efeitos.

Com a tendência da discussão de se saber em que medida a ordem pública internacional pode exercer os mesmos efeitos anuladores de cláusulas livremente estipuladas, STRENGER afirma que a ordem pública internacional prevalece em função de declaração expressa de Direito Interno, ou seja, é preciso reconhecer a validade da ordem pública internacional, para que esta seja eficaz, e conclui — a ordem pública interna deve, entretanto, interferir, quando se põe em foco o Direito escolhido pelas partes. Entretanto, impõe-se advertir aos negociadores que devem esforçar-se no sentido de evitar que um contrato perca sua força em razão da incidência de regras de ordem pública (ob. cit., p. 116).

Daí a noção de ordem pública ditada por STRENGER:

“O conjunto de normas e princípios que, em um momento histórico determinado, reflete o esquema de valores essenciais, cuja tutela atende de maneira especial cada ordenamento jurídico concreto.”

O Professor da Faculdade de Direito de Coimbra JOÃO BAPTISTA MACHADO, nas suas notáveis *Lições de Direito Internacional Privado* (Almedina, Coimbra, 1988), em síntese, conceitua a ordem pública consubstanciada ao “bom funcionamento das instituições indispensáveis à coletividade, eis que ela coordena e limita os institutos e princípios basilares do sistema jurídico, em ordem a garantir a subsistência de cada uma, só possível dentro do equilíbrio do todo. Representa, por assim dizer, o setor-piloto do sistema” (p. 254).

O que não se pode admitir é a confusão que se faz entre a exceção na aplicação do direito ou execução da sentença estrangeira, por via da ordem pública internacional, com a competência normal do Estado para legislar.

A ordem pública, ou a ordem social, como quer AMILCAR DE CASTRO, pode ser atacada, ameaçada, ofendida, por atos desenvolvidos na própria jurisdição, quando então o Estado, com suas leis imperativas, defende-a.

Pode, por outro lado, ser atacada, ameaçada, ofendida, por atos, leis e sentenças de outro Estado; então, o governo a resguarda, deixando de dar eficácia e valor jurídico a essa manifestação.

Na exceção, portanto, o que ocorre é que o juiz pode afastar a lei estrangeira, como substituí-la pela *lex fori*.

A figura do juiz, portanto, é de relevância ímpar porque a ele está dirigida a solução do conflito.

Para se invocar a ordem pública, é preciso que se trate de uma hipótese onde se deveria aplicar, normalmente, a lei estrangeira, ou executá-la, desde que se torne perigosa e prejudicial à coletividade.

A prática dos Tribunais está evidenciando que o Estado, no cumprimento do dever jurídico da cortesia e da reciprocidade, admite a aplicação da lei ou execução da sentença estrangeiras, em seu território, mas, se reconhecer a sua lesividade, o seu ferimento aos princípios basilares da Nação, tem o direito de afastá-las.

O Estado tem o direito de qualificar suas leis como de ordem pública (art. 6.º do Código BUSTAMANTE), e esse direito lhe é reservado pela própria Nação, e a exceção advirá quando do aferimento da lesividade do ato, da sentença, ou da lei estrangeira.

Foi a escola estatutária holandesa que firmou o princípio da cortesia internacional.

Partindo do pressuposto de que a lei é eminentemente territorial, toda e qualquer aplicação de uma lei estrangeira só poderá fundamentar-se em uma razão de cortesia internacional.

As escolas estatutárias italiana e francesa firmaram posições na razão superior da justiça, no assentimento da comunidade de direito (SAVIGNY, MANCINI E PILLET).

A melhor interpretação conhecida é aquela que reconhece, na aplicação do direito estrangeiro, a sua função primordial, que é o fundamento adequado às circunstâncias do próprio fato.

É preciso, porém, alerta OSIRIS ROCHA, “não esquecer que essa aplicação não se faz por mandamento do direito estrangeiro, que, por si mesmo, não vale no *forum*, ou seja, onde o fato está sendo apreciado. Ela se dá em virtude da ordem inserida na norma de Direito Internacional Privado local. Isto é, dada a autonomia de cada jurisdição, o direito estrangeiro, ou estranho, corresponde a dois fatos: um, o de que, lá no estrangeiro, aquela é a norma; outro, o de que essa norma, como mandamento cogente, vale lá no estrangeiro, mas não no *forum*. E, por consequência, a aplicação que dela se faz nesse, decorre, exclusivamente, da autorização dada pela norma de Direito Internacional Privado, ao juiz nacional, para que assim proceda” (*Curso*. Saraiva, 1975, p. 52).

Quando o juiz nacional adota, como critério para a apreciação do fato interjurisdicional ou internacional, o direito estrangeiro, ele o está aplicando, porque a operação realizada, de fazer incidir sobre o fato uma norma legal, constitui o que conhecemos como aplicação do direito.

O que é certo, e isto não provoca dúvidas, é que o juiz nacional, quando utiliza o direito estrangeiro para a solução do fato internacional ou interjurisdicional, ele apenas o usa para poder decidir a causa, cessando, após, qualquer intenção de integrar a norma estranha ao direito interno positivo. Daí para frente, o critério utilizado nem está nacionalizado, nem tem mais nenhum vigor.

É a equação momentânea para um fato que exigiu a solução pelo Direito Internacional Privado.

Pode-se até fazer a equiparação de ambas as leis, nacional e estrangeira, para a solução da causa.

A Suprema Corte brasileira, recentemente, equiparou a lei estrangeira à legislação federal brasileira, para efeito de admissibilidade de recurso extraordinário.

Ocorreu no Recurso Extraordinário n.º 93.131-7-MG, Relator MINISTRO MOREIRA ALVES, onde se discutiu o contrato de *datio in solutum* e de sub-rogação legal, chegando a afirmar a negativa de vigência de artigos do Código Civil português. Assim está a ementa:

“Equiparação da lei estrangeira, aplicada no Brasil, à legislação federal brasileira, para efeito de admissibilidade de recurso extraordinário. Dação em cumprimento. Sub-rogação legal. Código Civil português (arts. 592, 593 e 837). Inexistência de negativa de vigência do art. 9.º da Lei de Introdução ao Código Civil. Dissídio de jurisprudência não demonstrado.

A lei estrangeira, aplicada por força de dispositivo de Direito Internacional Privado brasileiro (na espécie, o artigo 9.º da Lei de Introdução ao Código Civil), se equipara à legislação federal brasileira para efeito de admissibilidade de recurso extraordinário. Não-ocorrência, no caso, de dação em cumprimento (*datio in solutum*) e de sub-rogação legal. Negativa de vigência dos artigos 837, 592 e 593 do Código Civil português. Recurso extraordinário conhecido e provido.” (DJU de 23-4-82, pp. 3669/3670.)

A ordem pública, em toda a sua essência e substância, tem provocado intensos debates nos Tribunais, mais especificamente no egrégio Supremo Tribunal Federal, aonde converge a matéria de Direito Internacional Privado.

Ao Supremo é reservada e atribuída a tarefa de assegurar que os atos, leis ou sentenças estrangeiros sejam cumpridos no território nacional, desde que não atinjam os princípios basilares da ordem social.

Do princípio de que a ordem pública internacional representa limites à aplicação da lei estrangeira, por força do Direito Internacional Privado,

o direito estrangeiro pode ser declarado competente para reger determinada situação, leciona JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO,

“mas há uma exceção, prossegue o professor português, pode dar-se a hipótese de aquela lei estrangeira se revelar incompatível com os princípios fundamentais que comandam a comunidade. Assim aconteceria se a aplicação da lei estrangeira levasse no caso concreto a declarar alguém escravo ou a instituir a poligamia. Nestes casos, a aplicação da lei normalmente competente não é admitida” (*O Direito — Introdução e Teoria Geral*, Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1977, p. 75).

Defendendo a tese de que a ordem pública internacional não tem a mesma incidência que as regras imperativas internas, ou como gosta de chamá-las — regras injuntivas —, o Professor ASCENSÃO proclama que a aplicação da lei estrangeira faz-se plenamente, mesmo com prejuízo dessas regras, e é só no círculo restrito de casos, quando são postos em causa princípios básicos da comunidade, como os bons costumes, a soberania nacional, a ordem econômica, enfim, a ordem social, que a ordem pública internacional intervém, como última defesa, e exclui a aplicação da lei competente.

Esse pensamento é que se extrai de toda a pesquisa junto à Corte Suprema do Brasil, onde os juízes têm procurado afastar a incidência da lei estrangeira, no caso de ferimento à ordem social brasileira, invocando o Direito Internacional Privado.

De resto, a aplicação do direito estrangeiro e a homologação da sentença estrangeira são respeitadas dentro dos limites do direito normalmente competente.

Vale percorrer, no Supremo Tribunal Federal, o pensamento da Justiça brasileira.

Afirmção do princípio do domicílio certo e da citação.

Em matéria de comércio exterior, com fretamento de navio, vinculando no contrato duas pessoas jurídicas de direito privado, uma do Brasil e outra da França, e no qual as partes acordaram em resolver, por meio de arbitragem a ser procedida em Londres, as controvérsias a ele inerentes, a Corte decidiu não homologar a sentença de arbitragem proferida pela Justiça inglesa, eis que a empresa brasileira, com domicílio certo no Brasil, não foi citada, ferindo, assim, a ordem pública nacional (Sentença Estrangeira n.º 2.476, julg. em 19-12-79, Rel. Min. ANTONIO NEDER).

Firmou, ainda, a Corte brasileira, que não é admissível no Brasil a citação do réu pela forma inglesa, pois, no tocante à forma do ato de procedimento, o Direito brasileiro impõe que se observe a que é prevista no seu texto (art. 12, § 2.º, da Lei de Introdução ao Código Civil), razão

por que se deixou de homologar a Sentença Estrangeira n.º 2.671, julg. em 23-4-80, Rel. Min. ANTONIO NEDER.

Controle da Justiça brasileira da ocorrência da agressão à ordem pública.

Em sentença negatória do *exequatur*, a Corte defendeu o princípio do controle da Justiça brasileira para apurar se há ou não agressão à ordem pública.

Tratava-se de carta rogatória expedida pela Justiça da República Argentina para proceder no Brasil ao seqüestro de bens móveis e imóveis, cuja medida cautelar é prevista no art. 1.295 do Código Civil argentino, com o nome jurídico de embargo e no art. 822, III, do Código de Processo Civil brasileiro, com o nome jurídico de seqüestro.

Assentou a Corte que, em se tratando de providência judicial que depende, no Brasil, de sentença que a decreta, imperiosa é a conclusão de que tal medida não pode ser executada em nosso País antes de ser homologada, na jurisdição brasileira, a sentença estrangeira que a tenha concedido, eis que pode suceder o caso em que o seqüestro seja ofensivo da ordem pública brasileira, da soberania nacional ou dos bons costumes vigentes no Brasil, ofensa que deve ser objeto de controle da nossa Justiça (Carta Rogatória n.º 3.237-4 — República Argentina, julg. em 25-6-80, publ. DJU de 12-8-80, p. 5792).

Princípio da ordem pública oriunda da competência absoluta.

Em procedimento de *exequatur* a carta rogatória, a Corte decidiu que é admissível a discussão a respeito da matéria de ordem pública, e por força do princípio da *lex loci delicti* (competência absoluta), que é de ordem pública, deve a ação indenizatória de ato ilícito praticado no Brasil e proposta noutro país ser ajuizada no Brasil (Carta Rogatória n.º 3.119-0 — República Argentina, julg. em 9-10-80, publ. DJU de 31-10-80, p. 8890).

Pessoa residente em território nacional que não concorda em se submeter à jurisdição alientgena. Efeitos.

Interessante questão foi decidida em embargos na Carta Rogatória n.º 3.553, dos Estados Unidos da América, julg. em 5 de junho de 1985, Relator Min. MOREIRA ALVES, onde prevaleceu a rebeldia do devedor aqui residente, que apontava irregularidade na rogatória que visava acolher o seu depoimento e reunir dados destinados à instrução da causa, entre os quais requisição das declarações do Imposto de Renda do depoente, bem assim as notificações fazendárias.

Baseado nas lições de HAROLDO VALLADÃO e AMILCAR DE CASTRO, de que as cartas rogatórias executórias foram sempre repelidas entre nós (elas são admissíveis apenas quando têm objeto simples diligência de instrução da causa), a Corte deu acolhimento, em parte, aos embargos para afirmar que, se o embargante-devedor não aceita a prorroga-

ção da competência da Justiça estrangeira, não se submete a ela, como pode fazê-lo em face de nossa legislação, que estabelece, em seu favor, a competência relativa da Justiça brasileira.

Por isso, a regra do sigilo da Fazenda Pública é imperativa, pois “que é regra não apenas de ordem pública de Direito interno, mas também de Direito Internacional, no conceito, que ainda hoje prevalece, de CLOVIS BEVILAQUA (*apud* Espíndola — ESPÍNDOLA FILHO, *A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Comentada*, vol. III, pág. 523, Rio de Janeiro, 1944), segundo o qual “leis de ordem pública são aquelas que, em um Estado, estabelecem os princípios, cuja manutenção se considera indispensável à organização da vida social, segundo os preceitos de direito: ou conforme uma decisão célebre da Corte de Veneza — são as que concernem diretamente à proteção da organização do Estado, considerando sob o ponto de vista político, econômico e moral”. Ainda recentemente, BARILE (“Ordine publico direito internacional privado” — in *Enciclopédia Del Diritto*, XXX, pág. 1.116, nota 31, Milano, 1980) acentuava a decisão do Tribunal de Nápoles, datada de 24 de setembro de 1965, que estabelecia nítida distinção entre ordem pública internacional e ordem pública interna, ao dizer:

“... non tutte le norme impetisce consituiscono l'ordine pubblico internazionale, ma solo quelle che sono espressione dei fondamentali principi e delle concezioni sociali e morali su cui si basa l'ordinamento giuridico interno, in relazione a un determinato periodo storico e alla coscienza giuridica di una data società politica in quel periodo.”

Conclui a Corte que, mesmo no Brasil, só se admite a requisição de informação à repartição do Imposto de Renda para apuração da existência de bens susceptíveis de penhora com base no disposto no inciso IV do artigo 600 do Código de Processo Civil, o qual implica se haja constituído relação jurídica processual válida, que, no caso, inexistente.

E, como não se constitui a relação processual, pela recusa do embaraçante em aceitar a prorrogação da competência da Justiça estrangeira, inviável a rogatória nesse especial.

Resulta disso tudo a prevalência do princípio da ordem pública em todas as manifestações no sistema de contratos internacionais econômicos, fazendo preservar o direito ditado em cada país.

3. Conclusão

Tanto no exame de uma sentença estrangeira como no exame de aplicação do direito estrangeiro, a ordem pública repercute intensamente na observação dos interesses nacionais, não ficando, o juiz nacional, apenas na vigilância quanto aos efeitos da sentença ou da lei, no Brasil, mas atento ao direito, sustentado no seu núcleo substancial, apontando o atentado à reserva da ordem pública nacional.

MERCOSUL: um Primeiro Enfoque sobre as Relações de Trabalho *

JOÃO DE LIMA TEIXEIRA FILHO

Consultor Jurídico do Ministério do Trabalho e da Administração. Coordenador Nacional do Subgrupo nº 11, do Mercosul. Presidente da Comissão de Modernização da Legislação do Trabalho. Membro da Academia de Direito do Trabalho. Advogado Trabalhista e ex-Secretário Nacional do Trabalho do extinto MTPS

SUMÁRIO

1. *Histórico sobre o MERCOSUL.* 2. *O presente do MERCOSUL.* 3. *O futuro do MERCOSUL.*

1. *Histórico sobre o MERCOSUL*

O processo de integração entre países, objetivando a constituição de mercados comuns, é um fenômeno relativamente recente por que passa a economia mundial.

Por meio da integração buscam os países ampliar os espaços internos de produção e de circulação de riqueza, superar os limites de crescimento dentro das próprias fronteiras, estimular o jogo sadio da competição entre as empresas com os conseqüentes reflexos sobre os preços ao consumidor,

* Conferência de abertura do Fórum Internacional sobre o MERCOSUL. Curitiba, em 6-8-92.

alavancar seu próprio nível de emprego em razão do aumento das vendas, dentre outros fatores não menos relevantes.

Inegavelmente, o enfoque econômico é o que, na realidade, deflagra e impulsiona todo o processo de integração. Todavia, o fato de ser elemento precursor não o exclui das etapas subseqüentes. A avaliação econômica deve ser feita de forma constante a fim de determinar se os resultados aferidos alcançam a medida do satisfatório ou não em termos de distribuição solidária, entre os países, dos ganhos que a integração deve propiciar.

Da mesma forma, é inegável que a razão econômica não é um fim em si mesma, mas um meio para realização das aspirações sociais latino-americanas. Dentre tais aspirações, verdadeiro fim do mercado comum, podemos destacar que a saudável competição empresarial para colocação do produto em outro país do mercado, aumentando a quantidade e a qualidade de bens produzidos, gerará, internamente, aumento de postos de trabalho, a busca de melhor qualificação profissional do trabalhador, que é o ponto de partida para a sua ascensão salarial e social.

Não é por outra razão que o Tratado do MERCOSUL consigna, em dois de seus *consideranda*, o objetivo de toda a integração: o desenvolvimento econômico com justiça social e a melhoria de condições de vida dos cidadãos. Poucas palavras, mas substanciais e suficientes para orientar e conformar as ações econômicas.

Por essa resultante, o tema cresce em relevo sob o prisma social. Os frutos dessa iniciativa têm como destinatários os cidadãos, vistos, a um só tempo, na dupla qualidade de *consumidores e trabalhadores*. Estes devem compartilhar equitativamente dos resultados positivos da integração, seja em termos do melhor aproveitamento de seu salário na aquisição dos bens que satisfaçam suas necessidades, seja em termos de variadas formas de elevação do próprio padrão salarial, aí compreendidos tanto a retribuição direta pela tarefa executada como também o desenvolvimento de melhores condições de trabalho e de emprego.

Essa conjugação de fatores sócio-econômicos, ao lado da necessidade de assegurar a inserção dos países do Cone Sul no cenário da competição mundial, protagonizada cada vez mais por sólidos blocos econômicos, guiaram a decisão política de participação no MERCOSUL. A compreensão da importância histórica da integração econômica do Cone Sul resulta também da certeza de que está fadado a não ter futuro o país que hoje quiser crescer isolado dentro de suas próprias fronteiras, com base no nacionalismo fechado e no protecionismo interno, porquanto este modelo não permite a absorção das novas tecnologias nem a expansão das trocas e dos mercados, nem os ganhos decorrentes da mudança de escala.

As fronteiras nacionais já não constituem mercado suficiente para que as vendas nele realizadas sejam capazes de garantir o retorno dos vultosos gastos em pesquisa e desenvolvimento dos projetos dos setores de ponta da economia mundial. Por esse motivo, o mundo assiste hoje a uma intensa movimentação no sentido da integração de grandes espaços geoeconômicos, com destaque para a Comunidade Econômica Européia, a associação entre o Japão e os países asiáticos de industrialização recente e a integração econômica da América do Norte.

Os países do Cone Sul não poderiam deixar de acompanhar esse movimento de integração regional que está permitindo, nas principais regiões geoeconômicas do globo, a superação das limitações dos mercados nacionais, o que certamente produzirá, nessas regiões, padrões de competitividade e desenvolvimento tecnológico ainda superiores aos já existentes. Se nossos países não avançassem no sentido da integração regional, o fosso tecnológico que nos separa do Primeiro Mundo seria aprofundado progressivamente. Isso torna o MERCOSUL um imperativo político e econômico para todos nós. E, para levá-lo adiante, com os resultados que desejamos alcançar, é preciso vontade política e engajamento efetivo dos diversos segmentos da sociedade civil no que pode ser o embrião da integração de toda a América Latina.

A opção brasileira pela integração encontra o pleno respaldo do art. 4.º, parágrafo único, da Constituição Federal, que dispõe:

“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.”

Esta diretriz constitucional, que orienta a decisão política e conforma a diplomacia nacional, recolhe o resultado de experiências anteriores, embora voltadas basicamente para a integração econômica. Assim é que participa o Brasil da Associação Latino-Americana de Livre Comércio — ALALC, constituída pelo Tratado de Montevidéu de 1960, até ser posteriormente substituída pela Associação Latino-Americana de Integração — ALADI, reformulada pelo Tratado de Montevidéu de 1980. São verdadeiros precedentes do MERCOSUL, mas que com este não se confundem, pois atuam em âmbitos distintos. A ALALC pretendia a instalação de uma zona livre de comércio, em todo o continente. Os produtos constantes de uma lista negociada poderiam livremente circular entre os países associados com vistas à substituição de importações procedentes de terceiros países.

Já a ALADI possui amplitude maior que a ALALC. Não visa à instituição de uma zona livre de comércio. Tem como objetivo maior a consti-

tuição de um mercado comum, operacionalizado, contudo, através dos chamados Acordos de Alcance Parcial, celebrados entre dois ou mais países. Ao viabilizar essas iniciativas bilaterais, a ALADI coloca um degrau necessário ao passo subsequente, que é o da instituição de relações plurilaterais na América Latina.

Nesse contexto, o MERCOSUL está compreendido no âmbito maior da ALADI, representando um Acordo de Alcance Parcial deste. O mesmo pode ser dito do Tratado de Integração, Cooperação e Desenvolvimento celebrado entre Brasil e Argentina, em 1988, com vistas à criação de um mercado comum entre os dois países. Este Tratado foi revisto pelos países signatários em 1990, daí resultando a disposição do Paraguai e do Uruguai em participarem do mesmo mercado comum. Surge assim o MERCOSUL, que veio a ser constituído através do Tratado de Assunção, subscrito em 23-6-91.

Mas o que vem a ser, afinal, o mercado comum almejado pelo Tratado de Assunção?

Podemos defini-lo singelamente como a abertura de fronteiras com o objetivo de melhor aproveitar o potencial de produção e de consumo de bens através da união dos espaços de trocas que cada país internamente possui. Para viabilizar este comércio é imprescindível a retirada de gravames tarifários ou de restrições de natureza não tarifária que possam onerar ou impedir a circulação de produtos fabricados na área do MERCOSUL.

É preciso, todavia, deixar claro que o Tratado de Assunção não cria o mercado comum. Efetivamente, não. Este é o objetivo final, a ser realizado a partir de 31 de dezembro de 1994. Até essa data, tudo é *provisório*, mas decididamente destinado a criar condições para a instalação do mercado comum. Exceto no que se refere a este objetivo maior (art. 1.º), ao período de vigência, que é por prazo indeterminado (art. 19), e outras poucas disposições, o Tratado de Assunção fixa claramente regras de *transição* para se chegar ao mercado comum. É, na realidade, um conjunto de *disposições transitórias*.

Exatamente porque há um objetivo (o mercado comum) a ser atingido em prazo determinado (31-12-94) é que não se deu à circulação de bens o tratamento de liberdade que teriam caso o mercado já tivesse sido constituído. Isso explica a cautela dos Estados-Membros em retirar paulatinamente as tarifas que cada qual faz incidir sobre os bens importados (Programa de Liberação Comercial) e de estabelecer um programa de redução de produtos sensíveis à concorrência como formas de evitar impactos de monta sobre o parque industrial de cada país, ainda não afeiçoado à sistemática e às mudanças de toda ordem que o mercado comum introduz.

E, aqui, um aspecto relevante merece destaque: os casos precedentes de integração registram que as questões sociais, particularmente no campo do trabalho, surgiram muito tempo após a abertura de fronteiras. No caso do MERCOSUL, os governantes dos Estados-Membros tiveram a sabedoria e a sensibilidade política de criar o mecanismo para discussão dos temas sociais *pari passu* com o desenvolvimento das questões econômicas aplicadas ao cenário do mercado comum. Para tanto, foi de fundamental importância a “Declaração dos Ministros do Trabalho dos Países-Membros do MERCOSUL”, subscrita em Montevideu, em 9 de maio de 1991. Elaborada após o debate do tema pelos titulares das pastas, assistidos por Enrique Rodriguez (Argentina), pelo signatário (Brasil), por Oscar Martínez Pérez (Paraguai) e por Santiago Perez del Castillo (Uruguai), a Declaração deixou consignado o seguinte:

“I — O Tratado de Assunção abre as portas de um notável progresso para os respectivos países e, portanto, é necessário procurar um resultado exitoso das negociações pendentes;

II — é necessário atender aos aspectos trabalhistas e sociais do MERCOSUL e acompanhar as tarefas dos respectivos representantes para assegurar que o processo de integração venha acompanhado de efetiva melhoria das condições de trabalho nos países que subscreveram o Tratado;

III — promover a criação de subgrupos de trabalho com a atribuição de avançar no estudo das matérias vinculadas a suas pastas (Ministérios do Trabalho);

IV — estudar a possibilidade de subscrever um instrumento, no âmbito do Tratado de Assunção, que contemple as inevitáveis questões trabalhistas e sociais que decorrem do início de execução do Mercado Comum;

V — os países se comprometem a prestar a necessária colaboração para o conhecimento recíproco dos regimes próprios relacionados com o emprego, a previdência social, a formação profissional e as relações individuais e coletivas de trabalho.”

Essa Declaração veio a ser reafirmada em Foz do Iguaçu, em 10 de dezembro de 1991, ao final do Encontro sobre Relações Trabalhistas no MERCOSUL, promovido pelo Ministério do Trabalho do Brasil, onde os mesmos participantes da reunião de Montevideu uma vez mais consignaram:

“fica reiterado o que se acordou na reunião dos Ministros do Trabalho, realizada em Montevideu, em 9 de maio de 1991, com

relação à necessidade de promover a criação de um Subgrupo de Trabalho no contexto do Anexo V do Tratado de Assunção, que deveria ser denominado de relações do trabalho, emprego e previdência social, com a responsabilidade de ocupar-se destes temas.”

Ao encerrar este Encontro, o Ministro Antônio Rogério Magri propôs que o subgrupo a ser criado poucos dias após tivesse a composição *tripartida*, abrindo-se espaço para a participação de empregadores e de trabalhadores, por suas entidades sindicais. Assinalou, naquela oportunidade, o Senhor Ministro:

“O MERCOSUL requer todo um amadurecimento na relação entre os atores sociais, envolvendo governos, empresários e trabalhadores. Na discussão dos assuntos trabalhistas, esse caráter tripartite é absolutamente fundamental, considerando as peculiaridades intrínsecas da relação capital-trabalho. De nossa parte já externamos a opinião de que tais foros devem ter no tripartismo sua característica, pois que absolutamente indispensável ao equacionamento da complexa gama de problemas que hão de surgir ao longo do processo de integração.”

2. O presente do MERCOSUL

E dentro desse contexto é que surge como valioso instrumento de participação o Subgrupo n.º 11, o único criado após a ratificação do Tratado de Assunção, cujo Anexo V constituiu apenas 10 Subgrupos. Não que isto dizer — repise-se — que o Subgrupo tenha surgido tardiamente. Muito pelo contrário. Sua criação ocorreu a tempo de evitar a repetição das demais experiências internacionais, em que as questões sociais foram tratadas só depois de consolidados os fatos econômicos.

A constituição do Subgrupo n.º 11 ocorreu na reunião do Conselho Mercado Comum de 17-12-91, em Brasília, à qual estiveram presentes os Presidentes dos quatro países. Inicialmente voltado para os “assuntos trabalhistas” (Resolução n.º 11/91 do GMC), o Subgrupo n.º 11 teve o seu campo de ação ampliado para tratar de “relações trabalhistas, emprego e previdência social” (Resolução n.º 11/92 do GMC), como fora solicitado pelos Ministros do Trabalho.

Para melhor desincumbir-se de suas atribuições, o Subgrupo n.º 11 decidiu subdividir-se em Comissões Temáticas. Para tanto, espelhou-se na estrutura já existente na Seção brasileira do Subgrupo n.º 11. Nesta, por consenso entre o Coordenador Nacional e entidades sindicais representativas de trabalhadores e de empregadores, foram criadas seis Comissões

Temáticas, todas tripartidas, ficando a cargo de cada qual o aprofundamento técnico dos seguintes temas, à luz da integração de mercados: (1) *Relações Individuais de Trabalho*, (2) *Relações Coletivas de Trabalho*, (3) *Emprego*, (4) *Formação Profissional*, (5) *Saúde e Segurança do Trabalhador* e (6) *Previdência Social*.

Além destas Comissões Temáticas, o Subgrupo n.º 11 criou mais duas: a de n.º 7, *Setores Específicos*, e a de n.º 8, *Princípios*.

Estas Comissões já iniciaram seus trabalhos. Algumas delas já definiram uma metodologia uniforme para o mapeamento dos respectivos assuntos em cada país. Esse procedimento tem o objetivo de gerar um resultado que possa ser susceptível de comparação e, portanto, orientar as ações que se façam necessárias, servindo de base sólida para estas.

Entre as tarefas das Comissões encontram-se questões da maior importância, tais como: o levantamento das assimetrias entre as legislações do trabalho dos 4 países e dos custos de trabalho, a definição de exigências migratórias para a circulação de trabalhadores nos países do MERCOSUL, a validação de títulos para o exercício de profissões regulamentadas, a determinação de um conjunto de convenções básicas da OIT que possam ser ratificadas pelos 4 países para formar um arcabouço jurídico comum e permitir a elaboração de uma *Carta Fundamental de Direito do MERCOSUL*.

Todos esses temas são de inegável relevância. Mas não se deve perder de vista que um dos objetivos do processo de integração é o da *harmonização das legislações*. Desde a citada reunião dos Ministros de Trabalho, em Montevideu, em 9-5-91, sustentamos que a pretendida harmonização, a ser considerada por instituto e pela finalidade de cada qual, não conduz à *uniformidade* legislativa. Tal identidade normativa seria inalcançável, basicamente, por dupla razão: a soberania interna de cada país-membro e a atuação dos fatores sociais na fonte de produção do *Direito do Trabalho*. Isto sem falar nas razões históricas e culturais de cada povo.

A harmonização de que fala o Tratado tem, portanto, o nítido sentido de redução, até onde possível for, das diferenças que os regramentos nacionais, autônomos ou heterônomos, dispensem aos diversos assuntos em comparação. As correções que se fizerem necessárias devem-se dar de forma que, no conjunto, os trabalhadores tenham aproximadas, *in melius*, suas condições de trabalho. Não seria crível supor que tal aproximação ocorresse tomando-se como referência o parâmetro mínimo de direitos sociais de um dos países. Isso seria a negação do já referido princípio de justiça social, consignado no pórtico do Tratado de Assunção, e o esvaziamento do conteúdo social que possa ter a declaração de melhoria de condições de vida encerrada no outro *considerandum*.

Também não seria crível supor que esse melhoramento das condições de trabalho pudesse ocorrer de uma só vez no plano interno de cada país. Ao forçar a natureza das coisas o resultado pode ser uma desproteção maior.

Essa necessidade de equalização paulatina de direitos sociais nos leva a entender que o eventual desequilíbrio nos custos do trabalho entre os quatro países não pode constituir fundamento para justificar a adoção de medidas de salvaguarda nem para embasar qualquer controvérsia a respeito de vantagens comparativas de um país sobre o outro na colocação de produtos no mercado ampliado. Isso porque já está implicitamente admitida a desigualdade atual, seja ela qual for, no pressuposto de que é necessária a equalização laboral, que dá conteúdo à Justiça Social.

3. *O futuro do MERCOSUL*

Indubitavelmente, a integração de mercados irá produzir sensíveis impactos sobre as relações de trabalho, que acarretarão mesmo uma *mudança de cultura*. Nesse contexto, é de se prever que os interlocutores sociais deverão valorizar a negociação coletiva, que passará a ser utilizada não como expressão de efeito em discursos vazios, mas como prática efetiva, tão mais positiva quanto mais exercitada seja.

São previsíveis também significativas *mudanças de comportamento* nas relações de trabalho. Os empresários deverão cada vez mais encarar o trabalhador como um parceiro neste processo e não como um adversário que é preciso manter distante. Abre-se, assim, o espaço para o desenvolvimento da gerência participativa, da ênfase sobre a formação e aprimoramento das potencialidades do trabalhador e de sua conseqüente valorização, como condição de sua dignidade humana, entre outras.

Os trabalhadores e o movimento sindical, por sua vez, terão provavelmente de adotar uma postura menos política e contestatória e muito mais convergente na busca de soluções negociadas. O próprio perfil da negociação coletiva deverá ser ajustado a esse novo cenário, porque a garantia do nível de emprego estará intimamente ligada à busca de soluções para problemas comuns a empregadores e empregados. Os trabalhadores deverão incluir nas pautas de reivindicações, além das postulações salariais, cláusulas que digam respeito à qualidade e à produtividade, à formação e à reciclagem profissional, ao acesso maior a dados e informações da empresa, à criação de mecanismos paritários para resolver problemas de interesse comum ao nível da empresa etc.

A questão do emprego ganha vulto no cenário do mercado ampliado por múltiplas razões. A retirada de barreiras alfandegárias tende a levar à

especialização dos quatro países nos setores em que têm vantagens comparativas. Pelo menos em um primeiro momento tais setores serão, sem dúvida, beneficiados pela ampliação do mercado. Contudo, os setores mais fracos, menos competitivos, de cada país, ao se sentirem ameaçados pela perda do mercado que hoje possuem, podem recorrer à reconversão empresarial, tanto considerada sob o prisma da modernização produtiva interna, sem mudança da atividade econômica, quanto a entendida como reformulação da atividade econômica que a empresa explora. Essa reconversão, no curto prazo, pode significar desemprego, exigindo que cada governo acuda a emergência com políticas de emprego, reciclagem e formação de mão-de-obra destinadas a reinserir, o quanto antes, o trabalhador no mercado de trabalho. O seguro-desemprego, por maior que seja seu valor, será sempre um paliativo e terá sempre uma expressão monetária insuficiente se comparado ao emprego perdido. O objetivo é, por conseguinte, evitar o agravamento dos efeitos da recessão que alguns dos Estados-Membros do MERCOSUL ainda experimentam. É preciso uma coordenação voltada para minimizar esses impactos negativos de curto prazo sobre o nível de emprego.

É imperioso evitar que o mercado comum sirva de escudo para que grandes empresas racionalizem suas atividades através da concentração de unidades produtivas em apenas um dos países envolvidos, com o conseqüente fechamento das fábricas existentes nos demais. Devemos esforçar-nos para minimizar essa possibilidade, a qual escapa aos propósitos de bem-estar social previstos nos umbrais do Tratado de Assunção. Essa minimização requer, entre outras coisas, uma eficaz harmonização das políticas macroeconômica, de modo a equalizar as cargas tributárias, as políticas de estabilização de preços etc., criando assim certa homogeneidade dos ambientes econômicos de cada um dos países.

Além disso, desejável se torna a criação de mecanismos capazes de impedir uma tal ação socialmente nefasta por parte das grandes empresas, como, aliás, está proposto na Declaração Tripartite de Princípios sobre as Empresas Multinacionais e a Política Salarial, adotada pela OIT, em 1977.

Se, de um lado, o MERCOSUL amplia o acesso ao mercado para as empresas, de outro, simultaneamente, aumenta o nível de competição entre elas. Nesse sentido, a busca da qualidade e da produtividade passa a constituir, mais do que nunca, um imperativo de sobrevivência para todas as empresas dos quatro países. Essa situação requer uma grande preocupação com a elevação do nível de *qualificação profissional* da mão-de-obra no âmbito do MERCOSUL, quer através de maiores investimentos em ensino básico, quer através de programas de treinamento e reciclagem profissional, *cumprindo lembrar sempre que estes programas são inócuos, se o trabalhador não possuir, de antemão, uma boa formação básica.* Quão mais ampla for a formação escolar, melhor base para a absorção da formação profissional subseqüente. Daí a necessidade de ações articuladas entre os orga-

nismos de educação geral e de formação profissional para desvendar a forma mais eficaz de inserção dos jovens no mundo do trabalho. E esta inserção pode ser alcançada através do adequado planejamento de estágios profissionalizantes ou de cursos de formação metódica que desenvolvam habilidades para o trabalho em sincronismo com as demandas do mercado.

A última correlação entre formação profissional e emprego desafia, no âmbito MERCOSUL, o desenvolvimento de um sistema informatizado sobre o mercado de trabalho, com bases estatísticas comuns e com uma classificação de ocupações homogêneas.

Um sistema com essa configuração viabilizará uma das pedras angulares do mercado comum: a livre circulação de trabalhadores entre os países-membros.

É fundamental regular a *circulação da mão-de-obra* entre os países envolvidos, que fatalmente será acentuada com o estabelecimento do mercado comum. Isso exigirá um esforço de harmonização das respectivas legislações trabalhistas, bem como todo um trabalho de conscientização social destinado a impedir que surjam manifestações xenófobas acusando os nacionais de cada um dos países do MERCOSUL de ocuparem postos de trabalho que deveriam ser destinados aos nativos de cada país, cumprindo lembrar que tais manifestações já constituem uma grande preocupação das autoridades dos Estados Comunitários, no âmbito da CEE.

Embora intrínseco ao processo de integração, o trânsito da mão-de-obra deve tomar cuidado para evitar que alguns desses países assistam à emigração do estoque de mão-de-obra qualificada, indispensável ao seu desenvolvimento econômico interno, ou à ocupação desarrazoada de postos de trabalho por imigrantes especializados que possa comprometer a qualificação profissional dos trabalhadores no país de sua nacionalidade.

Os complexos pontos que foram mencionados com a brevidade exigida pelo momento deixam claro que a integração econômica, objeto do MERCOSUL, longe de constituir apenas um trânsito de bens e serviços isentos de barreiras tarifárias e não tarifárias, é uma verdadeira revolução, exigindo de todos — governos, empresários e trabalhadores — um trabalho conjunto e participativo para que a mudança seja absorvida com o mínimo de traumas e até com os melhores resultados possíveis.

Muitos são os desafios que o Subgrupo n.º 11 terá de enfrentar. Afinal, não existe uma fórmula que permita orientar as ações no campo das relações de trabalho frente a um processo de integração dos mercados. O certo é que a formação de blocos geoeconômicos é uma realidade dos dias atuais e que ao Subgrupo 11, com o seu traço distintivo do tripartismo, está reservada a delicada missão de equilibrar os desejáveis ganhos econômicos com os necessários avanços no campo social.

Solução Pacífica dos Conflitos Internacionais: Esquipulas II e a Pacificação da América Central

FREDYS ORLANDO SORTO

Professor da Faculdade de Direito da
Universidade Federal da Paraíba

SUMÁRIO

1. *Introdução.* 2. *Negociações diplomáticas multilaterais diretas: Esquipulas II.* 3. *Antecedentes do acordo de Esquipulas II.* 4. *Importância de Esquipulas II na óptica dos Estados.* 5. *Natureza jurídica do Procedimento da Guatemala.* 6. *Conteúdo, limitações e perspectivas de Esquipulas II.* 7. *Conclusões.*

1. *Introdução*

Dentre os meios diplomáticos de solução pacífica dos conflitos internacionais, no que tange à América Central, dois se destacam: a mediação do Grupo de Contadora e Esquipulas II.

O presente trabalho trata do segundo plano global de paz da América Central, isto é, Esquipulas II. O primeiro plano foi apresentado pelo chamado Grupo de Contadora em 1986. Grupo do qual o Brasil fez parte.

Com o fim da mediação de Contadora o governo de Costa Rica apresentou o denominado *Plano Arias*. Por esta iniciativa de paz o presidente Oscar Arias recebeu o prêmio *Nobel* da Paz.

A experiência centro-americana é muito rica em ensinamentos. Mas as informações do que lá ocorre chegam até aqui com atraso ou distor-

cidas, o que é lamentável. Este artigo procura resgatar parte dessa experiência.

2. *Negociações diplomáticas multilaterais diretas: Esquipulas II*

Após a mediação de Contadora, as negociações diplomáticas multilaterais diretas têm renovado expectativas. O mais importante resultado das negociações dos presidentes centro-americanos foi a adoção de um acordo de pacificação.

A primeira reunião de chefes de Estado ocorreu em 1986. Nesta ocasião, os presidentes declararam que Contadora era a melhor instância política para alcançar a paz e a democracia. Manifestaram também a disposição de assinar e de cumprir os compromissos contidos na *Ata de Contadora*. Mas reconheceram as dificuldades, no que se refere a manobras militares, armamentos e verificação do cumprimento dos acordos. Note-se, porém, que, uma semana antes da reunião de cúpula, o Presidente da Guatemala já afirmava o fracasso de Contadora¹.

Na segunda reunião de cúpula, celebrada em San José, em fevereiro de 1987, foi lançado pelo governo de Costa Rica um plano regional de paz, o *Plano Arias*. Contadora ficava mesmo para trás como instância de negociação da crise. Mas o Plano sabiamente recolhia os resultados positivos do Grupo de mediação. Contudo, o resultado mais notável do processo de negociação diplomática direta foi, na terceira reunião de chefes de Estado, ocorrida em Esquipulas (Guatemala), a aprovação do acordo de paz, denominado *Procedimento para Estabelecer a Paz Firme e Duradoura na América Central*, também conhecido como Esquipulas II.

Na primeira reunião de cúpula dos governos da região (para avaliar o cumprimento dos acordos de Esquipulas II), ocorrida em San José (jan. 1988), declararam os presidentes que os acordos não tinham sido satisfeitos integralmente, no tocante ao diálogo, ao cessar fogo, à anistia geral e, sobretudo, à democratização. Comprometeram-se a cumprir imediatamente os acordos. Seguiram-se, em 1989, duas importantes reuniões de chefes de Estado da América Central. Com efeito, a primeira se deu em

1 BARDINI, Roberto. *Cadernos do Terceiro Mundo*. Rio de Janeiro, 11 (91) :36-40, jul. 1986, p. 38.

Na reunião de Esquipulas, foi assinado um acordo entre El Salvador e Honduras, onde acordavam em submeter à CIJ as controvérsias não resolvidas pelo Tratado Geral de Paz celebrado em 1980, em Lima. As matérias referem-se a: delimitação da linha fronteira, determinação da situação jurídica insular e dos espaços marítimos.

fevereiro, em *Costa del Sol* (El Salvador); a segunda, em agosto, em *Puerto de Tela* (Honduras). Nesta, foram concluídos novos acordos de pacificação regional².

3. *Antecedentes do acordo de Esquipulas II*

No limiar de 1987, já era evidente o fracasso do Grupo de Contadora como instrumento de solução do conflito regional. Contadora tinha-se voltado, por outra parte, para problemas mais gerais da América Latina. Nestas circunstâncias, surgiu Esquipulas II ou *Procedimento da Guatemala*. Este acordo de paz foi fruto de um processo político, cujo precedente mais importante foi o processo de Contadora, do qual se recolhe a experiência. A concepção de Esquipulas II deve-se, mais que tudo, a uma necessidade regional objetiva, cuja iniciativa coube ao governo de Costa Rica.

2 *Documentos consultados*: 1) Declaração de Esquipulas, 25 de maio de 1986; 2) Procedimento para Estabelecer a Paz Firme e Duradoura na América Central (Plano Arias), 15 de fevereiro de 1987; 3) Compromisso entre Honduras e El Salvador para submeter à decisão da CIJ a controvérsia fronteiriça, 24 de maio de 1986; 4) Procedimento para Estabelecer a Paz Firme e Duradoura na América Central (Esquipulas II), 7 de agosto de 1987; 5) Comunicado dos chanceleres dos grupos de Contadora e de Apoio, da América Central, do Secretário-Geral da OEA e do representante pessoal do Secretário-Geral da ONU, 22 de agosto de 1987; 6) Comunicado conjunto da Comissão Executiva dos Acordos de Esquipulas II, 18 de setembro de 1987; 7) Comunicado conjunto da terceira reunião de diálogo entre o governo de El Salvador e a FMLN-FDR, 5 de outubro de 1987; 8) Informe da FMLN-FDR sobre a terceira reunião de diálogo, 16 de outubro de 1987; 9) Decreto nº 305 (lei de anistia) sobre a reconciliação nacional em El Salvador, 28 de outubro de 1987; 10) Discurso do Presidente José Napoleón Duarte após noventa dias de Esquipulas II, 5 de novembro de 1987; 11) Conclusões do Informe da Comissão Internacional de Verificação e de Seguimento do Procedimento da Guatemala, 1987; 12) Carta das FMLN-FDR ao Presidente Duarte, fevereiro de 1988; 13) Acordo entre o governo da Nicarágua e a resistência nicaraguense, 21, 22 e 23 de março de 1988; 14) Registro da Comissão Nacional de Reconciliação da Nicarágua, 24 de março de 1988; 15) Proposta da FMLN para converter as eleições numa contribuição à Paz, 23 de janeiro de 1989; 16) Declaração conjunta dos presidentes centro-americanos após a reunião de Costa del Sol, 14 de fevereiro de 1989; 17) Declaração conjunta dos presidentes centro-americanos, 14 de fevereiro de 1989; 18) Discurso de Javier Pérez de Cuéllar, Secretário-Geral da ONU, 29 de maio de 1989; 19) Acordo entre Honduras e a Nicarágua (sobre os membros da Resistência Nicaraguense e sobre um acordo extrajudicial em relação à ação impetrada pela Nicarágua contra Honduras na CIJ em 28 de julho de 1986), 6 de agosto de 1989; 20) Acordo Geral de Tela aprovado pelos presidentes da América Central, 7 de agosto de 1989; 21) Comunicado da FMLN em relação ao processo de diálogo, 7 de setembro de 1989; 22) Proposta da Frente Farabundo Martí de Libertação Nacional, 11 de setembro de 1989; 23) Acordo do México entre o governo de El Salvador e a FMLN, 15 de setembro de 1989.

A ascensão de Oscar Arias à Presidência de Costa Rica mudou a política externa desse Estado. O Plano Arias, documento que serviu de base a Esquipulas II, valeu ao Presidente o Prêmio Nobel da Paz de 1987. O Plano Arias transformou-se, afinal, numa inédita opção regional.

As pressões dos Estados Unidos sobre a Costa Rica, Honduras e El Salvador inviabilizaram as ações do Grupo de Contadora. Por isso não deixou de causar apreensão à iniciativa centro-americana, porque seria mais vulnerável à ação externa. Esquipulas II, porém, ganhou logo credibilidade e apoio internacionais. Veio à luz, em substituição a uma iniciativa de mediação, portanto, com um propósito: o de alcançar a paz pela via pacífica. Inviabilizar a ação dos Estados que formavam o Grupo de Contadora não significou, pois, inviabilizar a paz como objetivo e como alternativa à saída militar. Quanto ao mais, o acordo de paz regional é uma convenção internacional que vincula juridicamente os Estados pelos compromissos assumidos.

Com muita propriedade Ignacio Ellacuría se refere ao Procedimento da Guatemala, ao destacar um *plano* que atenda às necessidades regionais e que não poderia ser favorável aos Estados Unidos, cujos interesses são diferentes e, com frequência, contrários aos da América Central. Esquipulas II coloca em primeiro plano a paz, não a segurança dos Estados Unidos³.

Como já foi dito, o Plano Arias convertera-se na parte medular do acordo de Esquipulas II. Esse plano consta de dez pontos: 1) reconciliação nacional; 2) cessar fogo; 3) democratização; 4) eleições livres; 5) suspensão da ajuda militar externa aos *contras* e às guerrilhas; 6) proibição do uso do território para agredir outros Estados; 7) redução de armamentos; 8) fiscalização nacional e internacional; 9) avaliação dos progressos obtidos; 10) democracia e liberdade para a paz; paz para o desenvolvimento. O *Plano* toca em pontos muito delicados da crise, apesar de não atacar as causas que originaram o problema. Não obstante, a grande importância da proposta, no processo global da crise, reside na apreciação conjuntural dos conflitos e na procura de soluções partindo-se dessa perspectiva global. Deste modo, por um lado assimilou-se a revolução

3 ELLACURÍA, Ignacio. Análisis ético político de Esquipulas II. *Estudios centroamericanos*. 42(466-467) :599-610, set. 1987, p. 599.

"Uma solução que coloque em primeiro plano a paz regional, e não a segurança dos Estados Unidos, é uma solução boa para a América Central e indesejável para os Estados Unidos. Este não busca a paz, mas sua própria segurança, fundada mais no terror das armas do que na solução das causas que originaram a guerra." Idem, p. 599.

sandinista e, por outro, venceu-se a resistência de El Salvador e de Honduras, Estados mais submissos à vontade dos Estados Unidos.

A incorporação do governo sandinista ao processo de negociação representou uma significativa medida, em proveito da predominância dos interesses da América Central. O isolamento da Nicarágua só contribuiria à radicalização. A assimilação de sua revolução, no entanto, possibilitou a vinculação jurídica dos Estados. Visava-se à solução dos problemas em todos os níveis nos mesmos moldes de Contadora.

4. *Importância de Esquipulas II na óptima dos Estados*

O colapso da economia nicaragüense e o desgaste político do governo sandinista transferiram, de Contadora para o acordo regional da Guatemala, as expectativas de reconhecimento desse governo e da suspensão da ajuda externa aos *contras*. Estes aspectos eram essenciais à sobrevivência da Revolução Sandinista, a qual estava submetida à ação erodente dos Estados Unidos.

Esquipulas II, da perspectiva de Costa Rica, representou a possibilidade de exercer a sua *neutralidade ativa* na solução de duas graves questões: 1) as ações dos *contras* como elemento decisivo no aprofundamento do conflito (e as incidências sobre seu território, em caso de um conflito generalizado). 2) a delicada situação criada pelos milhares de refugiados nicaragüenses em seu território.

Guatemala entrou no âmbito de Esquipulas II, mais na qualidade de Estado com profundas complicações econômicas e sociais, do que na qualidade de país vergado por situações de colisão bélica. A guerrilha (URNG) acha-se, por enquanto, controlada. A sua proposta de criação do Parlamento da América Central, incluindo-se a Nicarágua, reforçou sua posição perante os outros Estados.

El Salvador depende da ajuda dos Estados Unidos para sustentar a guerra interna, que aniquila, dia-a-dia, a infra-estrutura do país e a sociedade. Para aquele país centro-americano, o *Procedimento da Guatemala* representou a possibilidade de debilitar, de deslegitimar e até mesmo de desarmar a FMLN pela via da negociação, sem que tudo isso incidisse sobre a ajuda dos Estados Unidos. Além disso, Esquipulas II representava um projeto concreto para alcançar a paz em todos os sentidos.

As complicações maiores no esquema do acordo ficaram com Honduras. A sua sujeição à vontade dos Estados Unidos levaram-no, por um lado, a declinar na prática da sua condição de Estado soberano e, por

outro, a expor-se a uma desestabilização interna, pelas forças que fora coagido a *abrigar* em seu território. Ao acolher tropas armadas, financiadas e treinadas por uma potência extra-regional, Honduras, certamente, estava colocando em perigo não só os sandinistas mas também, em grande medida, a si mesma. Em razão dessa paradoxal situação, o acordo de Esquipulas II não era atrativo para Honduras.

Quanto aos Estados Unidos o acordo de paz regional não correspondia, de forma alguma, aos seus interesses. Mas há que notar que, no ato da concepção do *Procedimento da Guatemala*, a política norte-americana achava-se desacreditada. Isso propiciou o desenvolvimento da chamada *neutralidade ativa* da Guatemala e de Costa Rica. Três acontecimentos enfraqueceram a posição dos Estados Unidos: 1) a condenação na CIIJ; 2) o escândalo Irã-contras; 3) o fracasso da política belicista. Diante da possibilidade de um acordo centro-americano de paz à margem de sua política, o Presidente Reagan enviou à reunião da Guatemala um projeto alternativo de Paz, denominado Projeto Reagan-Wright⁴. Esse projeto referia-se à Nicarágua mas não incluía conversações diretas com o governo sandinista. Limitava-se somente a deixar de praticar atos violatórios do direito internacional, se fosse acatado. Em caso de ser rejeitado, constava a ameaça de uma ajuda ainda maior aos *contras*. Os presidentes dos países da América Central, não obstante, recusaram-se a examinar a proposta. Aliás, não só rejeitaram como também consideraram o documento uma ofensa pública.

Finalmente, em 7 de agosto de 1987, foi aprovado o plano de paz de Esquipulas II ou *Procedimento para Estabelecer uma Paz Firme e Duradoura na América Central*, que retoma o processo de solução política em todos os níveis: quer no interior de cada Estado, quer regionalmente, quer em relação às potências extra-regionais.

5. *Natureza Jurídica do Procedimento da Guatemala*

Esquipulas II é um acordo internacional “em forma escrita e regido pelo direito internacional” (cf. Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969), celebrado entre Estados soberanos, por intermédio de

4 As conversações entre o governo dos Estados Unidos e o da Nicarágua estavam suspensas, desde o encontro de Manzanillo (México), em janeiro de 1985.

Do Projeto Reagan-Wright destacaram-se os seguintes pontos: 1) fim da ajuda externa aos sandinistas e aos *contras*; 2) eleições livres na Nicarágua; 3) suspensão das manobras militares dos Estados Unidos; 4) redução do exército sandinista; 5) fim do embargo comercial à Nicarágua.

chefes de Estado, no exercício das suas atribuições, para assumir os compromissos compreendidos no documento assinado. Destarte, no *Compromisso da Guatemala* "Estão contidos, de um ponto de vista político e constitucional, os valores fundamentais do direito e do Estado, bem como a reafirmação dos fins que visa alcançar a sociedade juridicamente organizada"⁵. Esquipulas II constitui, portanto, fonte de direitos e de obrigações para os Estados pactuantes e, por extensão, aos cidadãos centro-americanos⁶. Há, no entanto, a observação sobre a validade jurídica, face à não-ratificação do Tratado de Esquipulas II. Deve-se lembrar, sobre este ponto, que a ratificação não constitui requisito essencial para a validade de um tratado internacional (v. art. 11 da Convenção sobre Direito dos Tratados). "A ratificação só será exigida quando o próprio acordo ou tratado preveja que, para sua vigência, o ato deve ser ratificado"⁷. Deve-se recordar, ainda, quanto à ratificação, a distinção entre os tratados no sentido estrito e os acordos de forma simplificada. Nestes a ratificação não é obrigatória⁸.

Há que considerar, em suma, que as partes deram ao acordo, após a sua assinatura, plena vigência e eficácia quando dispuseram sobre os prazos (Esquipulas II, n.º 11). O documento, de resto, traz consigo a manifestação inequívoca da vontade dos Estados; vontade de submeter-se às consequências jurídicas internacionais, conforme estipula o próprio acordo (Esquipulas n.º 10, *a*, Verificação e Seguimento Internacional).

6. Conteúdo, limitações e perspectivas de Esquipulas II

O documento de Esquipulas II foi concebido no âmbito do sistema político internacional: ONU, OEA, Grupo de Contadora e outros instrumentos interamericanos concernentes à situação centro-americana. Nele, os governos assumem o compromisso de executar ações que conduzam à erradicação da guerra e a adotar o diálogo como instrumento de solução das controvérsias. "Animados pela iluminada e permanente vontade do Grupo de Contadora e do Grupo de Apoio em prol da paz, fortalecidos pelo apoio constante de todos os governantes e povos do mundo (...)" (Preâmbulo), os presidentes dos Estados da América Central, reunidos em Esquipulas

5 DEPARTAMENTO DE CIENCIAS JURÍDICAS. Análisis jurídico político del documento de Esquipulas II. *Estudios centroamericanos*. San Salvador, 42 (466-467): 563-70, set. 1987, p. 565.

6 *Id.*, *ibid.*, p. 565.

7 ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. 11ª ed. São Paulo, Saraiva, 1985, p. 126.

8 MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 8ª ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1986, v. 1, p. 153.

(Guatemala), adotam o plano de paz apresentado pelo governo de Costa Rica.

Esquipulas II consta de 11 pontos. São eles: 1) *Reconciliação nacional* — Este ponto está subdividido em três aspectos: a) diálogo com todos os grupos desarmados de oposição; b) decretação de *anistia* em todos os Estados onde for necessário; c) formação de uma *comissão de reconciliação nacional*, para fiscalizar os compromissos assumidos por cada um dos governos. 2) *Fim das hostilidades* — Os governos se comprometem a realizar todas as ações necessárias para alcançar o efetivo cessar fogo, nos termos do direito interno de cada um. Os governos fazem, também, exortações para que, nos Estados onde existem grupos insurgentes (guerrilha) ou grupos irregulares (contras), se encontre uma solução, no que diz respeito ao fim das hostilidades. 3) *Democratização* — Os governos se comprometem a estimular um processo democrático, pluralista e participativo que implique a promoção da justiça social, o respeito aos direitos humanos, à soberania, à integridade territorial e, finalmente, o direito de todos os Estados a determinar livremente, sem ingerências de nenhuma índole, seu modelo econômico, político e social. 4) *Eleições livres* — Criadas as condições inerentes a toda democracia, deverão celebrar-se eleições livres, pluralistas e honestas. Determina-se, do mesmo modo, a celebração de eleições para a integração do Parlamento da América Central, como expressão conjunta das partes, visando a encontrar a reconciliação e a paz duradoura para todos os povos. 5) *Suspensão da ajuda às forças irregulares e aos movimentos insurrecionais* — As partes decidem-se a solicitar aos governos da região e aos governos extra-regionais que, aberta ou veladamente, proporcionam ajuda militar, logística e financeira, efetivos militares, armas, munições e equipamentos às forças irregulares (contras), que suspendam essa ajuda. Tal suspensão redundaria em elemento indispensável para alcançar a paz estável e duradoura na América Central. 6) *Proibição do uso do território para agredir outros Estados* — Os Presidentes reiteram o seu compromisso de impedir o uso do próprio território e de não emprestar nem permitir apoio militar e logístico a pessoas, a organizações ou a grupos que procurem desestabilizar os governos da região. 7) *Negociações em matéria de segurança, de verificação, de fiscalização e de redução de armamentos* — Os governos com o Grupo de Contadora (este no exercício de sua função mediadora) prosseguiram as negociações sobre os pontos pendentes do acordo, em matéria de segurança, de verificação, de fiscalização no Projeto de Ata de Contadora para a Paz e para a Cooperação na América Central. Essas negociações abrangerão também os *contras* dispostos a aceitar a anistia. 8) *Refugiados e desabrigados (desplazados)* — As partes se comprometem a atender, com a devida urgência, a situação dos refugiados e a dos desabrigados, em virtude da crise regional, dando-lhes assistência, facilitando a sua repatriação ou o seu assentamen-

to, quando for voluntário e quando se manifesta individualmente. Comprometem-se, do mesmo modo, a diligenciar na comunidade internacional ajuda para os refugiados e para os desabrigados. 9) *Cooperação, democracia e liberdade para a paz e para o desenvolvimento* — As partes adotarão os acordos que possibilitem a aceleração do desenvolvimento, objetivando uma sociedade justa e livre da miséria. Neste sentido, os governos agenciarão recursos em caráter excepcional, junto à comunidade internacional. 10) *Verificação e seguimento internacional* — Este ponto estabelece a criação da Comissão Internacional de Verificação e Seguimento (CIVS), formada pelo Secretário-Geral da ONU, pelo Secretário-Geral da OEA, ou pelos seus representantes, pelos chanceleres da América Central, pelos do Grupo de Contadora e pelos do Grupo de Apoio. Caberá à Comissão verificar e acompanhar o cumprimento do acordo. Com o objetivo de fortalecer a ação da CIVS, os governos se comprometem a emitir declarações de apoio ao seu trabalho. As partes também se comprometem a colaborar e a facilitar o cabal desempenho tanto da Comissão Internacional como da Comissão de Reconciliação Nacional de cada país. 11) *Calendário de Execução dos Compromissos* — Este último ponto trata dos prazos para o cumprimento dos acordos e, neste sentido, determina, em primeiro lugar, a reunião da Comissão Executiva de Esquipulas II. Esta é formada pelos chanceleres da América Central, para regularizar, estimular e viabilizar o cumprimento dos compromissos de Esquipulas II e para organizar as comissões de trabalho encarregadas de dar início ao cumprimento dos acordos, mediante consultas, gestões e outros mecanismos pertinentes. Estipula o prazo de noventa dias, após a assinatura do documento, para entrar em vigor, simultaneamente, os compromissos relacionados com a anistia, o fim das hostilidades, a democratização, a suspensão da ajuda às forças irregulares e aos movimentos insurreccionais e a proibição do uso do território para agredir outros Estados. Cento e vinte dias após a assinatura do acordo de Esquipulas II, a Comissão Internacional de Verificação e Seguimento analisará o progresso do cumprimento dos acordos. E um mês depois, apresentará, na reunião de presidentes da América Central, um informe sobre a situação dos compromissos⁹. Os pontos contidos neste documento formam um todo harmônico e indivisível. Sua assinatura trança a obrigação de aceitá-lo de boa-fé e de cumprir ao mesmo tempo o pactuado dentro dos prazos estabelecidos. (Disposições Finais.)

⁹ Reunidos em Caracas, em agosto de 1987, o Grupo de Contadora e Grupo de Apoio, o Secretário-Geral da OEA e o Representante Pessoal do Secretário-Geral da ONU reiteraram seu apoio e manifestaram sua satisfação com os acordos da Guatemala e decidiram-se a constituir a Comissão Internacional de Verificação (conforme o acordo de Esquipulas II nº 10, a). Decidiram-se também, a tomar medidas para pôr em andamento o programa internacional de emergência de Cooperação Técnica e Econômica para a América Central.

A primeira limitação que merece reflexão diz respeito ao idêntico tratamento dispensado pelo *Procedimento da Guatemala* aos movimentos armados. Esta simetria não faz sentido. A questão da desigualdade permanece inalterada mesmo com a distinção terminológica de forças irregulares (contras) e de movimentos insurreccionais (FMLN de El Salvador e URNG da Guatemala). Teria sido de acordo com a realidade distinguir e dispensar tratamentos distintos aos movimentos rebeldes. As forças insurreccionais são movimentos militares endógenos, concebidos como resultado de situações injustas nos Estados¹⁰. Os *Contras*, ao contrário, são uma força rebelde armada e financiada por uma potência extra-regional. Portanto, não estariam inseridos em um quadro composto por atores internos, mesmo porque, como afirma Gabriel Aguilera, "Su carácter es más bien el de extensión del accionar norteamericano en contra de la revolución nicaraguense"¹¹. Os *contras* eram forças irregulares segundo Esquipulas II, combatentes da liberdade conforme o Presidente dos Estados Unidos, forças empregadas para intervir nos assuntos internos de outro Estado, de acordo com a CII, e instrumento formal da política dos Estados, na visão de um diplomata nicaraguense¹². Não constituíam uma força comparável aos movimentos insurreccionais, mesmo porque, além de dependerem de ajuda externa, não tinham base social de apoio interno nem credibilidade nem muito menos legitimidade internacional. Cumpre, então, concluir que a simetria praticada no tratado de Esquipulas II não foi conforme a realidade. Em conseqüência, esta inadequação afetará o bom termo do acordo.

Outra questão de relevo refere-se à participação de todas as partes na relação jurídica. O acordo de Esquipulas II foi assinado por sujeitos de direito internacional, isto é, por Estados soberanos. Mas permanece a questão de saber-se se alguma parte não estatal teria condições de concluir atos válidos, no âmbito de Esquipulas II. É lícito supor então que a FMLN teria a qualidade de sujeito, perante o direito internacional. Dois fatos serviriam para sustentar essa tese em favor da FMLN: 1) as condutas das partes na guerra interna de El Salvador, tais como: negocia-

10 "El FMLN se sustenta, además, principalmente de sus propios recursos y no depende en tal medida de ayuda externa (...). El FMLN, en efecto, representa fundamentalmente un movimiento insurreccional endógeno, surgido de una situación opresiva e represiva." ELLACURÍA, Ignacio. Propuestas de solución en el marco de Esquipulas Dos. *Estudios Centroamericanos*. San Salvador, 42 (469-470): 865-89, nov./dic. 1987, p. 866.

11 AGUILERA, Gabriel. Esquipulas y el conflicto interno en Centroamérica. *Anuario de estudios centro-americanos*. 14(1-2):131-41, 1988, p. 134.

12 TINOCO, Victor Hugo. El acuerdo de paz de Guatemala. *Estudios centro-americanos*. San Salvador, 42 (466-467):557-62, set. 1987, p. 559.

ções diretas entre o Presidente e a FMLN (*La Palma e Ayagualo*), troca de prisioneiros, sujeição conjunta às normas da guerra internacional; 2) a qualidade de movimento insurgente, conferido pela declaração franco-mexicana à FMLN¹³. Em face disso, deve-se, pois, concluir pela condição da FMLN como sujeito internacional necessário ao restabelecimento da paz interna de El Salvador e da paz regional e, portanto, como parte no acordo regional de paz¹⁴. Deve-se dizer, também, que o *Procedimento da Guatemala* falhou ao estipular prazos tão curtos para obter resultados tão significativos. Julgava-se ser isto, de início, uma virtude. Não o foi nem o poderia ser. Houve, há que dizê-lo, muita pretensão ao se querer transformar em período tão exiguo uma situação tão complexa.

7. Conclusões

Em conclusão, cabe apontar como grande deficiência do acordo de Esquipulas II: o fato de ele não ter atacado, de forma frontal, o problema fundamental que deu origem à crise regional, isto é, a condição sócio-econômica em que vive a maioria da população. Com efeito, Esquipulas II não ataca de frente este problema nem inclui a questão da dívida externa dos Estados, com postura decisiva para resolver as causas do conflito. O endividamento regional tornou-se um pesado fardo que não pára de crescer. Só em 1987, aumentou mais de um bilhão de dólares. Todavia, há que observar que a situação dos Estados que seguem, à risca, a política dos Estados Unidos apresenta uma posição privilegiada. El Salvador, por exemplo, tinha, em 1987, a menor dívida da América Central (dois bilhões e duzentos e cinqüenta milhões de dólares), ao passo que a Nicarágua era o Estado mais endividado (seis bilhões e duzentos milhões). O problema da dívida externa deve ser considerado por qualquer plano de solução política e deve, por isso, receber um tratamento especial, junto à comunidade internacional¹⁵.

13 DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS. Ob. cit., pp. 566-7.

14 O Secretário-Geral da ONU se refere ao problema das partes, dizendo: "O principal problema que surgiu na execução de Esquipulas II derivou do fato de que nem todas as partes no conflito eram partes do acordo." *Estudios centro-americanos*. 44(488):536-8, jun. 1986, p. 536.

15 Em 1970, a dívida da América Central era a de US\$648.000.000; em 1980, já era de US\$7.651.000.000 e, em 1987, já havia atingido a astronômica cifra de US\$18.115.000.000. Cf. *Cadernos do Terceto Mundo*. Rio de Janeiro, 11(117):38-9, dez. 1983.

Sobre o tema geral da dívida externa, veja-se MAGALHÃES, José Carlos de. *A dívida externa: uma questão de direito internacional público*. São Paulo, s/e.: 1989, 232 p. Tese de Livre-docência — Fac. de Dir. USP.

Como processo de pacificação regional, Esquipulas II continuou a obra de Contadora. Estabeleceu o diálogo em todos os níveis — em El Salvador as conversações entre a FMLN e o governo estavam paralisadas, desde 1984 — com abrangência dos problemas mais delicados. Devem-se apontar, portanto, como resultados positivos da iniciativa de paz regional os seguintes pontos: 1) os esforços internos em El Salvador e na Guatemala para lograr-se a reconciliação nacional; 2) as eleições livres e democráticas na Nicarágua que permitiram a eleição de Violeta Chamorro; 3) a continuidade das reuniões de cúpula dos presidentes centro-americanos¹⁶, dando-se seqüência ao *Procedimento da Guatemala* (Alajuela, Costa del Sol, Tela); 4) a desmobilização dos contras, em cumprimento ao acordo de Esquipulas II (itens 5 e 6); nesse sentido os governos assinaram, na Conferência de Tela (Honduras), o documento chamado “Plano conjunto para a desmobilização, repatriação ou reassentamento voluntário na Nicarágua e terceiros países dos membros da resistência nicaraguense e dos seus parentes, assim como a assistência para a desmobilização de todas aquelas pessoas envolvidas em ações armadas nos países da região, quando voluntariamente o solicitem”, e criaram a Comissão Internacional de Apoio e Verificação como mecanismo de execução do Plano de desmobilização; 5) resultados positivos devem ser apontados, também, em matéria de direitos humanos (anistia, desabrigados, refugiados, exilados e repatriados) e no pertinente a cessar-fogo¹⁷.

Finalmente, há que observar que Esquipulas II constitui somente uma proposta regional para pôr-se fim à crise da América Central. Se tal proposta não render os frutos desejados, outras opções pacíficas de solução surgirão. Contudo, serão necessárias muitas propostas, se as verdadeiras fontes do problema não forem atacadas. Sem a satisfação das necessidades básicas da sociedade, toda iniciativa de paz corre o risco de ser em vão.

16 Na primeira reunião de cúpula após Esquipulas II, em janeiro de 1988, os presidentes receberam o Informe da Comissão Internacional de Verificação e de Seguimento sobre o cumprimento dos acordos. A Comissão afirmava que, até aquela data, os objetivos não tinham sido alcançados e que era, em consequência, necessária uma permanente vontade política, na busca de fórmulas para superar os obstáculos.

17 O número de baixas da Força Armada e da guerrilha em El Salvador, a despeito do que se disse acima, foi muito elevado durante 1988. Segundo a Rádio Venceremos, a Força Armada teve 7.932 baixas. Segundo a Força Armada, a guerrilha teve 914 mortos e 704 feridos. V. *Estudios centroamericanos. Estadística sobre la marcha de la guerra en 1988*. San Salvador, 42(483-484):127-132, ene./fev. 1989, p. 128.

O Conceito de Obrigação Civil

DILVANIR JOSÉ DA COSTA

Professor Adjunto de Direito Civil na Faculdade de Direito da UFMG

SUMÁRIO

1. *Definição e elementos essenciais.* 2. *Evolução e revolução no conceito. Da responsabilidade pessoal à responsabilidade patrimonial. A doutrina de BRINZ. A tese publicista. A tese conciliatória.* 3. *Direitos reais e obrigações: distinções básicas.* 4. *Espécies de obrigações segundo a intensidade da garantia (obrigação moral, obrigação natural, obrigação civil, obrigação real, obrigação com eficácia real e obrigação com garantia real).* 5. *Das fontes das obrigações.*

1. *Definição e elementos essenciais*

Obrigação é o vínculo jurídico de natureza econômica que nos constrange a dar, fazer ou não fazer alguma coisa sob responsabilidade patrimonial. Ou ainda: é o vínculo jurídico de natureza econômica pelo qual uma das partes — o devedor — obriga-se a dar, fazer ou não fazer alguma coisa em benefício da outra parte — o credor — sob responsabilidade patrimonial.

Obrigação é vínculo jurídico (*vinculum juris*). Não é vínculo religioso, moral ou social.

De natureza econômica ou cujo conteúdo possa se converter em dinheiro, distingue-se das obrigações no âmbito do direito de família, a começar pelo vínculo matrimonial, do qual decorre um complexo de obrigações de natureza não econômica ou supra-econômica, a exemplo do dever de fidelidade. Mesmo a obrigação de prestar alimentos, embora de conteúdo econômico, não contém os caracteres do econômico tipicamente obrigacional: o caráter irrenunciável dos alimentos afasta essa obrigação do direito obrigacional, onde predomina a autonomia da vontade.

Pelo vínculo obrigatório o devedor fica adstrito a uma prestação positiva ou negativa de bens, serviços, abstenção, tolerância etc., em benefício do credor, que adquire o direito de exigir essa prestação.

Sob responsabilidade patrimonial, é o efeito máximo e específico da obrigação civil, o qual consiste no poder do credor, através do Estado (aparinho judiciário), de "agredir" o patrimônio do devedor para assegurar o efetivo cumprimento.

Constituem elementos essenciais da obrigação:

A) os sujeitos ativo (*reus credendi*) e passivo (*reus debendi*);

B) o vínculo jurídico (*vinculum juris*);

C) o objeto, que se desdobra em:

I — objeto direto, imediato ou técnico: a prestação de dar, fazer ou não fazer etc.;

II — objeto indireto, mediato ou prático: o conteúdo da prestação (bens e/ou serviços);

D) a garantia (poder, atribuído ao credor, de "agressão" ao patrimônio do devedor, através do Estado), a fim de assegurar o cumprimento efetivo da prestação devida ou seu sucedâneo (perdas e danos).

2. *Evolução e revolução no conceito. Da responsabilidade pessoal à responsabilidade patrimonial. A doutrina de BRINZ. A tese publicista. A tese conciliatória*

No princípio, por influência da religião, a obrigação encerrava caráter sagrado. Seu descumprimento sujeitava o devedor a sanções graves, que recaíam sobre a sua própria pessoa: morte, prisão ou escravidão. Havia em Roma, nos primeiros tempos, um local conhecido de execuções — a rocha Tarpeia, de onde se atiravam os inadimplentes para morrer no abismo. Até a execução de um centurião famoso e popular, por sua participação em guerras como herói, despertou o sentimento de solidariedade do povo romano ao condenado à morte por dívidas, e de rebelião contra o sistema da responsabilidade pessoal. Desse movimento popular surgiu a *Lex Poetelia*, no ano 428 de Roma, a partir da qual evoluiu a obrigação em seus efeitos (conf. SERPA LOPES, *Curso de Direito Civil*, v. II, Rio, Freitas Bastos, 1955, n.º 13, p. 41).

Por isso a Constituição Federal, no capítulo dos direitos individuais (art. 5.º, inciso LXII), a exemplo de todos os povos cultos, interdita a prisão civil por dívida ou por descumprimento de obrigação, ressalvadas duas exceções: o inadimplemento do contrato de depósito pelo depositário (infiel) e da obrigação alimentícia, em razão da gravidade de suas conse-

quências. A execução das demais obrigações recai sobre os bens do devedor. Não os tendo, o credor fica prejudicado, donde a importância das cautelas e garantias na elaboração dos contratos.

Correlata ao debate que se travou entre jusnaturalistas e positivistas, a propósito do fundamento do direito subjetivo, instaurou-se a polêmica em torno da fixação da essência ou do ponto culminante da obrigação. Todos concordam em que há dois momentos na obrigação civil, a saber:

Primeiro momento

o débito, a dívida (Schuld)
(momento interno, correspondente
à consciência do devedor de que
deve pagar e do credor de que po-
de exigir determinada prestação)

Segundo momento

a responsabilidade ou
garantia (Haftung)
(momento externo ou ma-
terial, correspondente
ao poder de agressão ao
patrimônio do devedor)

A dúvida ou discussão é sobre qual dos dois momentos predomina na caracterização da obrigação civil.

Para os clássicos, a essência ou momento culminante está no fato da existência real de uma dívida ou débito, correlato a um crédito. O segundo momento ou coação estatal seria um acidente da obrigação ou momento patológico, conseqüente ao seu descumprimento. Tanto que 99,99% das obrigações se cumprem independentemente de execução coativa, pelo que o débito seria a regra e a garantia a exceção. Logo, a regra é que define o instituto.

O jurista alemão BRINZ liderou, no último quartel do século passado, a doutrina contrária, de orientação positivista. Para ele e seus seguidores, o que caracteriza a obrigação civil é a garantia ou responsabilidade. No Estado de Direito, resultante do pacto social de convivência harmônica e responsável, um só devedor que deixasse impunemente de cumprir sua obrigação (a despeito de reconhecê-la devida e justa) estaria desmoralizando todo o sistema. Assim, embora a obrigação seja antes de tudo débito, o que mais a caracteriza e tipifica é a garantia ou coação estatal, que não só reprime como previne o seu inadimplemento, pela função intimidativa e pedagógica. Os moralistas podem encarar o débito, a consciência da dívida ou responsabilidade moral do devedor como sua tônica, mas o jurista, o advogado ou o juiz só pode divisar na garantia ou projeção sobre os bens do devedor o apanágio da obrigação civil.

Os processualistas reagiram contra a inclusão da garantia como elemento da obrigação. Para eles, a responsabilidade ou poder de agressão ou de projeção do credor sobre o patrimônio do devedor, a fim de tornar efetiva a prestação, confunde-se com a ação judicial, que é o direito público subje-

tivo e autônomo de provocar o pronunciamento e a atuação do Estado, diante da contestação e da violação de um direito subjetivo.

A harmonia entre civilistas e processualistas pode ser atingida com a divisão do fenômeno em três momentos de conteúdos distintos:

<i>Primeiro</i>	<i>Segundo</i>	<i>Terceiro</i>
o direito subjetivo a obrigação O DÉBITO	a violação, o descumprimento, A RESPONSABILIDADE ou a pretensão material contra o devedor	A AÇÃO ou a pretensão formal contra o Estado

Assim se explicam os três momentos:

A) no primeiro, ocorre um direito subjetivo de que alguém se julga titular e uma obrigação correlata a cargo do devedor. É a consciência do direito subjetivo e da obrigação correspondente;

B) no segundo, ocorre a violação do direito subjetivo e o inadimplemento da obrigação, gerando, imediatamente, a pretensão material do titular ou credor contra o ofensor ou devedor, para quem nasce a responsabilidade ou sujeição do respectivo patrimônio à restauração do direito violado ou à composição da obrigação descumprida. Essa pretensão material é contra o devedor, visando a obtenção de um pronunciamento ou atuação judicial favorável ao credor (ação procedente) e tendo como fundamento o direito subjetivo violado ou descumprido;

C) no terceiro momento é que ocorre a pretensão formal (ação judicial), que se exerce contra o Estado, visando à obtenção de um pronunciamento ou atuação judicial favorável ou desfavorável ao autor (composição do litígio) e tendo como fundamento a ordem pública e a paz social, através do recurso às vias de direito e interdição das vias de fato.

Essa distinção entre pretensão material (objeto do direito civil) e pretensão formal (objeto do direito processual) vai se tornando mais nítida nos processualistas modernos:

“Los sujetos del derecho de acción son el actor y el juez; aquel como sujeto activo y este como sujeto pasivo. En cambio, los sujetos de la pretensión son el demandante y el demandado, contra quien se dirige. El objeto de la acción es la sentencia mediante el proceso, no la consecución de las pretensiones contenidas en la demanda. Objeto de la acción es desatar el conflicto o resolver la pretensión que del *petitum* aparece, pero

no en la forma como el se indica, porque el resultado de la sentencia puede serle totalmente adverso. El *petitum* se relaciona con el contenido de la sentencia (y del mandamiento de pago en los juicios ejecutivos), que vería en cada caso. Em cambio, objeto de la pretensión es obtener la sentencia favorable que otorgue lo que en el *petitum* de la demanda se reclama. La causa de la acción es ese interés en solucionar el conflicto que el actor cree tener con el demandado, o en conseguir la certeza jurídica eliminando la incertidumbre de un derecho que se pretende, o en llenar el requisito legal para la validez de cierto acto. La causa de la pretensión, o *causa petendi*, es le hecho o acto jurídico de donde el actor cree que su derecho nace o en virtud del cual su obligación se extinguió o no pudo nacer e se ha modificado." (HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, in *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Bogotá, Editorial Temis, 1962, tomo I, p. 382.)

Do exposto se conclui que a essência ou ponto culminante da obrigação civil está na garantia ou possibilidade de efetiva execução ou recebimento da prestação pelo credor. No plano da existência ou sob o aspecto estático, a obrigação, para nascer ou para existir apenas, vinculando juridicamente, as partes, tem como elemento essencial o vínculo legal ou voluntário. Mas sob o aspecto dinâmico ou para operar ou funcionar, para produzir os efeitos visados pela lei e pelas partes, a obrigação desloca o seu centro de gravidade para a garantia, na seguinte sucessão de efeitos: primeiro efeito: a *necessidade de entrega espontânea da prestação pelo devedor ao credor*, o que ocorre normalmente em 99,99% dos casos; segundo efeito: diante da não entrega espontânea, o credor tem o poder de agressão aos bens do devedor para se garantir (pretensão material), mas não o faz pessoalmente e sim por intermédio do Estado, contra o qual dispõe da pretensão formal ou direito de ação, fruto do pacto social de convivência.

3. *Direitos reais e obrigacionais: distinções básicas*

A) O direito real é um poder direto do titular sobre a coisa (*jus in re*), sem necessidade da prestação ou da colaboração de outrem. Exprime uma situação estática, cômoda, atual, de êxito, de certeza, de exclamação. É o ponto de chegada ou a meta visada pelas pessoas: conseguir dominar os bens ou tê-los sob seu controle e à sua disposição. Segundo o mestre Orozimbo Nonato, o poder direto ou a senhoria direta constitui o traço conspícuo do direito real. Todos os demais atributos são decorrência dele.

Já o direito obrigacional é um poder indireto do credor sobre a coisa (*jus ad rem*) ou direito à coisa. Indireto porque através ou por intermédio do devedor, que se obriga a transferir esse poder ao credor. É apenas um direito de crédito sobre a coisa, uma perspectiva de tê-la, uma incerteza, uma interrogação. Enquanto o direito real vincula o titular diretamente à coisa, o obrigacional vincula pessoas, vincula o devedor da coisa ao

credor, visando à transferência do poder direto sobre a mesma, daquele para este.

B) O direito real é um poder absoluto do titular sobre a coisa. Absoluto porque o titular o exerce contra todos (*erga omnes*) os demais membros da sociedade, inclusive contra o Estado. Todos devem se abster de violar ou perturbar o direito real do titular, que pode reivindicar a coisa de quem quer que a detenha.

O direito obrigacional é um poder relativo do credor sobre a coisa. Relativo porque o credor só pode exercê-lo relativamente ao devedor ou contra este. Não pode opô-lo a terceiro que não integre a relação obrigacional.

C) Como corolário do poder direto e absoluto, o direito real é provido de seqüela, que significa seguir, acompanhar ou perseguir a coisa contra qualquer possuidor ou detentor. Os romanos já resumiam esse atributo assim: *ubicunque sit res domino suo clamat* (onde quer que esteja, a coisa clama por seu dono). Vulgarmente, poder-se-ia dizer: aonde a coisa vai o dono vai atrás.

O direito obrigacional não tem esse atributo. A coisa devida só pode ser exigida do devedor, que a entrega ou paga perdas e danos. Não assiste ao credor o direito de executar a obrigação contra quem não faz parte do vínculo pessoal e relativo.

D) O direito real de garantia consiste na vinculação direta, ao credor, de uma coisa móvel (penhor, alienação fiduciária) ou imóvel (hipoteca, anticrese) de propriedade do devedor ou de terceiro, em garantia de obrigação. Dessa forma, uma coisa determinada é destacada do patrimônio do devedor ou de terceiro, para assegurar o pagamento da obrigação. Qualquer outro credor sem essa garantia somente participará da execução desse objeto destacado se houver sobra na execução promovida pelo credor com garantia real. É o chamado direito de preferência do credor no direito real de garantia.

O direito obrigacional puro ou sem pacto acessório de garantia real não contém esse atributo. O credor concorre *pro rata* com os demais credores sem garantia, no produto da execução do devedor comum.

E) O direito real existe em quantidade limitada (*numerus clausus*): são só os previstos na lei (domínio ou propriedade, usufruto, servidão, hipoteca, penhor, alienação fiduciária etc.). Isso em razão do vínculo direto e absoluto que liga o titular à coisa, restringindo sua livre circulação no comércio jurídico. Por isso só a lei ou vontade social pode criar novos vínculos reais.

Ao contrário, o direito obrigacional existe em quantidade ilimitada ou irrestrita (*numerus apertus*), de acordo com as necessidades e ao sabor

das conveniências das partes (autonomia da vontade), respeitada a ordem pública e os bons costumes.

F) O direito real é uma relação duradoura ou permanente de direito: quanto mais se exerce mais se consolida ou estabiliza. Só se extingue pelo nascimento de outro direito real sobre o mesmo objeto, em favor de outro titular. Logo, o simples exercício não o conduz à extinção ou exaustão.

Pelo contrário, o direito obrigacional é uma relação transitória ou efêmera de direito: o seu exercício, pelas partes, condu-lo normalmente à extinção. Isso demonstra que, enquanto o direito real, assim como o direito de família, são finalísticos, o direito obrigacional é um esquema instrumental, constituindo meio de transporte ou via de acesso ao direito real, ao direito da família e a outros valores da personalidade.

G) O direito obrigacional pode se constituir através dos contratos apenas. O direito real exige, para se completar, além do contrato, a tradição ou entrega da coisa móvel ao adquirente e a transcrição do contrato no registro público, com relação aos imóveis.

Isso é consequência do caráter relativo ou do efeito apenas *inter partes* do direito obrigacional, e da natureza absoluta ou da eficácia *erga omnes* do direito real. O caráter absoluto deste último exige que se comunique a toda a sociedade a sua constituição e suas transformações. E essa comunicação ou publicidade se faz através do registro público, a disposição de todos mediante certidões. Com relação aos direitos reais sobre móveis, a tradição da coisa dispensa o registro. Segundo Clóvis, a passagem ou circulação do móvel de um titular para outro faz presumir a transferência do direito real. É como um sinal de alerta para os demais integrantes da sociedade. Mesmo em relação aos móveis, certos atos que podem gerar dúvida sobre a constituição ou não de direito real necessitam de publicidade através do registro (*alienação fiduciária, reserva de domínio*).

Em nosso País a publicidade através do registro tem o efeito constitutivo ou integrador do direito real, ao contrário de outros sistemas (França, Itália etc.) em que o registro tem apenas o efeito declaratório da constituição anterior do direito real através do contrato ou convenção das partes. Nosso sistema oferece mais segurança.

4. *Espécies de obrigações segundo a intensidade da garantia (da obrigação moral à obrigação com garantia real)*

A) *Caracteres da obrigação moral (social, religiosa):*

I — obrigação sem débito (jurídico) e sem responsabilidade (jurídica). Ocorre apenas débito moral e responsabilidade moral;

II — obrigação imperativa ou unilateral (não atributiva de direito subjetivo);

III — sua execução ou cumprimento constitui liberalidade, favor, cortesia, doação e não pagamento;

IV — valores visados: o Bem, a caridade, a cooperação, o aperfeiçoamento moral;

V — exemplos: dar esmola, ajudar o próximo, cumprimentar os amigos, ir à missa etc.

Convém distinguir aqui a doação e o comodato como fenômenos morais ou sociais, dos contratos civis que podem gerar. O que caracteriza a obrigação moral ou social é o impulso inicial ou a motivação do doador ou cooperador diante do necessitado de ajuda. Nesse momento ou fase inicial o benfeitor tem liberdade de doar ou não, de cooperar ou sair fora, pois somente sofre a pressão de sua consciência. Esse apelo da consciência é que constitui a essência da obrigação moral, de que se pode fugir com sanções apenas morais ou da consciência. Mas desde que se submeta ao imperativo moral e consinta formalmente em doar, com os requisitos desse contrato, já terá contraído a obrigação civil provida de ação e de exceção por parte do donatário.

B) Caracteres da obrigação natural:

I — obrigação com débito de conteúdo jurídico mas sem responsabilidade ou garantia;

II — imperativa e atributiva natural;

III — sua execução ou cumprimento espontâneo constitui pagamento devido;

IV — desprovida de ação para exigir, mas provida de exceção para reter o pagamento espontâneo (*soluti retentio*);

V — valor visado: o Justo espontâneo;

VI — exemplos: dívidas de jogos e apostas proibidos ou não regulamentados e dívidas prescritas.

Com relação à natureza da obrigação natural, há os que a aproximam mais da obrigação moral. Para estes, seria obrigação moral juridicamente relevante (provida de débito ou conteúdo jurídico). Outros a vêem mais próxima da obrigação civil. Para estes, seria obrigação civil imperfeita (sem garantia) ou condicional (condicionada ao pagamento espontâneo).

Existem as obrigações naturais originárias, que assim já nascem, por ilicitude do objeto, como as dívidas de jogo e aposta proibidos (os regulamentados, como as loterias etc., constituem obrigações civis). Há outras derivadas ou resultantes de degradação de obrigação civil, por conveniência social, como as dívidas prescritas.

Desde que executada ou cumprida espontaneamente, a obrigação natural se equipara à obrigação civil: é válido o pagamento, mesmo por erro e desde que não por dolo ou coação. É a chamada tragédia da obrigação natural: quando morre ou se extingue pelo cumprimento é que se torna civil, dando margem à exceção de retenção do pagamento.

C) *Caracteres da obrigação civil:*

I — obrigação perfeita ou provida de débito e responsabilidade;

II — imperativa e atributiva ou bilateral;

III — sua execução espontânea ou coativa constitui pagamento devido;

IV — provida de ação e de exceção;

V — valor visado: o justo coativo ou obrigatório;

VI — exemplos: contratos em geral, atos ilícitos etc.

D) *Conceitos e caracteres da obrigação real*

Normalmente as obrigações resultam dos contratos, dos atos ilícitos e de outras fontes conhecidas. Há, contudo, obrigações que não provêm de nenhuma dessas fontes. Nasce para as pessoas pelo fato ou circunstância de serem proprietárias ou possuidoras de determinadas coisas. Nasce por causa da coisa ou *propter rem*. São coisas polêmicas ou geradoras de conflitos, as quais, por sua condição ou situação, impõem aos seus proprietários ou possuidores certos deveres postos a serviço de sua destinação econômica. Isso ocorre geralmente em situações polêmicas ou conflitantes, como no condomínio e na vizinhança. A coisa comum exige de cada condômino uma contribuição proporcional à respectiva quota, para atender às necessidades de conservação e funcionamento. Os imóveis limítrofes ou vizinhos exigem de seus respectivos proprietários ou ocupantes certas prestações de dar, fazer ou não fazer, em função de sua proximidade geradora de conflitos. Assim, a primeira delas é a de demarcar e separar tais imóveis, com cercas, muros ou tapumes, para o que concorrem *pro rata*. Seguem-se outras prestações positivas, negativas e recíprocas, exigidas a fim de conciliar e compor os conflitos gerados pela vizinhança.

A obrigação real se apresenta, assim, como um instrumento jurídico da harmonização e da composição de conflitos gerados por coisas em situações ou condições especiais. A coisa perdida é uma dessas situações: gera para o inventor a obrigação de restituí-la ao seu dono, que por sua vez se obriga a indenizar as despesas com a guarda e conservação, além de pagar a recompensa (arts. 603 e 604 CCB).

Além de ser provocada pela coisa ou pelo fato ou circunstância de ser dono dela, a obrigação real acompanha a coisa ou está sempre ligada ao dono desta (*ambulat cum domino*). Não adere à coisa como o vínculo real

nem se confunde com direito real de garantia. Não é obrigação real porque a coisa responde necessariamente por seu cumprimento, como no direito real de garantia. Nem porque seja a coisa que deva. Obrigação é sempre uma relação ou vínculo entre pessoas. A diferença específica é que, na obrigação real, o devedor será sempre o dono da coisa que a gerou, de tal sorte que, mudando de proprietário a coisa, a obrigação respectiva passa para o novo dono. Donde a consequência de o devedor se liberar da obrigação alienando a coisa ou mesmo abandonando-a.

Embora a coisa não constitua uma garantia real dessa obrigação, há, contudo, uma razão para se considerar a obrigação real provida de mais efetiva garantia do que a obrigação civil comum: se o seu devedor é sempre o dono da coisa, o credor pode contar com essa coisa, pelo menos, para fazer incidir a execução.

E) Da obrigação com eficácia real

“Na zona de transição dos direitos de crédito para os direitos reais”, na expressão de Antunes Varela (Direito das Obrigações, 1.^a ed., Rio, Forense, v. I, n. 14, p. 51), situam-se as obrigações com eficácia real. São direitos e obrigações que, embora correspondam a uma prestação obrigacional com eficácia normal entre os contratantes apenas, adquirem, não obstante, *ex vi legis*, eficácia real, tornando-se oponíveis *erga omnes* mediante certos requisitos, inclusive a publicidade ou registro público desses pactos. Constitui exemplo típico a locação com a cláusula de vigência em caso de alienação do imóvel, inscrita no registro público (art. 1.197 CC e art. 8.^o da Lei n.^o 8.245/91). A eficácia real do contrato impede que o eventual adquirente do direito real sobre o imóvel ponha fim ao contrato em curso, invocando o princípio de que a alienação rompe a locação. Não rompe, no caso, em atenção à eficácia real que elevou a locação ou obrigação ao nível do direito real por certo tempo.

O mesmo ocorre com a promessa irrevogável de compra e venda de imóvel, inscrita no registro imobiliário, *ex vi* do Decreto-Lei n.^o 58/37.

G) Da obrigação com garantia real

Aqui ao lado de um vínculo obrigacional comum e principal, existe um vínculo acessório de garantia, ligando o credor da obrigação a uma coisa móvel ou imóvel do devedor ou de terceiro. O devedor ou o terceiro destaca de seu patrimônio uma coisa e a vincula diretamente ao credor, que assim passará a acompanhá-la *erga omnes* (direito de seqüela), bem como a ter preferência ou prioridade, em relação a outros credores sem a mesma garantia, para fazer recair a execução sobre a coisa certa oferecida em garantia.

É um vínculo obrigatório provido de mais efetiva garantia do que a obrigação real e a simples obrigação civil, assim como esta última leva vantagem sobre a obrigação natural.

A obrigação com garantia real constitui o traço de união ou ponto de contato entre a obrigação e o direito real. É o recurso de que lança mão o direito das obrigações, de parceria com o direito das coisas, para suprir a insegurança ou incerteza da obrigação como instrumento ou via de acesso aos bens e serviços. O direito real coloca à disposição do credor os atributos da seqüela e da preferência, tornando certa e eficaz a garantia de realização do crédito.

5. *Das fontes das obrigações*

O conceito de obrigação civil, a partir de sua definição e análise dos elementos essenciais, encerra-se com o estudo de suas fontes ou causas geradoras.

Fontes são os fatos ou acontecimentos jurídicos geradores de obrigações e de direitos subjetivos correlatos na vida em sociedade.

A sistematização dos fatos como fontes obrigacionais tem variado no tempo e no espaço, mas a comparação de alguns sistemas permite a fixação de elementos constantes em todos eles. Assim, temos:

Direito Romano primitivo:

- a) malefícios (atos ilícitos)
- b) contratos

Direito Romano clássico:

- a) contratos
- b) quase — contratos (gestão de negócios, pagamento indevido e enriquecimento sem causa)
- c) delitos (atos ilícitos dolosos)
- d) quase — delitos (atos ilícitos culposos)

Código Civil francês: a mesma sistematização clássica romana, com o acréscimo da quinta fonte: a lei.

Código Civil brasileiro:

- a) contratos
- b) declarações unilaterais de vontade:
 - I — títulos ao portador
 - II — promessas de recompensa
- c) atos ilícitos

Projeto de Código Civil brasileiro (1975):

a) contratos

b) atos unilaterais:

I — promessa de recompensa

II — gestão de negócios

III — pagamento indevido

IV — enriquecimento sem causa

c) títulos de crédito:

I — título ao portador

II — título à ordem

III — título nominativo

d) responsabilidade civil.

Percebe-se em todos os sistemas a presença do contrato ou acordo de vontades. É a fonte voluntária por excelência. O contrato é o veículo ou instrumento ou via jurídica de acesso aos bens e serviços através da cooperação.

Outra presença constante é o ato ilícito, gerador da obrigação de indenizar. A responsabilidade civil por atos ilícitos dolosos, culposos e até independente de culpa constitui o grande canal da composição dos danos resultantes de agressão à pessoa e ao seu patrimônio.

Mas outros fatos ou acontecimentos não contratuais geram obrigações. São as declarações unilaterais de vontade, que se caracterizam pela indeterminação temporária do credor (promessa de recompensa) ou pela maior possibilidade de variação ou mudança do credor, dinamizando a circulação dos créditos (títulos ao portador).

As demais fontes, sobretudo o enriquecimento sem causa, destinam-se a agasalhar os fatos que não se comportam nas fontes comuns ou ordinárias.

Mesmo assim, com toda essa variedade, ainda houve ensejo de se erigir a lei como fonte supletiva de obrigações que não se enquadram nas fontes fácticas, a exemplo da obrigação alimentar e da obrigação tributária. O Código francês assim procedeu, seguindo o magistério de Pothier.

Há os que proclamam a lei fonte única de todas as obrigações. Isto é válido como fonte mediata. A lei pode ser considerada a fonte última dos direitos e obrigações. Mas a fonte imediata são os fatos ou acontecimentos que os produzem imediatamente, com a sanção da lei. Por isso andou bem DEMOGUE, ao defender o fato jurídico como fonte comum de todas as obrigações. Não obstante, existe o imperativo científico e didático da sistematização e classificação dos fatos jurídicos como fontes de obrigações.

Impugnação da Paternidade: Crise e Superação do Sistema Clássico

LUIZ EDSON FACHIN

Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná e da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Doutor em Direito pela PUC/São Paulo

SUMÁRIO

1. Introdução: estabelecimento da filiação e concepção de família. 2. O modelo latino. 2.1. A impugnação da paternidade segundo o sistema do Código Civil Brasileiro. 2.2. Limites e caracteres do sistema. 3. A presunção "pater is est" e as reformas contemporâneas do direito de filiação. 3.1. Os mecanismos das reformas européias. 3.2. A superação pela via judiciária. 3.3. O princípio da igualdade e o estatuto único da filiação. 4. Algumas palavras finais: os novos horizontes.

1. Introdução: estabelecimento da filiação e concepção de família

O estudo do estabelecimento da filiação através da incidência da presunção "pater is est", a qual atribui ao marido a paternidade de filho tido por mulher com a qual esteja casado, revela-se uma prodigiosa fonte para haurir a essência do sistema legislado, uma vez que as regras que compõem o Direito de filiação demonstram a própria concepção de família embutida no texto legal.

Assim se vê quando se atribui ao casamento a fonte exclusiva da legitimidade dos filhos, expondo-se aí uma noção que privilegia a família fundada no matrimônio, e ao colocar-se obstáculos à derrubada da presunção segundo a qual o marido é o pai dos filhos da mulher casada, nota-se claro favor à manutenção da relação conjugal calcada no casamento que poderia, nessa ótica, ser perturbada pela investigação da verdadeira paternidade; e mais: ao limitar-se a legitimidade ativa para a ação que vise impugnar a paternidade denominada legítima, pela atribuição ao marido da mãe do direito exclusivo de decidir quanto à propositura, apresenta-se, então, uma visão inquestionavelmente patriarcal.

Ademais, ao criar-se um sistema de causas determinadas que permitem em estreitos limites a impugnação da paternidade, espelha-se o "favor legitimitatis" que se dirige a propiciar uma proteção acentuada e especial à paz e à honra da família constituída pelo casamento, a ponto de albergar inaceitável desigualdade entre filhos legítimos e ilegítimos.

Entretanto, outro conceito de família é o que emerge de regras que alteram esses mesmos aspectos básicos do estabelecimento da filiação.

Assim, ao prever-se um certo número de fatos ou circunstâncias que fazem cessar a presunção de paternidade; ao ampliar-se o rol dos legitimados ativos à propositura da ação que vise impugnar a paternidade, e ao abandonar-se o sistema de enumeração taxativa dos casos em que a lei permite a impugnação, revela-se um novo sistema, em muito diferenciado, no qual os interesses dos filhos suplantam o intento de estabelecer, mesmo contra a verdade biológica, uma filiação fictícia. Desse modo, diminui-se o poder marital e são geradas condições razoáveis de convivência harmônica da família. E ainda mais: ao ser adotado um estatuto único da filiação, elimina-se a injustificável discriminação entre filhos em razão de sua origem.

Daí realmente se vê que o estudo dos modos de estabelecimento da filiação, especialmente por via da aplicação da presunção legal da paternidade presumida, pode pôr à mostra a própria noção de família, o que realça a importância de seu exame¹.

2. O modelo latino

O princípio da superior defesa da instituição matrimonial inspirou duas características marcantes dos sistemas latinos codificados a partir do

1 As reflexões constantes deste artigo decorrem de nossa tese de doutoramento defendida em outubro de 1991 perante a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, e que foi recentemente publicada por Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1992, 184 p., sob o título *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*.

século XIX²; a legitimidade exclusiva do marido para impugnar a paternidade do filho tido pela mulher com a qual contraiu núpcias e a enunciação taxativa do número limitado de fundamentos relevantes para a impugnação.

Filiando-se à orientação do Código napoleônico, o sistema jurídico brasileiro insculpido no Código Civil incorporou, por isso, a regra "pater is est" com tais características³. O Código Civil Brasileiro de 1916 impôs, desse modo, sérias dificuldades ao afastamento da presunção "pater is est", moldando-se à semelhança dos demais sistemas latinos influenciados pelas regras do Código Civil francês de 1804, enfeixando-se num sistema de "causas determinadas".

Esse sistema se mostrou incapaz de corrigir a falta de coincidência entre a paternidade jurídica e a paternidade real, a verdadeira do ponto de vista biológico. Emergiu desse sistema grave questão com dupla face: de uma parte, mesmo contra o interesse do filho e o interesse da mãe, pode subsistir a paternidade, ainda que manifestamente improvável, particularmente diante da inércia do marido, titular da ação e único legitimado ativo para impugnar, em prazos exíguos, a paternidade em circunstâncias previamente enumeradas em lei; de outro lado, diante das imensas limitações (tanto em relação à legitimação ativa quanto às causas em que se faz possível impugnar a paternidade), um filho determinado pode, nesse sistema, ficar sem ter a declaração de quem seja seu pai⁴.

Sabe-se que a normalidade das relações da vida faz indicar, no âmbito do casamento, que o marido (em favor do qual está a presunção de paternidade que elimina a necessidade de qualquer prova dessa mesma paternidade) deve ser o pai biológico dos filhos de sua cônjuge. É por isso que, em essência, a regra "pater is est" se mostra tendente a fazer coincidir a verdade jurídica com a verdade biológica. Conjugada, contudo, tal regra com mecanismos que impeçam ou dificultem a discussão sobre a verdadeira paternidade, chega-se às vezes, em numerosos casos, a uma paternidade fictícia.

Essa circunstância deriva da idéia de proteção à família matrimonializada, mesmo em sacrifício dos interesses do filho ou da mãe, sustentando-se até mesmo que a "mentira jurídica" podia ser essencial à paz familiar⁵.

2 Sobre esse movimento de codificação que se manifestou a partir de fins do século XVIII, ver CARBONNIER, Jean. *Sociologie Juridique*. Paris, Armand Colin, 1972, p. 63.

3 É o que registra BEVILAQUA, Clóvis. *Direito de Família*. Rio de Janeiro, Ed. Freitas Bastos, 1938, p. 332; no mesmo sentido, PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de Família*. Rio de Janeiro, Ed. Freitas Bastos, 1956, p. 260.

4 Para isso chamam vivamente atenção os professores José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz, na obra em co-autoria *Direito de Família — Direito Matrimonial* (Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1990, 504 p.).

5 É o que informa o professor Guilherme de OLIVEIRA, em sua monumental tese *Critério jurídico da paternidade*, Coimbra, p. 60.

Tal critério, ainda que almejassem buscar através da regra "pater is est" a coincidência entre a paternidade jurídica e a biológica, na ocorrência de dúvida entre a verdade da filiação e a suposta paz familiar, sacrifica a primeira em favor da segunda. Confere, por isso, preferência ao que o Professor GUILHERME DE OLIVEIRA denomina de critério "nupcialista da paternidade" e não a uma base "biologista" da paternidade.

2.1. *A impugnação da paternidade segundo o sistema do Código Civil Brasileiro*

O Código Civil Brasileiro autoriza (em seu artigo 340) ao marido da mãe provar que não houve coabitação dentro do período legal da concepção ou que a coabitação, mesmo tendo ocorrido, não foi a causa da gravidez. De acordo com o Código, a impugnação (denominada pelo legislador de "contestação da paternidade") somente pode ser deduzida por ação específica, cabível privativamente ao marido em lapso de tempo exíguo, em duas hipóteses.

A primeira hipótese relaciona-se à prova que ilida a presunção de coabitação. A segunda concerne à impotência ou esterilidade.

Segundo o Código, se os cônjuges estavam legalmente separados durante o período da concepção, poderá impugnar-se a legitimidade do filho; feita essa prova da separação legal (abrandada pela jurisprudência para admitir também, nesse efeito, a separação de fato), afasta-se a presunção de paternidade. No entanto, mesmo separados legalmente, esse motivo não poderá ser alegado para o fim de impugnar a paternidade se os cônjuges "houveram convivido algum dia sob o teto conjugal" (artigo 341).

O que inspira tal idéia é a do "favor legitimitatis" e tem uma extensão que causou perplexidade até mesmo ao autor do projeto do Código Civil, consoante assentou o próprio CLÓVIS BEVILÁQUA em seus "Comentários ao Código Civil dos Estados Unidos do Brasil".

Por seu turno, os artigos 343 e 346 do Código, ao retirarem da confissão materna e do adultério da mulher com quem o marido vivia sob o mesmo teto, o efeito de possibilitar o afastamento da presunção "pater is est", reforçam a idéia da paternidade impossível, quer pela ausência de coabitação, quer pela impotência absoluta.

2.2. *Limites e caracteres do sistema*

Como se viu, a lei estabelece limites demasiadamente estreitos e taxativos para a derrubada da presunção "pater is est". No tocante à legitimidade ativa, esta somente é conferida ao marido da mãe; uma vez iniciada,

passa aos herdeiros, mas ninguém poderá propô-la se o marido falecer sem a haver ajuizado.

Os prazos para a propositura dessa ação são curtos. Tratam-se de prazos decadenciais, previstos no artigo 178, §§ 3.º e 4.º, inciso I, do Código: se o marido estava presente quando do nascimento, tem dois meses, a contar do nascimento; se ausente, três meses, a contar de sua volta ao lar conjugal, e se lhe ocultaram o nascimento, também o prazo é de três meses, a partir da data em que teve conhecimento do nascimento.

Caracteriza-se, desse modo, tal sistema como indisfarçavelmente patriarcal, tendo o marido poder jurídico sobre todos os filhos nascidos de sua esposa na constância do casamento.

Criando a lei, para a impugnação, um sistema de causas determinadas, somado à legitimidade exclusiva do marido, torna-se notadamente forte a presunção "pater is est", centrando-se num modelo que revela desigualdade entre filhos legítimos e ilegítimos.

Trata-se, pois, de um sistema rígido que reduz a possibilidade de busca da verdadeira paternidade.

Tal rigidez espelhada na presunção legal da paternidade presumida não se manteve em recentes reformas havidas no Direito comparado, atenuando a força da presunção "pater is est".

3. A presunção "pater is est" e as reformas contemporâneas do Direito de filiação

A evolução do Direito de família já provocou significativas transformações nessa matéria, imprimindo um novo tratamento jurídico à presunção de paternidade.

O sentido básico dessas reformas é o de reconhecer situações e instrumentos que afastem o estabelecimento de filiações fictícias⁶ quando a realidade revela a improbabilidade de o marido ser pai do filho tido pela mulher casada. Assim se passa, por exemplo, no atual Direito francês, com a Reforma de 1972; no Direito português, com a Reforma de 1977; no Direito suíço de 1978 e na recente legislação belga.

Os resultados alcançados por essas reformas, afastando os óbices que conduziam à paternidade meramente jurídica, desconforme com a pater-

⁶ Ver, nesse tópico, OLIVEIRA, Guilherme de. Sobre a verdade e a ficção no Direito da Família. *Boletim da Faculdade de Direito*. V. LI. Coimbra, 1975, pp. 271 e ss.

nidade real, já foram suficientes para bem revelar um novo estágio que se põe à reflexão. Esse novo patamar de idéias se revela em situações que exigem mais do que a simples observação do vínculo biológico, dando relevância, então, também à realidade sócio-afetiva que liga um filho a seu pai. Nesses quadrantes, promove-se a recuperação da noção de posse de estado de filho, a qual se mostra de indiscutível utilidade no seio daquelas reformas.

Se nos moldes do sistema clássico, “a paz familiar importava mais ao Direito do que a verdade”, nas contundentes palavras do Professor LUIGI FERRI⁷, a partir dessas mudanças a presunção legal de paternidade presumida passa a assumir um papel mais consentâneo com sua própria natureza e congruente com a busca da verdadeira filiação.

3.1. *Os mecanismos das reformas européias*

Cabe verificar, nesse passo, alguns dos principais recursos utilizados pelas reformas ocorridas em alguns países da Europa para o fim de superação do sistema clássico de estabelecimento da filiação.

Tais recursos foram: a) ampliação do rol das pessoas legitimadas a propor a impugnação; b) abandono do sistema de enumeração taxativa das hipóteses em que a lei permite a impugnação; c) prazos mais elasticidos para a propositura da impugnação.

Além disso, nas reformas francesa, portuguesa e belga se faz presente o mecanismo da cessação da presunção “*pater is est*”, que permite não aplicar os efeitos da presunção “*pater is est*” sem ataque direto a essa presunção, consoante registra Edouard VIEUJEAN⁸.

Em verdade, são dois os momentos distintos que podem ser focalizados nessas reformas: o primeiro, no aprimoramento do sistema clássico, cujo resultado é suficiente para chegar-se a um equacionamento razoável da maioria dos problemas surgidos no conflito entre a paternidade jurídica e a paternidade biológica, remodelando-se, dessa forma, a impugnação da paternidade, consoante anota o Professor PIERRE RAYNAUD⁹. O segundo, indo mais distante, capta no estabelecimento da filiação a verdade sócio-afetiva, que se equilibra com a verdade biológica.

7 FERRI, Luigi. *Lezioni sulla filiazione*. Bolonha, Patron Editore, 1976, p. 86.

8 VIEUJEAN, Edouard. *L'établissement de la paternité*. In: *La filiation et l'adoption*. Editions du Jeune Barreau, Bruxelles, 1988, pp. 47 usque 74; na mesma obra, dois estudos inigualáveis sobre as transformações do Direito de filiação na Bélgica: MEULDERS-KLEIN, Marie-Thérèse, *Les lignes de force de la loi et l'établissement de la maternité*, pp. 11-46, e RIGAUX, François, *Une politique de la filiation*, pp. 303-344.

9 RAYNAUD, Pierre. *Droit civil des personnes et de la famille — La loi du 3 janvier 1972 sur la filiation et la jurisprudence*. Les Cours de Droit, Paris V.

Deve ser registrado que mesmo no âmbito dessas reformas, que em muito avançaram em matéria de filiação rumo à igualdade, é indiscutível a atualidade da presunção "pater is est", que opera (nas palavras de HEGNAUER) como resíduo diferenciador entre a situação dos filhos tido dentro e fora dele¹⁰.

3.2. *A superação pela via judiciária*

No Brasil, que não teve ainda a reforma legislativa no Direito de filiação, a superação da crise gerada pelo sistema clássico se deu, em face dos casos concretos, pelos pronunciamentos do Poder Judiciário.

Progressivamente, começou a se formar no âmbito da jurisprudência emanada do Supremo Tribunal Federal um conjunto de decisões que representa um notável passo no sentido de superar a rigidez do sistema posto no Código Civil brasileiro.

Esse processo, através do qual o julgador teve a sensibilidade de dar aos casos concretos soluções adequadas, revela um compromisso com valores diversos daqueles recepcionados pelo sistema do Código Civil Brasileiro. O Judiciário abriu a via da investigação da verdadeira paternidade diante de situações para as quais a lei fechava as portas.

Enquanto o Código Civil se colocou na defesa superior da família matrimonializada e da autoridade do marido, a jurisprudência rompeu com esse sistema de promoção jurídica da não-paternidade, congruente com os princípios que informaram tanto as reformas do Direito comparado quanto a nova Constituição Federal brasileira que eliminou as desigualdades entre as diversas espécies de filiação.

3.3. *O princípio da igualdade e o estatuto único da filiação*

A família e a filiação, diante da nova Constituição Federal brasileira, receberam tratamento coerente com a direção do legislador moderno. Isso se vê com a adoção do estatuto unitário da filiação, prevendo (artigo 227, § 6.º da Constituição brasileira) que os filhos havidos ou não da relação do casamento terão os mesmos direitos, proibidas designações discriminatórias.

Promoveu-se também a dissociação entre o casamento e a legitimidade dos filhos, como também se passou com a reforma francesa¹¹, até porque,

10 HEGNAUER, Cyril. *Droit suisse de la filiation*. Berne, Staempli, 1978, 181 p.

11 GAUDEMMENT-TALLON, Hélène. De quelques paradoxes en matière de droit de la famille. *Rev. trim. dr. civ.*, n. 4, out./dez., 1981, p. 743.

conforme assevera o Professor MASSIMO BIANCA, a relação de filiação deriva do fato natural da procriação e prescinde da relação matrimonial entre os genitores¹².

A nova Constituição também rompe com o caráter patriarcal antes evidenciado pela chefia unicentrada da sociedade conjugal, somente atribuída ao marido, e agora afastada pelo princípio da igualdade entre os cônjuges (artigo 226, § 5.º).

A partir de 5 de outubro de 1988, em suma, nota-se que o legislador constitucional chamou para si a tarefa de estabelecer as linhas mestras do sistema jurídico atinente à filiação, perdendo o Código Civil o papel de lei fundamental diante das regras agora constitucionalizadas.

Ressente-se o País, no entanto, de necessário movimento legislativo que possa organizar, no plano ordinário, um novo sistema de filiação, captando os avanços já incorporados pela jurisprudência que hoje se expressa na mesma direção através do Superior Tribunal de Justiça.

4. *Algumas palavras finais: os novos horizontes*

Com a adoção do estatuto único da filiação, não tem mais sentido identificar a presunção de paternidade com a presunção de legitimidade, até porque resta vedada qualquer designação discriminatória.

Nada obstante, se mantém, e com inteira razão, a presunção legal da paternidade presumida, posto que ainda se distinguem os filhos havidos dentro do casamento e os tidos fora dele, diversidade essa cuja manutenção diferenciadora se faz até mesmo no interesse do filho em conhecer a sua verdadeira paternidade.

O Direito de filiação contemporâneo está a mostrar uma instigante realidade: de um lado, como a relação envolve sempre e necessariamente um considerável número de pessoas, é preciso refletir, no equacionamento dos problemas que se apresentam diante das regras jurídicas que cuidam do estabelecimento da paternidade, sobre aquilo que nos fala o Professor FRANÇOIS RIGAUX: o método da ponderação dos interesses (*balancing test*), para formar um juízo de equilíbrio entre todos os interesses envolvidos.

De outra parte, esses novos horizontes iluminam uma significativa afirmação da Professora M.-Th. MEULDERS-KLEIN: precisamos reaprender o sentido de "vivre ensemble".

¹² BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile*. V. 2, item 28. Milão, Giuffrè, 1981, p. 207.

Direito Público Romano. Instrumento de Crítica

RONALDO POLETTI

Procurador de Justiça em São Paulo. Professor da UnB. Diretor do Centro de Estudos de Direito Romano e Sistemas Jurídicos da UnB. Consultor Jurídico do Ministério da Aeronáutica

SUMÁRIO

1. A dicotomia "ius publicum/ius privatum". 2. A origem gramatical. 3. A compatibilidade do texto de Ulpiano com o Digesto. 4. A incompatibilidade. 5. "Ius publicum". Sua inderrogabilidade. 6. O conflito patricio-plebeu. 7. "Deo auctore" e o "populus". 8. Populus. 9. Civitas. 10. República. 11. Comícios. As lets. 12. "Intercessio". Os poderes negativos. 13. Ius publicum. 14. A dicotomia com ênfase no "ius publicum". 15. O "ius publicum" como instrumento de crítica.

1. A contraposição direito público—direito privado se remonta, segundo a *communis opinio*, ao direito romano, tratando-se de uma classificação de tradição romanista¹. O direito público romano é o que provém do povo romano: o atinente à conservação da *res publica*. Direito privado é o que concerne aos bens dos particulares.

A questão envolve o problema do Estado, pois, evidentemente, o "Estado romano" diferencia-se do Estado moderno. Na verdade, não houve em Roma um Estado, no sentido de um Estado nacional. Quando se fala em Estado romano, há de entendê-lo com um significado equivalente à *civitas*, à *res publica* ou a *imperium*, ou, em última análise, à *sociedade política romana*.

O problema do direito público romano e sua separação do direito privado geralmente vem mal colocado, sobretudo quando referido à teoria do interesse no sentido de que os dois ramos do direito disciplinariam,

1 Cf. MARRONE, Matteo. Derecho Público y Derecho Privado. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Barcelona, 129 (248:495-501, mayo 1980.

respectivamente, interesse público ou privado, conforme esse interesse estivesse vinculado ao Estado ou aos particulares.

O chamado direito privado romano, no entanto, dependia do direito público, pois não podia ser concebido sem as magistraturas, notadamente a dos pretores, e a dos censores e questores. Além disso, o direito público romano difere da concepção publicista moderna do direito. Para os modernos, o direito público é o direito do Estado, enquanto para os romanos, o *ius publicum* é o direito proveniente do povo romano. O *ius publicum* expressa uma idéia de tudo o que é conexo com o *populus*².

O adjetivo *publicus* deriva de *populicus*, de *populus*.

O significado de *publicus* na linguagem romana está no que pertence a um *populus*, a uma comunidade organizada em *civitas*, seja romana ou qualquer outra. A coisa pública é a coisa do povo³. Essa propriedade do povo repartiu-se depois entre as entidades menores, como os Municípios, as colônias, as províncias ou até mesmo as companhias voluntárias e espontâneas, formadas pelo *populus*, que, a exemplo da coletividade formada por este, contrapõem-se ao *privatus* (de *privus*), que significa precisamente o que é de um particular como tal⁴. Assim, *ius publicum*, em contraposição a *ius privatum*... concerne ao *status civitatis*, o *corpus rei publicae*, a *societas civilis*⁵.

O *ius publicum* designa o conjunto das *leges publicae populi romani*. Assim, grande parte do que hoje se considera direito privado era, em Roma, *ius publicum*. Por isso, uma das características contrapostas para explicar os sistemas romanista e o do *common law* é, muita vez, o de atribuir ao primeiro o domínio do direito público e, ao segundo, o privado (este explicado pelo forte tom individualista das sociedades onde o *common law* prospera).

O clássico texto de Ulpiano, recolhido pelo Digesto, não reflete uma constante nas inúmeras passagens da obra do Imperador Justiniano, mas, assim mesmo, não fala em Estado, nem propriamente em interesse, mas em *utilitas*, referindo-se, antes, às duas posições de estudo do direito e inserindo no *ius publicum* a religião. A dicotomia, ali, parece ter natureza didática: “Duas são as posições deste estudo, a do direito público e a do direito privado. O direito público é aquele que tem em vista a situação (*status*) da coisa (*res*) romana; o privado o que se volta para a utilidade dos indivíduos; pois algumas coisas são úteis pública e outras

2 NOCERA, Guglielmo. *Jus publicum* (D. 2.14.38) contributo alla ricostruzione storica — exegetica delle *Regulae Iuris*. Roma, edizioni italiane, 1946, 258 p.

3 COSTA, Emilio. *Historia del Derecho Romano Público y Privado*. Trad. Manuel Roventos y Noguer. 1ª ed. Madrid, Reus, 1930, p. 1. COSTA apóia-se em Cícero, *De Republica*.

4 Idem, *ibidem*.

5 Idem, *ibidem*.

privadamente. O direito público consiste nas coisas sagradas, nas dos sacerdotes e nas dos magistrados. O direito privado é tripartite, pois está constituído de preceito das naturezas ou das gentes ou dos cidadãos”⁶.

Giuseppe Grosso assinala que essa definição tem dado muito trabalho aos intérpretes e vem indicada como ponto de partida da fatigante elaboração da distinção dicotômica, a qual, apesar de submetida ao crivo das críticas corrosivas, sempre ressurgel delas como algo que corresponde a uma intuição profunda⁷.

Convém considerar, ainda, como lembra Bobbio, que o critério fundamental permanece sendo dos diversos sujeitos a que se refere a *utilitas*: ao lado da *singulorum utilitas*, deve ser invocada a definição de Cícero de *res publica*, “coisa do povo”, desde que por povo se entenda não uma agregação qualquer de homens, mas uma sociedade mantida junta por um vínculo jurídico e pela *utilitatis communione* (*De re publica*, I, 41, 48)⁸.

Não há dúvida de que a origem dicotômica está no mencionado texto de Ulpiano, mas este é suscetível de algumas considerações, sobretudo quanto à sua fiel correspondência ao pensamento romano. Coloca-se aqui, também, o problema do direito justiniano, no tocante à sua fidelidade às origens ou à utilização das fontes para fins imperiais. A par de uma eventual interpolação⁹, anota-se ser Ulpiano o mais representativo jurista da época clássica final, e, por isso, o preferido dos compiladores do Digesto, pois então se teria saído da égide da *libertas* para entrar no arbítrio sempre crescente¹⁰.

Em face dessa observação, é mister anotar que a dicotomia já vem referida por Pompônio ao escrever sobre o jurista Túbero: “...foi tido como doutíssimo em direito público e privado, deixando muitos livros de um e de outro; entretanto, escrevia com um estilo antiquado e, por isso, seus livros pouco agradaram.”¹¹

6 D. 1.1.1.2.

7 GROSSO, Giuseppe. *La Distinzione ius publicum — ius privatum. Problemi Generali del Diritto Attraverso Il Diritto Romano*. 2. ed. Torino, Giappichelli, 1967, pp. 87-98.

8 BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade*, cit., p. 15.

9 FARIA, Anacleto de Oliveira. Verbete “Direito Público e Direito Privado” in *Enciclopédia Saraiva de Direito*, vol. 28: 40-47, onde se suscita, com base em Paul Roubier, dúvida sobre a autenticidade do fragmento de Ulpiano sobre a matéria, bem como sobre o fato de pertencer o conceito ao direito clássico ou de ser de uso corrente entre os juriconsultos romanos.

10 SURGIK, Aloisio. Anotações Histórico-Críticas em torno do binômio direito público—direito privado. *Temas Críticos do Direito à Luz das Fontes*. Curitiba, Livros HOV, 1986: 17-35. SURGIK argumenta, também, com as Institutas de Gaio, onde não se encontra qualquer passagem com referência ao direito público.

11 D. 1.2.46.

Além disso, também na época republicana, o texto de Cícero: *Dos escritos, há o que é privado e o que é público. Público: lei, senatus-consultos, tratados; privado: contrato, pacto adjunto, estipulação*¹².

Seria uma distinção meramente formal? O direito publicado converte-se em direito público, afetando a todos os cidadãos, enquanto o direito privado nasce na autonomia privada, restrito às pessoas intervenientes no negócio. A contraposição *ius privatum* — *ius publicum* corresponde à *ius lex* ou à *lex publica* e *lex privata*? A lei pública proposta pelo magistrado, aprovada pelos comícios, será pública qualquer que seja a matéria¹³.

A *lex* é pública, como públicos são o plebiscito, equiparado às leis comiciais pela *Lex Hortensia* (286 a.C.), e o edito do pretor. Tê-la como contrária ao *ius*, porque este consistiria na interpretação dos prudentes (*in sola interpretatione prudentium consistit*. D. 1.2.2.12) e a interpretação seria atividade privada, não faz sentido à medida em que a eficácia das respostas decorria, também, do *ius* e do *ius publicum*¹⁴.

2. Os romanos eram homens práticos e pouco afeitos às especulações filosóficas. Não deixaram, contudo, de receber, quase como uma continuação, a influência decisiva dos gregos, o que se deu, mesmo, na criação e no desenvolvimento da *Iurisprudentia*.

O jurisprudente romano não era, certamente, alguém voltado, apenas, para os *comitia* e para o *forum*, ajudando o pretor a exercer a *iurisdictio*. Não se restringia a fornecer conselhos às partes, aos juizes, aos magistrados. Conta-se que Labeão (Marcus Antistius Labeo), célebre jurista da época do principado, fundador da escola dos proculianos, dividia sua vida em duas partes. Metade do ano ficava em Roma, atuando praticamente, e o restante do tempo passava no campo, isolado em uma aldeia, consagrando-se aos trabalhos científicos, que chegaram a cerca de quatrocentos volumes. Era um helenista, e seus escritos, permeados de termos gregos, revelavam um interesse excepcional pela filosofia. Na verdade, todos os grandes *prudentes*, desde a República, elaboraram uma obra, que hoje pode ser denominada de “científica”¹⁵.

Os motivos práticos não se afastam. O jurisconsulto não podia pretender, sempre, estar presente nos negócios judiciais, beneficiando os juizes com a sua experiência. Era preciso formar discípulos, convidar os alu-

12 CÍCERO, *partit. orat.* 37, 130.

13 A explicação é de XAVIER D'ORS, recolhida por SURGIK em *Anotações Histórico-Críticas...*, *cit.*

14 Posição contrária à de SURGIK, *ibidem*, que sustenta que a atividade dos juristas se torna pública somente sob Adriano.

15 Cf. VILLEY, Michel. *Le droit romain. Son actualité*. 7ª ed. Paris, Presses Universitaires, 1979, p. 38; MEIRA, Rafael Correia de. *Curso de direito romano*. São Paulo, Saraiva, 1983, pp. 90/91.

nos para assistir às suas respostas às consultas públicas. No início do Império, nascem as escolas, fundadas sobre o modelo das escolas gregas de retórica e de filosofia¹⁶.

A ambição do jurista parece renovar-se na história. Quando o *common law* avança decididamente, em termos contemporâneos, sobre os muros da cidadela do sistema romanista, exacerbando as decisões com fundamento nos precedentes judiciais, ensejando a especulação dos juizes sem qualquer base doutrinária e, o que é pior, permitindo-lhes julgamento ao arrepio da lei, desprezando-a como fonte primordial do direito e julgando a bondade da norma legal e não conforme os seus preceitos, invertendo os brocardos *non exemplis, sed legibus judicandum sit* e *secundum leges, non de legibus*, resta ao jurisprudente tentar influir, no processo político dessa transformação perigosa, através de seus esforços doutrinários, fora das lides forenses, marcadas, às vezes, pela irracionalidade e pela emoção, que transformam a certeza do direito em uma busca psicanalítica da personalidade dos julgadores.

A herança dos gregos refletiu-se no rigor da terminologia jurídica construída pelos romanos, a partir, em grande parte, de uma técnica dicotômica na elaboração de conceitos, denominada *divisio*, herdada da gramática e da retórica gregas, culminando na escola neoplatânica de Plotino, cujo discípulo Porfírio criou um sistema lógico binário para as categorias de Aristóteles, estabelecendo a base das classificações entre os gêneros e as suas diferenças específicas.

Na filosofia, na retórica e na gramática gregas, encontra-se a origem das dicotomias do direito romano: *actio in rem — actio in personam*; *res corporales — res incorporales*; *res Mancipi — res nec Mancipi* (os gregos tinham uma filosofia sobre as coisas), e, assim por diante, *res mobiles — res immobiles*; *res fungibiles — res infungibiles*; *res divisibilis — res indivisibilis*; coisas sagradas e coisas religiosas; *ius scriptum* e *non scriptum*; *ius civile — ius honorarium*; *ius civile — ius gentium*; e dentre essas dicotomias a atinente ao *ius publicum — ius privatum*¹⁷.

A distinção, todavia, na unidade do ordenamento jurídico (*duae positiones huius studii*) se insere em uma realidade viva da pluralidade dos ordenamentos formadores de grupos menores. A posição desses e de suas respectivas ordens, como a que individualiza o *ius civile*, aquela dos poderes da cidadania, o desenvolvimento da ordenação da *civitas*, o modo pelo qual esta absorve o *ius*, e, mais como se colocam os ordenamentos contrapostos, como na antítese *ius civile — ius honorarium*, indicam dualidades reais, concretas, individualizadas, vivas. A observação é de Gros-

16 VILLEY, Michel. Op. cit., *ibidem*.

17 A respeito da origem grega do esquema dicotômico, v. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A Ciência do Direito*. São Paulo, Atlas, 1977, pp. 21/22.

so¹⁸. Indica, na sua opinião, que a dicotomia pode não representar uma mera divisão lógica-gramatical.

A dicotomia gramatical, porém, faz parte da tradição grega com repercussões no mundo das idéias. Os primeiros filósofos e os primeiros gramáticos trabalharam sobre o filão das dicotomias básicas na consideração da linguagem e serão responsáveis pela natureza da disciplina gramatical emergente¹⁹.

Além disso, é preciso registrar o sentido mesmo das palavras: público e privado.

O verbo *privar* significa domar, domesticar. A expressão “passáro privado” revela o sentido de extrair do domínio selvagem e transportar para o espaço familiar da casa (*domus*). O adjetivo “privado” conduz à idéia de familiaridade. “A vida privada deve ser murada”. “Não é permitido procurar e dar conhecer o que se passa na casa de um particular”. “Privado” opõe-se a “público”. “Aqueles que governam cometem mais faltas que os homens privados” (*Vauvernagues*). “Nada é privado na vida dos grandes, tudo pertence ao público” (Massilon)²⁰.

Público é o que pertence a todo um povo, o que concerne a todo um povo, o que emana do povo. DUBY observa que na linguagem de Cícero, agir *privatim* (op. a *publice*) é agir não enquanto *magistratus*, investido de um poder emanado do povo, mas como simples particular, em um outro território jurídico. O agir particular é não agir fora, diante dos olhos de todos, no *forum*, mas atuar em seu domicílio, no interior de sua casa.”... no francês do século XIX e no latim clássico, a organização do sentido é a mesma; uma raiz, a noção de comunidade popular, da qual procedem dois ramos, um crescendo na direção do que é isento, afastado do uso comum, o outro na direção do que é doméstico, que toca ao indivíduo, mas cercado de seus próximos. Portanto, aquilo que juridicamente escapa, de um lado, a esse poder cuja natureza é especificada pela palavra *publicus*, poder do povo, e, do outro, à intrusão da multidão. A *res publica* engloba todo o domínio pertencente à coletividade e que, por isso, é, de direito, considerado *extra commercium*, que não deve constituir objeto de troca no mercado. Ao passo que a *res privata* encontra-se por contraste colocada *in commercio* e *in patrimonio*, isto é, na dependência de um poder diferente, o do *pater familias*, principalmente exercido no quadro fechado, voltado sobre si mesmo, da *domus*, da casa”²¹.

18 GROSSO, Giuseppe. *La Distinzione ius publicum — ius privatum*, cit.

19 NEVES, Maria Helena de Moura. *A vertente grega da gramática tradicional*. São Paulo, Hucitec/UnB, 1987, p. 16.

20 Colho essas observações em texto de GEORGES DUBY, com base no Dicionário de Littré, em DUBY, Georges (Org.). *História da Vida Privada*. 2 — *Da Europa feudal à Renascença*, trad. Maria Lúcia Machado. São Paulo, Companhia das Letras, 1990, pp. 19 e ss.

21 Idem, *ibidem*.

E em outro passo, o mesmo DUBY: "No entanto, o contraste não é entre poder e não-poder, mas entre duas naturezas de poderes. Distingamos dois distritos em que a ordem e a paz não são mantidas em nome dos mesmos princípios, em que, em ambos, o indivíduo é submetido, controlado, em que se corrige, se castiga, mas em que a correção e o castigo cabem a autoridades diferentes. De um lado, o propósito é de reger a *res publica* o *populus*, o grupo de homens (digo de homens: as mulheres escapam a este poder) cuja reunião constitui o Estado, que são co-possuidores de bens comuns e co-responsáveis pelo bem comum. Esse domínio é do coletivo, portanto, como se dizia na Roma antiga, *extra commercium*, inalienável; a *res populi* é *res nullius*, e sua gestão cabe ao magistrado, ao *rex* e à *lex*, ao rei e à lei, que é a voz do povo. Uma barreira jurídica fundamental isola da *res publica* o que, nos textos do século XII, é explicitamente designado como a *res familiaris*." ²²

A primeira problemática dicotômica está na disputa *physei/nómos*, que abrange um campo mais amplo, que o da linguagem. Ela repercute na diferença entre *ius publicum* — *ius privatum*, para saber se ela corresponde à realidade ou à ficção. A questão consiste mesmo no desdobramento sofista (a busca do proveito) em oposição à intenção da filosofia (a busca da verdade). Se correta a frase de Crátilo: "quem conhece as palavras conhece as coisas": a linguagem está ligada ao saber como um todo, e tem no direito uma relevância toda especial ²³.

A dicotomia *physei/nómos* reflete o pleito entre a natureza (*physis*) e o que o homem faz (*nómos*) ou, em outras palavras, entre o *naturalismo* e o *convencionalismo* ²⁴. Ou, em outros termos em extensão, entre a concepção monista do mundo e a que concebe os mundos da natureza e da cultura, o *fenômeno* e o *númeno*, na linguagem kantiana.

Já vimos que a dicotomia *ius publicum/ius privatum* tem, pela sua origem no texto de Ulpiano, uma evidente conotação didática; resta saber se indica uma mera convenção ou está enraizada na natureza das coisas.

3. Afirmamos que o texto de Ulpiano (D. 1.1.1.2.) sobre o qual se ergue toda estrutura dicotômica do direito, a que estamos referindo, não reflete uma constante na compilação justinianéia.

O conteúdo daquela passagem não encontra correspondência em quase nenhum dos textos que fazem alusão a *ius publicum/ius privatum*. São poucas as referências dos juristas romanos naquele sentido: como, p.ex., de Ulpiano (D. 47.10.13.1.), de Paulo (D. 4.5.5.2.) e de Hermogeniano (D. 36.1.14.). Nesses textos, é possível atribuir à expressão *ius publicum* um significado semelhante ao do primeiro texto de Ulpiano, fazendo-se referência a preceitos que regulam o exercício de funções públi-

²² Idem, *ibidem*, p. 23.

²³ NEVES, Maria Helena de Moura. *A vertente grega da gramática tradicional*. Cit, pp. 30/35.

²⁴ Idem, *ibidem*, p. 42.

cas, pois nele está escrito que *publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit*²⁵.

“Aquele que se utiliza de direito público, não parece fazê-lo por injúria: pois a execução do direito não contém injúria”²⁶.

A propósito da *capitis diminutio*, está escrito que há aquela que não acarreta a perda da cidadania, porque não se perdem os *direitos públicos*. uma vez que com ela (a *capitis diminutio*) não se deixa de ser magistrado, senador ou juiz (é o texto de Paulo)²⁷.

O referido texto de Hermogeniano afirma que no tocante ao *direito público*, o filho da família não se submete ao poder do pai²⁸.

Há de considerar-se, porém, que o atributo de *publicum*, na conexão etimológica com *populus* e na sua referência a *civitas*, tem uma larga aplicação terminológica. Quanto aos bens, a *res publica* se contrapõe à *res privata*; há os *crimina publica* e os *delicta privata*; a *utilitas publica* e a *utilitas privata*; os *iudicia publica* em face dos *iudicia privata*; as *leges publicae* e as *leges privatae*²⁹.

4. Em contrapartida, há muitos outros textos, incluindo alguns da lavra do próprio Ulpiano, nos quais o *ius publicum* é mencionado a propósito de matérias tradicionalmente de direito privado e que, segundo o texto D.1.1.1.2., interpretado como de costume, teriam de ser adstritos ao *ius privatum*³⁰.

Semelhante é a observação, também, de BONFANTE, ao assinalar a existência, nas fontes romanas, de normas que, disciplinando relações entre particulares, são chamadas, apesar disso, de direito público. Observa, por isso, haver um interesse social ou geral concorrente com o interesse individual. Daí a importância do *ius publicum* e sua inderrogabilidade pela vontade dos particulares³¹.

Ulpiano, escrevendo sobre o caso de a mulher comprar de seu marido os prédios, que ele entregara em garantia da restituição do dote, e alegar-se que tal aquisição foi feita por doação, afirma a nulidade do negócio, porém a subsistência da garantia. Segundo um texto de Antonio Caracala, lembra o jurista, se a venda ocorreu sem ter por causa uma doação, o

25 Cf. MARRONE, Matteo. *Derecho Público y Derecho Privado*, cit.

26 D. 47.10.13.1.

27 D. 4.5.5.2.

28 D. 36.1.14.

29 GROSSO, Giuseppe. *La Distinzione ius publicum — ius privatum*, cit.

30 MARRONE, Matteo. *Op.*, cit.

31 BONFANTE, Pedro. *Instituciones de Derecho Romano*, 5ª ed., trad. Luis Bacci y Andres Larrosa. Madrid, Reus, 1979, p. 13.

negócio não se anula, desde que realizado de boa-fé. Mas se é demonstrada a doação, nula será a venda, permanecendo, no entanto, a garantia dos bens, em face do *direito público* ³².

De Papiniano é a frase: o *direito público* não pode ser derogado pelo pacto dos particulares ³³.

Ainda Papiniano: “Segundo o teor do senato-consulta Liboniano, não será tutor quem em um testamento se autodesignou para um pupilo; mas não sendo ambígua a vontade do pai que, com a sua própria mão, manifestou-se em igual sentido, respondi que ele há de ser nomeado curador, ainda que sejam outros os tutores, e não se há de admitir a escusa que o *direito público* lhe facultava, porque se entende haver-se comprometido a ser tutor, e que tão pouco deve ser destituído como suspeito” ³⁴.

Ulpiano relata que alguém, ao morrer, nomeou tutores para os seus filhos, segundo um caso proposto por Juliano, e dispensou-os de prestar contas. Se os tutores não observarem boa-fé na administração, devem ser condenados, mesmo com a cláusula da dispensa; perderão também o direito ao fideicomisso que se lhes deixou; tal opinião está certa, “porque ninguém pode alterar o *direito público* com cauções desse tipo, nem mudar a regra estabelecida desde tempos antigos” ³⁵.

Se acertado entre os magistrados — o texto também é de Ulpiano — que a nomeação de tutores fora tão-somente a risco de um só deles, resolveu Adriano que essa convenção não prejudicará os pupilos, “pois o *direito público* não pode alterar-se pela decisão dos duúnviros” ³⁶.

Um senhor designou para seu liberto impúbere alguns tutores e curadores dentre os seus próprios libertos: ainda que conste sejam eles idôneos, podem escusar-se pelas regras de *direito público*, de modo que não se confirme a sua nomeação (Papiniano) ³⁷.

Lúcio Tício, de três filhos vivos, tem um emancipado e em idade de precisar de um curador. A pergunta consiste em saber se, no caso de o pretor, por petição do filho emancipado, houver nomeado curador a seu pai Tício, poderá este valer-se do *direito público* e pedir a isenção em razão de seus três outros filhos. A resposta de Paulo foi no sentido de que ao pai não pode negar-se o prêmio que lhe compete pelo número de filhos, mas, ao ser solicitado como curador por seu filho, operaria contra os sentimentos naturais atrever-se a fazer valer tal escusa ³⁸.

32 D. 24.1.7.6.

33 D. 2.14.38.

34 D. 28.2.29.

35 D. 26.7.5.7.

36 D. 27.8.1.9.

37 D. 27.1.30.3.

38 D. 27.1.36.1.

Regra do direito antigo é que não se engana quem segue o direito público (Ulpiano) ³⁹.

De igual maneira, Ulpiano, a respeito da denúncia de obra nova, que a denúncia é feita para conservar a causa de nosso direito ou para afastar o dano ou para proteger as coisas públicas ⁴⁰.

A respeito da estipulação do dano causado por uma obra, diz Pompônio, lembrado por Paulo, que se o promitente adquiriu o terreno mediante usucapião, depois de fazer-se nele obra, não fica obrigado à reparação, uma vez que não o conseguiu como consequência do defeito do terreno ou da obra, senão em virtude do *direito público* da usucapião ⁴¹.

Pergunta Nerácio: se aquele que deu o dote pela mulher estipulou a devolução de duas partes do dote, permanecendo a terceira no poder do marido, e houvesse pactuado que o marido não reservasse nada para o enterro, será o marido responsável pela ação funerária? Se enterrou o estipulante a mulher, aplica-se o pactuado e seria inútil a ação funerária; mas se foi outro que arcou com o funeral, poderá ele demandar contra o marido, porque aquele pacto não podia infringir o *direito público* (Ulpiano) ⁴².

Nem o penhor, nem o depósito, nem a posse precária, nem a compra, nem a locação podem recair sobre coisa própria. A convenção dos particulares não derroga o *direito público* (Ulpiano) ⁴³.

Colocou-se uma questão a propósito de o marido ameaçar de acusar sua mulher de adultério, sem chegar a fazê-lo, nem pelo seu direito marital, nem pelo *direito público*. Poderá ela casar-se com aquele que seu marido pensava ser o cúmplice do adultério? ⁴⁴

A faculdade de fazer testamento não é de direito privado, mas de *direito público* (Papiniano) ⁴⁵.

A Lei Falcídia, que cuida da liberdade de instituir legados dentro de três quartas partes da herança, estabelece, em seu artigo segundo, que qualquer cidadão romano que faça um testamento e tem o direito e poder de dar e legar a um outro cidadão por *direito público* a quantia que quiser, desde que... ⁴⁶.

O manumitido não pode ser obrigado a prometer nada (tratava-se de um caso em que o senhor desejava que o escravo promettesse serviços a

39 D. 50.17.116.1.

40 D. 39.1.1.16.

41 D. 39.2.18.1.

42 D. 11.7.20., proêmio.

43 D. 50.17.45.

44 D. 48.5.41.

45 D. 28.1.3.

46 D. 354241., proêmio; v. também D. 35.2.15.1.

seus herdeiros), mas, ainda que o fizesse, não haveria ação contra ele, pois não podia alterar um *direito público* quem deu a liberdade tão-só mediante um *fideicomisso* ⁴⁷.

Os exemplos demonstram que o Digesto utiliza a expressão *direito público*, cuidando de matéria de direito privado, como dote, tutela, curatela, *denúnciação de obra nova*, *usucapião*, *ação funerária*, *fidúcia*, delitos privados, testamento, legados, *fideicomissos* e *manumissões*.

O *ius privatum*, por sua vez, somente aparece como um ramo do direito, correspondente ao nosso direito privado, no cit. texto de Ulpiano (D. 1.1.1.2.). Vem, às vezes, sem significado preciso: Túbero foi *doctissimus iuris publici et privati*. Em outros passos, *ius privatum* refere-se a uma condição jurídica privada (D. 39.1.5.19.). No citado texto de Papiniano (D. 28.1.3.), em que se nega que *testamenti factio* seja direito privado, a expressão é utilizada no sentido de situação jurídica subjetiva ⁴⁸.

5. As referências aos textos do Digesto buscam demonstrar a inconsistência do argumento de atrelar o direito público à *utilitas* da coisa pública romana, no sentido que hoje, modernamente, damos a interesse.

Além disso, inobstante alguns dos textos mencionarem a inderrogabilidade das normas de direito público, as fontes não autorizam a conclusão que todo direito inderrogável é público, senão que o *ius publicum* é inderrogável. A inderrogabilidade é, tão-somente, um dos atributos do *ius publicum* ⁴⁹.

A afirmação *ius publicum privatorum pactis mutari non potest* vem da valoração das fontes e da contraposição entre elas. O confronto não é entre *ius publicum* e *ius privatum*, senão entre as *leges* instituídas pelo *populus* e os *privatorum pacta*, i. é, as convenções privadas. Aquelas formavam o *ius civile* e constituíam uma concreção. A norma colocada pelo *populus* não podia ser alterada pelos particulares ⁵⁰.

Para a compreensão do *ius publicum*, como direito do povo, é mister, antes mesmo de examinar o conceito de *populus*, fazer breve incursão histórica para compreender como esse direito público se desenvolveu em Roma, de maneira peculiar, dando origem a institutos próprios, em grande parte contrastantes com aqueles com os quais convivemos em termos modernos.

O ponto de partida parece estar no conflito patricio-plebeu, que deu ensejo à chamada Segunda República Romana ou, propriamente, a República Patricio-Plebéia, ponto de chegada de um longo conflito entre a plebe e o patriciado, com a vitória definitiva da primeira e a criação dos instrumentos que caracterizariam o direito público romano.

47 D. 38.1.42.

48 MARRONE, Matteo. *Derecho Publico y Derecho Privado*, cit.

49 Cf. MARRONE, Matteo. *Op.*, cit.

50 GROSSO, Giuseppe. *La Distinzione...*, cit.

No Digesto 1.2.2., em diante, o texto de Pompônio, no importantíssimo livro para o Direito Público Romano (*libro singularii Enchiridii*), está exposta a necessidade de cuidar da origem e desenvolvimento do direito. “E, certamente, no começo de nossa cidade, o povo se constituiu sem lei certa, sem direito certo, e todas as coisas se governavam pelo poder dos reis”⁵¹.

Inobstante, assim, as inúmeras polêmicas historiográficas, têm-se como razoável supor que Roma foi uma monarquia, antes de ser república, sendo que esta foi, primeiro, um regime político em que o poder ficou com a “classe”⁵² patricia para depois, dadas as revoluções plebéias, fugir do monopólio do patriciado, dando origem a uma nova situação.

No decorrer do século VIII a. C. se fez, à margem do Tibre e nos montes vizinhos, uma comunidade urbana dotada de alguns órgãos comuns. A comunidade nasceu de uma aproximação de populações vizinhas e foi constituída de um ou mais grupos sociais autônomos, ou seja, pelas *gentes*. Acontecimentos vários de ordem econômica e comercial, militar e religiosa, bem como a formação de sociedades políticas chamadas *familiae*, integradas nas *gentes*, indicam a possibilidade de uma comunidade única.

Houve, a princípio, uma espécie de federação gentílica, cujos membros usufruíam de grande autonomia, a qual, pouco a pouco, se foi limitando, num processo de unificação progressiva. Havia as *gentes* e dentro delas as *familiae*, essas de coesão compacta sob a *potestas* do *pater familias*; o que funcionava em detrimento do caráter soberano e político das *gentes*.

A repartição gentílica muito antiga corresponde à divisão em tribos, i. é, em três partes (Ramnes, Titienses, Lúceres ou Albanos, Sabinos, Etruscos-Umbrios). A população foi ordenada em trinta cúrias, dez para cada tribo. Daí os comícios curiatis, nos quais o sufrágio é exercido com base nas origens ou em função do nascimento dos homens, com fundamento na estirpe ou na *gens*. O poder supremo dessa comunidade, enquanto constituída por uma federação de grupamentos menores, estava nas mãos de um conselho dos mais velhos. Tal é a origem do *Senatus* (de *senatus*, assembléia dos mais velhos — de *senex*, is velho), que dispunha de autoridade para impor aos grupos os comportamentos conseqüentes às decisões dos órgãos políticos e religiosos da comunidade. O Senado é constituído pelos *patres*. Perante eles o *rex* é investido como chefe político, religioso e mi-

51 D. 1.2.2.1. O livro mencionado de Pompônio foi composto nos tempos de Adriano e oferece um resumo da Constituição política, incluindo a monarquia e a república, não se achando livre de erros decorrentes do quadro das instituições políticas e administrativas da época (v. a propósito, COSTA, Emilio. *Historia del Derecho Romano Público y Privado*, cit., p. 8).

52 Muito importante colocar a palavra classe entre aspas para não fazer concessões a certa tese pertinente à luta de classes entre patricios e plebeus, quando, na verdade, eles não representavam classes, porém verdadeiras cidades diferentes.

litar. Seu cargo é vitalício, porém não hereditário. Com a sua morte, os poderes soberanos retornam aos *patres*⁵³.

Pelo nome *pater, is*, deduz-se desde logo o nome da classe patricia. A ela Marx e Engels se referem em o "Manifesto do Partido Comunista", quando escreveram: "Homem livre e escravo, patricio e plebeu . . . , numa palavra, opressores e oprimidos, em constante oposiçao, têm vivido numa guerra ininterrupta, ora franca, ora disfarçada; uma guerra que terminou sempre, ou por uma transformação revolucionária da sociedade inteira, ou pela destruição das suas classes em luta". Logo em seguida: "Na Roma antiga encontramos patricios, cavaleiros, plebeus, escravos . . ." ⁵⁴.

Em Roma, pois, desde a monarquia (dita etrusca, porque da Etrúria foram os seus primeiros e legendários reis) havia uma "classe" chamada "patricia" porque descendente ou integrada pelos *patres*, a qual exercia o poder chancelado pela autoridade do Senado. Mais tarde a *potestas* foi exercida pelo *populus*, mantendo-se no Senado a *auctoritas*. *Senatus Populusque Romanus*. Os patricios foram a classe dirigente e dominante desde a monarquia, mas com a expulsão do último rei, o seu poder como classe sedimentou-se. O rei, em última análise, protegia a plebe. Com a república, a hegemonia do patriciado torna-se mais evidente.

Ao lado do patriciado, havia a plebe, de origem discutível ⁵⁵. Presume-se que, logo em seguida à formação da sociedade gentilica inicial, diversos espaços econômicos, existentes fora das *gentes*, começaram a ser ocupados por indivíduos ou grupos, os quais convivia no centro urbano. *Eram comerciantes e artesãos provenientes das vilas e das cidades lajmas*, mas principalmente da Etrúria; trabalhadores livres que buscavam e achavam trabalho no novo centro; indivíduos e grupos em busca de defesa e proteção na comunidade urbana; pessoas sem profissão ou dinheiro, que se dedicavam a atividades variadas e marginais em um mercado, cuja importância era sempre crescente. Uma massa nascia fora das *gentes*, em todos os sentidos, político, econômico, religioso, familiar (na acepção moderna de parentesco). No entanto, tudo estava nas mãos das *gentes*: o rei, os outros órgãos do governo, os colégios sacerdotais, a autoridade religiosa. Das *antigas tribos e das cúrias faziam parte somente os integrantes das gentes*; todo o *ager* em torno da cidade era possuído coletivamente e dividido entre as *familiae*, pelas antigas *gentes*⁵⁶.

Durante a monarquia etrusca, a plebe encontrara nos próprios soberanos a sua proteção. A luta entre patricios e plebeus tornar-se-á aberta

53 SERRAO, Feliciano. *Dritto Privato. Economia e Società nella Storia di Roma*. 1 Prima Parte. Napoli, Jovene, 1984, pp. 91 e ss.

54 MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. *Obras Escolhidas*, vol. 1, São Paulo, Alfa-Omega, s/d., p. 22.

55 Sobre a plebe, a discussão de sua origem e bibliografia a respeito, v. CRESCI SOBRINHO, Elicio de. Plebe. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo, Saraiva, 1981, vol. 59: 15-17.

56 SERRAO, Feliciano. *Op. cit.*, p. 95.

com a queda da hegemonia etrusca e em decorrência da grande crise econômica que lhes seguiu, além da exacerbação do monopólio do poder pelos patrícios e de sua fruição dos campos (*agri*).

Com a república, temos em Roma, de forma nítida, dois estamentos, duas cidades, duas "classes" contrapostas política e economicamente.

Os patrícios, originados das antigas *gentes*, os quais encontravam a unidade no domínio da sociedade política, na posse dos campos (*agri*) e no emprego da força trabalhadora colocada, através de várias relações, em estado de submissão.

Os plebeus que tiveram seu núcleo originário naqueles que procuravam trabalho, refúgio e sustentação na comunidade primitiva, e que, através de um longo processo histórico, variado e multiforme, acabaram por crescer demograficamente. Encontraram, por sua vez, uma unidade por motivos opostos aos dos patrícios, i. é, pela sua exclusão da vida política e da fruição dos *agri*⁵⁷.

A queda da monarquia, através de um processo histórico ou de uma revolução, foi em qualquer caso uma vitória da oligarquia patricia. O rei fora um obstáculo, ora removido, ao controle dos poderes pela classe patricia. Em outras palavras, a república romana, em sua primeira fase, enfim a primeira república, foi patricia.

Expulsos os reis pela lei Tribúncia, caíram em desuso todas as leis anteriores e começou, outra vez, o povo romano a reger-se mais por um direito incerto e pelo costume do que por uma lei dada. Isso foi tolerado por quase vinte anos⁵⁸.

O rei foi substituído por magistrados. Uma hipótese verossímil é a de que em lugar do monarca etrusco foram alçados dois magistrados: o cônsul e o seu *collega minor*, o pretor, que viria a exercer a *iurisdictio*. As outras hipóteses implicam alguma variação sobre isso, mas o fato relevante está em que *ambos* eram patrícios. Passou a haver, no entanto, uma *anualidade* (eles eram eleitos por um ano) e uma *colegialidade* (cujas conseqüências serão importantes). Os dois magistrados, embora substituíssem o rei com o seu *imperium*, eram controlados pelo Senado, cuja *auctoritas* se estendia, também, em relação a qualquer ato do *populus*. Não havia, assim, ainda uma democracia.

57 SERRAO, Feliciano. *Op. cit.*, p. 99; A formação da plebe, seu conflito com os patrícios e, ainda, o desdobramento disso, vêm descritos, mais uma vez, na matriz marxista, em ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Obras Escolhidas, cit., vol. 3, esp. pp. 103/104. Sobre o conflito, especialmente as instituições plebéias decorrentes da luta, v. FREZZA, Paolo. *Corso di Storia del Diritto Romano*. Roma, Editrice Studium, esp. cap. IV: 86-109; GUARINO, Antonio. *La Rivoluzione Della Plebe*. Napoli, Liguori Editore, 1975; BLOCH, León. *Lutas Sociais na Roma Antiga*. 2ª ed., Portugal, Europa-América, 1974.

58 D. 1.2.3.

Motivos econômicos e sociais fizeram com que a plebe, pelos seus diversos estratos, buscasse a unidade para lutar contra o monopólio econômico e político do patriciado.

Por volta de 492 a.C., a plebe se retirou para o monte Sagrado (assim chamado porque as primeiras leis sagradas foram ali votadas), recusando-se a voltar para a cidade sem antes obter uma garantia ao atendimento de suas reivindicações.

O momento da secessão é incerto, mas provavelmente ocorreu depois da Lei das XII Tábuas, certamente uma reivindicação da plebe.

No Digesto (*Enchiridi*) de Pompônio está dito que depois, quando já havia na cidade a Lei das XII Tábuas, o direito civil e as ações da lei, aconteceu a discórdia da plebe, que se separou e passou a estabelecer leis para si, chamadas plebiscitos. Quando a plebe foi atraída novamente e houve muita divergência em função dos plebiscitos, determinou-se pela Lei Hortência que eles devriam ser observados como leis. E isso foi feito de modo que, ainda quando entre os plebiscitos e a lei houvesse diferenças, fosse, apesar disso, igual a sua autoridade⁵⁹.

Do ponto de vista político, a plebe desejava uma organização própria e o direito de escolher seus próprios chefes para representá-la no confronto com a cidade patricia. Intentava eleger seus próprios magistrados com o poder e a competência de defendê-la diante da cidade patricia. Desejava, também, a proteção aos devedores, fruto da exploração econômica patricia.

Aceitas algumas reivindicações pelo Senado patricio, a plebe criou os seus primeiros tribunos (cinco), dentre eles os chefes da insurreição: Caio Sicínio Belluto e Lucio Junio Bruto⁶⁰.

Seguiu-se uma deliberação da plebe, pela qual se estabeleceu: a) quem constringer o tribuno a fazer qualquer coisa, usar ou fazer usar violência contra ele, ou o matar ou ordenar que alguém o mate, será considerado maldito (*sacer*); b) os seus bens confiscados, consagrados a Ceres; c) quem matar um homem *sacer* está isento de pena. Juraram que ninguém poderia revogar aquela lei.

Outras deliberações foram tomadas pela plebe, sempre no sentido de sua afirmação e na busca do governo da *civitas*.

As reivindicações da plebe vão ser concretizadas em vários passos. Pela Lei das XII Tábuas, editada pelos decênviros (breve intervalo no sistema de governo republicano romano), o direito não é mais revelado pelos pontífices e magistrados patricios, mas está preordenado e divulgado. Esse elemento é, sem dúvida, democrático. Dizem que o tirano de Siracusa mandou escrever as leis de seu reino na abóbada de um templo,

59 D. 1.2.8.; v. SURGIK, Aloísio. Do Tribunato da Plebe e do Conceito de Justiça. *Revista da Associação dos Magistrados do Paraná*, 38: 73-83, abr./jun., 1986.

60 A criação dos tribunos representa um momento fundamental. D. 1.2.20.

cuja altura impedia aos súditos que as conhecessem. O casamento dos plebeus passou a ser reconhecido como *conubium* e não como mero *contubernium*. Além disso, institucionalizou-se o casamento misto, i. é, a possibilidade da união matrimonial entre plebeus e patrícios (Lei de 445 a.C., votada graças à atuação do tribuno Canuleius). Duas motivações estritamente políticas foram atendidas: a solução para o problema das dívidas e a reforma agrária. Os plebeus escravizados por dívidas recuperaram a liberdade e as dívidas dos insolventes foram abolidas. Em 365 a.C., graças à atuação dos tribunos da plebe, uma lei licínia determinou se processasse a distribuição entre os pobres, de terras tornadas disponíveis. Anote-se, aqui, uma curiosidade. A distribuição de terras aos plebeus deu ensejo à propriedade, porque, até então, as terras eram públicas e o patriciado delas usufruía, porque, afinal, os patrícios tudo possuíam. Daí afirmar-se que o instituto da posse é, originariamente, patricio, enquanto a propriedade é plebéia.

As reivindicações propriamente políticas foram as mais relevantes para a formação do futuro regime. Os plebeus pretendiam o acesso às magistraturas. Para evitar que eles chegassem ao consulado, os patrícios o suprimiram temporariamente. Mas, no fim, a plebe venceu; teve acesso às magistraturas, garantiu o acesso ao Senado e viu equiparado o plebiscito à lei ⁶¹.

Depois de um período de lutas e de anarquia, em 367 a.C., foram aprovadas as propostas apresentadas em 377 a.C., pelos tribunos Licinius Stolon e L. Sextius Lateranus. As *leges sextinae* restabeleceram o consulado. Haveria dois cônsules e um deles seria plebeu. O governo estava assegurado, em termos formais. Mas, após os primeiros consulados, os cônsules voltaram a ser patrícios, até que nova revolta da plebe impôs, na realidade, a sua participação (episódio do golpe de "mão" pelo cônsul Mânlio, em 357 a.C., no acampamento militar fora de Roma, a que a plebe reagiu e se impôs, dando, aí, origem, de fato, a um novo regime consular patricio-plebeu) ⁶².

Desde então o consulado foi dividido. Mas, verificando os fastos capitolinos, nota-se que, inobstante a presença plebéia-patricia no consulado, determinadas famílias de ambas as "classes" se alternavam no exercício dos cargos ⁶³. Em outras palavras, surgia uma nova classe dirigente, uma nova elite, formada por patrícios e por plebeus.

No entanto, as bases de um novo regime estavam acertadas e os instrumentos jurídico-políticos nascidos das lutas plebéias ficaram definitivamente incorporados à constituição romana.

61 GIORDANI, Mário Curtis. *História de Roma*. 7ª Ed. Petrópolis, Vozes, 1983, p. 34.

62 SERRAO, Feliciano. *Op. cit.*, p. 128.

63 DEBRASSI, Atilius. *Fasti Capitolini*. Torino, Paravia, s/d., 191 p.; BROUGHTON, T. Robert S. *The Magistrates of the Roman Republic*. New York, American Philological Association, 1951, 2 vols.

Quanto ao regime, mereceu ele o elogio de Políbio: a combinação das espécies monárquica, aristocrática e democrática. O governo misto, em que o elemento monárquico se representava no consulado; o aristocrático, no Senado; o democrático, nos comícios⁶⁴.

Os instrumentos são os que, na versão de Rousseau, possibilitariam o cotejo crítico com o regime constitucional contemporâneo. De fato, por eles é possível visualizar algumas questões: a) a democracia direta, os comícios, técnica semi-direta (referendo, plebiscito, iniciativa popular das leis, possibilidade da utilização da cibernética para apurar-se a vontade popular); b) a questão do tribunato (problema especial da representação, mandato imperativo, "defensor do povo", possibilidade procedimental compondo conflitos entre partidos ou classes); c) a questão dos poderes negativos por oposição à tripartição dos poderes (o tribuno da plebe nada pode fazer, mas tudo pode evitar; princípio da *intercessio* e da *colegialidade* das magistraturas romanas; consenso *versus* princípio majoritário).

7. Nessa linha, importa colocar o problema do fundamento do poder em Roma. Quais os titulares da *potestas*? Deus, o povo, os magistrados, o *pater familias*? Hoje se observa que o *populus* é o titular por excelência da *potestas*⁶⁵.

O problema tem óbvias implicações na democracia, o governo do povo⁶⁶.

Fundamental é, portanto, entender o significado do *Populus Romanus Quirites*, sem o que não se compreenderá o sentido de *civitas*, nem os outros nele imbricados.

Deflui do próprio Digesto, mais propriamente das explicações do Imperador Justiniano na *De Conceptione Digestorum (Deo auctore)*, a importância em considerar-se a união entre o direito, a política e a religião, que os modernos insistem em separar; o direito romano, afinal, é o conhecimento das coisas divinas e humanas; a idéia de império (diferente do Estado soberano em relação ao território e ao povo) integrada pelos conceitos de *urbis* e *orbis*, conceitos jurídicos sem os quais não se entende o direito romano, que começa com a fundação de Roma e, segundo Justiniano, não terminará jamais; o poder do povo e o poder do Imperador derivado daquele ("*...omne ius omnisque potestas populi Romani in imperatoriam translata sunt potestatem...*").

64 POLÍBIOS. *História*. Brasília, UnB, 1985. pp. 325 e ss.

65 LOBRANO, Giovanni. *Il potere dei tribuni della plebe*. Milano, Giuffrè, 1982, p. 292.

66 Cf. CATALANO, Pierangelo. Il principio democratico in Roma. *Studia et documenta historiae et iuris. Romae Pontificia Universitas Lateranensis*, 28: 316-29, 1962.

No Digesto, aliás, em conhecido texto de Juliano, exalta-se o costume nos casos de não se usarem as leis escritas e se aquele não existir, então o que for análogo e conseqüente; e, se ainda este não existir, observar-se-á o uso em Roma. Não sem razão guarda-se como lei o costume inveterato, sendo este o direito que se diz estabelecido pelo costume. Porque assim como as leis não obrigam por outra causa, senão por que foram recebidas pelo juízo do povo, assim também com razão guardaram todos o que, sem estar escrito, o povo o aprovou. Que importa declare o povo sua vontade com votos ou com fatos e coisas? Em razão disso, admite-se corretamente que as leis se derogam não somente pelo voto do legislador, senão também pelo tácito consenso de todos e pelo desuso⁶⁷.

No parágrafo 10 da *Deo auctore*, Justiniano resolve o problema das fontes do direito público e das conseqüências do conflito do direito no tempo, bem como da hierarquia dos preceitos no espaço e no tempo: "Em nenhum caso deveis inserir leis reportadas nos antigos textos e já caídas em desuso, pois queremos que obtenham força tão-somente aquelas de uso freqüentíssimo nos juízos e confirmadas pelo longo costume na alma desta cidade, conforme o que escreveu Salvio Juliano, isto é, que todas as cidades devam aplicar os costumes de Roma, capital da terra e não ela a das outras cidades. Por Roma se deve entender não somente a antiga, mas também esta nossa sede, a qual mediante a proteção de Deus, foi fundada sobre augúrios dos mais favoráveis."⁶⁸ Era, ainda, uma maneira de conciliar Roma e Constantinopla, a *urbis romana* com o *orbis terrarum*.

Pompônio, aliás, em seu *libro sigulari Enchiridii*, inserido no Digesto 1.2. — *De origine iuris et omnium magistratuum, et successione prudentum* — trata do direito público, com certa exclusividade.

8. A definição clássica de povo está em Cícero.

"Assim replicou o Africano, a república é a coisa do povo; este, todavia, não é um^o ajuntamento qualquer de homens reunidos, mas a reunião de muitos, associados em virtude de um consenso sobre o direito e de interesses comuns. A causa primeira de sua reunião é menos a fraqueza do que a tendência natural dos homens a reunirem-se; a espécie humana não é formada de seres isolados, à procura uns dos outros, mas criada de maneira tal que mesmo na abundância ela não deseje a solidão."⁶⁹

E noutro passo: Assim todo povo, que é a multidão que forma um grupo, tal como eu o descrevi, toda a *civitas*, que constitui o povo, toda república que, como disse, é a coisa do povo, deve, para durar todos os dias, ser dirigida segundo um certo *consilio*⁷⁰.

67 D. 1.3.32.

68 Cf. *Deo auctore*.

69 CICERO. *De Re-pública*. VI, 13, 13, Paris, Belles Lettres, 1980, 2 t.

70 *Idem, ibidem*, I, 26, 41.

Essa definição de *populus* — *coetus multitudine iuris consensu et utilitatis communione societas* — não faz qualquer referência ao elemento étnico (*natio*), nem a aspectos culturais.

O povo não é um ente abstrato, como a idéia de Estado, mas um conjunto de pessoas.

Uma conclusão possível está em que a disparidade sócio-econômica não possibilita um *populus*, uma vez que a consequência disso seria a ausência de uma consciência comum, mas muito mais grave seria conceber um povo sem o seu direito, sem o direito que ele povo elaborasse.

A recuperação da idéia romana de *povo* torna possível à sociedade contemporânea recuperar a unidade do direito público e do direito privado ⁷¹.

A expressão *Populus Romanus Quirites* é antiqüíssima e indica o conjunto dos cidadãos romanos. Sua origem religiosa vem demonstrada pelas fontes. Outras expressões coletivas indicam partes do *populus Romanus* (*plebs, milites, exercitus legionisque*) ⁷².

A criação do Estado moderno possibilitou a abstração do conceito de povo, que, afinal, o liberalismo transformou em um conjunto de seres abstratos, chamados cidadãos; de igual maneira como o materialismo os forjou, unicamente, como seres econômicos; o trabalhismo, como trabalhadores; os geopolíticos, como entes geográficos; os freudianos, como seres sexuais, e assim por diante. As abstrações não somente desnaturaram o conceito de povo, imantado de concretismo na concepção romana, como geraram uma visão parcial do homem.

9. Duas categorias importantes para a compreensão do direito público romano são as idéias de *civitas* e de *res publica*.

Se há certa discussão sobre a formação da cidade, do ponto de vista de sua origem (base familiar fundada nos vínculos de sangue; multiplicação das *gentes* antes da comunidade política; teses patriarcais; aglomeração primitiva na horda com o surgimento de grupos menores por fracionamento; caráter político dos organismos menores; a família e a *gens*; a confederação dos latinos, etc.) ⁷³ a idéia de *civitas* está vinculada, pelo menos no testemunho de Aulo Gélío, a um lugar, uma situação, aos direitos de todos e do conjunto de homens ⁷⁴.

71 CATALANO, Pierangelo. *Populus Romanus Quirites*. Torino, Giappichelli, 1974, nota introdutória.

72 *Idem, ibidem*, pp. 97 e ss.

73 TORRENTE, Armando. *Derecho Público Romano y Sistema de Fuentes*. Oviedo, 1979, pp. 57 e ss.

74 AULO GÉLIO. *Noctes Atticas*, livro XVIII, 7, 5.

Dessa maneira, *civitas* pressupõe a existência de homens e de seus direitos, dada uma determinada situação.

Essa situação jurídica particular dos *cives* indica a cidadania, vale dizer que a *civitas* é o lugar onde está a maior parte dos *cives*, o que é diferente da soma dos indivíduos, senão como uma unidade organizada deles.

Aulo Gélío fornece três sentidos de *civitas*. A terceira parece a verdadeira: *civitas est hominum multitudo societas vinculo adunata, dicta a civibus, id est ab ipsis incolis urbis. . . Nam urbis ipsa moenia sunt, civitas autem non noxa, sed habitatores vocantur (Isidoro, Etym., XV.2.1)*⁷⁵.

Cícero, de igual maneira, concebe a *civitas* como um complexo de homens livres juridicamente organizados em uma vida coletiva: *Nihil est enim illi principi deo qui omnem mundum regit, quod quidem in terris fiat, acceptius quam concilia coetusque hominum iure sociati quae civitates appellantis; . . .*⁷⁶.

A *civitas* implica: a) a participação direta de todos os membros livres da comunidade na vida política; b) a organização jurídica dessa participação⁷⁷.

Se faltar a participação não se há de falar em *civitas*, nem em *polis*. Onde for decisiva a vontade de um só, não há *civitas*, mas um *regnum*. Reino opõe-se a *civitas*, assim como Basileia se opõe a *polis*.

A organização jurídica é imprescindível. Cícero, mais uma vez, ensina: "Em consequência, se a lei é o vínculo da comunidade cívica, e o direito igual para todos, a sociedade dos cidadãos pode ter um direito que não seja comum para todos? Se não é possível igualar as fortunas, nem os talentos, não há dúvida de que os direitos de todos os cidadãos devem ser iguais na república. Que é a *civitas*, senão a sociedade de direitos entre os cidadãos? . . ." ⁷⁸

Na verdade, Cícero explica a organização jurídica pelos três elementos do governo misto de Políbio, i. é, o governo de um, mais o conselho dos anciãos, mais a assembléia dos livres.

10. A coisa pública, já vimos, é a coisa do povo. A república romana não deixa de ser exaltada. Ela se projeta para todos os séculos. Desde a sua fundação até os nossos dias seus elogios são inexauríveis. Considere-se que ela não se abala com o principado e ainda Justiniano, como assinalamos, no fim do Império do Oriente, ainda a menciona na constituição *Deo auctore*.

75 *Idem, ibidem, XVIII, 7.*

76 CÍCERO. *De Re Publica*, cit. VI, 13, 13.

77 LOMBARDI, Gabrio. *Appunti di Diritto Pubblico Romano*. Roma, Disperse Universitaire Società Anonima, 1940-1, p. 102.

78 CÍCERO. *De Re Publica*, I, 32, 49.

Rousseau, nas pegadas de Maquiavel, proclama que todo governo legítimo é republicano. “Eu não entendo, diz ele, por essa palavra somente uma aristocracia ou uma democracia, mas em geral qualquer governo guiado pela vontade geral, que é a lei”⁷⁹.

A república romana é fruto de uma concepção característica e peculiar de Roma, já estava presente no chamado “estado” quiritário, sobrevivendo até os albos do Século I, a. C., embora a idéia referida por Cícero (*res publica res populi*) tenha permanecido viva até o fim do Império.

Essa república revela traços fundamentais de uma estrutura arcaica da sociedade política e somente pode ser compreendida em face do desenvolvimento histórico, que desembocou no fim do “estado” quiritário e na admissão dos plebeus à cidadania⁸⁰. A plebe lutou um século e meio contra a exclusividade patrícia, mas o direito romano se caracterizou por uma permanente extensão da cidadania a todos os povos do Império, até a famosa *Constitutio Antoniana de civitate peregrini danda*, que, em 212 d. C., a todos os habitantes do Império.

11. A *potestas* pertence ao povo, embora a *auctoritas* esteja no Senado. A questão do poder do povo leva, de imediato, à questão da democracia direta em Roma e à compreensão dos comícios.

Os *comitia curiata* foram perdendo importância na república (simbolicamente eram representados por trinta lictores, que se reuniam para deliberar em determinados negócios familiares). Os *comitia centuriata* (*comitatus maximus, exercitus urbanus*) desenvolveu as suas funções, especialmente aquelas atinentes às eleições dos magistrados maiores (cônsules, pretores e censores). Os cidadãos homens (não importa sua situação familiar), aptos às armas (de 17 aos 60 anos) eram distribuídos, em relação ao censo familiar, em 193 centúrias, 18 das quais eram os *equites*, o restante era dividido em 5 classes censitárias dos *pedites*. Os proletários eram divididos em 5 centúrias.

Os *Comitia tributa* elegiam os magistrados menores e eram uma adaptação dos *concilia plebis* (antigas assembleias deliberativas da plebe ordenada em tribos), para a eleição dos magistrados (?) plebeus (tribunos e edis) e pela deliberação de provimentos de interesse plebeu. Tais plebiscitos, para terem valor normativo geral, deveriam, antes da *lex Hortensia* de 287 a. C., deveriam ser ratificadas pelos comícios centuriatos, até depois do nada obsta senatório (*auctoritas patrum*). O resultado da vontade popular geral, não foi mais um *plebis scitum*, mas um geral *iussum populi*, i. é, uma *lex (lex tributa)*⁸¹.

79 ROUSSEAU, *Contrato Social*. II.

“O Príncipe, de Maquiavel, é o livro dos republicanos” (*idem, ibidem*, III).

80 GUARINO, Antonio. *Storia del Diritto Romano*. 4ª ed., Napoli, Eugenio Jovene, 1969, p. 180.

81 GIUFFRÈ, Vincenzo. *Il Diritto Pubblico nell'esperienza romana. Appunti di Parte Generale del Corso*. Napoli, Jovene, 1977, p. 67.

Compreende-se, assim, o texto de Gaio; Lei é o que o povo ordena e constitui. Plebiscito é o que a plebe manda e constitui. A plebe, todavia, se diferencia do povo, à medida que o termo povo significa o universo de todos os cidadãos incluindo os patrícios; e plebe tem igual o significado com exceção dos patrícios. Por isso, durante um tempo, os patrícios diziam não estar vinculados aos plebiscitos, porque feitos sem a autoridade deles, mas depois da lei Hortensia os plebiscitos vincularam a todo o povo; assim, desse modo, foram equiparadas às leis⁸².

O conjunto das *leges publicae populi romani* foi denominado em seguida *ius publicum*⁸³.

Considere-se que, mesmo na república, Roma conserva aspectos monárquicos, em razão da presença do cônsul⁸⁴.

Em Roma, a indagação ao povo para pedir-lhe a cooperação e a participação servia para legitimar o governo, como anota Mommsen⁸⁵. Na Constituição patrício-plebéia, a convocação do povo, feita a abstração dos comícios curiados que são competentes, nessa época, somente para os negócios privados e sob a presidência do pontífice máximo, que vai ser substituído pelo magistrado supremo, i. é, o cônsul, o *interrex*, o ditador, o pretor.

Os *comitia* têm dupla forma: civil e militar. O cidadão é também soldado.

Na visão de Mommsen, o esquema republicano está próximo do Estado de representação liberal, há uma mera técnica de organização do poder, para legitimá-lo. O tribuno da plebe, p. ex., somente teria a função de convocar a plebe.

Os magistrados fixam o dia para os comícios, salvo os *dies fasti*, os festivos e os dias *nefasti*, com antecipação de dois dias. O local é aberto e dentro da cidade no (*comitium*) para a assembléia das cúrias. A assembléia militar, das centúrias, sempre se realizava fora dos muros, em regra no campo de Marte (até quando a plebe consegue se impor). A assembléia das tribos se procede com menor rigor; assim como os concília da plebe, que pode ser dentro ou fora dos muros da cidade⁸⁶.

Na ordem das discussões preliminares valem normas diversas, conforme forem eleições, processo ou projeto de lei.

82 Institutas. 1, 3.

83 GIUFFRÉ, op. cit., p. 67.

84 MOMMSEN, Theodor. *Disegno del diritto pubblico romano*. Trad. P. Bonfante a cura di V. Arangio-Ruiz. Milano, Celuc, 1973, p. 353.

85 *Idem, ibidem*.

86 MOMMSEN, Theodor. *Disegno...*, cit., p. 358.

Nos projetos, há discussão preliminar para recomendar (*suasiones*) ou combater (*dissuaciones*). As discussões preliminares são diante do povo, não distribuído pelas suas divisões — nem no dia da votação, mas no fôro, onde a certa distância dos lugares próprios da votação se achavam os *rostra* (as tribunas dos oradores). Na manhã da votação, o povo é convidado a fazê-lo. Nesse momento, o magistrado invoca a proteção dos deuses, com a tomada dos auspícios. Na assembléia da plebe, não há auspícios, mas a divindade pode intervir e os áugures estão presentes⁸⁷.

12. Uma característica importante do direito público romano, a ser utilizado na crítica à modernidade, está na já referida colegialidade, que conduziu a idéia da *intercessio*, pelo qual um magistrado, o cônsul, p. ex., podia vetar o outro, na república patricio-plebéia. Essa concepção leva à idéia dos poderes negativos, diferente do projeto de Montesquieu da tripartição dos poderes e de seu equilíbrio. O direito de veto, de impedir que as coisas sejam feitas, surge nítido no tribunato da plebe, como lembra Rousseau. De fato, o tribuno da plebe nada podia fazer, mas tudo podia evitar⁸⁸. A idéia dos poderes negativos supera a da divisão de poderes e implica o caráter revolucionário do direito de resistência aos governos injustos. bem como outros desdobramentos na vida política contemporânea⁸⁹.

Maquiavel, ao situar a característica da república romana na desunião entre a plebe e o Senado, associa o surgimento dos tribunos à guarda da liberdade a ela cometida⁹⁰.

Juan de Mariana faz um cotejo entre a Justiça Mayor de Aragón e os tribunos de Roma, para caracterizar os últimos como instrumentos da limitação do poder real. A comparação serve para estabelecer uma correspondência entre o *ius resistendi* e a *tribunicia potestas*, i. é, entre o direito de resistência e o poder tribunício, como órgão da vontade popular.

Robespierre viu no tribunato uma alternativa para a idéia do equilíbrio dos poderes (*Discours sur la Constitution*, 1793). Catalano lembra que a instituição de um poder tribunício à Maquiavel, ao estilo dos monarcômacos e à Rousseau, está presente em algumas propostas da Revolução francesa, encontrando a resistência no liberalismo político e no ordenamento do chamado “Estado de direito” burguês⁹¹.

Naquela idéia — da *intercessio* e dos poderes negativos — se situam, portanto, as técnicas de tutela jurisdicional dos direitos fundamentais,

87 MOMMSEN, Theodor. *Disegno...*, cit., p. 359.

88 ROUSSEAU, O Contrato Social.

89 CATALANO, Pierangelo. Poder Negativo. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo, Saraiva, 59: 146-159, 1981; cf. ainda, desse autor, *Tribunato e Resistência*. Torino, Paravia, 1971, esp. pp. 117 e ss. “Prospettiva Última. Divisione deu Poteri e Poder Negativo.

90 MAQUIAVEL, Nicolau. *Comentários sobre a primeira década de Tito Lívio*. Trad. Sérgio Bath. Brasília, UnB, 1979, cap. quarto.

91 CATALANO, Pierangelo. Poderes negativos. *Enciclopédia Saraiva do Direito*.

cujas violações podem ser perpetradas por atos particulares, administrativos e jurisdicionais. Aí, também, estão as técnicas de controle de constitucionalidade das leis, em suas várias formas (difusa ou concentrada), o fundamento da ação popular, como também a justificativa das greves, o direito de resistência aos governos injustos e o poder revolucionário. Fala-se, hoje, mesmo em uma reflexão sobre a teoria geral do poder negativo⁹².

13. Como já anotado, o adjetivo público provém de *publicus*, *poplicus*, *populicus*, relacionando-se, portanto, com *populus*. Daí a idéia de que *ius publicum* era o direito que emanava do povo e da lei por ele elaborada, embora mais tarde tenha tido origem em outras fontes, como o *senatusconsultus*, as constituições dos imperadores, os editos do pretor, quando as assembléias populares deixaram de existir.

O *ius publicum* é o direito do povo, não o do Estado. O *ius publicum* expressa uma idéia de tudo o que é conexo com o *populus*, impondo-se a necessidade de uma exegese das fontes jurídicas.

Na verdade, as fontes do *ius publicum* são políticas — hoje, diríamos, estatais — em primeiro lugar a *lex publica* e as equiparadas a ela os *senatusconsulta* e as *constitutiones principum*⁹³.

O uso do *ius publicum* nas fontes, como já assinalado no citado trabalho de Marrone, se refere aos diversos ramos do direito (família, coisas, obrigações, sucessões e mesmo constitucional, atendo-se à *potestas*, aos magistrados e ao direito aos cargos e funções públicas⁹⁴. A dificuldade do direito público romano está na ausência de normas explícitas, o que torna discutível a possibilidade da reconstrução dos seus conceitos e princípios. Cícero pode nos oferecer muitas das nossas referências, embora ele não fosse um jurisprudente. A leitura da *De Re Publica* e a da sua continuação *De Legibus* somada ao conhecimento da vida concreta constitucional pode oferecer alguma conclusão, como a de que houve amplo desenvolvimento de todo o direito na república, sobretudo a lei⁹⁵.

O direito público romano não teria relevo algum na formação do jurista moderno, porque não teria repercutido nos sistemas jurídicos modernos, construído sobre a base estatal, vale dizer, que o direito público moderno é o direito do Estado (*Staatsrechts*), não o direito do povo⁹⁶.

92 SCHIPANI, Sandro. *Defensa jurisdiccional de los derechos humanos y poder negativo*. In *Constitucionalismo Latino y Liberalismo*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1990, pp. 15-36.

93 GROSSO, Giuseppe. *La Distinzione...* cit.

94 NOCERA, Guglielmo. *Ius Publicum* (D. 2.14.38.) *contributo alla ricostruzione storico-Esagetica delle Regulae Iuris*. Roma, edizioni italiane, 1946, p. 104; sobre a historiografia do direito público romano, v. GIUFFRÉ, *op cit.*; a respeito de sua evolução e conteúdo, v. RUGGIERO, Ettore de. *Studi sul Diritto Pubblico. Da Niebuhr a Mommsen*. Firenze, coi tipi dei successori le Monnier, 1875.

95 LOMBARDI, Gabrio. *Appunti di Diritto Pubblico Romano*, cit. pp. 93 e ss.

96 LOMBARDI, Giovanni. *Il Potere dei Tribuni della Plebe*. Milano, Giuffrè, 1982, p. 6.

O reconhecimento dos *comitia centuriata* como assembléia constitucional determinou a admissão, dentre as fontes do ordenamento romano, das *leges publicae populi Romani*, i. é, as deliberações comiciais (em especial as de caráter normativo) do *populus Romanus Quiritium*. *Leges* eram todas as deliberações comiciais, incluindo o *creatio* das magistraturas e as *iudicia*, mas depois apenas de caráter normativo e excepcionalmente as de caráter *privilegium* (a favor ou contra alguma pessoa). As *leges publicae* mantiveram-se, ao máximo, estranhas ao sistema do *ius civile vetus*, vinculado, pelo seu desenvolvimento posterior, à iniciativa da *interpretatio prudentium*. Depois, as *leges* interfeririam na formação do *ius civile*. Assim, o *ius publicum* se transformou no regulamento normativo posto por uma lei pública e a *lex publica*: “*generale iussum populi aut plebis rogante magistratu*”⁹⁷.

14. A dicotomia na vertente romanista tem, obviamente, uma explicação didática, instrumental, de origem gramatical classificatória. Seu fundamento, todavia, se situa no *ius publicum*, como base do direito romano.

Como o direito público romano⁹⁸ não influenciou a política dos novos tempos, pelo menos na criação das fórmulas constitucionais, salvo excepcional e esporadicamente no caso de Robespierre e de Napoleão, nem serviu à formação do jurista e menos à elaboração dogmática científica do direito, que sentido tem a sua ênfase no ramo dicotômico?

Afinal, como se afirmou, o *ius publicum* é o direito do povo, não o direito do Estado, sendo, por isso, incompatível com esse Estado, na sua fisionomia moderna, para que serviria o estudo desse direito público de Roma, além de especulações acadêmicas ou históricas?

15. O Direito Romano, como elemento indissociável de nossa Cultura, como aspecto inerente à civilização, não se exaure — salvo distorção incompreensível e traição às suas origens — na recepção do que, moderadamente, se chama de Direito Privado. O movimento de sua expansão e adaptação, mesmo após o desaparecimento material de Roma e de seu Império, não se restringe à herança de sua doutrina, de seus institutos, de suas leis e sua incidência na criação de “direitos novos” com bases romanísticas, compreendidos eles, meramente, em ordenamentos jurídicos positivos disciplinando as relações jurídicas, *hoje*, ditas de direito privado.

Seria muito estranho, em termos históricos e culturais, que o nosso pensamento jurídico, nossos métodos, nossas intuições, toda a nossa educação jurídica, fossem pela metade, separados das necessárias referências ao Direito Público. Se, por acaso, essa visão parcial da realidade do Direito

97 GUARINO, Antonio. *Storia del Diritto Romano*, cit., p. 268.

98 A respeito das fontes jurídicas, políticas, históricas e literárias do Direito Público Romano, bem como o seu desenvolvimento científico e a sua bibliografia doutrinária moderna e contemporânea, v. COSTA, Emílio. *Historia del Derecho Romano Público y Privado*, cit., *Introdução: as Fontes e a literatura do ius publicum*. V. também SERAFINI, Enrico. *Il Diritto Pubblico Romano*. Pisa, Mariotti, 1896. Na bibliografia brasileira, CRESCI SOBRINHO, Elício de. *Direito Público Romano*. São Paulo, 1971.

Romano foi predominante em um determinado momento, por motivos não difíceis de explicar historicamente, isso não significa que deva durar sempre, mas, ao contrário, pode autorizar a conclusão de que a história continua e nela está latente ao menos a possibilidade de o Direito Público Romano exercer um papel relevante não apenas a nível acadêmico, mas também nas transformações políticas.

Se, de fato, pretendemos um Direito Romano vivo, não podemos deixar de considerar a sua face política, presente no *ius publicum*, sob pena de fazê-lo estiolar na parte do chamado direito privado moderno, ou seja, na parte em que tanto nos orgulhamos da presença romanista.

De igual maneira, como os “direitos” que surgiram do Direito Romano não indicam uma repetição deste, mas uma renovação, atendidas as circunstâncias históricas, nada impede a recepção tardia do *ius publicum*, não para repeti-lo, porém para considerá-lo, como instrumento de crítica da realidade contemporânea, ou como inspiração para a solução jurídica-política dos problemas de nossos dias e de nossa preparação para o próximo milênio.

Essa missão que podemos atribuir ao Direito Público Romano pode ser tanto mais relevante quanto considerarmos a problemática latino-americana, típica das sociedades, pouco desenvolvidas, do sul do planeta, em cotejo com o norte desenvolvido e próspero, mas com evidentes sinais de hegemonias não propriamente de bases romanistas, incluindo nesse ponto a excessiva visão individualista, pragmática, indiferente aos aspectos morais referidos ao Direito.

Nessa perspectiva se situam a discussão sobre os conceitos de *populus*, *civitas*, *republica*, *lex*, ação popular, classificação dos bens públicos, tribunato do povo, e a respeito do próprio significado do direito público e de suas fontes.

A compreensão do *ius publicum* e seu destaque na dicotomia tradicional servem para a crítica do Estado e do seu direito, dos seus regimes políticos, da sua perspectiva internacional, dos seus quadros constitucionais. Ajudará, talvez, à preparação do *dies irae* desse misterioso Leviatã, contra o qual as mais poderosas idéias se dirigem sem êxito favorável.

Nessa crítica, são colocadas as categorias do direito público romano como as idéias de império e de seu direito supranacional; das magistraturas recebidas do povo; do tribunato em oposição aos representantes; dos poderes negativos diferenciados da tripartição de poderes; do instituto da *intercessio*, como órgão de consenso e de respeito às minorias; da república patricio-plebéia, como possibilidade da resolução dos conflitos internos e externos; da democracia direta dos antigos *versus* a chamada “democracia” dos representantes, indireta e ficta, técnica abstrata de legitimar o poder; da colocação precisa do embate entre o liberalismo e a democracia, entre a liberdade dos antigos e a liberdade dos modernos.

Os Códigos Civis e a Felicidade dos Povos

SÍLVIO MEIRA

Prof. Emérito da Universidade Federal do
Pará, Brasil.

SUMÁRIO

1. Os deserdados da sociedade (*Die Enterbten*).
2. O Direito Civil e os pobres. O Código Civil chileno de 1855.
3. As codificações através dos tempos. Códigos antigos e modernos.
4. O Código Civil francês de 1804 e o alemão de 1900. Teixeira de Freitas.
5. A questão social e os códigos civis.
6. Os Códigos sul-americanos e o meio social. (Direitos humanos. Dívida externa. Analfabetismo, pobreza, propriedade, família, obrigações e sucessões. Bem de família. Calamidades públicas. Reformas agrárias e seu fracasso. Direitos individuais e direitos coletivos. A economia informal. Artesanato.)
7. O regime democrático e o direito civil moderno. Georges Ripert.
8. O Código Civil Peruano de 1984 em face das demais codificações e do meio social a que vai servir.
9. O Direito Civil soviético. O Código.
10. O exemplo romano: propriedade e família.
11. Conclusões.

1. Os deserdados da sociedade (*Die Enterbten*)

Contemplando-se o panorama mundial, desde as mais remotas eras, chega-se à dolorosa conclusão de que a Humanidade, em todos os tempos, sempre se dividiu em duas grandes categorias: a dos proprietários e a dos despossuídos.

Em torno dessa disparidade de condição giram todos os episódios históricos. De nada adiantaram as duas dezenas de leis agrárias romanas no sentido de corrigir ou pelo menos atenuar os efeitos de tão profunda condição de vida. Já Cristo fazia a apologia da pobreza. Mais fácil seria um camelo passar pelo orifício de uma agulha do que entrar um rico nos reinos do céu. Decorridos vinte séculos a Igreja faz a "opção pelos pobres".

De nada adiantaram as tentativas marxistas de reforma do mundo humano. O fracasso soviético, decorrente de causas profundas, leva-nos à

conclusão de que foi gerada uma sociedade em que a liberdade, a igualdade e a fraternidade ficaram postergadas. A Revolução Francesa de 1789 — tão exaltada por muitos pensadores políticos não conseguiu conduzir a Humanidade aos ideais por ela pregados. A igualdade é impossível entre seres desiguais. A liberdade gerou anticorpos virulentos, que a devoraram. A fraternidade constitui apenas uma palavra, muito ao gosto dos poetas, mais do que dos que vivem em comum, lutando por um espaço no chão do mundo. E deve ser conquistada dia-a-dia, como o preconizava Goethe.

Estamos no final de um século e final de um milênio. Que contribuições deram os códigos civis para a felicidade dos povos? Que poderão oferecer de útil para essa felicidade, daqui a onze anos, quando entrarmos pelas portas largas do terceiro milênio?

Essas indagações são válidas. Até hoje temos estudado os códigos, especialmente os civis, sob um prisma técnico, cuidando muito da sua forma, da sua apresentação, da sua filiação a correntes filosóficas. Destinados a uma realidade objetiva, à vida de todos os dias, eles, os códigos, devem, em nosso entender, contribuir de qualquer forma para que o ser humano seja mais feliz, mais tranqüilo, mais seguro de seu destino nos atribulados tempos que atravessamos.

O jusfilósofo húngaro Anton Menger (1841+1906), Professor de Direito em Viena, na obra intitulada "Das bürgerliche Recht und die Besitzlosen Volksklassen" (traduzida para o castelhano por Adolfo G. Posada, editorial Atalaya, B. Aires, 1947, sob o título "El Derecho Civil y los pobres"), faz alusão aos *Enterbten*, isto é, os deserdados da sociedade. Critica o antigo projeto de código civil alemão, que resultou no diploma de 1896, e entrou em vigor em 1900. Para ele, em um código civil que se subordinasse unicamente à natureza das coisas, se deveria, em primeiro lugar, expor o direito da família, o qual compreende, em substância, "o matrimônio, as relações entre pais e filhos e a tutela". Estas instituições fazem parte, diz ele, dos fundamentos de toda a sociedade civil, "que não têm por missão estabelecer um privilégio em favor de certos grupos da população, se não conceder a todos, tanto a ricos quanto a pobres, uma co-participação em igual medida." (Cap. XII). Depois do Direito de Família, obedecendo à ordem natural, viriam as instituições jurídicas que estabelecem o antagonismo entre ricos e pobres. Critica a distribuição das matérias no projeto alemão, que teria abandonado a colocação natural dos assuntos: direitos das relações de obrigações, direito das coisas, direito de família e o das sucessões.

Não nos parece de primordial importância a distribuição dessas matérias. Vários códigos ocidentais a alteraram a seu critério, entre eles o brasileiro de 1917 (família, propriedade, obrigações e sucessões) e o peruano de 1984: (família, sucessões, direitos reais, obrigações).

Nesses quatro departamentos, objeto da classificação pandectista, se incluem todos os direitos civis dos seres humanos.

Dizemos "todos os direitos", mas fica no ar a indagação: referem-se eles, a "todos os seres humanos"? Está evidente que não. A maioria da população, especialmente nos países do chamado Terceiro Mundo, não dispõe do direito de *propriedade*; em conseqüência, não tem patrimônio a ser objeto das *sucessões*. Suas *obrigações*, ainda pela mesma razão, ficam reduzidas a campo muito reduzido, limitando-se a relações de trabalho, ramo hipertrofiado do direito civil. Que resta, se não o direito de família? Assim mesmo, as aplicações das normas relacionadas com esse departamento do direito civil também são cerceadas pela pobreza, pela desinformação, pelo abandono. É sabido que nas grandes áreas rurais os casais nem sempre contraem casamento. Juntam-se simplesmente. Constituem famílias "fora da lei". Predomina o concubinato. Essa situação de fato reflete-se, durante a vida, sobre o pátrio poder, a tutela, a adoção, a filiação natural, a curatela; e depois da morte repercute nas conseqüências sucessorais. Se não há vínculo matrimonial, nem patrimônio, nada existe a repartir entre os herdeiros na ordem de vocação *hereditária* chamada "*legítima*". Se o patrimônio é reduzido, em vez de inventário, procede-se a simples arrolamento, (Código de Processo Civil, art. 1.031).

Consultando-se as estatísticas populacionais de países como o Brasil, o Chile e o Peru, verifica-se que a grande massa humana que lavora nos campos ou vegeta nos subúrbios das maiores cidades, não dispõe de bens, nem tem condições de garantir obrigações, ou de pleitear sucessões. Vivem à margem da vida e da história. No entanto, fornecem braços para o trabalho industrial e agrícola e para a guerra, constituem fatores de criação de riquezas, são, em última análise, uma poderosa força social que não participa do banquete da vida. Analfabetos em sua maioria, as gerações se sucedem dentro do mesmo quadro terrível de necessidades. As crianças, como o *expressam* os versos do poeta Hugo Von Hoffmannsthal, já *nascem com os olhos fundos*.

Para que servem, então, os Códigos Civis? Aplicam-se a uma minoria, aquela que possui patrimônio a administrar, a negociar e a transferir *post-mortem*, quer por via legítima, quer por via testamentária. As complexas operações obrigacionais (compra e venda, locação, edição, sociedade, parceria rural, fiança, seguro, em suma, todos os contratos que geram obrigações recíprocas) só são utilizados por uma parcela reduzida da sociedade: os que possuem patrimônio.

O direito de propriedade é o fulcro de toda a vida jurídica do homem em sociedade. Dele decorrem, a nosso ver, todas as demais relações jurídicas. Mesmo no direito de família essa influência é considerável, na instituição do dote, no regime de bens do casamento, na instituição do "Bem de Família" e num considerável acervo de outros relacionamentos legais.

Os deserdados da sociedade, os *Enterbten* a que se refere Anton Menger, continuam à margem da vida, essa "agitação feroz e sem finalidade" a que se refere o vate brasileiro Manuel Bandeira.

Vivemos, então, em um mundo, hoje em dia apelidado de "Terceiro Mundo", em que se elaboram códigos para uma elite. As próprias "declarações universais de direito do Homem" têm aplicação reduzida. Haja vista a exploração decorrente das "dívidas externas" das nações desse Terceiro Mundo, carreando milhões de dólares para as nações mais ricas do orbe, enquanto as populações "devedoras" não dispõem de escolas, nem de hospitais, nem de casas para morar e vivem "campadas" na periferia das cidades.

Que mundo é esse? Para que servem as "declarações universais", tão louvadas e tão ineficazes? Para que servem as "opções pelos pobres", estas cada vez mais pobres? Para que servem, em última análise, os Códigos Civis, de elaboração científica trabalhosa, lenta, com mil cabeças, como a Hidra de Lerna, cabeças que se cortam e renascem todos os dias?

A trepidação do mundo moderno, como ventos de outono, os desfolha rapidamente. No mesmo dia em que os Códigos são promulgados, começa a sua desfolhagem. Novos hábitos, novas modalidades contratuais, novas teorias, novas forças sociais repercutem em seu arcabouço, forçando a reforma.

2. *O Direito civil e os pobres*

Em decorrência do que fica exposto, conclui-se que os códigos civis quase não se aplicam aos deserdados da vida e da sociedade.

Há exemplos históricos assinaláveis. Quando Andrés Bello elaborou o projeto de Código Civil para o Chile, promulgado em 1855, não incluiu nenhum dispositivo sobre os indígenas nem sobre os analfabetos.

Seu projeto, alicerçado principalmente no Código Napoleão de 1804 e na legislação espanhola (Siete Partidas e legislação extravagante), sempre foi muito gabado por sua precisão científica. Era, no entanto, um código "europeu".

Grande parte da população chilena era autóctone, indígena, araucana. Dizer-se que esses indígenas eram considerados cidadãos como quaisquer outros, sendo desnecessário sua referência expressa, não é argumento aceitável. Uma simples falácia. Como poderia um araucano pleitear direitos na área administrativa e na judiciária, sem as condições mínimas de capacidade civil, desconhecendo quase sempre a própria língua castelhana?

Sob esse aspecto o Código Civil brasileiro de 1917 foi mais previdente ao estabelecer, no art. 6.º, n.º III e parágrafo único, a incapacidade relativa dos silvícolas, sujeitos ao regime tutelar do Estado, à medida que se forem adaptando à civilização do País.

A mesma falha se observa, no Código Chileno, quanto aos analfabetos. Aquela época grande parte da população não conhecia as primeiras letras. É conhecido e exaltado o extraordinário trabalho "educador" do eminente

Andrés Bello em favor do povo, ao qual ensinava a falar e a escrever acertadamente. Sua vida toda foi a de um permanente mestre de gerações. Entre suas obras mais notáveis sobressai sua "Gramática da língua castelhana".

Apesar de toda a sua reconhecida sabedoria, o Código de 1855 deixou à margem das leis os indígenas e os analfabetos.

Perguntamos, a esta altura: — como incluir essas categorias em um código civil? A solução oferecida pelo Código Beviláqua no Brasil parece-nos sábia. Reconheceu a situação de fato. Trouxe para as comunidades indígenas a proteção do Poder Público.

Deu-lhes oportunidade de adaptação e integração à vida dos "civilizados", incorporando-os à sociedade.

Ao lado dos silvícolas e dos analfabetos enfileira-se a corte dos pobres, e quase se identifica com a dos analfabetos.

Os analfabetos e os pobres são intrusos em um Código Civil, causam mal-estar. Por isso, talvez, alguns codificadores fecharam-lhe as portas da codificação, deixando-os do lado de fora, com seus clamores e inquietações. Com relação aos silvícolas, legislação ordinária tentou suprir as omissões do diploma principal.

O Peru não está alheio a essa problemática. Nação em que o elemento inca desempenhou e desempenha ainda hoje um relevante papel cultural — mais do que em outras nações americanas, com um contingente considerável de analfabetos, e uma angustiada massa de pobres, como ajustar seu Código Civil de 1984 à essa realidade viva?

Como todos os demais diplomas de outras nações sul-americanas, esse Código é também "europeu". Encontramos um único dispositivo a respeito dos analfabetos: art. 692: "Los analfabetos pueden testar solamente en escritura pública con las finalidades adicionales indicadas en el artículo 697".

Equiparado ao cego, o analfabeto, para testar, é cercado de várias garantias: leitura do texto por duas vezes, uma pelo notário, outra pelo "testigo testamentário". Para proteger, complica-se ainda mais sua situação.

O legislador é levado a cercar de garantias o ato jurídico praticado pelo analfabeto, exigindo-lhe a escritura pública em nações em que as custas cartoriais só podem ser pagas pelos ricos. Amarrados a exigências protecionistas, da mesma forma que o cego e o surdo, o analfabeto, em última análise, nada mais é do que um cego e surdo na complexa vida social contemporânea.

Para que lhe serve o Código Civil se, quase sempre, não possui bens de valor financeiro?

Essa indagação se aplica a todos os países em que o rebanho de deserdados da sorte é maior do que a dos detentores de patrimônio.

3. *As codificações através dos tempos. Códigos antigos e modernos*

O conceito de "código" nos tempos antigos e na atualidade nem sempre é o mesmo. No Baixo Império romano se organizaram os afamados Códigos Gregoriano, Hermogeniano e Teodosiano, repositório de Constituições Imperiais. O Gregoriano, do ano 91 da era cristã, enfeixava as Constituições de 196 a 291, com 15 livros. O Hermogeniano, de 295 de nossa era, englobava Constituições Imperiais promulgadas anteriormente. Parecia ser um complemento ao anterior. O Teodosiano, publicado no Império do Oriente no ano 438 de nossa era, aprovado no Império do Ocidente no mesmo ano (sendo imperadores Teodósio II no Oriente e Valentiniano III, no Ocidente), continha as Constituições elaboradas a partir de Constantino.

Codex foi a denominação dada a dois diplomas dessa natureza, um de 528, conhecido como *Novus Codex Justinianus*. Não sobreviveu à ação do tempo. Mais tarde, em 534, Justiniano promulgou um novo diploma, que passou à História com a denominação *Codex Justinianus Repetitae praelectionis*. Composto de 12 livros, divididos em títulos, enfeixava as Constituições desde o Imperador Adriano, Antonino Pio, Pertinax, Caracala até Justino e Justiniano. Um complexo de normas de direito público e eclesiástico, direito processual, direito privado, direito penal e administrativo, não tem a fisionomia jurídica dos Códigos que, mais tarde surgiram na Europa, a partir do da Prússia do Século XVIII e os da França e Alemanha do Século XIX.

4. *O Código Civil francês de 1804 e o alemão de 1900. Teixeira de Freitas*

Constituem marcos assinaláveis nessa reconstituição histórica os Códigos Cíveis, estritamente civis, da França, de 1804 (Cod. Napoleão) e o da Alemanha de 1896/1900 (BGB).

Foram esses dois grandes diplomas os geradores de famílias de códigos em todo o mundo, com repercussão no Ocidente e no Oriente. De suas matrizes surgiram os Códigos Cíveis de todas as nações civilizadas. O francês, sobretudo, repercutiu poderosamente em outras nações, que lhe copiaram o texto à letra, como ocorreu com a Bolívia.

Em posição intermediária e como matriz também de outra família de códigos, colocamos a obra do jurista brasileiro Augusto Teixeira de Freitas, autor do "Esboço" de 1860, que serviu de base para o Código argentino de 1869-71, e o do Paraguai e influenciou o do Uruguai, ambos do século XIX.

O Código chileno de 1855, por sua vez, exerceu influência nos países de língua castelhana da América do Sul, especialmente no Peru e Colômbia.

Todos esses diplomas, salvas as peculiaridades da obra de Freitas, são produtos das matrizes francesas e alemãs, elaboradas para a Europa. Códigos do Primeiro Mundo serviram de modelo para os do Terceiro Mundo. Sociedades diferentes, países de imigração, com problemas jurídicos de toda ordem, uma realidade diversa da européia, elaborados por juristas de alto

merecimento, mas de formação cultural européia. Andrés Bello viveu e estudou na Inglaterra durante 20 anos; Freitas, seguidor de Savigny (cognominado o Savigny sul-americano) e Velez Sarsfield eram homens de formação cultural européia. Nem poderia ser de outra forma. As civilizações autóctones americanas (com exceção de México e Peru), não apresentavam grande contingente de instituições jurídicas capazes de dar origem a um plano sistemático. As vertentes remotas provinham do Direito Romano, cuja riqueza de idéias e concepções poderia permitir a elaboração de Códigos em qualquer latitude, em qualquer sociedade, de qualquer continente.

O fundamental, no entanto, é, aproveitando o arcabouço jurídico jusromanista, nele inserir novas normas práticas, objetivas, adaptáveis ao meio ambiente americano: os costumes locais, a pobreza local, a incultura local, todo esse formidável elenco de frustrações que constitui o panorama social da América Latina.

Que se fez, no entanto?

Elaboraram-se códigos tecnicamente quase perfeitos, mas alienados da realidade social. Prepararam-se leis para o Terceiro Mundo seguindo os modelos do Primeiro Mundo. Essa é uma das razões pelas quais os códigos civis da América Latina parecem uniformes ora muito largos, ora muito estreitos para o corpo social que vão vestir. Essa é a razão por que só se aplicam a uma fatia da sociedade — a dos proprietários e abastados, aqueles que podem vender e comprar imóveis, que podem alugá-los, que podem conceder fianças, senhores ativos e passivos de obrigações de toda ordem, e que, ao morrerem, deixam montes hereditários a partilhar por seus herdeiros. Só os ricos ou remediados deixam herança. O monte hereditário dos *Enterbten* só se constitui de bens morais: tristezas, ansiedades, reivindicações. Seria, na verdade, contraditório que *deserdados* deixassem heranças. . .

A raiz de tudo está na organização social. Vestem-se organismos coletivos com roupas estranhas, importadas e sem medida.

5. *A questão social e os códigos civis*

A chamada "questão social", que vem se agravando neste século, não resolvida e até majorada nas nações de influência marxista, apresenta, em nossos países — Peru e Brasil — aspectos impressionantes.

Fazem-se reformas agrárias absurdas, que concorrem para o êxodo dos campos para a periferia das cidades. Em torno de Lima vegeta uma multidão de sem-terra, vindos do interior; no Brasil a migração interna constitui um dos mais sérios problemas sociais, com a peregrinação dos habitantes do tórrido Nordeste brasileiro para as grandes metrópoles do Centro-Sul, especialmente São Paulo e Rio de Janeiro.

O problema não está apenas na posse da terra. O Governo brasileiro iniciou na década dos 70 um vasto programa de fixação humana na estrada

Transamazônica, obedecendo a um plano teoricamente acertado, mas que, na prática, produziu efeitos contrários aos desejados. Dar ao homem apenas um trato de terra, sem assistência médica, instrumentos de trabalho e outros benefícios, não é suficiente.

Por outro lado e em sentido inverso, operou-se uma migração do Sul para o Norte, de gaúchos, paranaenses, paulistas, que buscam a Amazônia, à procura de terras para cultivar. Esse tipo de migração deve ser incentivado, amparado, protegido. No entanto, certos setores o combatem, por motivos ocultos.

Nessas graves questões agrárias, tanto no Brasil quanto no Peru, os códigos civis desempenham um papel muito restrito, quase nulo, para não dizer nulo. *Leis ordinárias disciplinam a matéria.* Uma delas — o Estatuto da Terra — elaborado na década dos 60, sob o governo Castello Branco, trata do assunto de maneira abrangente, oferece algumas soluções válidas, até hoje não executadas. Lei, não falta.

A verdade é que a “questão social” está aí, de mãos dadas com a miséria, tendo a robustecê-la o alarmante problema do tráfico de entorpecentes, mazela de que as nações não conseguem se libertar. Isso porque a responsabilidade por essa lepra social não é apenas das nações produtoras de cocaína e outros artigos similares, mas, principalmente, as poderosas nações consumidoras, financiadoras e compradoras, tendo à frente os Estados Unidos da América.

Exigem os Estados Unidos soluções para tais problemas às nações sul-americanas, mas eles próprios são os causadores maiores do drama, quer como financiadores poderosos, quer como compradores que pagam bons preços em dólares, quer como poluidores morais da humanidade, com uso indevido do conceito de liberdade, na exportação de publicações obscenas e eróticas e na contaminação da atmosfera com os resíduos de suas indústrias.

Alia-se, então, a questão social interna a uma outra questão de cunho internacional, aumentando a complexidade do quadro contemporâneo.

Expandê-se, dessa forma, o campo legislativo, ascendendo do âmbito dos códigos civis para o das Constituições das nações em foco.

Todos sabemos do relacionamento entre os Códigos e as Constituições. São tão profundas as suas vinculações que, muitas vezes, mal se fixam os seus limites. E o Código Civil peruano de 1984 está recheado de normas de caráter constitucional e processual, conforme tivemos oportunidade de salientar em trabalho apresentado no Congresso realizado em Lima, de caráter internacional, em 11 de agosto de 1985, na Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima (Cultural Cuzco S/A, ed. 1986, pp. 87 e ss).

Surpreendentemente, a Constituição Política do Peru dá mais atenção à questão social do que o Código Civil. No art. 26 prevê a erradicação

do analfabetismo: "La erradicación del analfabetismo es tarea primordial del Estado, el cual garantiza a los adultos el proceso de la educación permanente. Se cumple progresivamente con aplicación de recursos financieros y técnicos, cuya cuantía fija el Presupuesto del Setor Publico. El mensaje anual del Presidente de la República necesariamente contiene información sobre los resultados de la campaña contra el analfabetismo."

Os artigos 156 a 160 prevêem medidas a respeito do regime agrário e os campesinos *sin tierras*.

Art. 156: "El Estado otorga prioridad al desarrollo integral del sector agrario."

No final do art. 157 apresenta preceito sadio, que não tem similar na Constituição brasileira: "Las tierras abandonadas pasan al dominio del Estado para su adjudicación a campesinos sin tierras." Discordamos apenas da palavra "abandonadas", por ser polêmica, e preferiríamos aplicar o vocábulo tradicional em nosso país: "*devolutas*". Como caracterizar o "abandono"?

A questão referente às terras devolutas vem desde o Império, no Brasil, com a excelente legislação de 1850 e 1854, em que as terras devolutas vêm qualificadas e discriminadas. O conceito de *abandonadas* — envolve terras já privatizadas. Além do mais, dá origem a perseguições de ordem política partidária, a questiúnculas judiciais em torno do que é e do que não é abandonado. A palavra é infeliz.

Na Constituinte brasileira havia uma corrente interessada em desapropriar até as terras produtivas, o que seria um absurdo, tendo em vista as imensas extensões territoriais devolutas, sob o controle do Estado e que não podem ser objeto de usucapião. À margem esquerda do Amazonas, na região conhecida como Guiana Brasileira, entre as serras de Tumucumaque, Acaraí, o Rio Oiapoque e o curso geral do Rio-Mar, existem imensas áreas territoriais quase desabitadas, com campos gerais próprios para a pecuária e que poderiam ser distribuídos para os sem-terra, em plano bem organizado para colonização. No entanto, atacam-se as propriedades pouco produtivas, às vezes por falta de assistência governamental, agridem-se patrimônios particulares, só por serem particulares, tendo como apoio teses marxistas ultrapassadas e cooperação de entidades supostamente religiosas, entrosadas com organismos internacionais suspeitos.

6. Os Códigos sul-americanos e o meio social

Nesse meio social complexo dos países sul-americanos criou-se um caldo de cultura propício a toda sorte de agitações.

Há uma inquietação generalizada e procedente que é preciso atender quanto antes. As questões referentes aos direitos humanos (que às vezes são desumanos), as monstruosas dívidas externas, o analfabetismo, a pobreza, as calamidades públicas decorrentes de fatores climáticos (as

secas e inundações no Brasil, os terremotos e erupções vulcânicas em outras nações), tudo isso gera uma situação de desconforto social, que requer soluções legislativas.

Cabe às Constituições e aos Códigos Civis estabelecerem normas que venham em socorro dessas ansiedades coletivas. Ao lado da atividade normal do comércio e da indústria surge uma outra economia chamada "informal", produto das forças sociais espontâneas, que é preciso amparar e não combater. O pequeno comerciante ou industrial informal, embora cause mal-estar ao Fisco, não constitui fator negativo no meio social. Pelo contrário. O pequeno artesanato pode transformar-se em grande artesanato, enriquecendo a nação. O precário produtor, que não paga tributos, gera empregos e circulação de mercadorias, tornando-se de qualquer forma útil. Milhares de seres deixam de mergulhar no vasto mar da criminalidade, do tráfico de drogas e em outras atividades marginais e não produtivas.

Que têm feito os nossos Códigos Civis no sentido de atender à grande maioria da população, que vive às margens da lei, sem casamento regular (a Carta já sacramenta as uniões e famílias não oriundas do matrimônio regular, reconhecendo o fato social), sem propriedade, sem capacidade financeira para contrair obrigações, sem patrimônio a partilhar depois da morte?

Elaboramos Códigos dignos do Primeiro Mundo para uma faixa minoritária do Terceiro Mundo. Essa a realidade.

Uma das instituições mais interessantes é o Bem de Família, o *Homestead* americano, assimilado por muitas legislações, inclusive a francesa e a brasileira (Cód. Civil, arts. 70 a 73).

Defendemos a tese da instituição do *Bem de Família Rural*, a fim de amparar o pequeno produtor do campo, o agricultor de poucos recursos, exposto às fatalidades do tempo e aos azares do crédito.

7. O regime democrático e o direito moderno

Os regimens políticos repercutem poderosamente sobre toda a estrutura social. Basta lembrar que os Códigos do Baixo-Império romano nada mais eram do que repositórios de Constituições, as *leges* no sentido da época.

Os grandes códigos de direito privado, na Europa, são posteriores à Revolução Francesa de 1789. O século XIX, com seus ideais de liberdade, gerou em todas as nações o movimento codificatório. A participação do povo na escolha dos governantes, nos regimes democráticos; abriu as portas a novas concepções quanto aos direitos dos cidadãos e os meios de assegurá-los. O relacionamento entre democracia e direito civil é evidente. Cria-se então uma situação paradoxal apontada por Georges Ripert: "Toda a vontade do Parlamento é lei. Todo o Parlamentar pode propor a lei. Uma regra de direito civil, ainda que tenha muitos séculos de existência, valor

experimentado e autoridade confirmada pelo tempo, desaparecerá nalgumas horas, se aprouver à maioria do Parlamento, que não representa sequer a maioria dos eleitores e ainda menos do país. Apenas a lentidão da ação parlamentar vem em socorro da tradição. Mas o regime dos decretos-leis fez desaparecer esta última causa de conservação, e o mal piorou". (*O Regimen democrático e o Direito Civil Moderno*), de Georges Ripert, Liv. Acadêmica, Rio, 1937, p. 29).

O mestre francês põe em evidência uma das grandes incongruências dos regimens democráticos: a incapacidade para elaboração de bons códigos. A inconstância e a lentidão parlamentar, a demagogia dos representantes, os interesses pessoais aliados aos interesses políticos, um conjunto de fatores concorre para que as Assembléias Legislativas se transformem no túmulo dos códigos. Os exemplos são numerosos. O Código Civil brasileiro, só promulgado em 1916 para entrar em vigor a 1.º de janeiro de 1917, foi produto do projeto de Clóvis Beviláqua elaborado em 1900. Durante dezesseis anos foi obstruído ou dormitou nas gavetas parlamentares e não fôra a presença, no Senado, de Epiácio Pessoa — o mesmo que, como Ministro, em 1899, convidara o jurisconsulto a elaborar o projeto — e não teríamos aquele diploma, por que tanto ansiava a nação, desde o Império. Lembramos também que o Código Civil da Argentina de 1869 — oriundo do projeto de autoria de Velez Sarsfield — foi aprovado no Senado a *libro cerrado*, isto é, sem discussões. Atualmente, no Brasil, dorme o sono eterno o projeto de adaptação do Código Civil brasileiro, já defasado, com milhares de emendas que, em vez de melhorá-lo, desfiguraram-no completamente.

Como conciliar, então, democracia, representação popular, com a redação de leis, que correspondam às ansiedades coletivas? O regimen dos decretos-leis, por sua vez, concorre para deturpar toda uma legislação, por melhor que seja, ao sabor das conveniências do momento. Fazem-se leis e decretos casuísticos, a fim de atender a interesses momentâneos, sem o necessário embasamento sociológico. Está evidente, pelos exemplos do passado, que os grandes monumentos legislativos são obra de grandes homens, jurisconsultos que, no recesso de seus gabinetes, com acuidade mental e capacidade de observação dos fenômenos sociais, oferecem aos Parlamentos obras, se não perfeitas, quase perfeitas. Por trás dos bons códigos há sempre grandes homens, ou pequenas comissões de grandes homens, quer pessoalmente, quer através de suas obras doutrinárias. No Código francês de 1804 está presente um pequeno grupo de jurisconsultos, impulsionado pela presença de Napoleão; no BGB alemão de 1816, apesar de sua longa história anterior, desde a polêmica entre Savigny e Thibaut, sente-se o poderoso reflexo da obra de Windscheid. No Brasil avulta a figura de Clóvis Beviláqua, com a contribuição, durante a fase elaborativa, de Rui Barbosa (mais na parte gramatical) e de Andrade Figueira (no conteúdo jurídico). No Chile, não fôra a fecunda inteligência de Andrés Bello e aquela nação não teria o seu diploma de 1855, seguido em muitos aspectos por outras

nações do continente. Na Argentina é Velez Sarsfield o pró-homem da codificação de 1869, prestigiado por Sarmiento e Mitre. Em Portugal, na preparação do monumento de 1867, está presente a figura do Visconde de Seabra que, desprezando em muitos pontos a tradição lusíada, atrelou seu projeto ao Código Napoleão, então em moda. No Império brasileiro os planos governamentais fracassaram em numerosas tentativas, apesar de dispor de homens de alta estatura cultural como Augusto Teixeira de Freitas, Nabuco de Araújo, Felício dos Santos, com projetos malogrados, não por falta de mérito, mas obstruídos pela oposição, desfigurados pelas críticas nem sempre sinceras e pelas emendas desastrosas. Temos como resultado de tudo isso a promulgação de novos códigos que já nascem envelhecidos, divorciados da realidade, como aconteceu com o brasileiro de 1917, em vigor em anos de guerra mundial, que concorreu para transformar o mundo. Projetado em 1900 — para um mundo que fôra herdeiro da *Belle-Époque* — deveria servir a uma nova sociedade, em que passaram a tomar relevo as questões sociais, as relações empregado-patrão, a economia dirigida, a industrialização, o êxodo rural, as conquistas sociais das mulheres, dos menores, dos operários, dos enfermos, dos idosos. Logo e logo começaram a surgir as modificações através de novas leis e principalmente através de decretos-leis, instrumentos das ditaduras muito ao gosto também dos chamados regimens democráticos sul-americanos, fruto de uma democracia degenerada e sempre enferma.

Perguntamos, então: — Qual a contribuição dos Códigos Civis para a felicidade dos povos? Estes povos anseiam por novas conquistas. Esses códigos, sem exceção, foram modelados para o Primeiro Mundo e só alcançam a uma rica minoria em todas as nações do orbe. São monumentos de técnica, é verdade, mas esbarram diante das ondás avassaladoras das mutações político-sociais da hora presente. Um outro problema surge, já vislumbrado pelo eminente Teixeira de Freitas na centúria passada: a necessidade da mescla dos preceitos de direito civil com os de direito comercial e de direito social, isto é, a *unificação do direito privado*, tema sempre presente nas teses acadêmicas e nas discussões parlamentares.

O Código italiano de 1942 realizou essa façanha, mas ele não é um diploma de era democrática, elaborado que foi sob o duro fascismo — muito embora contenha toda uma sábia tradição jurídica italiana provinda do passado.

8. *O Código Civil peruano de 1984 em face das demais codificações e do meio social*

O Peru oferece também exemplos dignos de meditação.

Desvinculado da metrópole espanhola, continuou a reger-se, nos primeiros tempos, pela legislação que os reis de Espanha concediam ao Vice-Reinado. Foi Castilla quem tomou a iniciativa de nomear comissões de juristas para a confecção de novos códigos, com características republicanas. O primeiro Código Civil é de 1852 e conseguiu sobreviver até 1936.

Não logrou libertar-se das matrizes européias. Ao lado do Civil teve também o seu Código de "Procedimientos Civiles" e o "Código do Comércio". Ainda obra de Castilla, em 1862, entraram em vigor os seus "Códigos Penal" e de "Enjuiciamientos en Materia Penal".

Tem o Peru novíssimo Código promulgado por força do Decreto Legislativo n.º 295, de 24 de julho de 1984, sob a presidência de Fernando Belaunde Terry, sendo Ministro da Justiça Max Arias Schreiber Pezet. Antecede-o uma longa história, que se entronca no Decreto Supremo n.º 95, de 1.º de março de 1965, e na Lei n.º 23.756, de 1965, que criou a Comissão Revisora do projeto elaborado vinte anos antes (1965). Isso revela que o Código de 1936 — que substituiu o de 1852 — não durou mais de trinta anos. Era necessário adaptá-lo às realidades da hora atual.

A Comissão nomeada pelo Presidente Fernando Belaunde Terry, em 1965, era integrada por eminentes juristas, entre eles Carlos Fernandez Sessarego, que ainda hoje tanto se preocupa com o aperfeiçoamento da ordem jurídica em seu país.

Examinando o texto desse novo diploma, verifica-se estar presente a influência das matrizes históricas européias: o pandectismo alemão (BGB); Família, Sucessões, Direitos Reais, Obrigações, seguido de Normas Processuais para a Aplicação de Disposições do Código Civil, por força do Decreto Legislativo n.º 310, de 12-11-1984. Não devem estar alheias outras influências decorrentes do Código Napoleão de 1804 e no âmbito dessas poderosas forças, reflexo delas, também o Código chileno de 1855 e o do Brasil de 1917.

Nenhum código nasce *per se*, nenhuma lei possui geração-espontânea. Essas repercussões integram a própria vida do Direito, universal e humano por excelência, uma *Ewige Krankheit*, que resvala de nação a nação, *Von Ort zu Ort*, como o dizia Goethe, pela boca de seu infernal personagem.

Nota-se, nesse novo diploma, o desejo de adaptar-se aos tempos modernos, quando consagra o divórcio *a vínculo* no art. 348, quando adota os "Derechos de la Persona", dos arts. 3.º a 18 — equiparação do homem e da mulher para gozo e exercício dos direitos civis, o direito à vida, à integridade física, à liberdade, à honra "y demás inherentes a la persona humana... irrenunciabiles y no pueden ser objeto de cesión". A disposição do próprio corpo, proibida, quando ocasione uma diminuição permanente da integridade física ou seja contrária à ordem pública e aos bons costumes. A doação de partes do corpo ou de órgãos e tecidos, o interesse social, a intimidade da vida pessoal e familiar, a imagem e a voz, a proteção à correspondência epistolar, os direitos de autor ou do inventor, "cualquiera sea la forma o modo de expresión de su obra", a proteção do nome e alguns outros preceitos revelam o intuito de ser atual, moderno.

Num estudo mais aprofundado, talvez surja a necessidade de adaptá-lo melhor à Constituição de 1979 — muito embora tenha sido promulgado em 1984. Provinha de um projeto de 1965, anterior portanto àquela

Carta, que inovou em muitos pontos, conforme já foi salientado em passo anterior.

Nos céus do mundo atual correm ventos novos, nem sempre propícios, mas, de qualquer maneira, são ventos novos soprados de vários continentes: a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948 (10 de dezembro); o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 16 de dezembro de 1966; o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos (adotado pela Assembléia Geral das Nações Unidas, Resolução n.º 2.200, de 16 de dezembro de 1966); o Protocolo Facultativo do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, ainda de 16 de dezembro de 1966; a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de São José da Costa Rica, de 28 de novembro de 1969; o Convênio n.º 151 da Organização Internacional do Trabalho; o Acordo entre a Santa Sé e a República do Peru, de 13 de fevereiro de 1981; um número considerável de tratados internacionais, convenções, pactos, referentes a direitos de toda natureza, entre eles os direitos autorais, tão mutilados e vilipendiados nos países do chamado "Terceiro Mundo".

Acreditamos que o Peru passa pelas mesmas vicissitudes que têm assaltado outras nações no que se refere à sua codificação civil.

Servido por eminentes juristas, estes se esforçam por dotar a nação de um diploma atualizado, que venha atender às mais recentes conquistas da humanidade. O propósito de revisão constante, permanente, não é apenas peruano, mas universal. No Brasil luta-se pela atualização do Código de 1917. Nomeam-se comissões, redigem-se excelentes projetos. Não faz muito tempo, a partir de 1950, vários projetos foram elaborados por homens da estatura de Orlando Gomes, Haroldo Valladão e Caio Mário da Silva Pereira, todos eles postos à margem. E quando um esboço dessa natureza é marginalizado, nunca mais volta à luz do dia, a não ser como objeto de investigações históricas ou como fonte de informação. O mesmo ocorreu, no início da República, com o projeto de Coelho Rodrigues, também desprezado pelo Governo. As razões desse desprezo, em todos os tempos, são numerosas e vão desde a motivação política até a concorrência cultural de outros codificadores em potencial, como sucedeu no Império entre Teixeira de Freitas e José de Alencar.

Essa febre de reforma não é apenas sul-americana. O Código Civil francês, tão louvado, exaltado e limitado no século passado, tem recebido acérrimas críticas dos próprios juristas franceses, em face das perspectivas deste século que finda. Edmond Picard, em *Évolution historique du droit civil français*, 1898, antes mesmo de penetrar no século XX, já fazia acerbas críticas ao Código Napoleão, diploma de burgueses "que só respeita a igualdade civil para assegurar a desigualdade social". Era, diz ainda Picard, um "Código de proprietários que se ocupava apenas da riqueza adquirida e não do trabalho que a criou".

A. Tissier, em *Lè Code Civil et les classes ouvrières*, incluído no *Livre du Centenaire*, tomo I, n.º 74 (em comemoração ao centenário do Código da França), considera-o antidemocrático.

No próprio volume destinado a comemorar o centenário do velho Código napoleônico, em 1904, estão os germens da crítica feroz ao diploma de cem anos. Não continha o direito privado de uma *democracia*, dizia-o Albert Tissier. “É o código do patrão, do credor e do proprietário”, afirmava inflamado Charmont, em *Le droit et l'esprit démocratique*, em 1908, p. 54.

Léon Duguit alinhava-se entre os críticos mais exacerbados, em *Les Transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, em conferência pronunciada na Universidade de Buenos Aires, em 1912, 2.ª edição de 1920.

Acollas, no seu *Manuel de droit civil*, chegou a afirmar, ainda no século passado, que o Código Napoleão pesou por muito tempo sobre a democracia (Vd. 2.ª ed. 1877).

Todas essas críticas são objeto de comentário de Georges Ripert (ob. cit. p. 23), que as corrobora, invocando ainda o depoimento de Planiol: “O que aconteceu, pois? Isto, simplesmente: o povo tornou-se rei. Em 1848, o sufrágio universal deu o poder político ao número. É uma época decisiva da nossa história, escreve Planiol; o poderio político é deslocado, a direção do poder legislativo mudada, os governados tornam-se governantes, os súditos legisladores”. (Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 12, ed., I, n.º 108).

Até onde pode afirmar-se que o povo tornou-se rei, como o pensava Ripert? Quantas ditaduras ferozes surgiram no mundo depois que se fez tal pregação?

Se o sufrágio universal deu o poder político ao número, nem sempre esse número representa a verdade. Lembramos então o preceito evangélico segundo o qual “não seguirá a opinião do maior número para realizar o mal”.

A democracia também apresenta os seus aspectos dolorosos, como bem o salienta Ch. Benoist em *Les maladies de la démocratie*.

Já vimos a dificuldade que encontram os parlamentos democráticos para a elaboração de boas leis, especialmente de bons códigos. Um desses aspectos é a multiplicação das leis que Georges Ripert chama “o milagre da multiplicação das leis, semelhante ao milagre evangélico...” “Deram-se cinco códigos ao povo-deus, o qual ainda editou leis suficientes para nutrir a multidão, e dos resíduos legais ficaram repletos os cestos” (ob. cit., p. 29). No entanto, é o mesmo Ripert que afirma: “Ao chegar ao poder, a democracia quer um direito novo” (id., p. 21).

Não é só a democracia que exige novas leis e novos códigos. Qualquer mudança política, provocada por algumas revoluções episódicas, importa logo em tentativa de substituição de toda a roupagem legal da nação, tentativa essa quase sempre fracassada.

É que as leis devem sofrer o efeito da rolagem do tempo, como os bons minerais. Acreditamos mais nas reformas parciais do que nas substituições totais. A força da tradição não pode ser esquecida e, nesse ponto, damos razão ao genial autor do *System des heutigen Roemischén Rechts*, Savigny.

Demolir para construir sobre os escombros não constitui tarefa muito fácil, principalmente quando os legisladores são homens escolhidos em classes despreparadas para o manejo da coisa pública, demagogos de imensa popularidade mas incompetentes e incapazes.

Até hoje a França debate-se com os trabalhos de reforma do seu afamado Código, que traz o nome, não de um jurista, mas de um cabo-de-guerra nascido na Córsega.

Em 1947/48 a *Librairie du Recueil Sirey*, Paris, publicou alentado volume sob o título *Travaux de la Comissão de Réforme du Code Civil*, em que se sucedem os debates em torno de temas de vária natureza, como "Atos jurídicos e obrigações", "Pessoas e Família", "Sucessões", "Regímen matrimonial", em 752 páginas de discussões, propostas, emendas e conclusões.

Em todas as nações do Ocidente a ocorrência é a mesma. Todas querem novas leis, novos códigos. As pressões das massas populares, os pronunciamentos do Vaticano, os tratados e convenções internacionais, as mudanças políticas nas nações sul-americanas, concorrem para que se forme o caos. Caos legislativo, caos político, caos social.

É preciso encontrar um rumo, afastar as sombras que impedem a caminhada para o novo milênio, e isso só pode operar-se com a adaptação das leis às realidades, com o ataque aos centros nervosos da vida em sociedade.

Já fizemos ver que os nossos códigos — tanto o peruano quanto o brasileiro — (e o argumento pode estender-se a outros) servem apenas a uma parcela da sociedade. Há multidões fora do alcance desses códigos.

A Rússia Soviética alcançou o milagre de elaborar códigos civis para uma sociedade em que foram praticamente abolidas a propriedade privada e também a liberdade. Como conseguir, num passe de mágica, que tais direitos fundamentais — a liberdade e a propriedade — fiquem fora de um diploma chamado *de direitos civis*?

9. O Direito Civil soviético. O Código

Esta matéria se inclui neste estudo quase como um corpo estranho, uma vez que a nossa preocupação primordial se circunscreve às nações de

composição democrática, ou supostamente democrática, no sentido ocidental.

O confronto, no entanto, se faz necessário para as conclusões a que queremos chegar. E fazemos alusão ao período da mais exacerbada negação dos direitos do homem na União Soviética, com a estatização absoluta e instauração do Estado policial. Também não podemos estender-nos em comentários a respeito da evolução do direito russo desde a revolução de 1917 até nossos dias, com as várias tentativas de codificação. Limitamo-nos ao Código objeto de edição oficial em 1943. A 1.ª edição do diploma soviético é de 1.º de janeiro de 1923.

Um decreto de 26 de outubro de 1917 anulou sem indenização e para sempre os direitos referentes à grande propriedade fundiária.

Outro decreto, de 27 de abril de 1918, suprimiu a sucessão *ab intestato* e por testamento, ressaltando apenas situações entre cônjuges e parentes muito próximos. Em 6 de janeiro de 1918 proibiu-se o comércio privado de importação e de exportação. Decretos subseqüentes vedavam o comércio do ouro, da prata e minerais preciosos. Foram confiscados os grandes complexos industriais. Restringiu-se o artesanato. Obrigou-se ao depósito ou entrega ao poder público dos produtos do solo, da agricultura. De 1917 a 1920 houve centenas de medidas governamentais no sentido de restringir cada vez mais a iniciativa privada. O instrumento para tais reformas era o Direito sob uma ótica limitada. Como conciliar tantos interesses individuais, a começar com a liberdade sob todos os seus aspectos, com a estatização brutal e irrefletida? *Queriam uma "Nova Ordem", uma "Nova Política"*. Surge o Código Agrário, o Código da Família, o Código Civil propriamente dito.

O Estado controlava as fábricas, as comunicações, o comércio exterior.

Em maio de 1922 publicou-se um "Regulamento dos principais direitos patrimoniais reconhecidos na RSFSR, garantidos por suas leis".

Não podemos alongar-nos na exposição das peripécias por que passou esse direito até 1943, muito menos em nossos dias, quando novas perspectivas surgem na Rússia, com a política inovadora e esclarecida de Gorbachov.

Limitamo-nos a referir alguns dispositivos do Código Civil Soviético, pontos fundamentais. "Art. 1.º — Os direitos civis são tutelados pela lei, salvo nos casos em que são exercitados em contraste com a sua destinação econômico-social". Vale dizer que o *econômico-social* está acima da lei, acima dos direitos individuais, é a bússola que guia o passo de todos os cidadãos. No mesmo artigo (item 3), diz-se que as relações agrárias, as derivadas de locações de trabalho e as de família são reguladas por códigos especiais.

Excluindo essas matérias, especialmente a referente à família, reduziu-se muito o campo do direito civil.

No art. 21 estabeleceu-se: "A terra é patrimônio do Estado e não pode ser objeto de comércio privado". Quanto ao "uso da terra", é admitido apenas como "gozo" da mesma, sem gerar domínio.

Retirando-se as disposições sobre Família e tornando a propriedade da terra estatal, o código vai daí por diante definindo, como uma árvore podada.

A velha distinção dos bens, tradicionalmente mantida nos códigos ocidentais, de *móveis e imóveis*, foi totalmente abolida.

Pelo artigo 52 a propriedade se distingue em: a) estatal (nacionalizada ou municipalizada); b) cooperativa; c) privada.

A propriedade privada ficou restringida aos casos especificados no art. 54: edifícios não municipalizados, empresas comerciais, empresas industriais com operários assalariados em número não superior ao previsto nas leis especiais, os instrumentos e meios de produção, o dinheiro, os valores mobiliários, e outros valores compreendendo moedas de ouro e de prata, objetos de uso doméstico, de economia familiar e de uso pessoal, as mercadorias cuja venda não seja vedada pela lei. Todo o título referente a "Direito das Coisas" é recheado de disposições restritivas em favor da lei e do Estado. O mesmo pode dizer-se das demais partes desse estranho código, dividido em Parte Geral (Princípios fundamentais, os sujeitos de direito, objetos dos direitos, negócios jurídicos); Direito das coisas (Direito de propriedade, Direito de construção, penhor); Direito das obrigações (Disposições Gerais, obrigações originárias de contrato, locação de coisas, compra e venda, permuta, empréstimo (mútuo), locação de serviços, fiança (fidejussio), mandato, procuração, contrato de comissão, seguros, obrigações resultantes do enriquecimento indébito, obrigações resultantes do dano causado a terceiros, direito das sucessões.

Essa estranha simbiose de modelo econômico-social, com normas providas ainda do direito romano, por influência do Código alemão de 1900, a extirpação da propriedade individual da terra e a exclusão do Direito de Família, transportado para outro Código, apresenta-nos a final um magro diploma legal, que de forma alguma poderia concorrer para a felicidade do sofrido povo russo.

A sucessão testamentária, pelo art. 418, é permitida desde que o testador faça legados em favor do Estado ou a determinados órgãos deste, a instituições e empresas estatais, a organizações de partidos ou profissionais, a organizações sociais, cooperativas registradas.

A sucessão legítima é limitada aos descendentes diretos (filhos, netos e bisnetos), filhos adotivos e seus descendentes, cônjuge sobrevivente e pessoas inabilitadas ao trabalho e indigentes que estavam a cargo do defunto pelo menos há um ano da data de sua morte.

Os magros montes hereditários mal chegam para cumprimento de tais disposições, amarradas sempre ao Estado ou a instituições paraestatais.

Se os Códigos Civis alemão e francês não trouxeram a felicidade para seus povos e nem tampouco os que a eles se filiaram na Europa, nas Américas, na Ásia e na África, que felicidade poderiam proporcionar os preceitos do Código Soviético, mutilado e restrito?

A terra é o alicerce em que se constrói o edifício da felicidade individual. Tudo mais dela decorre. A Família, as Obrigações, as Sucessões giram sempre em torno desse direito eterno, o da propriedade. Nesse ponto os romanos foram sábios. (Vd. *Il Codice Civile della Russia Soviética*, Andrea de Capua, Mario Battaglini, Vittorio Martusc elli (esposizione e raffronto con il Codice Italiano), Milano, Dott. A. Giuffrè, editora, 1946).

10. *O exemplo romano: propriedade e família. Poderio político e econômico*

A grandiosidade da civilização romana se edificou sobre a terra.

A família se fortificou, desde os mais remotos tempos, sobre a terra. (Vd. Fustel de Coulanges, *A Família Antiga*).

As *gentes* romanas eram instituições de cunho político e militar. Foram elas, reunidas, que deram vigor à Roma republicana para expandir-se militarmente e conquistar toda a península itálica e depois estender o poderio romano à África, Ásia e Europa Ocidental e Oriental, estabelecendo as bases do futuro Império.

O poderio romano repousou primordialmente sobre uma organização rígida da família, da propriedade (*Adversus hostis aeterna auctoritas*) e da liberdade. Referimo-nos à Roma da República, não à da Realeza nem à do Império. O Império foi um herdeiro das grandezas da República.

Essas as três pilastras em que repousa a grandiosidade das nações: a liberdade, a propriedade e a família. Talvez por isso é que a Igreja, em sua milenar sabedoria, prega o fortalecimento da família e a distribuição equânime da propriedade. Referimo-nos à Igreja encarnada na palavra do Santo Padre João Paulo II, não às igrejas paralelas que se autoqualificam de progressistas e libertárias, sem sê-lo.

11. *Conclusões*

A América Latina, especialmente o Peru e o Brasil, nos tempos que correm, precisa elaborar códigos civis de acordo com a realidade ambiental, aplicável a toda a vasta extensão social e não somente a uma pequena parcela.

Para que isso aconteça convém erguer da lama em que se encontram milhões de seres humanos, sem patrimônio, sem família e sem liberdade.

Para que isso aconteça não se faz necessário retirar bens dos que os exploram para entregar a ociosos. Nossas nações são detentoras de imensas áreas territoriais devolutas, inexploradas. No Brasil dispomos dos

cerrados, nos Estados Centrais e de vastas campinas na Amazônia, objeto de cobiça internacional e em condições de abrigar milhões de famílias sem-terra existentes no Sul, no Centro e no Nordeste brasileiro.

No entanto, o que se verifica é que os arautos da chamada "reforma agrária", em vez de darem atenção a essas vastas extensões territoriais desertas, organizando planos de ocupação, preferem atacar a propriedade privada já titulada ou ocupada imemorialmente, gerando um conflito social pré-fabricado, com intenções políticas deletérias.

É o que se passa no Brasil. Possuímos áreas à margem esquerda do rio Amazonas maiores do que muitas nações deste e de outros continentes, sem florestas, com campos naturais, propícias à vida humana. Tão propícias que despertaram a atenção dos sábios franceses Hensi Coudreau e Jules Nicolas Crévaux, no passado. O primeiro chegou a sugerir a criação de uma França Equinocial, deslumbrado que estava com tanta grandiosidade. Não só na margem esquerda do Amazonas, na margem direita por todos os lados existem territórios capazes de abrigar uma nova civilização. Que fazem, no entanto, os reformadores, tocados por matrizes internacionais? Apregoam a não-ocupação de áreas vazias, enquanto pretendem desalojar aqueles que já se acham alojados, sob a alegação de serem proprietários de latifúndios.

A legislação brasileira constante do chamado Estatuto da Terra contém normas a respeito do conceito de latifúndio, variável quanto ao aspecto físico e o aspecto econômico, e aconselha medidas no sentido de adaptá-los às necessidades sociais de nossa época.

O que queremos pôr em relevo, todavia, é a existência de milhões de quilômetros quadrados de terras abandonadas, consideradas *devolutas* e que não podem ser objeto de usucapião. Reconhecemos que as áreas de fronteiras e aquelas que forem necessárias à segurança nacional devem ser objeto dessa proibição. As demais, não. Faz muitos anos vimos defendendo a tese de que as terras rurais devolutas precisam ser subordinadas ao regime da enfiteuse, aforamento ou aprazamento, única maneira de retirá-las do comércio grileiro e torná-las úteis e produtivas. As palavras caem no vácuo.

Acreditamos que o Peru apresenta alguns aspectos semelhantes aos do Brasil, com consideráveis massas humanas desprovidas de bens imóveis, sem teto, sem instrução e, conseqüentemente, sem liberdade. A terra e a instrução são os esteios da liberdade individual.

A instituição do Bem de Família Rural (*Homestead*) é outra providência que poderá ser tomada urgentemente, a fim de amarrar o pequeno produtor, o *servus terrae* da nossa atribulada era.

É deveras lamentável que numa época como a nossa, em que o homem sonda os espaços siderais, põe os pés na Lua e envia satélites artificiais para o espaço cósmico, enfrentando a obra de Deus, é lamen-

tável, que olhando em redor, ainda se vejam milhões de homens, mulheres e crianças sem teto, sem escolas e sem liberdade.

Nossos Códigos Civis, portanto, contêm esse defeito originário: não alcançam toda a sociedade, aplicam-se apenas a uma minoria privilegiada, existem mas não têm vida. Daí essa corrida em busca de reformas e mais reformas, aqui e alhures, sem qualquer resultado. Não adianta empilhar artigos quando, dois ou três apenas, seriam suficientes para distribuir melhor um patrimônio que é de todos e não de poucos.

E com isso gerar a liberdade e a felicidade dos povos.

Tal tem sido o fracasso dos códigos civis, que uma corrente de jusfilósofos propõe hoje em dia a descodificação do Direito. A multiplicação de diplomas em vez da unificação.

A raiz do problema, em nosso entender, não está na forma, mas no conteúdo, na substância e no espírito das leis, que devem aplicar-se a toda a sociedade e não apenas a uma parcela.

Para que tal resultado seja obtido é necessário elevar o nível de vida dos deserdados da fortuna, oferecendo-lhes teto e instrução.

Só assim a Humanidade será mais feliz. É necessário atraí-los (os deserdados), para o vasto campo das proteções legais, do qual foram alijados em muitos séculos de discriminação.

Os recursos que se esvaem com o pagamento exorbitante de juros das dívidas externas poderiam ser aplicados nessa tarefa nobilitante de melhoria de condições de vida e de elevação social. Aliada essa aplicação à distribuição das terras devolutas e instrução e saúde, principalmente da infância, novas perspectivas se abririam para o mundo do futuro.

Uma sociedade em que a maioria da população é pobre, enferma e inculta não merece sequer o luxo de ter um código civil. Para quê? Para servir à cúpula da sociedade?

Bibliografia

SESSAREGO, Carlos Fernandez / QUIROS, Carlos Cardenas. Estudio preliminar comparativo de algunos aspectos del CC peruano de 1984 en relación con el CC italiano. Cultural Cuzco S.A. Lima, Peru, 1986, pp. 99 e ss.

RIPERT, Georges. O regimen democrático e o Direito Civil moderno. Trad. de J. Cortezão, Liv. Acadêmica, Saraiva & Cia., SP, 1937.

LESCURE, Jean. Étude sociale comparée des régimes de liberté et des régimes autoritaires. Ed. Domat-Montchrestien. Paris, 1946.

HEGEL, Federico Guillermo. Filosofia del Derecho. Editorial Claridad. Buenos Aires, 1968.

SAVIGNY, F. C. von. De la vocation de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho. Editorial Atalaya, Buenos Aires, 1946.

- GEORGE, Henry.** Progreso e pobreza. Trat. do inglês por Américo Werneck Jor. Gráfica Editora Aurora Ltda., Rio, 1946.
- MEIRA, Silvio.** Curso de Direito Romano — História e Fontes. Ed. Saraiva. SP, 1975.
- PLANIOL.** Traité élémentaire de droit civil, 12^e ed., Paris.
- BEVILAQUA, Clóvis.** Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado. Liv. Francisco Alves, Rio, 1955.
- FREITAS, Augusto Teixeira de.** Esboço (Código Civil), ed. do Ministério da Justiça, 1952.
- CAPUA, Andrea / BATTAGLINI, Mario / MARTUSCELLI, Vittorio.** Il Codice Civile della Russia Sovietica, Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 1946.
- MENGER, Anton.** El derecho civil y los pobres. Versión de Adolfo G. Posada. Ed. Atalaya, Buenos Aires, 1947.
- BEVILAQUA, Achilles.** Código Civil Brasileiro Anotado. Ed. Leite Ribeiro, Rio, 1929.
- SCHIPANI, Sandro.** El Código Civil Peruano de 1984 y el Sistema Jurídico Latinoamericano. Cultural Cuzco S. S. Ed. Lima, Peru, pp. 40 e ss.
- Código Civil da República Portuguesa, Imprensa Nacional de Lisboa, 1966.
- Código Civil Brasileiro Atualizado. Ed. Aurora, Rio, 1972.
- Código Civil de Cuba. Cultural S.A., Habana, 1940.
- Code Civil et Code des Obligations. Payot & Cie., Paris, 1937.
- Código Civil. Edición Oficial. Ministerio de Justicia, Lima, Peru, 1984.
- Código Civil Español. Reformado. Imprenta de la revista de legislación. Madrid, 1889.
- Código Civil Autorizado. No oficial. RD nº 002-85-JUS/DGAJ. Lima, Peru.
- Índice Analítico de la Constitución Política del Perú de 1979. Editorial Andina, Lima, 1981.
- El Código Civil Peruano y el sistema jurídico latinoamericano. Cultural Cuzco, 1986.
- BURGERLICHES GOSUZTBUCH.** (Selweitzers Textausgaben). Mit Abdruck der zitierten Gesetzesstellen. München, Berlin u. Leipzig. J. Schweitzer Verlag, 1914.
- Travaux de la Commission de Réforme du Code Civil. Lib. du Recueil, Sirey, Paris, 1947-1948.
- Código Civil para el Distrito Federal (México). Colección Chapultepec, 1978.
- MARTINEZ PAZ, Henrique.** Dalmacio Velez Sarsfield y el Código Civil Argentino. Bautista Cubas, ed. Córdoba, 1916.
- Codice Civile Italiano. Ed. Ulrico Hoepli, Milano, 1975.
- CORREA, Marcial Rubio.** Abuso del derecho (para leer el Código Civil). Pontificia Univ. Católica del Peru. Fondo editorial, 1985.
- SESSAREGO, Carlos Fernandez.** La desaparición en el nuevo Código Civil de 1984. (Para leer el Código Civil). Pont. Univ. Cat. del Peru. Fondo editorial, 1985.
- CONSENTINI, Francesco.** La réforme de la législation civile. Lib. Gén. de Droit & de Jurisprudence, Paris, 1913.
- Les codes de la Russie Sovietique. Lib. Gen. de Droit et Jurisp., Paris.
- Code Civil. Lib. Dalloz, Paris, 1926.

A Ética Sanitária na Constituição Brasileira

SUELI GANDOLFI DALLARI

Advogada. Doutora em Saúde Pública. Coordenadora Científica do Núcleo de Pesquisa em Direito Sanitário da Universidade de São Paulo

SUMÁRIO

1. *A evolução semântica: ética, moral e deontologia.*
2. *A bioética e a ética sanitária.*
3. *Ética e direitos humanos.*
4. *Da conveniência e oportunidade de se legislar em matéria de ética sanitária: a experiência francesa.*
5. *O abrigo constitucional das normas éticas sanitárias no Brasil em 1988.*
6. *Conclusão.*

Os últimos anos do século vinte assistem ao renascimento da preocupação ética ou moral com vigor comparável àquele que a expurgou das discussões triviais com a chegada do Racionalismo. Sem dúvida, em todos os campos da atividade humana multiplica-se o emprego do termo, geralmente qualificado com o adjetivo que designa essa área específica. Aparecem, então, referências à ética econômica, à ética sanitária, à ética na política ou à ética em pesquisa. Com efeito, a reflexão ética e filosófica acompanhou a história do Homem, tendo Sócrates¹ afirmado, ainda em seus albores, que o fundamento da moral é a antropologia. Isto é, a ética baseia-se no conhecimento da natureza humana, que dirige as ações das pessoas em sociedade.

1 PLATON. *Premiers dialogues premier Alcibiade*. Paris: Flammarion, 1967.

O emprego indiferente dos termos moral e ética era comum na Antigüidade, variando apenas em virtude do idioma adotado. Pode-se logicamente supor que caso Aristóteles houvesse escrito sua ética à Nicômaco em latim, esta denominar-se-ia Moral à Nicômaco. Isto porque tais termos compreendiam tanto os costumes como os códigos destinados a reger a conduta humana e a exortação à sua obediência e, ainda, a reflexão filosófica sobre tais costumes e comportamentos e os códigos que os regulam. Houve tentativas de identificar sentidos diferentes que separariam, então, essa analogia. Em geral pode-se tomar a entrada na língua portuguesa como exemplo daqueles ensaios. Ainda no século quinze, por derivação latina do nome grego, ética “é o ramo de conhecimento que estuda a conduta humana, estabelecendo os conceitos do bem e do mal, numa determinada sociedade em determinada época”. Já o termo moral, diretamente derivado do latim, apresenta significado em português — “conjunto de regras de conduta” — apenas em 1813². E essa é a experiência histórica: culturas com maior influência católica privilegiam o uso do termo moral, assim como onde predomina o protestantismo emprega-se com maior frequência o nome ética. Mantém-se, entretanto, na linguagem natural, a reserva do significado normativo e, portanto, mais próximo da filosofia, para a moral, destinando-se para a ética os aspectos práticos que correlacionam as reflexões morais às demais ciências³.

Quando se adjectiva a ética ou a moral com termos relativos à saúde, o tratamento tradicional tem sido extremamente restrito. Assim, ainda se encontram inúmeros compêndios de deontologia, em sua quase totalidade corporativos. É interessante notar que esse substantivo, criado com base no grego, supõe o “estudo dos princípios, fundamentos e sistemas da moral”³, não implicando necessariamente, portanto, um reducionismo profissional. Cunhado por Bentham em sua obra *Deontology or the science of morality*, de publicação póstuma (1834), o termo comportava dois significados: o que se deve fazer — sem indagar das conseqüências — e o que convém ser feito em razão de uma finalidade. A moral do autor privilegiava o último desses sentidos, incluindo-o entre os “utilitários”. É possível que sua insistência no rigor do raciocínio ético, no momento em que se afirmava o cientificismo newtoniano, tenha dado o mote para as visões morais limitadas pelos horizontes de cada ramo do conhecimento. O fato contemporâneo é que o estudo sistemático dos comportamentos humanos adequados relativos à saúde e das regras que os modulam tem se restringido ao exame dos códigos de deontologia médica. Raramente

2 CUNHA, A. G. da. *Dicionário etimológico da língua portuguesa*. Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1982.

3 SERRES, M. *Génétique, procréation et droit*. Actes du colloque, Paris: ACTES SUD/Hubert Nyssen, 1985, p. 137.

a ele são incorporados os códigos deontológicos, muito semelhantes, de outras profissões que atuam na área sanitária.

Ora, o desenvolvimento explosivo dos conhecimentos e da tecnologia em biologia, com imediata aplicação médica, obriga a uma reflexão verdadeiramente ética, considerando a totalidade do comportamento humano em sociedade. Contudo, a humanidade retorna lentamente à compreensão de sua natureza política, começando — no campo da saúde — a empregar, nos anos sessenta deste século, o termo bioético como expressão do reconhecimento da incapacidade dos conceitos anteriormente populares adequarem-se às novas situações, essencialmente multidisciplinares⁴. De trabalhos realizados com seriedade científica e real preocupação social destinados ao estudo da bioética, podem-se extrair os seguintes elementos que a definem: um campo de prática e reflexão, provocado pelo desenvolvimento tecnológico, essencialmente casuístico e orientado para a tomada de decisão, em uma sociedade pluralística, exigindo tratamento pluridisciplinar e democrático⁵. Talvez o maior obstáculo à ampla aceitação do conceito bioético encontre-se na incompatibilidade de alguns dos termos que o definem. Não se pode logicamente admitir que uma reflexão limitada ao desenvolvimento da tecnologia biomédica alcance todo o conteúdo de democracia. A reflexão moral no campo da saúde deve envolver, por exemplo, a discussão sobre quem deve viver, tratando de questões de economia e política de saúde⁶. Essa é uma das razões que tornam mais adequado à exigência democrática o conceito, ainda pouco difundido, de ética sanitária⁷.

Um honesto estudioso contemporâneo da moral não pode admitir qualquer dúvida sobre o caráter essencialmente político (ou social) das questões éticas derivadas das ciências da vida. Assim, configura-se a necessidade de definição concreta das regras que devem proteger tanto as pessoas face às práticas que decorrem dos avanços científicos e técnicos como a aquisição de novos conhecimentos que podem aumentar o bem-estar dos membros de determinada sociedade. Não é possível, portanto, aceitar-se o silêncio da sociedade, sua omissão na fixação das grandes normas que fundamentam o poder das ciências da vida e da saúde sobre as pessoas. Na mais típica arena hodierna os mesmos atores caracterizam dois competidores clássicos: os cientistas que querem ver minuciosamente legisladas as questões morais, recorrendo aos juristas para evitar hipóteses de chamamento aos tribunais, e os cientistas que não desejam ver o que retêm como sua responsabilidade (dever ético) profissional ser objeto da discussão dos leigos.

4 *The teaching of bioethics. Report of the Commission on the teaching of bioethics.* The Hastings Center, 1976.

5 BOURGÉAULT, G. *L'éthique et le droit: face aux nouvelles technologies bio-médicales.* Bruxelles: De Boeck-Wesmael, 1990, pp. 25-34.

6 FUCHS, V. R. *Who shall live?* New York: Basic Books, 1983.

7 Uma das disciplinas do Curso de Especialização em Direito Sanitário da Universidade de São Paulo.

É importante compreender que a exigência de regulamentação não implica consenso. Todas as pessoas envolvidas, isto é, os cientistas "materiais", humanos ou sociais e os políticos e a sociedade que representam, evidenciando os conflitos e as contradições que informam suas próprias convicções sobre as questões éticas, abrem o caminho para uma regulamentação de controle das ciências da vida. A crise dos fundamentos da moral, identificada filosoficamente como crise metafísica, significando ausência de dogmatismos, foi a razão mesma do grande crescimento científico. A liberdade de opinião e de pesquisa, desenvolvida no espaço assim criado, busca agora um fundamento, um limite legítimo para agir. Confrontando-se aos perigos da generalização, que reduzem os valores a noções tão vagas que inúteis, a filosofia moral procura precisar seus princípios universais por meio da Razão. Tal objeto não é, contudo, idealizado. Ao contrário, sua unidade é construída no diálogo, na tolerância que possibilita real pluralismo de idéias. Po isso, é mais importante para a normatização ética o esclarecimento de posições contrárias que a demonstração de uma evidência, pois, se assim não fosse, inexistindo escolha não haveria responsabilidade nem moral⁸.

Ao tempo em que não se pode ignorar a indubitável necessidade de conciliação em matéria ética, se exige que o acordo derive da mais livre e aberta discussão com o emprego de argumentos racionais, próprios aos membros de cada grupo (religioso, econômico, político, cultural) que compõe determinada sociedade, em dado momento. Tal atomização social confronta a Contemporaneidade, complexa e internacional, que arguiu o Homem sobre problemas cuja solução exige tratamento interdisciplinar e transcultural. Nessa situação o equilíbrio possível pode ser encontrado nos Direitos Humanos, convergência da Razão e da moral, que visam reconhecer e proteger a Humanidade em cada pessoa⁹. Aqui, também, é preciso lembrar a evolução semântica da expressão. Uma vez, antigamente, se admitiu o fundamento natural dos Direitos Humanos, tendo Sófocles afirmado que a observação da história do Homem — animal social¹⁰ — revela a existência de direitos que lhe são naturais¹¹. Tal entendimento nunca foi desprezado. Sofreu apenas variações quanto aos possíveis intermediários, passando de Deus à Razão e ao Estado. Assim, embora Antígona tenha podido opor seu argumento ao rei de Tebas — Créon —, pois os Direitos Humanos não eram estatalmente legislados, os tempos modernos dificultaram essa oposição quando procuraram a "forma de associação que defenda e proteja, de toda a força comum, a pessoa e os bens de cada

8 PERELMAN, P. *Introduction historique à la philosophie morale*. Bruxelles: Editions de l'Université de Bruxelles, 1980, pp. 199-207.

9 DUPUY, R. J. Collège de France, leçon inaugurale, 22 février 1980, p. 22.

10 ARISTÓTELES. *A política*. Rio de Janeiro: Edições de Ouro, 1965.

11 SÓFOCLES. *A Antígona*. São Paulo: Alarico, 1952.

associado, e pela qual, cada um, unindo-se a todos, não obedeça, portanto, senão a si mesmo ficando assim tão livre como d'antes"¹². O reconhecimento internacional, completado na segunda metade do século vinte, estimulou a exclusividade da formalização legislativa desses direitos pelos Estados. Assim, hoje se espera do Estado tanto que limite sua atuação para não lesar as liberdades pessoais quanto que haja decisivamente para garantir a proteção da dignidade e dos direitos dos mais fracos. Todos direitos eminentemente pessoais, que não deixam de comportar o tratamento ético derivado de seu fundamento antropológico e racional.

O abrigo constitucional dos Direitos Humanos não afastou a disputa em torno da opção pela normatização legal da ética sanitária. Sem dúvida o exemplo mais referido pelos dois contendores nessa arena é a experiência francesa. A partir da criação do *Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé*, por um decreto do Presidente da República, em 23 de fevereiro de 1983 (Décret n.º 83-132), a discussão sobre a suficiência da moral e do direito positivo para garantir que os avanços técnicos e científicos respeitem a dignidade essencial das pessoas lhe foi delegada. Optou-se, então, por uma organização especializada no tratamento das questões éticas levantadas pela pesquisa no campo das ciências da vida e da saúde, sem qualquer subordinação a partidos políticos, de composição pluralista e pluridisciplinar, sem pretender esgotar toda a representação formal dos grupos sociais, cujos membros, ainda que delegados de suas instituições, são designados em caráter pessoal e renovados parcialmente a cada dois anos. É indispensável notar que suas recomendações têm valor consultivo e que o voto majoritário não obriga o *Comité*. Bem ao contrário. Caso não se alcance decisão unânime, os votos divergentes devem ser publicados, esgotando os argumentos postos. Aliás, a publicidade das recomendações e debates faz desse organismo importante fonte de documentação e informação.

Considerando a hipótese da matéria requerer adaptação legislativa, especialmente pelo exame dos estudos apresentados nas conferências anuais sobre os problemas éticos no campo das ciências da vida e da saúde, das instruções contidas nos processos técnicos e das recomendações elaboradas pelo *Comité*, o Primeiro Ministro solicitou ao Conselho de Estado um aprofundamento da reflexão no plano jurídico¹³. Essa tarefa foi cumprida pela Seção de estudos e relatórios que constituiu um grupo de trabalho com especialistas do direito público e privado, membros do Conselho de Estado e da Corte de Cassação e professores de direito, presidido por Guy Braibant, que apresentou o estudo "Da ética ao direito", com a seguinte observação inicial sobre seu papel:

"O Conselho não deve se substituir ao Governo, menos ainda ao Parlamento que deverá sem dúvida se pronunciar sobre

12 ROUSSEAU, J. J. *O contrato social*. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, s. d., p. 19.

13 Carta ao Conselho de Estado, de 19 de dezembro de 1986.

muitos dos problemas estudados. Ele deve apenas assumir seu papel de conselheiro jurídico colocando os problemas com a maior clareza e precisão possíveis, indicando quais são as mais sólidas opções em direito e quais são suas implicações, limitando-se por vezes a descrever uma alternativa e as modalidades de cada um de seus ramos. As escolhas definitivas pertencem à opinião pública e aos poderes públicos; o presente relatório tem por objeto seu esclarecimento.”¹⁴

Imediatamente após receber aquele relatório o Primeiro-Ministro, convencido da urgência de dar à pesquisa, à medicina e às famílias segurança jurídica, solicitou ao presidente Braibant a criação de um grupo de trabalho que apresentasse um anteprojeto de Lei na matéria, ainda para a sessão legislativa de 1989¹⁵. Essa foi a origem do “Anteprojeto de Lei sobre as ciências da vida e os direitos do homem”, amplamente discutido pela sociedade francesa, que tomou por base as declarações de direitos do homem, os trabalhos dos grandes organismos internacionais, as recomendações dos grandes processos ou conferências e as propostas do Conselho de Estado, no relatório “Da ética ao direito”. E definiu os seguintes princípios orientadores:

“A distinção entre as pessoas e as coisas e a impossibilidade de assemelhar os elementos ou produtos do corpo humano aos bens; a inviolabilidade e a indisponibilidade do corpo; a dignidade da pessoa humana, esteja ela viva ou morta; o respeito das estruturas familiares existentes; o direito aos cuidados e o direito à vida privada; a liberdade de pesquisa e a proteção da espécie humana.”¹⁶

Temeroso de que os franceses não se encontrassem ainda suficientemente informados sobre os aspectos jurídicos e práticos da regulamentação legislativa da moral sanitária, o governo voltou a solicitar os préstimos do Conselho de Estado, agora por um de seus *Mâtres des Requêtes*, para realizar um estudo que, analisando as experiências de outros Estados e a internacional, formulasse sugestões que fossem úteis à reflexão sobre o problema na França¹⁷.

No Brasil a necessidade de normatização legislativa da ética sanitária tem sido pouco discutida. Entretanto, em consequência da aceitação dos

14 CONSEIL d'Etat: section du rapport et des études. Sciences de la vie. *De l'éthique au droit*. Paris: La Documentation française, 1988, p. 8.

15 Carta ao Président de la section du rapport et des études, Conseil d'Etat, de 5 de setembro de 1988.

16 BRAIBANT, G. *Rapport de presentation*. Avan-projet de loi sur les sciences de la vie et les droits de l'homme (mimeo), p. 4.

17 Carta do Primeiro Ministro, de 16 de outubro de 1990.

Direitos Humanos como o limite mínimo à atuação do Estado, muitas das questões morais no campo da saúde ganharam foro constitucional, quando da promulgação, em 1988, da nova Lei Magna. Assim, os aspectos econômicos da ética sanitária — examinados superficialmente — inspiraram a introdução do postulado moral do valor prioritário do interesse geral em matéria de saúde pública. Afirmou-se constitucionalmente o direito de todos ao "acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua (da saúde) promoção, proteção e recuperação" (Constituição Federal, artigo 196). Percebe-se nessa fórmula a recepção da justiça social, expressa no direito de aceder aos cuidados. Entretanto, a mesma conferência, realizada pela Organização Mundial de Saúde (OMS) em conjunto com o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) em Alma-Ata, em 1978, reconheceu que os Estados devem fornecer os meios materiais para a efetivação do direito à saúde. Ora, a assunção ética da primazia da saúde pública implica que, para alguns casos (doenças raras ou cujo tratamento não é conveniente ou existe apenas em outro Estado) os critérios econômicos, especialmente em relação à pesquisa, conduzirão à eliminação dessa prioridade. Por outro lado, a ineludível primazia de certos trabalhos de pesquisa não pode ser submetida à noção de rentabilidade que deve orientar a repartição dos recursos desse item orçamentário. Tais posições ainda não foram esclarecidas para o povo brasileiro, que necessita da informação para formar seu conhecimento racional sobre a melhor opção. Deve-se reconhecer, todavia, que o constituinte opôs à exigência de incremento do desenvolvimento científico e tecnológico a necessária participação da comunidade (C.F. art. 200, V c/c art. 218 e art. 198, III), criando um fórum propício àquela discussão ética. Repetindo o dispositivo geral que afirma a inexistência de discriminações pessoais, a igualdade de todos perante a lei, a Constituição de 1988 declara a igualdade no campo da saúde (C.F. art. 3.º, IV c/c art. 5.º e 196). Entretanto muito ainda resta ser clareado para a opinião pública sobre, por exemplo, as razões das leis prevendo tratamentos ou internações compulsórias.

Outro postulado de ética sanitária abrigado na Constituição brasileira reza que a dignidade do ser humano é inseparável da sua integridade corporal. De fato, a Lei Maior considera a dignidade da pessoa humana fundamento da República, impede a prática de tortura ou de tratamento desumano ou degradante e a aplicação de penas cruéis, assegurando — mesmo aos presos — o respeito à integridade física e moral, veda qualquer tipo de comercialização de órgãos, tecidos e substâncias humanas, inclusive o sangue e seus derivados e obriga o Poder Público a preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e a fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético (C.F. art. 1.º, III c/c art. 5.º, III, XLVI e XLIX, art. 199, § 4.º, art. 225, § 1.º, II). Algumas questões inquietantes surgem do exame percuciente de tal postulado

como, por exemplo, a necessidade da estrita regulamentação da pesquisa em seres humanos. Talvez não seja exagero afirmar que todos os cientistas são concordes nesse ponto. Entretanto, certamente discordam do conteúdo de muitas das normas que devem compor tal código moral. Assim, as posições definidas com respeito aos julgamentos de Nürnberger recomendam prudência e submissão à ética para evitar o risco do "racismo" do futuro, expresso no aperfeiçoamento da espécie. Do outro lado, pesquisadores convencidos da importância de seu trabalho duvidam da necessidade de salvar o homem das ameaças advindas dos avanços científicos. Afinal, o que é essa "essência humana" que se quer proteger? Quem a conhece e pode legitimamente contestar a contribuição imprescindível que vem sendo trazida pela descoberta das leis — até então desconhecidas — que caracterizam o homem como homem? Esse temor, dizem, está a revelar o conflito de poder entre os atores conservadores e os progressistas¹⁸. Afirma-se que a experimentação com seres humanos é necessariamente imoral e moralmente necessária. Ou que tal ensaio é um contra-senso, pois significa partir da desconsideração da humanidade do homem objeto da pesquisa¹⁹. E os problemas de manipulação do patrimônio genético não podem se restringir ao homem, mas devem se estender ao seu ambiente, que já se sabe influi na qualidade da vida humana. Trata-se, portanto, de conhecer detalhadamente a finalidade dessas pesquisas para que as únicas variáveis incontrolláveis permaneçam sendo os riscos de disseminação involuntária de vírus ou de disseminação voluntária por modificação incontrollável do ecossistema a partir de microorganismos.

A opção pela não-aceitação — em qualquer hipótese — da comercialização do corpo humano ou de parte dele implica considerações econômicas que muitas vezes afrontam a ética sanitária. Sem dúvida existe um mercado para os produtos decorrentes das pesquisas biológicas. É igualmente inegável que a participação em algumas dessas pesquisas acarreta ônus financeiro para os pesquisados. E que a conceituação econômica de bem faz com que, devido à escassez, os órgãos e tecidos humanos, que satisfazem necessidades tanto de tratamento médico, como de pesquisa para o desenvolvimento de medicamentos, permitem que se lhes determine valor no mercado. Todavia enquanto propugna a dignidade da pessoa humana, a moral sanitária não se submete às necessidades econômicas. Reconhecendo a importância social, por exemplo, da doação de órgãos e tecidos humanos, determina que tal noção seja amplamente disseminada, possibilitando a todos a racionalização ética sobre a matéria. E a indispensabilidade dos bens e produtos de saúde reforça a necessária intervenção

18 NAISSE, J. Une régulation sociale de la seule recherche biomédicale? in MOULIN, M. *Contrôler la science la question des comités d'éthique*. Bruxelles: De Boeck — Wesmael, 1990, pp. 165-174.

19 *La personne humaine face au développement des sciences biomédicales*. Facultés de Droit, de Médecine et Pharmacie et du Centre Hospitalier Régional et Universitaire de Poitiers. Paris: Litec, 1989.

econômica e financeira do Estado na pesquisa e prestação de cuidados sanitários²⁰. Quanto ao respeito à integridade, que implica a interdição das penas e tratamentos cruéis, é oportuno lembrar o conflito fundado na herança grega, ou greco-latina, e hebraica que marca a cultura dita "ocidental". De fato, à possibilidade de separar corpo e alma e à primazia dada à última por Platão e retomada claramente por Descartes opõe-se a globalidade do ser humano hebreu²¹. Assim, a experimentação de um novo medicamento é aceita naturalmente por um pesquisador e recusada por outro nas mesmas condições. A comunidade internacional relutou em afirmar o respeito à integridade física, decorrência lógica da Razão e, portanto, norma de ética sanitária. Especialmente quando confrontada ao direito ao respeito das identidades culturais. O evoluir dos pronunciamentos da OMS sobre a infibulação é exemplar. Em 1959, em nome do respeito à identidade cultural dos Estados, a Organização negou sua competência para o estudo da matéria e em 1976 condenou essa prática por atentar contra o direito à saúde²².

Também encontrou abrigo na Constituição brasileira o direito à liberdade informatizada, que integra postulado importante da moral sanitária. Elaborado por derivação do direito à privacidade, definido como direito subjetivo próprio à sociedade de massas, requeria do Estado, inicialmente, o máximo respeito à liberdade individual e à intimidade da pessoa. A possibilidade de recolher e tratar dados pessoais em arquivos eletrônicos, porém, estendeu sua compreensão: a liberdade negativa de informação com respeito a tais arquivos e a liberdade positiva de controlar os dados referentes à própria pessoa neles registrados²³. O constituinte de 1988 reconheceu o direito à intimidade, ao acesso à informação derivada de particulares ou dos órgãos públicos e previu um remédio jurídico — *habeas data* — eficaz para assegurar o conhecimento de informações pessoais constantes de registro ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público e para a retificação desses dados (C.F., art. 5.º, X, XIV, XXXIII e LXXII). Logicamente o consentimento, que é a base moral da liberdade informatizada, pode ser egoísta? Isto é, quando se trata da ética sanitária, é objetivamente razoável, por exemplo, que se recuse a inclusão da informação sobre as características de interesse epidemiológico de uma pessoa portadora

20 SAUTIER, J. — R. *Éthique et économie de la santé* in LENOIR, N. *Aux frontières de la vie: paroles d'éthique*. Paris: La documentation Française, 1991, pp. 261-270.

21 DHORME, E. *L'emploi métaphorique des noms de parties du corps en hébreu et en akkadien*. Paris: La Pléiade, 1923.

22 TORRELI, M. *Le médecin et les droits de l'homme*. Paris: Berger-Lévrault, 1983, pp. 264-295.

23 FROSINI, V. *L'uomo artificiale: etica e diritto nell'era planetaria*. Milano: Spirali, 1986.

de determinada doença? Como garantir, por outro lado, o sigilo de informações tão delicadas quanto às que respeitam às condições físicas e psíquicas das pessoas, quando se conhecem as inúmeras possibilidades de geração de novas informações a partir dos dados inicialmente registrados?

Ora, a autonomia das pessoas é o fundamento da moral e a manutenção, prevenção e recuperação dessa autonomia no campo das ciências da vida e da saúde o objeto da ética sanitária²⁴. Assim, é absolutamente necessário que o consentimento para participar de qualquer pesquisa ou fornecer qualquer material ou informação relacionada à vida ou à saúde das pessoas seja completamente esclarecido. É indispensável que o acordo para a realização de tais operações mantenha a autonomia dos que a elas se submetem, permitindo, inclusive, o arrependimento. E que, em nenhuma hipótese, se forje um contrato quando as partes não são efetivamente livres, como no caso dos mentalmente incapazes ou dos presos, por exemplo. Exige-se, também, o respeito ao contratado. Isto é, quando o pesquisador consegue a adesão argumentando seja com a finalidade da experiência, seja com a preservação do sigilo das informações, todas as variáveis que podem afetar esse contrato devem ser adequada e suficientemente esclarecidas à pessoa que se submeterá à pesquisa.

Evidentemente as inúmeras questões relacionadas à ética sanitária foram apenas sugeridas neste trabalho. É indispensável que a reintrodução da moral avaliando todas as ações do homem em sociedade seja efetiva. Isto é, se espera que o conceito mais amplo — e original — de ética conduza à discussão dos comportamentos essenciais à vida e à saúde humana por todas as pessoas. Uma vez que tal debate não é privilégio de qualquer grupo de indivíduos, é exigência lógica a verdadeira participação de todos, que só pode ser conseguida pelo real conhecimento da matéria objeto da disputa. De fato, a objetividade da Razão, fonte dos Direitos Humanos, depende do esclarecimento da totalidade dos aspectos humanamente conhecidos dos comportamentos em questão para que a sociedade possa optar pela norma mais razoável. Insiste-se, portanto, na democracia como valor fundamental de qualquer regulamentação que se pretenda ética. A formalização legislativa das normas da moral sanitária não deve fugir a esse mandamento. Sem dúvida é bastante alvissareira a introdução no Texto Constitucional de direitos que encontraram o consenso da comunidade internacional, reconhecidos como Direitos Humanos. Entretanto, não se pode dispor da necessária discussão esclarecida em cada sociedade determinada sobre o valor das ciências da vida e da saúde e da utilidade — e extensão — de sua regulamentação legal. Cumpre a todos aqueles que dispõem de informações e saberes a responsabilidade moral — e política, portanto — de reparti-las socialmente para que se possa dialeticamente construir a ética sanitária.

24 MALHERBE, J. — *F. Pour une éthique de la médecine*. Paris, Larousse, 1987.

Lei Portuguesa de Prevenção, da Reabilitação e da Integração do Deficiente

LEI N.º 9/89, DE 2 DE MAIO

Lei de Bases da Prevenção e da Reabilitação e Integração das Pessoas com Deficiência.

A Assembléa da República decreta, nos termos dos artigos 164.º, alínea d, e 169.º, n.º 2, da Constituição, o seguinte:

CAPÍTULO I

Disposições Gerais

ARTIGO 1.º

Objectivos

A presente lei visa promover e garantir o exercício dos direitos que a Constituição da República Portuguesa consagra nos domínios da prevenção da deficiência, do tratamento, da reabilitação e da equiparação de oportunidades da pessoa com deficiência.

ARTIGO 2.º

Conceito da Pessoa com Deficiência

1 — Considera-se pessoa com deficiência aquela que, por motivo de perda ou anomalia, congénita ou adquirida, de estrutura ou função psicológica, intelectual, fisiológica ou anatómica susceptível de provocar restrições de capacidade, pode estar considerada em situações de desvantagem para o exercício de actividades consideradas normais tendo em conta a idade, o sexo e os factores sócio-culturais dominantes.

2 — As pessoas com deficiência não constituem grupos homogéneos, pelo que exigem a definição de respostas específicas que vão ao encontro das suas necessidades diferenciadas e identificáveis.

3 — A identificação da situação de deficiência e conseqüente orientação e encaminhamento decorrem de um diagnóstico precoce, que tem carácter multidisciplinar.

ARTIGO 3.º

Conceito de Reabilitação

1 — A reabilitação é um processo global e contínuo destinado a corrigir a deficiência e a conservar, a desenvolver ou a restabelecer as aptidões e capacidades da pessoa para o exercício de uma actividade considerada normal.

2 — O processo de reabilitação envolve o aconselhamento e a orientação individual e familiar, pressupondo a cooperação dos profissionais aos vários níveis sectoriais e o empenhamento da comunidade.

CAPÍTULO II

Da Política de Reabilitação

ARTIGO 4.º

Princípios Fundamentais

1 — A política de reabilitação obedece aos princípios da universalidade, da globalidade, da integração, da coordenação, da igualdade de oportunidades, da participação, da informação e da solidariedade.

2 — A universalidade pressupõe que se encontrem formas adequadas de resposta às necessidades de todas as pessoas com deficiência, independentemente do tipo e grau de deficiência, da sua situação económica e social e da zona geográfica onde residam.

3 — A globalidade implica que a reabilitação seja um processo contínuo de respostas ao mesmo tempo sucessivas e simultâneas, de modo a respeitar o processo de evolução da pessoa e das suas necessidades.

4 — A integração traduz-se na assunção, por parte de cada departamento governamental, da responsabilidade por toda a população a que a sua política se dirige e pela adopção das medidas diferenciadas que a situação das pessoas com deficiência exige.

5 — A coordenação decorre da necessidade de uma estreita articulação entre todos os intervenientes no processo de reabilitação e de harmonização das medidas adoptadas.

6 — A equiparação de oportunidades impõe que se eliminem todas as discriminações em função da deficiência e que o ambiente físico, os serviços sociais e de saúde, a educação e o trabalho, a vida cultural e social em geral se tornem acessíveis a todos.

7 — A participação obriga à intervenção das pessoas com deficiência, através das suas organizações, na definição da política de reabilitação e na preparação das medidas dela decorrentes.

8 — A informação exige não só que a pessoa com deficiência e a sua família sejam permanentemente esclarecidas sobre os direitos que lhes assistem e as estruturas existentes vocacionadas para o seu atendimento, mas também que a sociedade em geral seja esclarecida sobre a problemática das pessoas com deficiência.

9 — A solidariedade pressupõe a responsabilização de toda a sociedade na prossecução da política de reabilitação.

CAPÍTULO III

Do Processo de Reabilitação

ARTIGO 5.º

Âmbito

O processo de reabilitação compreende medidas diversificadas e complementares nos domínios da prevenção, da reabilitação médico-funcional, da educação especial, da reabilitação psicossocial, do apoio sócio-familiar, da acessibilidade, das ajudas técnicas, da cultura, do desporto e da recreação e outros que visem favorecer a autonomia pessoal, nos termos dos artigos seguintes.

ARTIGO 6.º

Prevenção

1 — Ao Estado cabe promover, através dos organismos competentes, todas as acções necessárias que visem impedir o aparecimento ou agravamento da deficiência e anular ou atenuar os seus efeitos ou conseqüências.

2 — A prevenção é constituída por um conjunto de medidas plurisectoriais que visam impedir o aparecimento ou agravamento da deficiência e das suas conseqüências de natureza física, psicológica e social, nomeadamente o planeamento familiar e o aconselhamento genético, os cuidados pré, peri e pós-natais, a educação para a saúde, a higiene e segurança no trabalho, a segurança rodoviária e a segurança no domicílio e nas actividades desportivas e recreativas.

3 — A detecção precoce de malformações, de afecções congénitas ou adquiridas e de deficiências que possam surgir com o avanço na idade visa pesquisar as suas origens, evitar o seu agravamento e anular ou atenuar os seus efeitos.

4 — As medidas de despiste destinam-se a formular um diagnóstico o mais precocemente possível, com vista ao estabelecimento de um programa de tratamento de reabilitação.

ARTIGO 7.º

Informação e Fiscalização

Com vista à realização dos objectivos previstos no artigo anterior compete, nomeadamente, ao Estado:

1) Assegurar a realização de campanhas de informação junto das escolas, com vista à sensibilização dos jovens.

2) Incrementar campanhas de sensibilização da opinião pública para prevenir a sinistralidade por acidentes de viação, nomeadamente através dos órgãos de comunicação social e das escolas de condução, que devem, para o efeito, inserir nos seus programas conhecimentos sobre as causas e as conseqüências da falta de prevenção na condução.

3) Promover acções de informação e sensibilização da opinião pública para a adopção de comportamentos dissuasores do consumo de álcool, droga e tabaco e ainda da prática de automedicação.

4) Desenvolver campanhas de informação alertando para os perigos de acidentes domésticos e de lazer, designadamente quedas, intoxicações, queimaduras e afogamentos.

5) Assegurar, através dos serviços competentes, acções de fiscalização junto das empresas, com o objectivo de verificar se são observadas as regras mínimas de higiene e segurança no trabalho.

ARTIGO 8.º

Reabilitação Médico-Funcional

1 — A reabilitação médico-funcional é uma forma de intervenção programada de natureza médica e médico-educativa, que compreende o diagnóstico e um conjunto de tratamentos e de técnicas especializadas que tendem a reduzir as seqüelas do acidente, da doença ou da deficiência, restabelecendo as funções físicas e mentais, valorizando as capacidades remanescentes e restituindo, tão completamente quanto possível, a aptidão de um indivíduo para o exercício da sua actividade.

2 — As valências de medicina física e reabilitação serão incrementadas e alargadas, devendo, para o efeito, ser adoptadas as medidas necessárias.

ARTIGO 9.º

Educação Especial

1 — A educação especial é uma modalidade de educação que decorre em todos os níveis do ensino público, particular e cooperativo e que visa o desenvolvimento integral da pessoa com necessidades educativas específicas, bem como a preparação para uma integração plena na vida activa,

através de acções dirigidas aos educandos, às famílias, aos educadores, às instituições educativas e às comunidades.

2 — Sem prejuízo do disposto no número anterior, devem ser adoptadas as necessárias medidas de integração progressiva dos alunos do ensino especial no sistema normal de ensino.

ARTIGO 10.º

Reabilitação Profissional

1 — A reabilitação profissional tem por objectivo permitir à pessoa com deficiência o exercício de uma actividade profissional e compreende um conjunto de intervenções específicas no domínio da orientação e formação profissional, bem como as medidas que permitam a sua integração quer no mercado normal de emprego quer noutras modalidades alternativas de trabalho.

2 — Para efeitos do disposto no número anterior, devem ser adoptadas as medidas necessárias à melhoria da capacidade de resposta das estruturas regulares de formação profissional e do alargamento da rede de estruturas específicas de reabilitação profissional.

ARTIGO 11.º

Reabilitação Psicossocial

A reabilitação psicossocial compreende um conjunto de técnicas específicas integradas no processo contínuo de reabilitação, com vista a desenvolver, conservar ou restabelecer o equilíbrio da pessoa com deficiência e das suas relações afectivas e sociais.

ARTIGO 12.º

Apoio Sócio-Familiar

O apoio sócio-familiar destina-se a permitir à pessoa com deficiência os meios que favoreçam a sua autonomia pessoal e independência económica e a sua integração e participação social mais completas, garantindo simultaneamente o adequado apoio às famílias.

ARTIGO 13.º

Acessibilidade e Mobilidade

A acessibilidade visa eliminar as barreiras físicas que dificultam a autonomia e a participação plena na vida social.

ARTIGO 14.º

Ajudas Técnicas

As ajudas técnicas, incluindo as decorrentes de novas tecnologias, destinam-se a compensar a deficiência ou a atenuar-lhe as conseqüências e

a permitir o exercício das actividades quotidianas e a participação na vida escolar, profissional e social.

ARTIGO 15.º

Cultura, Desporto e Recreação

A cultura, o desporto e a recreação visam contribuir para o bem-estar pessoal e para o desenvolvimento das capacidades de interacção social.

CAPÍTULO IV

Da Responsabilidade do Estado no Processo de Reabilitação

ARTIGO 16.º

Intervenção do Estado

1 — O Estado garante a observância dos princípios consagrados na presente lei, em estreita colaboração com as famílias e as organizações não-governamentais.

2 — Para os efeitos do número anterior, é definida uma política nacional de reabilitação contendo as medidas a adoptar, bem como planos integrados de acção que encontrem desenvolvimento apropriado no âmbito das políticas sectoriais a levar a efeito pelos vários departamentos governamentais.

3 — As medidas sectoriais a definir devem ser efectivadas preferentemente no âmbito dos serviços regulares existentes, sem prejuízo do enquadramento adequado de todas as iniciativas particulares que visem os objectivos da presente lei.

4 — Compete ainda ao Estado a coordenação e articulação de todas as políticas, medidas e acções sectoriais, a nível nacional, regional e local, de modo a assegurar à pessoa com deficiência um atendimento contínuo, nomeadamente na transição entre as fases do processo de reabilitação e de integração.

5 — Para a prossecução do disposto nos números anteriores é assegurado o fomento de acções de informação e sensibilização, de investigação e de formação dos recursos humanos intervenientes no processo de reabilitação.

ARTIGO 17.º

Relações do Estado com as Instituições Particulares

1 — O Estado reconhece e valoriza a acção desenvolvida pelas instituições particulares e cooperativas de e para pessoas com deficiência, na prossecução dos objectivos da presente lei.

2 — O Estado, em relação às instituições particulares e cooperativas, promove a compatibilização dos seus fins e atividades com a política nacional definida e garante o cumprimento da lei, defendendo os interesses das pessoas com deficiência.

CAPITULO V

Da Participação dos Sistemas de Administração

ARTIGO 18.º

Serviço de Saúde

Os serviços de saúde devem garantir os cuidados de promoção e vigilância da saúde, da prevenção da doença e da deficiência, o despiste e o diagnóstico, a estimulação precoce do tratamento e a reabilitação médico-funcional, assim como o fornecimento, adaptação, manutenção ou renovação dos meios de compensação que forem necessários.

ARTIGO 19.º

Política de Educação

A política de educação deve garantir a integração nos estabelecimentos de ensino ou em instituições especializadas de pessoas com necessidades educativas especiais em condições pedagógicas, humanas e técnicas adequadas.

ARTIGO 20.º

Sistema de Segurança Social

O sistema de segurança social deve assegurar a protecção social da pessoa com deficiência através de prestações pecuniárias e modalidades diversificadas de acção social que favoreçam a autonomia pessoal e uma adequada integração na sociedade.

ARTIGO 21.º

Política de Orientação e Formação Profissional

A política de orientação e formação profissional deve habilitar as pessoas com deficiência à tomada de decisões vocacionais adequadas e prepará-las para o exercício de uma actividade profissional segundo modelos diversificados e englobar o maior número de sectores de actividade económica, tendo em conta as transformações tecnológicas do sistema de produção.

ARTIGO 22.º

Política de Emprego

A política de emprego deve incluir medidas, estímulos e incentivos técnicos e financeiros que favoreçam a integração profissional das pessoas com deficiência no mercado de trabalho e a criação de modalidades alternativas de actividades profissionais.

ARTIGO 23.º

Sector dos Transportes

O sector dos transportes deve adoptar medidas que garantam à pessoa com deficiência o acesso, circulação e utilização da rede de transportes públicos, sem prejuízo de outras modalidades de apoio social.

ARTIGO 24.º

Regime Legal de Urbanismo e Habitação

1 — O regime legal em matéria de urbanismo e habitação deve ter como um dos seus objectivos facilitar às pessoas com deficiência o acesso à utilização do meio edificado, incluindo os espaços exteriores.

2 — Para efeitos do disposto no número anterior, a legislação aplicável deve ser revista e incluir obrigatoriamente medidas de eliminação das barreiras arquitectónicas.

ARTIGO 25.º

Sistema Fiscal

O sistema fiscal deve consagrar benefícios que possibilitem às pessoas com deficiência a sua plena participação na comunidade.

ARTIGO 26.º

Política de Cultura, Desporto e Recreação

A política de cultura, desporto e recreação deve criar condições para a participação da pessoa com deficiência.

ARTIGO 27.º

Orçamentos

Os encargos decorrentes da aplicação desta lei devem ser inscritos nos orçamentos dos respectivos ministérios.

ARTIGO 28.º

Norma Revogatória

É revogada a Lei n.º 6/71, de 8 de Novembro.

Aprovada em 23 de Fevereiro de 1989.

O Presidente da Assembléa da República, VITOR PEREIRA CRESPO.

Promulgada em 14 de Abril de 1989.

Publique-se.

O Presidente da República, MÁRIO SOARES.

Referendada em 19 de Abril de 1989.

O Primeiro-Ministro, ANÍBAL ANTÓNIO CAVACO SILVA.

Lei Australiana de Tecnologia da Reprodução de 1988

Tradução:

ISTVAN VADJA
PATRÍCIA ZIMBRES
VANIRA TAVARES

Tradutores do Senado Federal

SUMÁRIO DAS DISPOSIÇÕES

PARTE I

PRELIMINAR

Seção

1. Título abreviado.
2. Entrada em vigor.
3. Interpretação.
4. Lei obriga a Coroa.

PARTE II

O CONSELHO SUL-AUSTRALIANO DE TECNOLOGIA DA REPRODUÇÃO

DIVISÃO I

O CONSELHO

5. Estabelecimento do Conselho.
6. Condições de nomeação.
7. Honorários e diárias.
8. Procedimento nas reuniões.
9. Declaração de interesse.

DIVISÃO II

AS FUNÇÕES DO CONSELHO

10. As funções do Conselho.
11. Funcionários.
12. Relatório anual.

PARTE III
LICENCIAMENTO

DIVISÃO I
SOLICITAÇÃO DE LICENÇA

13. Licença exigida para procedimentos de fertilização artificial.
14. Licença exigida para pesquisas médicas que envolvam experimentos com material reprodutivo humano.

DIVISÃO II
SUSPENSÃO OU CANCELAMENTO DA LICENÇA

15. Suspensão ou cancelamento da licença.

DIVISÃO III
RECURSOS

16. Recursos.

PARTE IV
MISCELÂNEA

17. Poderes da pessoa autorizada.
18. Sigilo.
19. Delitos sumários.
20. Regulamentações.

ANEXO
Disposição Transitória

ANNO TRICESIMO SEPTIMO
ELIZABETHAE II REGINAE

A.D. 1988

N.º 10, de 1988

Uma lei para regular a tecnologia e pesquisa sobre reprodução envolvendo experiências com material reprodutivo humano.

[Aprovada em 10 de março de 1988]

O Parlamento da Austrália do Sul promulga o que segue:

PARTE I
PRELIMINAR

1. Esta Lei pode ser citada como a "Lei de Tecnologia da Reprodução de 1988".

2. (1) Esta Lei entrará em vigor na data a ser estabelecida pela promulgação.

(2) O Governador poderá, na promulgação que estabelecer a data para esta Lei entrar em vigor, suspender a entrada em vigor de certas provisões desta Lei até data subseqüente estabelecida na promulgação, ou até data a ser estabelecida em promulgação subseqüente.

3. Quando nesta Lei aparecer, salvo intenção em contrário,

“procedimento de inseminação artificial”, significa qualquer procedimento médico objetivando a fertilização do óvulo humano por meio artificial e inclui o procedimento de fertilização *in vitro*;

“inseminação artificial” significa um procedimento de fertilização artificial (não sendo um procedimento cirúrgico ou *in vitro*) através do qual o esperma é introduzido, através de meio artificial, no sistema reprodutivo feminino humano;

“pessoa autorizada” significa uma pessoa autorizada pela Comissão a exercer os poderes de uma pessoa autorizada de acordo com esta Lei;

“o código de prática ética” significa o código de prática ética formulado pelo Conselho na Parte II;

“a Comissão” significa a Comissão de Saúde da Austrália do Sul;

“material reprodutivo humano” significa:

- (a) um embrião humano;
- (b) sêmen humano;
- (c) um óvulo humano;

“procedimento de fertilização *in vitro*” significa qualquer um dos seguintes procedimentos:

- (a) a remoção de um óvulo humano para a fertilização dentro ou fora do corpo;
- (b) o armazenamento de qualquer tal óvulo antes da fertilização;
- (c) a fertilização através de meios artificiais de qualquer tal óvulo dentro ou fora do corpo;
- (d) a cultura ou armazenamento de um óvulo fertilizado fora do corpo; e

(e) a transferência de um óvulo, fertilizado ou não, para dentro do corpo humano;

“tecnologia de reprodução” significa o ramo da ciência médica que trata da fertilização artificial.

4. Esta Lei obriga a Coroa.

PARTE II

O CONSELHO SUL-AUSTRALIANO DE TECNOLOGIA DA REPRODUÇÃO

DIVISÃO I

O CONSELHO

5. (1) Fica criado o Conselho Sul-Australiano de Tecnologia da Reprodução.

(2) O Conselho é formado por onze membros designados pelo Governador e desses:

(a) um será indicado pelo Conselho da Universidade de Adelaide;

(b) um será indicado pelo Conselho da Universidade Flinders da Austrália do Sul;

(c) um será indicado pelo Conselho do Real Colégio Australiano de Obstetras e Ginecologistas;

(d) um será indicado pelo Real Colégio Australiano de Clínicos Gerais;

(e) um será nomeado pelos Chefes de Igreja da Austrália do Sul;

(f) um será nomeado pela Ordem dos Advogados da Austrália do Sul; e

(g) cinco serão nomeados pelo Ministro.

(3) Quando indicando uma pessoa para fazer parte do Conselho, a pessoa ou o órgão mencionados na subseção (2) deve reconhecer que o Conselho deverá, na medida do possível, ser composto de número igual de homens e mulheres.

(4) Na seleção de candidatos à nomeação para o Conselho, o Ministro envidará esforços no sentido de assegurar:

(a) que o Conselho tenha à sua disposição, partindo de seus próprios membros, conhecimento especializado relativo aos vários aspectos da tecnologia da reprodução;

(b) que outras disciplinas e outros tipos de experiência profissional correlatos estejam devidamente representados dentro do Conselho;

(c) que os membros do Conselho sejam suficientemente representativos da comunidade em geral; e

(d) que, na medida do possível, o Conselho seja constituído por um número igual de homens e mulheres.

(5) O Governador poderá, por ocasião da indicação de um membro por uma pessoa ou órgão, indicar um substituto para aquele membro e, na ausência daquele membro, esse substituto atuará como membro do Conselho.

(6) O Conselho elegerá (para um mandato a ser fixado pelo próprio Conselho) um de seus membros para presidir as reuniões do Conselho.

6. (1) Um membro do Conselho será nomeado para um período não superior a três anos e, ao fim desse período, poderá ser reconduzido.

(2) O Governador poderá afastar um membro do Conselho por:

(a) mau comportamento;

(b) negligência no cumprimento de seus deveres;

(c) incompetência; e

(d) incapacidade mental ou física para desempenhar, de maneira satisfatória, seus deveres.

(3) O cargo de membro do Conselho ficará vago se o membro:

(a) morrer;

(b) não for reconduzido, após o término de seu mandato;

(c) pedir demissão por escrito ao Ministro; ou

(d) for afastado do cargo nos termos da subseção (2).

(4) Quando um cargo de membro vagar, uma pessoa deverá ser indicada, nos termos desta Lei, para preencher o cargo vago.

7. Um membro do Conselho terá direito aos honorários e diárias que o Governador determinar.

8. (1) Uma reunião do Conselho será presidida pelo membro eleito para presidente ou, na ausência daquele membro, por um membro do Conselho escolhido pelos membros presentes.

(2) Sujeito à subsecção (3), o Conselho poderá deliberar apesar da existência de vagas em seu quadro.

(3) O *quorum* do Conselho será de seis membros.

(4) Cada membro presente a uma reunião do Conselho terá direito a um voto sobre questão colocada naquela reunião para deliberação e, ocorrendo empate na votação, o membro presidindo a reunião terá direito a um segundo voto, ou um voto de desempate.

(5) Observadas as disposições desta Lei, os trabalhos do Conselho poderão ser conduzidos da forma que o mesmo julgar conveniente.

9. (1) Um membro do Conselho que tenha interesse pessoal ou pecuniário direto ou indireto em qualquer questão colocada ao Conselho, terá a obrigação de declarar frente ao Conselho a natureza desse interesse antes, ou, tão cedo quanto possível, após a matéria ter sido colocada em discussão.

Multa: \$2.000.

(2) Uma declaração, nos termos desta seção, deverá constar da ata do Conselho.

(3) Se uma matéria trazida para a deliberação do Conselho (que não uma questão de princípios gerais) afetar os interesses pessoais ou pecuniários, diretos ou indiretos, de um membro, esse membro deve abster-se de votar sobre aquela matéria.

Multa: \$2 000.

DIVISÃO II

AS FUNÇÕES DO CONSELHO

10. (1) As funções do Conselho são as seguintes:

(a) formular e submeter a revisões periódicas um código de prática ética que reja:

(i) a utilização de procedimentos de fertilização artificial; e

(ii) pesquisa envolvendo experimentos com material reprodutivo humano;

(b) (i) assessorar a Comissão quanto às cláusulas a serem incluídas nas licenças autorizando procedimentos de fertilização artificial;

(ii) formular cláusulas adequadas às licenças autorizando pesquisa que envolva experimentos com material reprodutivo humano;

(c) realizar pesquisas quanto ao impacto social da tecnologia da reprodução;

(d) promover pesquisas a respeito das causas da infertilidade humana (e, ao fazê-lo, assegurar-se de que atenção igual seja dada às causas da fertilidade tanto feminina quanto masculina);

(e) assessorar o Ministro em quaisquer questões suscitadas pela tecnologia da reprodução ou com esta relacionadas;

(f) promover (através da divulgação de informações ou de quaisquer outros meios) debate público esclarecido a respeito das questões éticas e sociais levantadas pela tecnologia da reprodução;

(g) colaborar com outros órgãos que desempenhem tarefas similares na Austrália.

(2) O bem-estar de uma criança nascida em conseqüência de um procedimento de fertilização artificial deve ser tratado como sendo de importância máxima, e aceito como um dos princípios fundamentais na formulação de um código de prática ética.

(3) O código de prática ética deverá conter disposições quanto a:

(a) a prática conhecida como "embryo flushing" deverá ser proibida;

(b) quaisquer pessoas para quem um embrião humano seja armazenado fora do corpo humano terá o direito de decidir sobre o destino a ser dado àquele embrião, inclusive o de terminá-lo, e uma pessoa quer tenha tomado tal decisão deverá ter o direito (enquanto o embrião permanecer armazenado) de reconsiderar tal decisão a intervalos não superiores a 12 meses;

(c) um embrião humano não deverá ser mantido fora do corpo humano por um período superior a 10 anos; e

(d) deverá ser proibida a cultura de um embrião humano fora do corpo humano além do estágio de desenvolvimento no qual a implantação deveria acontecer.

(4) Para os fins da formulação do código de prática ética, o Conselho poderá adotar (com ou sem modificação) códigos e padrões de práticas adotados em outros locais.

(5) O código de prática ética (e quaisquer emendas a ele) será promulgado na forma de regulamentações.

11. (1) O Conselho poderá, contando com a aprovação do Ministro, empregar os funcionários que lhe parecerem necessários para os fins desta Lei.

(2) Os funcionários do Conselho não serão membros do Serviço Público.

(3) O Conselho poderá, com a aprovação do Presidente da Comissão, e nos termos de condições formuladas de comum acordo, utilizar os serviços de quaisquer funcionários da Comissão.

12. (1) O Conselho deverá, até 31 de março de cada ano, apresentar ao Ministro um relatório sobre:

(a) o uso da tecnologia da reprodução no estado durante o ano anterior;

(b) quaisquer avanços importantes nas técnicas de tecnologia reprodutiva naquele período;

(c) quaisquer tendências sociais discerníveis que tenham se tornado aparentes naquele período, passíveis de serem atribuídas ao uso da tecnologia da reprodução;

(d) quaisquer outros assuntos de importância no âmbito das responsabilidades do Conselho.

(2) O Ministro deverá, seis dias úteis após ter recebido o relatório a que se refere esta seção, fazer com que cópias do mesmo cheguem a ambas as Casas do Parlamento.

PARTE III

LICENCIAMENTO

DIVISÃO I

SOLICITAÇÃO DE LICENÇA

13. (1) Sujeito à subseção (7), uma pessoa não poderá executar um procedimento de fertilização artificial, exceto se com base em licença concedida pela Comissão.

Multa: \$10.000.

(2) A Comissão não deverá conceder uma licença a não ser que:

(a) tal licença seja necessária para que uma necessidade social legítima e substantiva seja atendida, e que tal não possa ser feito por intermédio das licenças existentes; e

(b) que:

(i) o solicitante seja pessoa capacitada e de direito a deter tal licença; e

(ii) que o solicitante conte com equipe e meios adequados para a execução da fertilização artificial para a qual foi solicitada a licença;

(3) Um licença estará sujeita a:

(a) uma cláusula que defina os tipos de procedimentos de fertilização artificial autorizados pela licença;

(b) uma cláusula que não permita a aplicação de procedimentos de fertilização artificial, exceto para beneficiar casais casados, nas circunstâncias seguintes:

(i) o marido ou a mulher (ou ambos) pareçam ser estéreis; ou

(ii) pareça haver risco de que um defeito genético venha a ser transmitido a uma criança concebida de modo natural;

(c) uma cláusula que exija que o licenciado tome todas as providências necessárias para que o código de prática ética seja cumprido;

(d) uma cláusula que exija que o licenciado mantenha os registros especificados quanto a:

(i) procedimentos de fertilização artificial empregados no âmbito daquela licença; e

(ii) fontes do material reprodutivo humano usado nos procedimentos;

(e) quaisquer outras cláusulas que a Comissão possa, por sugestão do Conselho, determinar.

(4) Na subseção (3):

“casal casado” inclui duas pessoas que não sejam casadas, mas que coabitem como marido e mulher e que:

(a) tenham coabitado como marido e mulher, ininterruptamente, durante os cinco anos imediatamente precedentes; ou

(b) tenham, durante os seis anos imediatamente precedentes, coabitado como marido e mulher por períodos somando ao menos cinco anos.

(5) Cláusulas da licença:

(a)

(i) se determinadas à época da concessão da licença — serão incluídas na própria licença;

(ii) se determinadas posteriormente — serão impostas por meio de um aviso por escrito, entregue ao licenciado pessoalmente ou por via postal;

(b) poderão ser modificadas ou revogadas por meio de um aviso escrito, entregue ao licenciado pessoalmente ou por via postal.

(6) Se ocorrer a contravenção ou o não-cumprimento de uma cláusula da licença, o licenciado será considerado culpado de delito.

Multa: \$10.000.

(7) Não será exigida licença para inseminação artificial, nos termos desta seção, se:

(a) essa inseminação for executada por um médico registrado que:

(i) tenha registrado seu nome junto à Comissão, nos termos desta seção; e

(ii) comprometeu-se junto à Comissão a observar o código de ética prática; ou

(b) se a inseminação for realizada gratuitamente, (mas esta isenção não se estende a pessoa que tenha tido sua licença cassada, nos termos da subseção (8)).

(8) Se a Comissão suspeitar, com base em razões aceitáveis, que o código de prática ética tenha sido descumprido por pessoa isenta da exigência de licenciamento, nos termos da subseção (7), ela poderá, por meio de aviso por escrito, cancelar a isenção dessa pessoa.

14. (1) Uma pessoa não poderá realizar pesquisas que envolvam experimentos com material reprodutivo humano, a não ser que detenha licença concedida pelo Conselho.

Multa: \$10.000.

(2) Uma licença estará sujeita a:

(a) uma cláusula que defina os tipos de pesquisa autorizados pela licença;

(b) uma cláusula que proíba pesquisas que possam ser nocivas ao embrião;

(c) uma cláusula que exija que o licenciamento observe o código de prática ética formulado pelo Conselho, com relação a tais pesquisas; e

(d) quaisquer outras cláusulas que o Conselho possa vir a determinar.

(3) Cláusulas da licença:

(a)

(i) se determinadas à época da concessão da licença — serão incluídas na própria licença;

(ii) se determinadas posteriormente — serão impostas por meio de um aviso por escrito, entregue ao licenciado pessoalmente ou por via postal;

(b) poderão ser modificadas ou revogadas por meio de um aviso escrito, entregue ao licenciado pessoalmente ou por via postal.

(4) Se ocorrer a contravenção ou o não-cumprimento de uma cláusula da licença, o licenciado será considerado culpado de delito.

Multa: \$10.000.

DIVISÃO II

SUSPENSÃO OU CANCELAMENTO DA LICENÇA

15. (1) O Conselho ou a Comissão poderão, se tiverem razões suficientes para crer que houve contravenção ou não-cumprimento de uma cláusula da licença concedida, suspender ou cancelar a licença.

(2) Antes de tomar medidas com base nas disposições desta seção, o Conselho ou a Comissão deverão dar ao licenciado uma oportunidade razoável de submeter defesa ao Conselho ou à Comissão com relação à ação proposta.

DIVISÃO III

RECURSOS

16. (1) Será possível apelar à Suprema Corte contra:

(a) uma recusa por parte da Comissão em conceder uma licença autorizando procedimentos de fertilização artificial;

(b) uma decisão da Comissão impondo à licença uma cláusula específica;

(c) uma decisão por parte da Comissão no sentido de suspender ou cancelar uma licença; e

(d) uma decisão por parte da Comissão no sentido de anular uma isenção que permita a inseminação artificial sem licença.

(2) Sujeito a ordens em contrário por parte da Suprema Corte, não será possível entrar com um recurso um mês após o dia em que o solicitante recebeu o aviso relativo à decisão contra a qual o recurso está sendo impetrado.

(3) No julgamento de um recurso, a Suprema Corte poderá:

(a) revogar, modificar ou reverter a decisão que motivou o mesmo; e

(b) emitir quaisquer ordens subseqüentes ou auxiliares.

(4) Não caberão recursos contra uma decisão do Conselho relativa à recusa em conceder licença autorizando experimentos com material reprodutivo humano ou contra qualquer decisão do Conselho a respeito de tal licença.

PARTE IV MISCELÂNEA

17. (1) Uma pessoa autorizada poderá, a qualquer hora razoável:

(a) entrar e inspecionar quaisquer locais:

(i) onde procedimentos de fertilização artificial estejam sendo realizados; ou

(ii) onde pesquisa que envolva experimentos com material reprodutivo humano esteja sendo realizada;

(b) inspecionar quaisquer equipamentos existentes no local;

(c) fazer perguntas a qualquer pessoa presente no local;

(d) exigir que qualquer pessoa que pareça estar em condições de fazê-lo, mostre os registros:

(i) relativos a procedimentos de fertilização artificial; ou

(ii) relativos a pesquisa que envolva experimentos com material reprodutivo humano;

(e) examinar esses registros e, de quaisquer deles, extrair trechos ou fazer cópias

(2) Uma pessoa que:

(a) obstrua a ação de uma pessoa autorizada, no exercício de um poder conferido por esta seção;

(b) recuse-se a responder, até aonde vá seu conhecimento ou crença, perguntas colocadas por pessoa autorizada; ou

(c) estando em posição que a capacite a mostrar os registros, recuse-se a fazê-lo, quando assim solicitada por pessoa autorizada, será considerada culpada de delito.

Multa: \$2.000.

(3) Informação confidencial poderá ser passada a uma pessoa autorizada nos termos desta seção, sem que seja violado qualquer princípio de ética profissional.

18. Uma pessoa não poderá revelar a identidade de um doador de material reprodutivo humano a não ser:

(a) na aplicação desta Lei;

(b) de modo a realizar um procedimento de fertilização artificial; ou

(c) com o sentimento (dado da maneira prescrita) do doador do material.

Multa de \$5.000 ou seis meses de prisão.

(2) Uma pessoa não poderá divulgar qualquer outra informação confidencial obtida (quer por aquela ou por outra pessoa) na aplicação desta Lei ou com o objetivo, ou no curso da realização de pesquisa ou procedimentos de fertilização artificial a não ser:

(a) na aplicação desta Lei ou de modo a realizar tal procedimento ou pesquisa; ou

(b) que tal seja permitido ou exigido pelo código de prática ética.

Multa de \$5.000 ou seis meses de prisão.

19. Um delito contra esta Lei será considerado um delito sumário.

20. (1) O Governador poderá emitir as regulamentações previstas por esta Lei ou as que forem necessárias ou úteis aos propósitos desta Lei.

(2) Sem limitar a generalidade da subseção (1), essas regulamentações poderão:

(a) definir formas de consentimento para os propósitos desta Lei;

(b) exigir que o licenciado forneça informações periódicas;

(c) impor multas (não superiores a \$2.000) por quebra ou não-cumprimento de uma regulamentação.

(3) Uma regulamentação poderá incorporar ou referir-se a qualquer código ou padrão (que esteja em vigor no dia da expedição da regulamentação ou que vigore por períodos determinados) elaborado ou aprovado por um órgão ou autoridade mencionada na regulamentação.

(4) Regulamentações nos termos desta Lei (incluindo regulamentações promulgando o código de prática ética ou quaisquer emendas a ele) entrarão em vigor da seguinte maneira:

(a) se a regulamentação tiver estado em ambas as Casas do Parlamento por 14 dias úteis e se, naquele período, um aviso de indeferimento não tiver sido emitido por qualquer das duas Casas, a regulamentação entrará em vigor ao fim desse prazo; e

(b) se, durante aquele período, um aviso de indeferimento tiver sido emitido por uma das duas Casas, mas a regulamentação não tiver sido indeferida, a regulamentação entrará em vigor quando uma moção de indeferimento tiver sido derrubada, ou por voto ou por decurso de prazo, ou, se tal aviso tiver sido emitido por ambas as Casas, quando ambas as moções tiverem sido derrubadas, por voto ou por decurso de prazo, ou que uma moção tenha sido derrubada por voto e a outra, por decurso de prazo.

ANEXO

DISPOSIÇÃO TRANSITÓRIA

(1) Na entrada em vigor desta Lei, uma licença permitindo a realização de procedimentos de fertilização *in vitro* deverá ser concedida:

(a) à Universidade de Adelaide e ao Hospital Queen Elizabeth, com relação ao programa de fertilização *in vitro* conduzido no Hospital Queen Elizabeth;

(b) à Universidade Flinders da Austrália do Sul e ao Centro Médico Flinders, com relação ao programa de fertilização *in vitro* realizado no Centro Médico Flinders; e

(c) à Repromed Pty. Ltd. com relação ao programa de fertilização *in vitro* sendo realizado no Hospital Wakefield Memorial.

(2) A Comissão poderá, por ocasião da concessão de uma licença nos termos desta cláusula ou posteriormente, impor cláusulas à licença concedida.

(3) Uma cláusula pode ser imposta nos termos da subcláusula (2) por meio da entrega ao licenciado de aviso por escrito com respeito à cláusula.

Em nome e por ordem de Sua Majestade, aprovo esta Lei.

D.B. DUSTAN, Governador

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.

Posto de Venda no Senado Federal: Via n.º 2 — Unidade de Apoio I (fundos do CEGRAF, pelo estacionamento à direita deste) — Praça dos Três Poderes — CEP 70165.900 — Brasília, DF — Telefones: (061) 311-3578 e 311-3579. Fax: (061) 321-7333. Telex: (061) 1357.

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA N.ºs 10, 13, 14, 62, 79 a 85, 87 a 116.

- Periódico trimestral de pesquisa jurídica. Lançamento: jan./mar. 1964, com circulação ininterrupta.

ÍNDICE DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA. N.ºs 1 a 110.

Distribuição gratuita aos assinantes da *Revista*.

- Conteúdo: índice temático dos artigos publicados; índice onomástico dos autores (colaboradores); sumários. (PRELO)

CONSTITUIÇÕES ESTRANGEIRAS. Série, com 6 volumes publicados; edição de 1987

- *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.

CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS — 1989. 5 volumes — Textos das Constituições Estaduais promulgadas em 1989. Índice temático comparativo.

CÓDIGO CIVIL — ANTEPROJETOS. 6 volumes; edição de 1989.

- *Volume 1*: Anteprojeto de Código das Obrigações — Parte Geral (1941); Anteprojeto de Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas (1964).
- *Volume 2*: Anteprojeto de Código Civil (1963); Anteprojeto de Código Civil — revisto (1964).
- *Volume 3*: Anteprojetos de Código de Obrigações: Negócio Jurídico, Obrigações em geral, Contratos e outros títulos de ordem geral (1963); Sociedades e exercício da atividade mercantil (1964); Títulos de Créditos (1964).
- *Volume 4*: Projetos do Governo Castello Branco: Projeto de Código Civil (1965); Projeto de Código de Obrigações (1965).
- *Volume 5* — *Tomo 1*: Anteprojeto de Código Civil (1972) *Tomo 2*: Anteprojeto de Código Civil — revisto (1973); índice temático comparativo (volumes 1 a 5).

LEIS ORGÂNICAS DOS MUNICÍPIOS. 3 volumes; 2.^a edição — 1987.

- Textos atualizados, consolidados e anotados das Leis Orgânicas dos Municípios de todos os Estados. Índice temático comparativo.

REGIMENTO INTERNO — SENADO FEDERAL

— (Resolução n.º 93, de 1970. Texto editado em virtude da Resolução n.º 18, de 1989, consolidado com as alterações decorrentes das Resoluções n.ºs 51, 58, e 63 de 1989 e 1, 9, 17 e 52, de 1990).

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. 704 págs.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA

- Comentários por João Barbalho U.C.
- Edição Fac-Similar dos Comentários à Constituição Federal de 1891 411 págs.

VULTOS DA REPÚBLICA

- Homenagem a Afonso Arinos de Melo Franco.
- Ciclo de Estudos comemorativo do Centenário da República, organizado pelo Instituto de Ciência Política da Fundação Getúlio Vargas. 86 págs.

LEIS COMPLEMENTARES À CONSTITUIÇÃO DE 1988

- Referentes aos anos de 1988 a 1991 (n.ºs 59/88 a 70/91). 45 págs.

DADOS BIOGRÁFICOS DOS PRESIDENTES DO SENADO: 1826 a 1993.

90 págs.

OS INCONFIDENTES JOSÉ DE RESENDE COSTA (PAI E FILHO) E O ARRAIAL DA LAJE

— Homenagem ao Sesquicentenário da morte de José de Resende Costa, Filho (17-6-1841 — 17-6-1991) e ao Bicentenário da morte de Tiradentes e da condenação dos Resendecostenses José de Resende Costa, Pai e José de Resende Costa, Filho.

- Autor: Rosalvo Gonçalves Pinto. 122 págs.

ESTUDOS DA INTEGRAÇÃO (Periódicos)

MANUAL DE PADRONIZAÇÃO DE TEXTOS DO CEGRAF

- Normas básicas de editoração para a elaboração de originais, composição e revisão. 2.ª edição — 99 págs.

**REDE DE BIBLIOTECAS DEPOSITÁRIAS DAS
PUBLICAÇÕES DA SUBSECRETARIA DE
EDIÇÕES TÉCNICAS**

**Biblioteca Nacional
Instituto Nacional do Livro
Senado Federal
Câmara dos Deputados
Tribunal de Contas da União
Presidência da República
Ministérios
Procuradoria-Geral da República
Consultoria-Geral da República
Supremo Tribunal Federal
Superior Tribunal de Justiça
Superior Tribunal Militar
Tribunal Superior Eleitoral
Tribunal Superior do Trabalho
Assembléias Legislativas
Tribunais de Justiça
Tribunais de Contas Estaduais
Tribunais Regionais Eleitorais
Tribunais Regionais do Trabalho
Procuradorias-Gerais dos Estados
Ordem dos Advogados do Brasil
(Conselho e Secções Regionais)
Faculdade de Direito**

Estas Bibliotecas recebem, regular e gratuitamente, todas as obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas.