

Centro de Estudos e Treinamento
-CETREI-

Revista da
Procuradoria Geral
do Município de
Fortaleza

Fortaleza (CE) - 2001
Ano 9 - Volume 9

SUMÁRIO

1. APRESENTAÇÃO	11
2. ARTIGOS	13
2.1. O PRESIDENCIALISMO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 Luciela Maria de Aquino Cabral	15
2.2. POUPANÇA E CONDICIONAMENTO Manuela Lourenço Pires Torquato	73
2.3. O MUNICÍPIO BRASILEIRO: ABORDAGEM SOCIOLÓGICA DE CONFIGURAÇÃO CONSTITUCIONAL Ingrid Barreira	87
2.4. A COISA JULGADA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL Francisco Eugênio Tórres Teixeira	102
2.5. PODER DE POLÍCIA E SUAS FORMAS DE ATUAÇÃO: POSSIBILIDADE DE ATRIBUIR SEU EXERCÍCIO À SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA Lia Sampaio Silva	113
2.6. HISTÓRIA DO PROCESSO: UMA ANÁLISE DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1939 SOB O PRISMA TERMINOLÓGICO Juvêncio Vasconcelos Viana.....	129
2.7. DA INEXISTÊNCIA DE LITISPENDÊNCIA ENTRE MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL E COLETIVO Adriana do Vale Farias Saldanha	163

2.8.	A IMPOSSIBILIDADE DE SE INSCREVER EM DÍVIDA ATIVA AS DECLARAÇÕES DO PARTICULAR SUPRIMINDO-SE O PROCEDIMENTO DE LANÇAMENTO E O PROCESSO ADMINISTRATIVO Natércia Sampaio Siqueira	181
2.9.	O CONCEITO DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO ESPÉCIE DE REFORMA CONSTITUCIONAL SEM SUPRESSÃO DE TEXTO Márcia Albuquerque Sampaio Farias	191
2.10.	CONSIDERAÇÕES SOBRE O PROBLEMA DA HIERARQUIA ENTRE AS NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS Vanêsa Buzelato Prestes	202
2.11.	O PAPEL DA JUSTIÇA ELEITORAL NA CONSOLIDAÇÃO DA DEMOCRACIA Jânio Pereira da Cunha José Valente Neto	217
2.12.	CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE DE LEI MUNICIPAL FACE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL Adauto César Vasconcelos Silva	261
2.13.	O DIREITO ALTERNATIVO E A ESCOLA DO DIREITO LIVRE Gustavo Tavares Cavalcanti Liberato	279
2.14.	REMESSA NECESSÁRIA DAS SENTENÇAS CONTRÁRIAS À FAZENDA PÚBLICA Inessa de Mota Linhares Vasconcelos	301
3.	PARECERES	311
3.1.	REIMPLANTAÇÃO DA GRATIFICAÇÃO DE PLANTÃO Maria Carneiro Sanford	313
3.2.	PAGAMENTO DE VALORES EM ATRASO Paulo de Tarso M. Barrocas	319

3.3.	DISPENSA DE LICITAÇÃO - CONTRATAÇÃO DIRETA DOS SERVIÇOS DE VIGILÂNCIA DESARMADA Eliza Maria Moreira Barbosa	325
3.4.	DIREITO ADQUIRIDO À APOSENTADORIA QUANDO DA EDIÇÃO DA E. C. Nº 20. Elny Siqueira Saker Pontes	329
4.	TRABALHOS FORENSES	333
4.1.	AÇÃO RESCISÓRIA Francisco Edonizete Tavares	335
4.2.	AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Rômulo Guilherme Leitão Martônio Mont'Alverne Barreto Lima	343



PREFEITURA MUNICIPAL DE FORTALEZA
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

APRESENTAÇÃO

A Procuradoria Geral do Município de Fortaleza tem se destacado nos últimos anos pela contínua produção intelectual de seus quadros que vem sendo publicada na "Revista da Procuradoria Geral do Município de Fortaleza". Esta produção se constitui em ensaios acadêmicos, trabalhos forenses e pareceres envolvendo quase todas as áreas do Direito. Integram também a Revista trabalhos de advogados, magistrados, membros do Ministério Público e professores, os quais enriquecem o valor cultural e justificam a necessidade.

A regular publicação de nossa Revista tornou-se possível pelo especial empenho da Chefia do Executivo Municipal e pela existência de recursos provenientes do Fundo de Aperfeiçoamento da Procuradoria Geral do Município, além, claro, da dedicação de todos os membros da Casa, particularmente, do Centro de Estudos e Treinamento.

Registro, por fim, que o desenvolvimento de atividades que objetivem o aperfeiçoamento intelectual no âmbito da Procuradoria Geral do Município terá sempre o apoio de que necessita. Resultados como o que agora se tem, legitimam esta visão, exigindo de todos nós a continuidade destes esforços.

Rômulo Guilherme Leitão
Procurador Geral do Município de Fortaleza

O PRESIDENCIALISMO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988*

Lucíola Maria de Aquino Cabral**

SUMÁRIO. 1 INTRODUÇÃO. 2 ORIGENS DO PRESIDENCIALISMO. 2.1. Antecedentes Históricos. 2.2. Características do Presidencialismo Americano. 3 HISTÓRIA DO PRESIDENCIALISMO NO BRASIL. 3.1. O Constitucionalismo Brasileiro. 3.2. Monarquia Parlamentarista. 3.3. Da Monarquia à República. 4.O PRESIDENCIALISMO BRASILEIRO. 4.1. Características Fundamentais. 4.2. Principais Formas de Controle. 4.3. Presidencialismo e Parlamentarismo. 5 O PROCESSO DE REDEMOCRATIZAÇÃO DO BRASIL. 5.1. A Crise Brasileira. 5.2. O Papel do Poder Legislativo na Nova Ordem Constitucional. 5.3. O Processo de "impeachment". 6 PRESIDENCIALISMO E DEMOCRACIA NO BRASIL. 6.1. Vantagens e Desvantagens do Presidencialismo. 6.2. Perspectivas Políticas. 7 CONCLUSÃO. 8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

(*) Trabalho de Conclusão da disciplina Seminário III (Direito Público. Curso de Doutorado em Ciências Jurídicas e Sociais. Faculdade de Ciências Políticas, Jurídicas e Econômicas. Universidade do Museu Social Argentino, Prof. Dr. Gerardo Ancarola).

(**) Especialista em Direito Público, Universidade Federal do Ceará - UFC. Doutoranda em Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade do Museu Social Argentino. ex-Procuradora Geral do Município de Fortaleza

1. INTRODUÇÃO.

O sistema presidencialista de governo nasceu após as colônias inglesas situadas nos Estados Unidos da América declararem sua independência da Coroa britânica, em 4 de julho de 1776, tendo demorado alguns anos até sua consolidação. É que a maioria das colônias americanas, até então regidas pelos Artigos da Confederação, já haviam conquistado certa parcela de poder que lhes permitia se auto-governar e este era o cerne da questão. Não se concebia mais a possibilidade de um governo concentrado em uma só pessoa, com amplos poderes, desempenhando e controlando todas as funções do Estado.

Havia, entretanto, a necessidade de definir um governo central, forte e unificado, que pudesse, ao mesmo tempo, manter a independência e autonomia das colônias. Vislumbra-se a partir daí a idéia de Estado federado, porém, não se sabia ao certo que tipo de sistema se iria adotar, tendo em vista que o presidencialismo não se originou de nenhuma construção teórica e a tripartição de poderes, escorada nas idéias de Montesquieu, não passava ainda de mera teoria, sem aplicabilidade prática até aquele momento. Na realidade, a teoria da separação de poderes viria a constituir a base de todo o sistema presidencialista de governo, como se constataria mais tarde.

Verifica-se, porém, que as primeiras Constituições norte-americanas preocuparam-se muito em estabelecer um sistema que distribuisse o poder, mediante a adoção da teoria da separação de poderes, do que, propriamente, em detalhar a organização política do país. Acreditava-se que o novo sistema permitiria assegurar o exercício das liberdades civis com maior vigor, pois cada poder desempenharia uma função específica e, desse modo, poderia fazê-lo de forma mais eficiente.

O sistema presidencialista, portanto, foi construído com base nessa separação de poderes. Sua representação foi centralizada em uma só pessoa, no caso, o Chefe do Executivo ou Presidente, que exerce, simultaneamente, as atribuições de Chefe de Estado e Chefe de Governo. Entretanto, mantiveram-se intactas as funções legislativas e judiciárias, sendo todas independentes e harmônicas entre si.

No Brasil, somente em 1889 foi proclamada a independência e instaurados o regime republicano e o sistema presidencialista de governo. A primeira Constituição brasileira data de 1824, ou seja, da época do Império, e conservava quase que integralmente o modelo parlamentarista inglês.

A luta pela independência brasileira teve como justificativa os excessos e arbitrariedades praticadas pela Coroa portuguesa, entretanto, a primeira Constituição do país cuidou de instituir a figura do Poder Moderador, com amplos poderes e exercida pelo Imperador. Muitos tropeços e revoltas marcaram esta fase monárquica, que culminou com a proclamação da independência em 1889, após anos revoluções internas e de uma desastrosa guerra com o Paraguai. O grande mérito do Império foi consolidar a unidade nacional, isto, porém, não impediu que as idéias republicanas florescessem entre os brasileiros. Assim é que a instauração do regime republicano trouxe junto a implantação do sistema presidencialista no Brasil.

As idéias desse novo sistema de governo defendidas arduamente por Rui Barbosa foram introduzidas na Carta de 1891.

Desde então, o presidencialismo brasileiro, que já começou em meio a tantas crises, vem sobrevivendo sem amadurecer, em face das dificuldades de adaptação e do golpe militar de 1964. O longo período de autoritarismo prejudicou o desenvolvimento político e democrático do Estado brasileiro.

Por tais razões, cuidou-se de examinar as características e distinções fundamentais entre os sistemas presidencialista e parlamentarista, destacando suas vantagens e desvantagens, no intuito de oferecer uma visão mais abrangente do tema objeto deste estudo. Tratou-se ainda, de analisar as questões de fundo enfrentadas pela sociedade brasileira, como a crise do autoritarismo e a luta pela democracia, bem como, o importante papel desempenhado pelo legislativo e sua participação no processo de redemocratização do país, a fim de demonstrar as perspectivas políticas atuais.

2. ORIGENS DO PRESIDENCIALISMO.

As raízes do sistema presidencialista de governo foram fixadas pelos colonos ingleses radicados na América, cuja educação os tornara conhecedores da lei e da arte da política.

Os matizes para a construção de um novo sistema de governo tiveram suas bases nas idéias de John Locke (teoria do contrato social) e de Montesquieu (teoria da separação de poderes). Segundo Locke:

A natureza dotou a humanidade de certos direitos naturais, e os governos existem somente para proteger estes direitos, desse modo, o governo foi contratado para rea-

lizar esse contrato social com o povo, logicamente, fica compelido a agir nos restritos termos deste contrato. Se falhar, então o contrato terá sido violado e o povo poderá romper esta aliança com o governo e restabelecer seus direitos através de um novo pacto. (apud FINNER, S. E. V. III, 1997:1488).

Os estados americanos, até então, regiam-se pelos Artigos da Confederação e Perpétua União, através dos quais cada um deles mantinha relativa independência e supremacia. Durante mais de cento e cinquenta anos, as colônias americanas haviam experimentado uma espécie de "auto-governo" paralelamente às linhas britânicas, e foi dessa forma que conseguiram manter a guerra pela independência.

Havia um repúdio imenso pela crescente interferência do parlamento nos assuntos internos, principalmente quando se intensificou a pressão para elevar os impostos.

Por muito tempo, o governo havia sido identificado com o executivo ou com a própria Coroa, fazendo dos governos estaduais verdadeiras nulidades. A questão era, pois, encontrar uma fórmula que permitisse manter a soberania dos estados e a participação no poder de maneira compartilhada, ressaltando daí a importância da doutrina de Montesquieu. A concentração de poder nas mãos de uma única pessoa - o monarca - não mais interessava ao povo americano.

A revolução americana sepultou definitivamente o regime monárquico no continente e cuidaria de estabelecer mais tarde, com base na teoria da separação de poderes e escorada na doutrina do contrato social, um novo sistema de governo que seria consagrado com a denominação de presidencialismo.

2.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

A possibilidade de instituir um novo sistema de governo já estava fixada na mente dos pais da Gloriosa Revolução, embora não tivessem eles nenhuma idéia pré-concebida do modelo a ser adotado, nem tão pouco da fórmula a ser engendrada, já que não se baseavam em qualquer construção doutrinária. Na verdade, tinham apenas muitas incertezas e algumas esperanças de que seu trabalho fosse bem sucedido.

Uma particularidade que muito impressionou os franceses foi o fato de que, a partir daquele momento, ficou estabelecida pelos fundadores americanos a instalação de uma assembléia constituinte para outorgar uma nova Carta, configurando uma atitude decorrente de um ato de intelecto e de vontade.

O término da guerra, entretanto, veio a demonstrar a necessidade de se rever os artigos da Confederação. Os estados americanos já haviam absorvido completamente a forma de governo republicana, de maneira que desejavam manter sua independência. Para isto, pensou-se na elaboração de um instrumento legal destinado a reger as relações entre os estados, interna e externamente, sem que cada um tivesse de abrir mão do que já havia sido conquistado. A constituição seria a lei nacional, entretanto, permitia-se, que cada estado tivesse a sua própria constituição. Porém, a nova Carta teria de ser ratificada pelas treze colônias, contudo não houve unanimidade, já que o estado de Nova York se recusava a ratificá-la. Foi necessário então, que se fizesse uma nova Convenção em Filadélfia, a fim de unificar o pensamento da maioria e viabilizar a ratificação da nova Constituição.

Nessa altura, os ensaios contidos no "Federalista", escritos por Hamilton, Madison e Jay, contribuíram decisivamente para aclarar as idéias defendidas pelos delegados incumbidos de organizar a união dos estados, cujo objetivo primordial consistia em criar um estado nacional e tornar efetiva a Constituição. O processo que se estabeleceu em seguida foi lento e gradual, estendendo-se, basicamente, até o final do Século XVIII. A construção de uma nação, entretanto, requeria muito mais. Assim, podemos resumir o consenso em torno da Constituição em cinco pontos básicos: a) a proteção da liberdade e da propriedade; b) a questão do governo como um contrato social (para proteger os direitos naturais, manter a paz, proteger contra invasões externas - daí partia sua legitimação, vinda da sociedade, dos próprios cidadãos); c) a forma de governo republicano (não se admitia uma monarquia hereditária, e, por outro lado, também não era desejável uma democracia de massa, ou seja, a participação do povo deveria ser de forma indireta); d) os governantes deveriam ter mandatos temporários e com prazos diferentes (presidente com 4 anos, deputado federal com 2 anos, senador federal com 6 anos, exceto o juiz do supremo que seria vitalício - isto caracterizaria o sistema de checks and balances; nenhuma das funções do governo se sobreporia a outra nem o povo dominaria o governo); e) um governo central forte.

Em síntese, este era o pensamento dos norte-americanos que, apesar de nutrirem profunda admiração pela constituição britânica, possuíam condições de vida bastante peculiares, que não lhes permitia vê-la adotada. Era preciso, portanto, encontrar um substituto para o chefe do executivo irremovível e hereditário.

Inúmeras discussões foram travadas até que se chegasse a um consenso quanto à forma de escolha dos membros do Congresso e do Presidente. Finalmente, ficou decidido que existiria uma Câmara Alta, onde os estados teriam um igual número de representantes (Senadores), e uma Câmara Baixa, cujos representantes seriam eleitos em número proporcional à população de seu estado (Deputados), todos eleitos por via direta. Quanto ao Presidente, foi decidido que seria eleito através de um Colégio Eleitoral. Esta escolha constituiu o chamado Great Compromise firmado pelos convencionais. Por fim, foram aprovadas em reunião do primeiro Congresso já sob a nova Constituição de 1789, as primeiras dez (10) emendas que constituiriam a famosa Declaração de Direitos, contendo os direitos básicos dos cidadãos.

2.2. CARACTERÍSTICAS DO PRESIDENCIALISMO AMERICANO.

Por tudo quanto foi dito acima, pode-se concluir que os Estados Unidos da América não começaram sua história como um país livre e democrático, cujas bases políticas se assentavam nos princípios da liberdade e da igualdade. Houve todo um processo histórico que culminou por induzir seus fundadores à construção de uma república e à formação de um estado nacional.

Na prática, foram substituídos os princípios monárquicos da vitalidade e da hereditariedade, pela temporariedade e eletividade do governante. Neste ponto, os fundadores inspiraram-se na figura do Rei Jorge III, autoritário e despótico, e que exercia forte controle sobre o Parlamento Britânico. Desejavam, pois, fortalecer a imagem do Chefe do Executivo, embora sentissem a necessidade de criar controles e, ao mesmo tempo, manter sua independência em relação aos outros poderes.

Podemos enumerar como características gerais do presidencialismo, os seguintes pontos, segundo a opinião de Said Mahuf: (1974:257/258)

- a) a eletividade do chefe do poder executivo;
- b) o poder executivo unipessoal;

- c) a participação efetiva do poder executivo na elaboração da lei, através do veto;
- d) a irresponsabilidade política do presidente;
- e) a independência dos três clássicos poderes de Estado;
- f) supremacia da lei constitucional rígida.

Seis grandes invenções na arte de governar surgiram com o advento da implantação do sistema presidencialista americano, conforme ressalta S.E. Finner: (1997:1501-v.III)

A primeira delas seria a conscientização da necessidade de uma Convenção Constitucional, ou seja, de uma Assembléia Constituinte, para traçar um novo modelo de Constituição. A segunda seria a própria Constituição Escrita. A terceira seria a Carta de Direitos Básicos dos Cidadãos materializada por essa Constituição - a chamada "Declaração de Direitos". A quarta seria a criação de Cortes de Justiça ou de Tribunais especialmente constituídos para comunicar violações ao texto constitucional, exercendo o poder de obstruí-las ou cancelá-las. A Quinta consistia na tão aclamada separação de poderes diferindo, entretanto do que se conhecia no passado e, por último, o federalismo.

Existia uma preocupação exacerbada dos fundadores em não permitir a concentração de poderes nas mãos de um só governante. A fórmula encontrada, então, foi instituir a separação de poderes. Merece ainda ser destacada, a maneira como os delegados decidiram criar uma nova Constituição, que, na realidade, iria conferir caráter de legalidade à revolução. Outro ponto importante consistia em concebê-la como uma lei suprema para governar e submeter os atos do governo, ou seja, reconhecer dois níveis de governo: um transcendente e outro subordinado.

Em certo sentido, os americanos assimilaram o que havia de bom no modelo inglês e fizeram as adaptações necessárias. O sistema implantado, porém, possuía traços peculiares. Por exemplo, trazia em si a nítida separação de poderes, inclusive, com a especificação de suas funções (executiva, legislativa e judiciária). Criou-se, assim, o chamado sistema de *checks and balances* ou de freios e contrapesos, na terminologia brasileira, para permitir o equilíbrio entre os poderes.

Todavia, o que de mais fundamental ficou estabelecido foi que o

Poder Executivo ficaria inteiramente desvinculado do Poder Legislativo, vale dizer, seus atos não induziriam responsabilidade sua ou de seus auxiliares perante o Congresso. Somente o Senado poderia, por meio de impeachment, destituir o Presidente por prática de crime de responsabilidade.

Em verdade, muitos poderes foram centralizados no Chefe do Executivo, sendo ele, ao mesmo tempo, Chefe de Estado e Chefe de Governo. No sistema americano, o presidente é auxiliado por mais de treze departamentos (ou ministérios) e comanda uma imensa burocracia de cargos, comissões etc. É também, o Chefe das Forças Armadas, embora, na prática, delegue sua autoridade ao Estado Maior (representando a supremacia civil sobre o exército), acumulando, ainda, o cargo de Diplomata Chefe, dispondo de todas as vantagens de informações, do controle de negociações e do poder de fazer ou não tratados. Saliente-se que, muitas vezes, o Congresso sequer tem conhecimento de tais tratados que são celebrados como acordos executivos informais. O Presidente dispõe de vários meios de angariar a cooperação do Congresso, seja através do controle de verbas federais, nomeações, controle de informações e, até, sonegação de informações, sob o argumento do chamado privilégio executivo, posição aliás, apoiada pela Suprema Corte, como informa Terrie Groth (Groth, 1993:41-47).

Como se pode verificar, não é sem razão que se diz que o presidencialismo é um sistema despótico, onde o chefe do executivo é sempre um ditador em potencial.

A instalação de um poder central era fundamental para que tudo pudesse funcionar a contento. Foram conferidos poderes ao governo central - federal - pela Constituição, e tudo mais quanto ali não estivesse especificado pertenceria aos estados ou aos indivíduos. Isso só foi possível acontecer, entretanto, com a implantação do federalismo.

3. HISTÓRIA DO PRESIDENCIALISMO NO BRASIL.

Após sua descoberta pelos portugueses, o Brasil tem passado por muitas fases, desde a criação das capitanias hereditárias ao sistema de governadores gerais, em 1549, que persistia como realidade política, porém, na prática, predominassem os governos locais, estabelecidos nas comarcas e distritos. Em tese, estes governos estariam subordinados ao Governador Geral, mas as autoridades locais desenvolveram um poder muito maior, tornando-se o verdadeiro poder constituído. Criara-se a figura do Capitão-

Mor, latifundiário que monopolizou o poder político, judiciário e militar.

Tal era o cenário brasileiro até a chegada da família imperial ao Brasil, em 1808. O Príncipe Regente, D. João VI, promoveu grandes mudanças na estrutura do país, libertando assim o Brasil do isolamento em que vivera por longos anos. A sede do governo imperial foi estabelecida na cidade do Rio de Janeiro, que, com tantas mudanças, duplicou o número de habitantes, fazendo crescer também o volume de negócios.

Em Portugal, porém, havia um clamor geral pela volta da Coroa ao seu país de origem, especialmente após a derrota de Napoleão em 1814. Assim, em 1815, por interferência e influência direta de D. João VI, que naquela época era o príncipe regente, o Brasil foi elevado a categoria de Reino Unido a Portugal, legitimando sua permanência no país. Com a morte de sua mãe, D. Maria, a Louca, D. João VI tornou-se formalmente o Monarca. Contudo, temendo a perda do trono português, decidiu voltar a sua terra natal em 1821, deixando aqui seu filho Pedro, nomeado príncipe regente, incumbido de administrar o Brasil.

Como salienta Thomas E. Skidmore: o retorno do rei a Portugal era apoiado pelos militares graduados e mercadores, que esperavam lucrar com a volta da subordinação do Brasil à pátria-mãe. (Skidmore, 1998:59)

A permanência dos portugueses no Brasil acarretou a decadência do sistema colonial e, conseqüentemente, do monopólio da metrópole. Um outro problema, porém, viria a abalar a estabilidade das relações entre Brasil e Portugal. É que a corte portuguesa, já reestabelecida em Portugal, pretendia dividir o Brasil em unidades separadas, cada uma delas respondendo diretamente a Portugal. Nisto não contou com o apoio nem com a cooperação do Príncipe D. Pedro, nascendo daí os motivos que mais tarde justificariam a proclamação da Independência, em 7 de setembro de 1822.

A estrutura política brasileira sofreria com isso, profundas e drásticas modificações, influenciada por novas teorias políticas muito em moda na Europa, como o liberalismo, o parlamentarismo, o constitucionalismo, o federalismo, a democracia e o republicanismo. Houve, em Portugal, um intenso movimento constitucionalista, chegando-se ao ponto de se cogitar da idéia de se aplicar a Constituição do Porto ao Brasil.

Todavia, o ponto marcante do domínio imperial no Brasil foi, exatamente, ter sensibilidade para entender a urgente necessidade de estabelecer

um governo central forte, a fim de promover a organização e a unidade nacional, a integração das províncias e extinguir os poderes regionais, posto que os capitães-mores daquela época haviam se tornado verdadeiros caudilhos. Era necessário, entretanto, que tais modificações fossem amparadas por uma base de legalidade, mediante a adoção de alguns dos princípios atuantes naquela nova fase. Assim, acolhendo as idéias do movimento constitucionalista, decidiu-se que o Brasil teria uma Constituição escrita, que conjugaria os modernos princípios do liberalismo e da democracia, contendo algo como declaração de direitos do homem e mecanismos de divisão de poderes.

3.1. O CONSTITUCIONALISMO NO BRASIL.

O constitucionalismo brasileiro foi inaugurado de forma um tanto desastrosa, eis que, em maio de 1823, instalara-se a primeira Assembléia Constituinte. Entretanto, por motivo de desavenças políticas, o Imperador cuidou de dissolvê-la. Criou, então, um Conselho de Estado para elaborar um novo projeto, que foi aprovado sem sequer ser referendado pelas Câmaras de Deputados e Senadores

As idéias do liberalismo, que já haviam inspirado duas revoluções, a americana e a francesa, não se coadunavam com o poder monárquico absolutista instalado no Brasil dado que este retirava sua legitimidade do poder divino dos reis. Apesar disto, estas idéias ainda conseguiram exercer alguma influência, embora a monarquia reinante não admitisse, em hipótese alguma, a possibilidade de adotar o princípio da soberania popular.

A Constituição Imperial de 1824 é fruto dessas restrições. Adotou o regime monárquico hereditário, constitucional e representativo, apoiado em um modelo proposto por Benjamin Constant, que consistia em uma formulação quadripartite de poder, ou seja, o Monarca exercia ao mesmo tempo o Poder Executivo e o Poder Moderador. Havia ainda o Poder Legislativo, representado por uma Assembléia Geral, composta pela Câmara dos Deputados, onde os representantes eram eleitos pelo povo, com mandatos temporários, e pela Câmara dos Senadores, cujos membros eram indicados em lista tríplice e nomeados pelo Imperador, possuindo mandatos vitalícios. O Poder Judiciário era representado apenas por juizes e pelos jurados, não desempenhando, na ocasião, papel significativo, já que o Conselho de Estado era o supremo intérprete da Constituição.

O novo império foi dividido em dezoito províncias, sendo cada uma

delas dirigida por um presidente nomeado pelo Imperador, com o claro objetivo de fortalecer o poder central. Tal fato, todavia, provocou o surgimento de muitas revoltas por todo o país, pois o povo não aceitava mais o predomínio do absolutismo monárquico e lutava pelo estabelecimento do princípio republicano, que modificaria toda a estrutura política do país.

José Afonso da Silva observa com bastante propriedade que **a chave de toda a organização política estava efetivamente no Poder Moderador, concentrado na pessoa do Imperador. (Silva, 1989:68).**

Usando o Poder Moderador, o Imperador poderia intervir em todos os outros Poderes. Dissolvendo a Câmara, pelo direito de adiamento e convocação, interferia no Legislativo, o mesmo acontecendo quando exercia seu direito de escolha do Senador apontado em lista tríplice. Era-lhe também conferido o poder de suspender os magistrados. De igual modo, interferia na autonomia das províncias, já que lhe era permitido escolher livremente seus ministros, afetando, dessa forma, o sistema administrativo de todo o país.

Deve-se reconhecer, entretanto, que o governo imperial desempenhou papel de curial relevância para o crescimento e o desenvolvimento do Brasil como nação: o fortalecimento de um governo central garantiu e manteve a união nacional.

3.2. MONARQUIA PARLAMENTARISTA.

O movimento de fundo inspirado pelas idéias do republicanismo, do federalismo e democracia desestabilizava o Império, razão pela qual tais idéias não puderam ser acolhidas. Havia muito inconformismo marcado por conflitos internos, alguns antigos, como a Insurreição Pernambucana (1817), a Confederação do Equador (1824), e depois a República de Piratini, e muitos outros que propugnavam pela implantação do regime republicano. Acreditavam que tratia para os brasileiros melhores condições de vida, assegurando-lhes o reconhecimento dos direitos humanos fundamentais, o pleno exercício das liberdades e, o que era mais importante, possibilitaria a participação do povo no exercício do poder.

A Constituição de 1824 foi outorgada pelo próprio Imperador. Não satisfeito com o trabalho realizado pela Assembléia Constituinte, simplesmente tratou de dissolvê-la. Por aí já se tinha uma amostra antecipada do tipo de governo que viria.

O Poder Moderador conferido ao Imperador lhe permitia dissolver a Câmara baixa e designar novas eleições. Poderia, ainda, sancionar ou vetar qualquer medida aprovada pelo Senado ou pela Câmara e, ademais, era o árbitro supremo de quaisquer disputas envolvendo questões de Estado. A divisão do país em dezoito províncias, teve como objetivo, fortalecer ainda mais o governo central. Isto, porém, teve um custo bastante elevado para o país, em virtude das constantes deflagrações de movimentos anti-monárquicos. Apesar de representar o símbolo da independência, D. Pedro I enfrentou problemas de todas as ordens, principalmente após a morte de seu pai D. João VI, em 1826, em Portugal, quando foi forçado a retornar para assumir o trono, deixando aqui seu filho Pedro II, com apenas cinco anos de idade, herdeiro do trono brasileiro.

Durante o período que mediou de 1824 a 1879, o Brasil foi palco de muitas rebeliões e insurreições, além de uma guerra sangrenta com o Paraguai, embora todas estas revoltas tenham sido vencidas pelo Império. Por mais de três décadas após a ascensão de D. Pedro II, apenas dois partidos permaneceram alternadamente no poder: o partido conservador, dominante entre 1850 e 1863, e o partido liberal, que desde o início da guerra contra o Paraguai, em dezembro de 1864, estivera em constante desacordo com o Imperador e o Senado. Na realidade, a guerra prestou-se para intensificar as tensões entre civis e militares nas décadas seguintes, especialmente, a partir de 1880. Quando Duque de Caxias renunciou ao comando das tropas, o fez no intuito de induzir a saída do gabinete liberal, o que de fato ocorreu, provocando também a ruptura do Partido Liberal. Nesta ocasião, Duque de Caxias foi substituído pelo próprio genro do imperador, o Conde D'Eu, que ficaria encarregado de terminar a operação de limpeza. A atitude do Imperador provocou a divisão do Partido Liberal, forçando-o a convidar membros do partido conservador a formar um novo governo que lhe garantiria apenas minoria de votos na Câmara dos Deputados.

Comentava-se que a guerra o havia afetado pessoalmente, perdendo o reconhecimento público de monarca sábio e benigno, sem partidarismos. Chegou mesmo a ser acusado de ter abusado de seu poder moderador. Então os liberais lançaram um manifesto cobrando medidas como descentralização, limitação de mandato para os Senadores, autonomia para o Poder Judiciário, liberdade religiosa, além de uma gradual abolição da escravatura. Os dissidentes da ala esquerdista do Partido lançaram em 1871 um outro manifesto. Este último, ainda mais

ousado, anunciava a decisão de romper com todas as tradições e compromissos do antigo partido e formar o Partido Republicano, que exigia nada mais, nada menos, do que o fim do Império.

3.3. DA MONARQUIA À REPÚBLICA.

O ideal republicano, como se pode observar, havia inspirado o sonho de muitos e tinha motivado incontáveis movimentos durante o período do Brasil Império. Por muitos anos, porém, foi um sonho frustrado. Todavia, o rompimento do Partido Liberal contribuiu para facilitar a instalação da república no país. Não que os partidos até então existentes - Liberal e Conservador - mantivessem propostas políticas sérias, ou possuíssem uma verdadeira ideologia política. Ao contrário, eram ligados às elites, com estrutura bastante precária e comprometidos com as camadas sociais mais abastadas, representantes de grandes latifundiários preocupados apenas em fazer desenvolver seus interesses agrários.

Ainda assim, os membros do Partido Liberal representavam o que havia de mais moderno. Eram considerados a classe política progressista, de onde irromperia o republicanismo.

Verifica-se, então, a 15 de novembro de 1889, o golpe de Estado que pôs fim à monarquia e instalou o governo provisório, sob a presidência do Marechal Deodoro da Fonseca, proclamando-se o Brasil como uma República Federativa.

O primeiro ato do novo governo, anota José Afonso da Silva, consistiu no Decreto no. 1, daquela data, que em seus primeiros artigos diz: **As províncias do Brasil, reunidas pelo laço da federação, ficam constituindo os Estados Unidos do Brasil, e cada um desses Estados, no exercício de sua legítima "soberania" - diz o decreto - decretarão oportunamente a sua constituição definitiva, elegendo os seus corpos deliberantes e os seus governos (arts. 1º, 2º e 3º) (Silva, 1989:70).**

Além de todas estas determinações, cuidou Rui Barbosa, redator do citado Decreto, de promover a criação de uma comissão especial para elaborar o Anteprojeto de Constituição, a qual, finalmente foi promulgada em 24 de fevereiro de 1891. Com a nova Constituição implanta-se, em definitivo, a nova ordem jurídica brasileira, baseada nos ideais do princípio republicano, que exterminaria as desigualdades inerentes ao sistema hereditário e as discri-

minações sociais. Tornava, em tese, as autoridades verdadeiramente representativas do povo, vez que investidas com mandatos temporários por prazo certo, tanto Deputados como Senadores, escorados, ainda, no federalismo.

Evidenciava-se que a união dos estados se pretendia que fosse perpétua e indissolúvel, tanto que os princípios acima referenciados foram dotados de extrema rigidez, e, portanto, insuscetíveis de modificação. Os poderes do Estado foram então fortalecidos, respaldados pela teoria clássica de Montesquieu, seguida da opção pelo sistema presidencialista.

Promulgada a Constituição, elegeram-se Presidente, o Marechal Deodoro da Fonseca, e vice-presidente, Floriano Peixoto, oriundos de chapas antagônicas. Tal fato foi o bastante para dar início a tentativa de destituição do governo através do processo de "impeachment". Não havia ainda sequer a regulamentação deste instituto nem a definição dos crimes de responsabilidade do Presidente. Todavia, um projeto chegou a ser apresentado ao governo e foi prontamente vetado, sendo em seguida encaminhado ao Senado, pelo vice-presidente da Casa, a fim de que o veto fosse apreciado. Em retaliação, o então Presidente da República, Deodoro da Fonseca, resolveu dissolver o Congresso, em 3 de novembro de 1891. Em 23 de novembro do mesmo ano, foi forçado a renunciar, assumindo a Presidência Floriano Peixoto.

Como se pode verificar, a criação de um Chefe do Executivo identificado com a figura do Presidente da República, fazendo as vezes de Chefe de Estado e Chefe de Governo, embora eleito por um prazo de quatro anos, conforme ficou estabelecido no art. 43 do texto constitucional, não modificou em muito o cenário político brasileiro. É que as estruturas políticas estavam corroídas, a ideologia dos partidos políticos estava comprometida e em muitos sentidos não lhes garantia coesão para concretizar os compromissos assumidos com o povo.

O art. 43 da Constituição de 1891 vedava a reeleição, diferindo nesse ponto, do sistema americano, que a permitia expressamente. O ponto em comum entre ambos os sistemas residiu na possibilidade de vir a ser o Presidente da República julgado pelo Senado, na hipótese de cometimento de crime de responsabilidade, atuando este como Tribunal de Justiça, presidido, porém, pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal. Eis aí, perfeitamente acolhido pelo ordenamento pátrio, o instituto do "impeachment", que relevante papel desempenharia mais tarde.

O Legislativo foi dividido em duas casas: o Senado, composto por três representantes de cada Estado, com mandato de nove anos, e a Câmara dos Deputados, representando cada uma das novas unidades da federação, com número de deputados eleitos em termos proporcionais à população.

O Judiciário, por sua vez, teve suas funções ampliadas. Passou a ter controle sobre os atos legislativos e administrativos, conferindo-se, ainda, aos seus membros, as seguintes prerrogativas: vitaliciedade (art. 57) e irredutibilidade de vencimentos (art. 57, § 1º).

Embora não houvesse mais lugar para a imponente figura do Poder Moderador, em verdade, nem tudo havia mudado. Inovações foram introduzidas ao texto constitucional, como o alargamento que mereceu a Declaração de Direitos e a instituição do Habeas-Corpus. Todavia, a velha e arcaica política de patronagem praticada pelos antigos partidos políticos permanecia bem atual, provocando freqüentes crises que terminariam por conduzir o país ao estado de sítio.

O enfraquecimento do poder central da União, levou o país a situações cada vez mais irremediáveis, resultando no restabelecimento dos poderes locais, ou seja, os governos estaduais amparados pelos velhos coronéis passaram a interferir no esquema político do país, elegendo deputados e senadores. De outra parte, a descrença dos próprios teóricos da Constituição fez com que se difundisse a necessidade de reforma, a fim de promover alterações no processo de intervenção da União nos Estados, no Poder Legislativo e no processo de elaboração das leis, nos direitos e garantias individuais, na Justiça Federal e, especialmente, fortalecer o Executivo. Tais reformas ocorreram em 1926, e provocariam, quatro anos mais tarde, o fim do primeiro período republicano, com a subida de Getúlio Vargas ao poder, em 1930, voltado atentamente para as questões sociais.

Todavia, Celso Ribeiro Bastos salienta que:

Em conclusão, qualquer que seja o juízo que se faça sobre as virtudes desta Emenda, o certo é que ela não teve o condão de garantir longevidade ao texto Constitucional. Ele estava fadado a ser varrido das nossas instituições também por um movimento armado em 1930, quando então se fecha o período hoje denominado Primeira República. (Bastos, 1989:61).

4. O PRESIDENCIALISMO BRASILEIRO.

Inaugura-se, em de 24 de julho de 1891, uma nova fase no país. É o começo do Brasil Republicano, surpreendido com um sistema de governo inteiramente desconhecido e desvinculado das tradições políticas brasileiras: o presidencialismo.

A queda da monarquia representou muito mais que um rompimento com um antigo modelo de governar. Trouxe, na realidade, profundas inovações, mudanças para as quais não estávamos preparados. O Império foi derrubado por um golpe militar e não por uma revolução social, no entanto, como tem ocorrido com a maior parte das transições políticas importantes no Brasil, não houve derramamento de sangue e o período republicano teve início como um governo militar. Isto porque os republicanos tinham feito sérios avanços entre os militares descontentes, especialmente junto aos positivistas, como anota Skidmore (Skidmore, 1998:108).

A primeira Constituição Republicana foi fruto de uma Assembléia Constituinte orquestrada pelo ilustre deputado baiano Rui Barbosa, reunida de 1890 a 1891, e sua característica fundamental foi a descentralização radical do poder. O que, porém, nos causa mais espanto quando estudamos a evolução histórica das instituições nacionais, é perceber que os primeiros republicanos incumbidos de modelar as novas instituições do país, não tinham nenhuma identificação com o sistema presidencialista, ao contrário, eram parlamentaristas tradicionais. Isto se verifica claramente, já no Manifesto Republicano de 1870, cujo objetivo era perpetrar a mudança do sistema unitário para o sistema federativo de governo. Em momento nenhum, porém, lhes passava pela cabeça romper com a velha tradição parlamentarista.

Todavia, talvez por desconhecerem o funcionamento do novo sistema e seus nefastos efeitos, decidiram inseri-lo no art. 41 da nova Carta Constitucional. Assim, diante do silêncio da Nação, nascia, para o Brasil, a opção pelo sistema presidencialista.

A Constituição de 1891, cuidara de reformular todo o arcabouço jurídico do país, estabelecendo, de início, que a Nação brasileira passava a adotar a república federativa como nova forma de governo, a qual se constituía pela união perpétua e indissolúvel de suas províncias, formando os Estados Unidos do Brasil. As antigas províncias foram guindadas à condição de Estados, em decorrência da transformação do país em federação, conferindo-se-lhes autonomia política e administrativa, tal qual

o modelo americano, chegando ao ponto de igualmente proclamar as liberdades democráticas. O novo regime previa, também, a harmonia e independência dos poderes e eleições diretas para Presidente da República, com mandato de quatro anos. Previu-se, ainda, a autonomia dos municípios e a possibilidade de destituição do Chefe do Executivo, na hipótese de praticar crime de responsabilidade, através do impeachment, figura esta herdada do sistema presidencialista norte-americano que, por sua vez, acolheu-a do modelo anglo-saxão.

4.1. CARACTERÍSTICAS DO PRESIDENCIALISMO BRASILEIRO.

O que diferencia, fundamentalmente, o sistema presidencialista, em contraposição ao parlamentarismo, é a completa independência do poder executivo em relação ao legislativo. E, em especial, o fato de que, no governo presidencialista, o Presidente da República exerce dupla atribuição: a de Chefe do Estado e a de Chefe do Governo. No Brasil, a chefia do Executivo é unipessoal e o exercício do mandato é temporário. Ademais, nenhuma responsabilidade política lhe é cobrada por seus atos, salvo se praticar crime de responsabilidade, quando então ficará sujeito ao "impeachment", podendo ser afastado temporária ou definitivamente de suas funções, devendo tais infrações serem apuradas através de processo político-administrativo, instaurado pelas Casas do Congresso Nacional.

A responsabilização do Presidente da República, portanto, não é política, mas penal, e os crimes de responsabilidade se encontram parcialmente previstos no caput do art. 85 da Constituição Federal, em cujo Parágrafo Único está prevista, ainda, a elaboração de lei especial para defini-los e estabelecer as normas de processo e julgamento.

Diferentemente do que ocorre nos Estados Unidos da América, onde o presidente é eleito através de um colégio eleitoral, no Brasil, a eleição para Presidente da República é realizada por via direta, podendo acontecer em até dois turnos de votação. Ou seja, exige-se que o candidato alcance a maioria absoluta de votos, vez que adotou-se o princípio da maioria absoluta ou sistema majoritário. A eleição do Presidente implica, necessariamente a do vice-presidente, sendo ambos candidatos registrados em uma mesma chapa, para cumprir mandato de quatro anos, permitida a reeleição dos Chefes de Executivo (Presidente, Governador e Prefeito), para um único

período subsequente, de acordo com a previsão constante do § 5º do art. 14 da Constituição Federal Brasileira.

Os Ministros de Estado, são considerados meros auxiliares do Presidente, que poderá nomeá-los ou exonerá-los livremente, sendo suas atividades exercidas de forma autônoma e isolada, inexistindo qualquer espécie de hierarquia entre os Ministérios.

A execução de plano de governo, depende, exclusivamente, da coordenação do Presidente da República. Todavia, quaisquer que sejam seus resultados, bons ou ruins, isto em nada afetará seu mandato ou a permanência de seus Ministros, enquanto membros de sua confiança.

4.2. PRINCIPAIS FORMAS DE CONTROLE.

As relações do Poder Executivo com o Legislativo, em tese, são completamente desvinculadas e independentes, por influência da teoria da separação dos poderes, embora, na prática, isto não ocorra de forma tão radical. Na realidade, a denominação de Poder Executivo possui conteúdo incerto, em virtude de confundir poderes, faculdades e prerrogativas de variadas natureza, sendo mais correto referir-se a atos de chefia de estado, de governo e de administração. Assim, considerando-se este aspecto, pode-se inferir que o Presidente da República, no Brasil, exerce, basicamente, três funções: Chefia de Estado, Chefia do Governo e Chefia da Administração Pública Federal, encontrando-se suas atribuições previstas em nosso texto constitucional.

O ordenamento jurídico brasileiro acolheu a teoria da separação de poderes, resultando, portanto, na adoção da técnica de controle dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, inspirado no modelo norte-americano.

O papel desempenhado pelo órgão legislativo não é o de mero elaborador de leis, vez que exercita também o controle externo dos atos do governo. Este controle está inserido entre as atribuições exclusivas do Congresso, podendo ser exercido por qualquer de suas Casas, auxiliado pelo Tribunal de Contas da União, órgão autônomo e independente, com natureza jurídica administrativa, porém, dotado de poderes especiais, como o de aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei. Poderá, ainda, estabelecer entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário; sustar a execução de atos impugnados, comunicando sua decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal etc., conforme previsão constante dos incisos VIII

e X do art. 71 da Constituição Federal brasileira, objetivando, assim, fazer com que se cumpra a legislação.

O Congresso Nacional é constituído por Deputados Federais e Senadores, eleitos diretamente pelo povo. Os representantes da Câmara dos Deputados são escolhidos pelo sistema proporcional, para cumprir mandato de quatro anos, não podendo cada unidade da federação eleger menos de oito ou mais de setenta Deputados. O Senado Federal é composto por três representantes de cada Estado e do Distrito Federal, com mandatos de oito anos e representação renovada a cada quatro anos, por um e dois terços, de forma alternada.

A independência entre os poderes, executivo e legislativo, confere certa estabilidade ao sistema e aos ocupantes dos respectivos cargos eletivos, que poderão dentro daquele período, traçar as metas políticas de governo. Ademais, a temporariedade de seus mandatos é uma garantia de renovação e participação popular, constituindo um fator característico e peculiar do presidencialismo. O Congresso Nacional, não sendo um Parlamento, não está sujeito à dissolução e, portanto, não está obrigado a se submeter às determinações do Poder Executivo. Do mesmo modo, os atos deste último não estão sujeitos a aprovação do Legislativo; embora estejam sujeitos ao seu controle, através de mecanismos diversos, postos à disposição do Congresso Nacional, como por exemplo: sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa; julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo; fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta; zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes; aprovar iniciativas do Poder Executivo referentes a atividades nucleares; autorizar referendo e convocar plebiscito; etc., conforme preceituam os incisos V, VI, IX, X, XI, XIV, XV do art. 49 do texto constitucional.

O sistema de contrapesos estabelecido pelo presidencialismo brasileiro prevê, ainda, o poder de veto total ou parcial do Presidente da República, em matéria legislativa. Além disto, confere-lhe competência para editar medidas provisórias com força de lei, em caso de relevância e urgência, devendo tais medidas serem referendadas pelo Congresso Nacional, no prazo de trinta dias, sob pena de perderem sua eficácia. Estando o Congresso em recesso, poderá ser convocado extraordinariamente, para que se reúna em cinco dias, consoante estatuem os arts. 62 e 84, inciso XXXVI da Constituição Federal Brasileira.

O poder de veto representa, sem dúvida, uma forma de controle sobre o Poder Legislativo. Pois, a partir do momento em que o Presidente da República, substituindo-se ao legislador ordinário, arroga para si, competência que é própria de outro poder, invade uma seara estranha à natureza de suas atribuições.

O controle interno, por sua vez, é aquele exercido pelo próprio Poder Executivo, no âmbito da Administração Federal, destinando-se à verificação da legalidade e da regularidade dos atos realizados, controle e acompanhamento das operações financeiras, prestando, ainda, eventualmente, auxílio ao Tribunal de Contas da União.

Os atos do Poder Executivo encontram-se, também, sujeitos ao controle do Poder Judiciário, nos termos do que preceitua o inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal brasileira: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;. Esta garantia conferida aos cidadãos em geral, permite a avaliação, pelo Judiciário, da prática de atos ilegais ou irregulares, assim como aqueles arbitrários ou abusivos, originários de qualquer dos Poderes ou de particulares.

As garantias, como bem ensina o Prof. Paulo Bonavides, são meios de defesa - se colocam então diante do direito, mas com este não se deve confundir. (Bonavides, 1993:440). Podemos dizer que garantias são instrumentos inseridos no texto constitucional com dupla finalidade: proteger a Constituição e, de outro lado, oferecer sustentação e integridade aos direitos fundamentais dos cidadãos. Tais direitos encontram-se albergados pelas denominadas cláusulas pétreas, constantes do § 4º do art. 60 da Constituição Federal brasileira, e confere-lhes a indispensável liberdade e segurança jurídica imanentes ao Estado de Direito, sendo bastante clara a redação do citado dispositivo:

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto e universal;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

Podemos, assim, concluir que o sistema presidencialista brasileiro permite três formas distintas de controle: 1) interno - levado a efeito pelo pró-

prio Poder Público Federal; 2) externo - exercido pelo Poder Legislativo com o auxílio do Tribunal de Contas da União, e 3) judicial - exercitado pelo Poder Judiciário, mediante provocação dos interessados.

4.3. PRESIDENCIALISMO E PARLAMENTARISMO.

Distinguir os traços fisionômicos dos sistemas presidencialista e parlamentarista não é tarefa tão simples como pode parecer à primeira vista.

Em primeiro porque, sistemas existem, a exemplo do presidencialismo da República Oriental do Uruguai, que em muito se assemelham ao parlamentarismo, porém, com ele não se confunde, constituindo, apenas, uma espécie de variação bem interessante como comentaremos adiante. Em segundo porque, o que demarca fundamentalmente a diferença entre estes dois tipos de sistemas é o tipo de relação mantida entre os Poderes Executivo e Legislativo.

O Presidencialismo, historicamente, é o sistema que perfilhou o princípio da separação dos poderes, considerado o pilar das garantias constitucionais da liberdade, em face de possibilitar a descentralização política, a renovação de seus representantes e a participação popular, por via direta ou indireta, na escolha de seus líderes. O que há de mais peculiar, entretanto, é que, nesse tipo de governo, o Chefe do Poder Executivo concentra à sua volta, enorme parcela de poder, sem que tenha qualquer responsabilidade política pelos atos que pratica. Essa irresponsabilidade política, usualmente, é estendida aos seus auxiliares diretos, ou seja, aos Ministros, os quais são livremente nomeados e exonerados pelo Presidente, vez que exercem apenas funções de confiança. Outro traço característico do presidencialismo é sua compatibilização com o regime republicano onde, de regra, o Presidente da República é eleito diretamente e não por meio de um colégio eleitoral, como acontece nos Estados Unidos, decorrendo daí que seus poderes derivam, não raro, do povo que o elege através do voto direto.

A responsabilidade do presidente, conforme foi consignado, é de natureza penal e não política, de forma que seu afastamento, antes do término de seu mandato, só ocorrerá na hipótese de cometimento de crime de responsabilidade, através do processo de impeachment. Sua interferência na esfera legislativa é mínima, devendo ser ressaltada, todavia, a co-participação entre os dois Poderes com relação a apreciação de matéria orçamentária. Em contrapartida, são inúmeras as atribuições conferidas ao Presidente da República nas áreas administrativa, militar, judiciária e de política interna e

exterior, abrangendo um enorme leque de competências, que o tornam, na realidade, um ditador constitucional. A ampliação crescente de seus poderes e atribuições tem sido vista como um fator de modernização do executivo, com o fito de lhe permitir maior celeridade e eficiência nas decisões.

Sabe-se, porém, que, nos países que adotam o sistema presidencialista como forma de governo, um dos mais freqüentes problemas que surgem diz respeito a base de sustentação política do governo (presidente) perante o Congresso ou Parlamento - como se denomina em França - vez que este, nem sempre, conta com o necessário apoio partidário para tornar efetivas suas ações. Necessita, assim, de constantes negociações com outros partidos para obter a aprovação de suas medidas, o que nem sempre é viável ou possível, uma vez que, no Brasil, os partidos políticos não possuem unidade ou coesão, não seguem seus próprios estatutos e, no geral, seus representantes desconhecem por completo o significado da expressão fidelidade partidária. Os políticos brasileiros adotam os partidos como objetos de aluguel, de modo que não são os partidos que os colocam no poder, mas estes deles se utilizam para realizar suas aspirações políticas pessoais. Existe, portanto, uma inversão de valores que gera um descompasso político e partidário, acarretando uma certa instabilidade no governo, resultando nas crises que têm levado o país ao caos, ao descontrole econômico, administrativo e político. De conseguinte, o funcionamento do sistema presidencialista conduz muitas vezes a saídas pouco pacíficas ou o que é mais comum, inadequadas para a resolução dos conflitos internos, prejudicando todo o processo democrático do país.

Giovanni Sartori, analisando o sistema presidencialista norte-americano faz importante observação acerca de seu funcionamento, ressaltando sua fragilidade, quanto ao aspecto da ruptura causada em razão, exatamente, da aplicação da teoria da separação dos poderes. Esta, embora represente a pedra fundamental de todo o sistema, contribui para o seu enfraquecimento, a medida em que o transforma em um governo democrático, porém, ditatorial:

A premissa básica do presidencialismo é que ele leva a um governo forte e eficaz - tanto per se como em comparação com os sistemas parlamentaristas. Esta, porém, é uma premissa discutível. O fato de o sistema norte-americano há muito vir enfrentando problemas não desmente a afirmativa de que uma estrutura de poder dividida conduz mais facilmente do que qualquer outra à paralisia e aos impasses (Sartori,1996:103).

De regra, a saída para as crises e os impasses, nos sistemas presidencialistas, tem sido o uso da força e os golpes militares, posto que não existem alternativas legais para a substituição do Chefe de Governo. Este deverá se manter no poder até o término de seu mandato, ainda que já não conte mais com o apoio popular.

Merece ser destacada a importância do vice-presidente, no sistema presidencialista brasileiro, tendo em vista que este é o sucessor natural do Presidente, em caso de vacância e seu substituto, na hipótese de ocorrer impedimento no exercício de suas funções, como estipula o art. 79 do texto constitucional.

O cargo de vice-presidente havia sido abolido pelo Ato Adicional à Constituição de 1946, que instaurou o sistema parlamentarista de governo, e embora a Emenda no. 6 daquele mesmo ano tenha restabelecido o presidencialismo em nosso país, a supressão foi mantida. Somente em 1964 é que o cargo foi restaurado. A Constituição Federal de 1988, em seus arts. 89 e 91, procurou prestigiar ao máximo a figura do vice-presidente, nomeando-o membro nato do Conselho de Defesa Nacional. Salientou mais que ele desempenha função consultiva do Presidente da República no que concerne a matérias referentes à manutenção estável do sistema federativo e das instituições democráticas, soberania nacional e defesa do Estado.

Verificamos, contudo, que no Uruguai o funcionamento do sistema presidencialista é um pouco diferente, uma vez que o Presidente da República dispõe de meios legais para dissolver a Assembléia Geral ou Congresso, o qual, por sua vez, possui poderes julgar os atos dos Ministros de Estado, consoante estabelecem os arts. 85, item 19, combinado com os arts. 147 e 148 da Constituição uruguaia:

Art. 85 - A la Asamblea General compete:

19 - Juzgar políticamente la conducta de los Ministros de Estado, de acuerdo a lo dispuesto en la Sección VIII.

A Seção VIII a que se refere o aludido dispositivo, trata das relações entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo, estabelecendo expressamente que:

Art. 147 - Cualquiera de las Cámaras podrá juzgar la gestion de los Ministros de Estado, proponiendo que la Asamblea General, en sesión de ambas cámaras, declare que se censuran sus actos de administración o de gobierno

Quando se presenten mociones en tal sentido, la Câmara en la qual se formulen será especialmete convocada, com un término no inferior a cuarenta y ocho horas, para resolver sobre su curso.

Art. 148 - La desaprobación podrá ser individual, plural o colectiva, deviendo ser pronunciada en qualquier caso, por la mayoría absoluta de votos del total de componentes de la Asamblea General, en sesión especial y pública. Sin embargo, podrá optarse por la sesión secreta cuando así lo exijan las circunstancias.

La desaprobación pronunciada conforme a lo dispuesto en los incisos anteriores, determinará la renuncia del Ministro, de los Ministros o del Consejo de Ministros, según los casos.

El Presidente de la República podrá observar el voto de desaprobación cuando sea pronunciado por menos de dos tercios del total de componentes del Cuerpo.

En tal caso la Asamblea General será convocada a sesión especial a celebrarse dentro de los diez días siguientes.

Si la Asamblea General mantuviera su voto por un número inferior a los tres quintos del total de sus componentes, el Presidente de la República, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes podrá mantener por decisión expresa, al Ministro, a los Ministros o al Consejo de Ministros censurados y disolver las Cámaras.

En tal caso deberá convocar a nueva elección de Senadores e Representantes, la que se efectuará el octavo Domingo siguiente a la fecha de la referida decisión.

El mantenimiento del Ministro, Ministros o Consejo de Ministros censurados, la disolución de las Cámaras y la convocatoria a nueva elección, deberá hacerse simultáneamente en el mismo decreto.

Sartori entende que o Uruguai, apesar de ter apresentado variações ao sistema presidencialista concebido a partir do modelo norte-americano, não pode ser considerado como uma forma estranha a ele. O fato de o Legislativo poder censurar os ministros e o Presidente da República gozar da prerrogativa de dissolver o Congresso não descaracteriza o sistema, apenas o diferencia dos demais.

A Constituição argentina, por sua vez, ao tratar das atribuições do

Poder Legislativo, confere à Câmara dos Deputados, em seu art. 53, a seguinte competência:

Sólo ella ejerce el derecho de acusar ante el Senado al presidente, vicepresidente, al jefe de gabinete de ministros, a los ministros y a los miembros de la Corte Suprema, en las causa de responsabilidad que se intenten contra ellos, por mal desempeño o por delito en el ejercicio de sus funciones; o por crímenes comunes, después de haber conocido de ellos y declarado haber lugar a la formación de causa por la mayoría de dos terceras partes de sus miembros presentes.

A exemplo do que ocorre no Brasil, o Presidente da Nação Argentina pode nomear e remover livremente seus Ministros, bem como, o Chefe do Gabinete dos Ministérios (art. 99, item 7), embora não exista em nosso ordenamento um Chefe dos Ministérios, pois não há hierarquia entre eles. Nota-se, porém, que na Argentina, a responsabilidade dos Ministros é coletiva e solidária com o Chefe do Executivo, vez que os atos deste deverão, ordinariamente, ser referendados pelo Chefe de Gabinete do Ministério e pelos próprios Ministros encarregados da pasta, com exceção do que preceitua o item 3, do citado art. 99.

No tocante a este aspecto podemos, ainda, acrescentar, que o ordenamento jurídico brasileiro guarda alguma semelhança com a norma acima citada, posto que inseriu no elenco das atribuições dos Ministros, referendar os atos e decretos assinados pelo Presidente da República, conforme prevê o inciso I do art. 87 da Constituição Federal brasileira. Ressalve-se, entretanto, que a responsabilização dos Ministros, considerando-se que exercem funções meramente auxiliares, somente ocorre quando praticam crimes de responsabilidade ou comuns. Nos crimes de responsabilidade, conexos com o do Presidente da República, serão julgados pelo Senado Federal, sob a presidência do Presidente do Supremo Tribunal Federal, e com relação aos crimes comuns e de responsabilidade, salvo quando conexos com os do Presidente da República, serão processados e julgados originariamente pelo Supremo Tribunal Federal.

São bastante nítidas as distinções entre os dois sistemas de governo, parlamentarismo e presidencialismo. No entanto, ambos não se confundem, dadas as particularidades e as diferentes relações que estabelecem entre os poderes executivo e legislativo, podendo ser apontados três traços essenciais, consoante Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

a) apóia-se o parlamentarismo na divisão funcional clás-

sica, distinguindo um Legislativo, um Executivo e um Judiciário com órgãos e competências próprias;

b) executivo e legislativo não são independentes entre si, mas o judiciário é independente de um e de outro;

c) a estrutura do poder executivo é dualista, provendo-se de um lado um chefe de Estado e de outro, um chefe de governo a que se vincula o Gabinete. (Ferreira Filho, 1993:9-10).

É certo que o sistema parlamentarista, moldado em regras construídas ao longo do tempo, é forma representativa de governo e também a única resultante de um processo histórico e do incessante desdobramento de instituições inglesas, tendo surgido como forma de organização política avessa à monarquia absolutista. Nesse ponto, difere substancialmente do sistema presidencialista, criado e implantado nos Estados Unidos da América sem apoio em qualquer instituição política tradicional, e, portanto, sem raízes históricas. O presidencialismo norte-americano foi adaptado a partir do sistema monárquico inglês, porém, com exclusão de seu maior vício, que consistia, segundo seus defensores, na concentração de todo o poder nas mãos de uma só pessoa.

Podemos distinguir em sua trajetória, duas fases que assinalam o começo da implantação desse sistema nos moldes como ele se apresenta nos dias atuais. A primeira delas retrata as lutas travadas para a conformação de um governo representativo que pudesse exercer alguma influência diante da monarquia absolutista, abrangendo o período compreendido entre os séculos XIII a XVII. A segunda fase refere-se a uma série de ocorrências pacíficas, porém, modificadoras da vida política inglesa, alavancadas após a revolução liberal de 1688, cujo objetivo era resguardar as instituições inglesas e os direitos já conquistados, dentre eles, a efetiva proteção da liberdade pessoal e a participação do povo no poder, através de representação política na Câmara Baixa do Parlamento. A Gloriosa Revolução, como ficou conhecida, culminou com a instalação definitiva de um regime representativo mais aprimorado, o parlamentarismo, no qual já se destacava a influência marcante e decisiva das duas casas legislativas: a Câmara dos Comuns e a Câmara dos Lordes.

O fortalecimento do parlamentarismo, entretanto, decorreu do esvaziamento e desuso de algumas prerrogativas da realeza, notadamente, a partir da dinastia de Hannover, que tornou-se conhecida como a dos reis im-

possíveis (Jorge I, Jorge II, Jorge III e Jorge IV). A primeira demonstração de força do parlamento ocorreu durante o reinado de Jorge III, quando por volta de 1782, Lord North, então primeiro-ministro, se demite da chefia do governo, em virtude da grande oposição parlamentar que lhe era movida, embora contasse com a inteira confiança do monarca. Renunciou após receber duas moções de censura e desconfiança, temendo que se consumasse a ameaça do impeachment. Contudo, a partir do conflito do Parlamento com os Stuarts, restara consagrado pelo ordenamento jurídico inglês, o novo princípio de direito público, segundo o qual, em caso de pendência com o poder representativo, o ministro decaído da confiança do Parlamento ficaria sujeito a um processo de responsabilização, cuja acusação caberia à Câmara dos Comuns, competindo o julgamento à Câmara dos Lordes.

O impeachment é um instituto que induz a responsabilidade penal, todavia, dentro do sistema inglês teve seus contornos modificados. É que desde o século XVIII, passou-se a cobrar a responsabilidade política dos governantes, expondo perante a opinião pública todo o ministério, fato que ocasionava, em consequência, a perda do poder e sua exoneração solidária. Tal conduta tornou-se praxe do sistema parlamentarista, fazendo com que o impeachment se tornasse um instrumento enferrujado e sem nenhuma função.

Constata-se, assim, uma outra distinção entre os dois sistemas. No parlamentarismo a representação do executivo é dual: o rei representa a Chefia de Estado e o primeiro-ministro representa a Chefia de Governo, devendo-se ressaltar, ademais, que o do Chefe de Governo é responsável politicamente pelos atos de seu governo.

Ademais, não se deve perder de vista que o traço característico do sistema parlamentarista se baseia no princípio de que o parlamento é soberano, não permitindo, desse modo, a separação de poderes, mas impondo, ao contrário, a partilha do poder entre o Legislativo e o Executivo. Pode-se então, afirmar que existem, basicamente, duas formas de parlamentarismo: o parlamentarismo dualista e o parlamentarismo monista.

Ensina o Prof. Paulo Bonavides que o parlamentarismo dualista caracteriza-se, essencialmente, pelos seguintes fatores: a) **igualdade entre o executivo e o legislativo**; b) **a colaboração dos dois poderes entre si**; c) **a existência de meios de ação recíproca no funcionamento do executivo e do legislativo.** (Bonavides, 1996:323)

A igualdade entre o executivo e o legislativo resulta da dualidade no

exercício do poder executivo, dividido entre o Chefe de Estado (o rei ou o presidente) e o Chefe de Governo, representado por um Gabinete presidido por um primeiro-ministro.

Até por volta do século XVIII, competia ao monarca indicar livremente seus ministros, esta foi a tese sustentada em favor do rei durante longo tempo. Só muito mais tarde, a Câmara dos Comuns conseguiu modificá-la, construindo a doutrina da responsabilização política e solidária do ministério.

O Gabinete tinha a função de intermediar as relações entre o Chefe de Estado (o monarca) e o Parlamento, devendo ser ressaltado que a sua unidade e homogeneidade são considerados elementos fundamentais ao funcionamento do sistema, resultando na colaboração recíproca entre os poderes. É de sua inteira responsabilidade todos os atos praticados em razão do exercício do poder, competindo ao primeiro-ministro organizar o gabinete, dirigi-lo, presidir-lhe às sessões, chefiar o partido majoritário, além de exercer a liderança parlamentar e outros misteres, sendo de curial importância a obtenção do apoio da maioria para a consecução dos negócios de governo. Eis porque a unidade e homogeneidade do gabinete é fundamental, pois disto decorre também a responsabilidade solidária dos Ministros, que devem apresentar unanimidade de opinião e adotar uma só política, demonstrando, assim, seu apoio total e irrestrito ao governo em exercício.

O princípio da responsabilização ministerial encontra-se intrinsecamente ligado à faculdade ou direito de dissolução do Parlamento, que constitui, entretanto, importante instrumento de flexibilização deste sistema. Não se destina a dominação ou sujeição do Parlamento, não devendo, portanto, ser confundido com um artefato belicoso posto à disposição do Chefe de Estado. Sua aplicação faz desencadear a realização de novas eleições, representando um apelo a Nação, para decidir pela manutenção ou não do Gabinete no poder.

O equilíbrio entre os poderes executivo e legislativo foi alcançado no sistema parlamentarista inglês, através da criação de duas câmaras legislativas, e ocorreu de forma natural, não foi fruto do pensamento de nenhum pesquisador ou cientista político, mas sim do desenrolar de circunstâncias históricas, cujas origens remontam a Gloriosa Revolução. O bicameralismo surgiu como mecanismo de contenção aos possíveis excessos do legislativo, podendo-se afirmar que foi a solução mais adequada para opor limites a atuação desse poder, viabilizando a harmonia e a igualdade entre executivo e legislativo.

Surge no século XX um outro tipo de parlamentarismo, denominado monista, com funcionamento modificado e com características mais democráticas, em face da decadência dos poderes monárquico-aristocráticos e a ascensão dos poderes democráticos, além de destacada predominância do ministério e do chamado governo de gabinete.

Como assevera o Prof. Paulo Bonavides: **A nota ideológica dominante do parlamentarismo monista se prende antes às máximas da democracia social e do socialismo democrático do que às velhas e ultrapassadas concepções do monarquismo e da liberal-democracia. (Bonavides,1996:329)**

O parlamentarismo dualista atingiu seu apogeu no século XIX quando foi largamente utilizado pela burguesia liberal em defesa de seus interesses políticos e sociais, porém, à medida em que se desenvolvia a doutrina da responsabilização dos ministros perante o parlamento e a opinião pública e se tornava mais efetiva a participação popular através do sufrágio universal, verificou-se a transformação do sistema, no sentido de alcançar maior pureza e flexibilidade.

No entendimento de Bonavides, o parlamentarismo monista contemporâneo, de cunho mais democrático, define-se, notadamente, por dois fatores:

a) o afastamento do chefe tradicional do poder executivo, rei ou Presidente da República, de qualquer participação efetiva no governo, ficando sua missão essencial circunscrita apenas ao papel de Chefe de Estado; b) a entrega da autoridade soberana a um único poder: o gabinete, operando-se, segundo Bagehot, não a absorção do poder executivo pelo legislativo, mas a fusão de ambos os poderes. (Bonavides,1996:329)

A distinção entre as funções de Chefe de Estado e Chefe de Governo, no sistema parlamentarista monista, tornaram-se ainda mais evidentes, enquadrando-se com perfeição na clássica definição do ex-presidente francês Thiers, que em 1830 já dizia que o rei reina, e o país se governa. Com efeito, as funções de chefe de Estado não se confundem com a de Chefe de Governo, ficando a primeira a cargo do rei ou Presidente da República, e a segunda, entregue ao gabinete ou ministério, de plena confiança do Parlamento, respaldado na maioria parlamentar ou do partido dominante que estiver no poder.

A Inglaterra adota, atualmente, a nova versão do parlamentarismo monista, também chamado de governo de gabinete, o qual é escolhido pelo legislativo e presidido por um primeiro-ministro, ficando sujeito, entretanto, à Câmara dos Comuns, eleita pelo povo. O gabinete goza da total confiança do parlamento, restando, assim, operacionalizado o princípio que dá equilíbrio ao sistema e que consiste na fusão dos poderes executivo e legislativo, consagrado pela Constituição inglesa. Em verdade, o governo de gabinete inglês é hoje, o governo de um partido majoritário, eis que apenas dois partidos principais vem mantendo a alternância no poder - conservadores e trabalhistas - embora existam outros, como o partido liberal e o partido social democrata, os quais, todavia, não possuem influência política. É também, um governo de opinião, no sentido de que a opinião pública tanto eleger como derruba governos.

Em alguns países, o sistema parlamentarista monista sofreu grandes mudanças, abandonando o governo de gabinete para adotar o governo parlamentar. Nele, a assembléia tem um papel preponderante sobre o gabinete e o Chefe de Estado, no caso, o Presidente da República, que tem suas funções ainda mais reduzidas. O Parlamento exerce o controle, a direção do governo e de sua política, diferentemente do que se passa na Inglaterra, onde o primeiro-ministro, juntamente com o Gabinete exercem a direção do governo e sua política e a Câmara dos Comuns controla todo o aparato governamental.

O chamado governo de assembléia ou governo convencional surgiu em França, no ano de 1793, tendo sido renovado reiteradas vezes, em 1848 e em 1871, caracterizando-se pela evidente desigualdade gerada entre o executivo e o legislativo, vez que o Parlamento é quem define a competência do executivo e quem a revoga quando lhe convém. O ministério é apenas um auxiliar da assembléia, não possuindo, por conseguinte, independência de ação.

Consoante atesta Pierre Cot, relator geral da Comissão de Constituição, que lavrou a Constituição francesa de 1946: Na realidade o governo convencional é governo de ditadura, que organiza não a ditadura de um homem, mas a de uma maioria. Ignora a questão da confiança, típica do regime parlamentar. (apud Bonavides, 1996:333).

O sistema parlamentarista monista adotado pelos ingleses é, certamente, o mais flexível e democrático. Todavia, na maioria dos países da

Europa, existem sofisticadas variações do sistema parlamentarista, como é o caso da Alemanha e França, por exemplo. Considerando-se, porém, que o tema central deste trabalho é o sistema presidencialista na atual Constituição brasileira, limitamos nossos comentários aos tópicos lançados acima, vez que se destinam apenas a fornecer uma visão geral do assunto, para que possamos, posteriormente, confrontar as vantagens e desvantagens de ambos os sistemas.

5.0. O PROCESSO DE REDEMOCRATIZAÇÃO DO BRASIL.

O Brasil, desde a época do Império até os dias hodiernos, tem enfrentado seguidas crises de poder, com graves interferências militares, a começar pela queda de D. Pedro II, deposto pelo exército em 15 de novembro de 1889, quando foi proclamada a república.

Com a instauração de um novo cenário político, esperava-se que o país tivesse maior estabilidade, propiciando à população, melhores condições de vida. Todavia, a opção pelo pacto federativo e a forma republicana de governo não fez com que se modificassem as condições de vida do povo brasileiro.

Escolhido como o primeiro Presidente da República, o Marechal Deodoro da Fonseca, logo se desentendeu com aqueles que o haviam guindado ao poder, renunciando em 23 de novembro de 1891. Neste mesmo ano foi promulgada a primeira Constituição republicana, espelhada no modelo presidencialista implantado nos Estados Unidos da América. Com a renúncia de Deodoro da Fonseca, o vice Floriano Peixoto assume a presidência do país. Foi considerado o consolidador da república, entretanto, durante seu governo provocou a queda de muitos governadores dos Estados e uma guerra civil. Manteve-se, porém, no poder até a eleição do próximo Presidente, Prudente de Moraes, que governaria o país de 1894 a 1898.

O novo sistema constitucional, todavia, provocou o enfraquecimento do governo central e fez renascer o poder político regional e local. Isto acarretou a retomada do antigo coronelismo, que brotava fortalecido, promovendo a eleição de governadores, deputados e senadores.

Neste curto período republicano que se estendeu até por volta de 1930, o regime oligárquico que se impôs impediu que a Constituição formal se adequasse à realidade social. A Emenda Constitucional de 1926 em nada ajudou a alterar o quadro que se formara e a divisão de competências entre

a União e os Estados, por sua vez, não fez as coisas melhores. Crescia o descontentamento e o poder político dos coronéis, até que, em outubro de 1930, Getúlio Vargas, líder civil da revolução, ascende ao poder, pondo fim à velha república.

Anota Jorge Miranda que o período inaugurado a partir de 1930 pode ser assinalado por três características gerais, seguidas de sete fases distintas: 1ª) evolução com soluções de continuidade e com freqüentes crises político-militares; 2ª) sucessão, quase alternância, de governos autoritários e de governos liberais e democráticos; 3a) proliferação de Constituições (5 Constituições desde 1934, contra 2 apenas desde a independência até esse ano) (Miranda,1990:235)

As fases a que se refere o citado autor são as seguintes:

1ª fase (1930-1934): governo provisório;

2ª fase (1934-1937): regresso às formas constitucionais, com Constituição aprovada em assembléia constituinte em 1934;

3ª fase (1939:1945): ditadura de Getúlio Vargas (presidente desde 1930), que outorgou uma Constituição e estabeleceu um regime à moda da época, mas de caráter populista;

4ª fase (1945:1961): após a 2ª guerra mundial (em que o Brasil participou ao lado dos Aliados), nova fase democrático-liberal e nova Constituição, a de 1946;

5ª fase (1961:1964): crise institucional aberta pela surpreendente renúncia do Presidente Jânio Quadros;

6ª fase (1964:1985): governo de base ou de características militares, resultante da revolução de 1964, e em que é feita a Constituição de 1967 (alterada em 1969);

7ª fase (desde 1985) transição para uma nova Constituição, a de 1988 (Miranda,1990:235-236).

Em 1937, o Presidente Getúlio Vargas implantou uma nova ordem jurídica no Brasil, que tornou-se conhecida por Estado Novo, e, até 1945, viveu-se sob o regime de uma ditadura. Somente a partir de 1946 é que teve início o processo de Redemocratização e, em parte pelas conseqüências do pós-guerra, muitas Constituições foram reformuladas no mundo inteiro,

ensejando aqui também, a reconstitucionalização do país. Tivemos, então, em 18 de setembro de 1946, uma nova Constituição, semelhante às Cartas de 1891 e 1934, mas que viabilizaria as condições mínimas necessárias ao desenvolvimento da Nação nos próximos anos.

5.1. A CRISE BRASILEIRA.

No intervalo compreendido entre 1946 a 1961, a Carta constitucional brasileira sofreu poucos abalos, foram apenas três emendas constitucionais. Porém, em 2 de setembro de 1961, veio a Emenda no. 4, que instituiu novamente o sistema parlamentarista no Brasil, acabando assim, a tradição presidencialista consagrada desde o advento da república. Na verdade, tratava-se apenas de aplicar uma solução bastante inadequada para uma das piores crises que o país atravessava, vez que a continuidade da ordem democrática encontrava-se ameaçada. A renúncia do Presidente Jânio Quadros causou sérias reações entre os militares, que não desejavam que o vice-presidente João Goulart assumisse a liderança do país. Por isso, foi votada às pressas uma Emenda à Constituição, de no. 4, denominada de Ato Adicional, numa tentativa de enfraquecer o poder do Chefe do Executivo, através da adoção do sistema parlamentarista dualista. Em 23 de janeiro de 1963, porém, o Congresso aprova a Emenda Constitucional no. 6, que restabelece o sistema presidencialista de governo. Contudo, a revogação do Ato Adicional, assim como a implementação de todas essas medidas não foram suficientes para impedir o agravamento da crise, que resultou no golpe militar de 31 de março de 1964.

O Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964, manteve verbalmente a ordem constitucional vigorante, mas promoveu, simultaneamente, a cassação de mandatos e a suspensão de direitos políticos. Com base neste mesmo Ato, foi eleito presidente da república, o Marechal Humberto de Alencar Castelo Branco, para complementar os três anos restantes do período de governo. Persistindo a crise, outros Atos Institucionais foram editados (AI 3 e 4), determinando este último, o procedimento a ser adotado pelo Congresso Nacional para votar uma nova Constituição, a qual foi promulgada em 24 de janeiro de 67, passando a vigorar somente a partir de 15 de março de 67, quando assumiu a presidência, o Marechal Arthur da Costa e Silva.

A Carta de 1967 assimilou, basicamente, as mesmas características daquela de 1937, ressaltando, no entanto, grandes preocupações com a se-

gurança nacional, tanto que conferiu maiores poderes à União e ao presidente da república. Em relação à Constituição de 1946 revela-se menos intervencionista, tendo avançado na questão da desapropriação de terras, autorizando o pagamento das indenizações com títulos de dívida pública, para fins de reforma agrária. A reformulação do sistema tributário nacional e a distribuição de rendas é outro ponto marcante, vez que ampliou a técnica do federalismo cooperativo, ou seja, possibilitou a participação de um ente federado na receita de outro, embora mantivesse nítida centralização. Teve vida breve, pois em 13.12.68 veio o AI 5, que rompeu completa e definitivamente com a ordem constitucional, mergulhando o país na pior ditadura de sua história.

Horst Bahro e Jürgen Zepp, em artigo publicado na "Revista de Direito Constitucional e Ciência Política", destacam:

Em dezembro de 1968, o Congresso Nacional, cuja maioria era composta pelo partido do governo, a Arena, negou ao Presidente da República a aprovação da suspensão da imunidade de um deputado do MDB, embora essa medida tivesse sido declarada como do interesse da segurança nacional. Em vista disso, o Presidente decretou o recesso do Congresso por tempo indeterminado e baixou o Ato Institucional nº 5 (AI-5), pelo qual o Presidente adquiria poderes ilimitados para intervenção de todo e qualquer tipo e em todas as esferas do direito. Com base no AI-5, foram cassados centenas de mandatos políticos e o Supremo Tribunal foi "saneado". Com uma emenda constitucional, o regime militar erigiu para si mesmo um novo embasamento, que lhe outorgou poderes ilimitados. (apud Bastos, 1989:82-83)

Os poderes conferidos ao presidente da república permitia-lhe decretar o fechamento do Congresso Nacional, Assembléias Legislativas Estaduais e Câmaras de Vereadores. Além disto, ficou o Estado investido das prerrogativas do Legislativo, suspendeu as garantias da magistratura, assim como aquelas conferidas aos funcionários públicos, como a estabilidade, chegando ao cúmulo de suspender o Habeas Corpus, quando se tratasse de crime político praticado contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular.

Em que consistia, entretanto, o crime contra a segurança nacional?

Tudo que o governo definisse como tal, ainda que sem qualquer critério legal, conforme salientam os autores acima citados, em outro artigo publicado na mesma revista:

A base da legitimação do regime militar foi - como em toda a América do Sul - a ideologia da "segurança nacional". No Brasil, foi ela desenvolvida pela Escola Superior de Guerra (ESG), tendo como "pai espiritual" a "eminência cinzenta" dos presidentes militares, o General Golbery do Couto e Silva. "Segurança nacional" abrange tudo o que se refere à vida nacional, tanto na política interna como externa. () Atrás dessa ideologia, esconde-se um anticomunismo indiscriminado, que declara como agente de Moscou qualquer pessoa inimiga; nela baseados, foram definidos em 1969 inúmeros crimes contra a segurança nacional. Pela Constituição de 1969, foi atribuída a todo cidadão brasileiro a responsabilidade pela segurança e foi instituído o "Conselho de Segurança Nacional", com representações em todos os ministérios e empresas estatais, através das suas "Divisões de Segurança e Informação" (DSI). Os delitos enquadrados nas leis de segurança nacional caracterizavam-se por estarem definidos de uma forma vaga e genérica, oferecendo ampla margem à arbitrariedade. Com isso, sob o manto do direito, foram levantadas as bases do estado policial arbitrário. (apud Bastos, 1989:83).

Desde 1964, o Brasil esteve sempre nas mãos de governos militares, tendo sido presidido, primeiramente, pelo Marechal Humberto de Alencar Castelo Branco, seguido pelo Marechal Arthur da Costa e Silva. Este último faleceu antes de concluir seu mandato, deixando o país sob a direção de uma junta militar, formada pelos Ministros da Marinha, Exército e Aeronáutica, que não permitiu que o vice-presidente Pedro Aleixo assumisse o poder, por tratar-se de um civil. Durante o governo do Presidente Médici, teve início, de forma bastante incipiente, o processo de Redemocratização. As Assembléias Legislativas foram reabertas, embora com restrições quanto a alguns parlamentares que tiveram seus mandatos cassados, e houve também a previsão para eleições indiretas para governadores e vice-governadores de Estado, marcadas para 15 de março de 1974. Verificou-se, nesta ocasião, uma amarga derrota do partido do governo, já então liderado pelo presi-

dente Geisel, que se viu forçado a exercer forte manipulação sobre o sistema eleitoral, a fim de que não perdesse sua legitimação e fosse colocado em risco o poder militar.

Assim, em junho de 1976, foi editada a chamada Lei Falcão, que restringia o acesso dos partidos aos meios de comunicação, notadamente, a televisão, prejudicando, em especial, os partidos de oposição. Em outubro de 1979 foram dissolvidos os partidos existentes e criados cinco novos partidos (PDS, PMDB, PTB, PDT e PT), porém, foram proibidas as coligações e foi estabelecido o voto vinculado. Os partidos teriam de apresentar candidatos a todos os cargos postos em disputa, o que dificultou em muito as coisas para todos eles, com exceção, é claro, do PDS. Somente em 1982, quando a Lei Falcão foi revogada é que o PMDB, principal partido de oposição, pode demonstrar quão expressivo era seu contingente eleitoral, posto que conseguiu eleger a maioria dos governadores dos Estados mais desenvolvidos. Estes resultados contribuíram para o desencadeamento de importantes movimentos, como a campanha em favor de eleições diretas para a presidência da república e a convocação de uma Assembléia Constituinte para a elaboração de uma nova Constituição. É certo que tais expectativas não foram alcançadas, todavia, isto não arrefeceu o ânimo do povo brasileiro que passou então a pugnar pela eleição do presidente da república através de um colégio eleitoral. A eleição foi marcada para 15 de janeiro de 1985, concorrendo pelo PMDB o então Governador de Minas Gerais, Tancredo Neves e Paulo Maluf, pelo PDS. A escolha de Maluf, entretanto, não foi uma decisão unânime do partido, de modo que a ala dissidente do PDS, liderada por Sarney, optou pela criação de um novo partido, o PFL. Com a coligação do PMDB e PFL, concorreram aos cargos de presidente e vice-presidente, Tancredo Neves e José Sarney, ficando, assim, assegurada a vitória da oposição.

O país vinha passando por um período de transição, saindo de uma ditadura militar e dando seus primeiros passos rumo o ingresso na democracia, por via eleitoral, fato pouco comum na América Latina. O novo presidente, contudo, não pode ser empossado, pois teve de ser internado na véspera de sua posse, vindo a falecer em 21 de abril daquele mesmo ano. Foi sucedido pelo vice-presidente José Sarney, a quem competiria dar continuidade ao processo de Redemocratização que apenas começara e teria de prosseguir, de forma lenta e gradual, a fim de cumprir a principal promessa feita durante a campanha: a elaboração de uma nova Constituição, por meio de uma Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana.

Dando início às metas traçadas por Tancredo Neves, o Presidente José Sarney, não sem esforço, nomeou uma Comissão de Estudos Constitucionais, para preparar um anteprojeto de Constituição, que seria enviado ao Congresso apenas à título de colaboração. Constatou-se, porém, tratar-se de um projeto sério e progressista e que, por isso, foi duramente combatido por políticos conservadores. Todavia, cumprindo mais uma vez a promessa feita por Tancredo, enviou ao Congresso proposta de emenda constitucional convocando a Assembléia Nacional Constituinte, a qual foi aprovada como EC no. 26. Foram convocados membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal para se reunirem no Congresso Nacional, a partir de 1.2.87, sob a Presidência do Presidente do Supremo Tribunal Federal, que dirigiria também a sessão de eleição de seu Presidente. Ficou estabelecido que o novo texto teria de ser aprovado após dois turnos de discussão e votação, pela maioria dos membros da Assembléia. Na verdade, o que se teve, na prática foi um Congresso Constituinte, não uma Assembléia Nacional Constituinte, isto, no entanto, não desmereceu o trabalho realizado, vez que a vigente Constituição Federal brasileira é um texto moderno e de teor bem avançado, especialmente, quanto ao que se refere a direitos fundamentais, constituindo, na espécie, importante documento para o constitucionalismo atual.

5.1. O PAPEL DO PODER LEGISLATIVO NA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL.

Verifica-se que em outros países da América Latina, como, por exemplo, Colômbia, Chile, Argentina, Peru, Equador e Uruguai, foi produzido um tipo de presidencialismo assaz autoritário, conferindo-se excessivos poderes legislativos emergenciais ao Presidente da República, tal como ocorre no Brasil com relação às medidas provisórias.

O uso indiscriminado de tais medidas faz desacreditar na aplicação do princípio fundamental de nosso ordenamento jurídico atinente à separação de poderes, o que equívale a dizer que não se sabe até que ponto é possível afirmar que o Brasil é uma Estado Democrático de Direito. Embora se questione, do ponto de vista normativo, a natureza das democracias que abrigam estes instrumentos, há uma tendência quase unânime no sentido de defender que "o governo só será efetivo se o executivo for dotado de poderes legislativos excepcionais". (Figueiredo, Limongi, 1997:127). Tal concessão poderia trazer efeitos danosos ao legislativo, que, de certa forma, abria mão de parte de suas atribuições, no momento em que as transferia para o Chefe

do Executivo. Todavia, trata-se apenas de mera delegação de poderes, podendo resultar em benefício para ambas as partes, se, no caso específico do Brasil, as medidas provisórias forem adequadamente utilizadas, o que depende em muito, dos tipos de mecanismos de controle à disposição do legislativo. Esse controle deverá ser institucional e político, ou seja, efetuado por normas legais para disciplinar o uso das MP's e pelo sistema de pesos e contrapesos que dá equilíbrio aos poderes. De outra parte, o controle político será mais complexo, à medida em que dependerá da convergência de opiniões e interesses entre executivo e legislativo, bem como do contexto social.

A necessidade de dotar o executivo de poderes legislativos excepcionais não representou, para os Constituintes, perda da autonomia do legislativo, mas um avanço decorrente de fatores da atualidade, para propiciar rapidez e eficiência às ações do executivo.

É sabido, porém, que o Congresso Nacional não se mostrou apto a criar mecanismos legais que impossibilitassem o uso descomedido das medidas provisórias, mas, por outro lado, não foi um órgão omissor, durante esses últimos anos de governo, no que concerne a apreciação de tais medidas.

As primeiras dificuldades surgiram quando, por determinação do § 2º do art. 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, os decretos-lei editados entre 3 de setembro e a data da promulgação da Constituição Federal de 1988, em tramitação no Congresso Nacional, foram transformados em medidas provisórias. Ocorreu que, como não puderam ser apreciados no prazo de 30 dias, perderam sua eficácia e foram, em seguida, reapresentados como medidas provisórias e desta vez apreciadas no prazo legal. Ainda não se falava em reedição.

Quando o Presidente José Sarney lançou o Plano Verão, o fez por meio de medida provisória, sabendo que o Congresso Nacional se encontrava em recesso e que não havia até aquela ocasião, nenhuma regulamentação sobre a matéria. Como sua tramitação não havia sido fixada, um acordo entre os líderes dos principais partidos (PDS, PFL, PTB, PMDB e PSDB) consentiu que fossem feitas modificações no Regimento Comum, a fim de possibilitar aos parlamentares a apresentação de emendas supressivas às MP's.

A primeira reedição ocorreu em 21 de fevereiro de 1989, quando foi apresentada a medida provisória no. 39, que reeditava a de no. 29, cujo prazo para apreciação havia expirado. Surpreendentemente, porém, a reedição foi aceita sem maiores problemas. Nesta mesma data, o Senador Fernando

Henrique Cardoso apresentou um projeto de resolução, objetivando regulamentar a tramitação das MP's, o qual, em 2 de maio de 1989 recebeu o no. 1/89. A citada resolução estabeleceu dois momentos distintos na tramitação e apreciação das MP's pelo Congresso: em primeiro, o Congresso deliberaria sobre a constitucionalidade da matéria encaminhada pelo presidente, analisando se foram observados os critérios de relevância e urgência; em segundo, a comissão mista constituída para apreciar a medida, deveria, no prazo de até cinco dias, contados da data da publicação da MP no Diário Oficial da União, apresentar parecer acerca de sua admissibilidade. Se o parecer fosse favorável, ensejaria recurso para o plenário; se negativo, deveria o plenário, no prazo máximo de dois dias, se manifestar para ratificar a decisão, sob pena de não o fazendo, a matéria ser admitida.

No que diz respeito à apreciação de seu conteúdo, a Resolução 1/89 acolheu entendimento de que as MP's integram o processo legislativo, portanto, são passíveis de toda sorte de emendas previstas no regimento. Na opinião de alguns congressistas, a Resolução 1/89 é um instrumento provisório e experimental, vez que não regulou por completo as relações entre o executivo e o legislativo, faltando, ainda, a Lei Complementar prevista no texto constitucional e um novo Regimento Interno para o Congresso Nacional, embora este já tivesse diante de si a possibilidade de emendar as MP's editadas pelo governo, participando de seu processo de elaboração legislativa.

Durante o governo Collor, porém, as relações entre o executivo e o legislativo pioraram sensivelmente, tornando-se difícil a reedição de medidas provisórias. O conflito político entre o governo e o PMDB agravava-se a cada dia, enquanto isso, o Congresso buscava alternativas para limitar o uso do poder legislativo excepcional conferido ao presidente da república. Em 9 de abril de 1990, o Deputado Nelson Jobim, apresentou projeto de Lei Complementar visando disciplinar a edição das medidas provisórias, mas não obteve sucesso, permanecendo, portanto, inalterado o quadro até então delineado.

A partir de 1991, o governo tentou redefinir suas relações com o legislativo, passando a apresentar maior número de projetos de leis ordinárias e reduzindo bruscamente o número de medidas provisórias editadas, contudo, o presidente Collor de Mello não conseguiu se manter no poder até o final de seu mandato, tendo se submetido a um processo de impeachment como veremos adiante.

Ao assumir o governo o vice-presidente Itamar Franco, voltou a crescer

o número de medidas provisórias, o que deveria ser uma exceção estava se tornando regra. Os presidentes que estiveram no poder a partir de 1988, fizeram largo e indiscriminado uso das medidas provisórias. Entretanto, de um modo geral, considerado o período compreendido entre 1988 e 1995, pode-se afirmar que tais medidas versaram preponderantemente sobre matéria econômica, segundo estudos realizados por Angelina Cheibub Figueiredo e Fernando Limongi, publicado pela CEBRAP, "Novos Estudos", v. 47, S.P., março de 1997.

Demonstram os pesquisadores, com base em dados estatísticos, que:

... durante o governo Sarney o Congresso Nacional não deixou MP's penderes por longos períodos. O primeiro ano do governo Collor mostra um quadro um pouco diverso. Aumenta o tempo médio de tramitação das MP's: 54,14 dias. Mesmo assim, o comportamento do Congresso ao longo do ano variou. Respondeu com presteza e manteve um padrão de relativa eficiência na apreciação das medidas do Plano Collor I. (Figueiredo, Limongi, 1997:148).

Até 2000, nenhuma legislação foi editada para disciplinar o uso das medidas provisórias, permanecendo a Resolução nº 1/89 como único instrumento de regulamentação. Assim, o meio de participação do legislativo ocorre por meio da apresentação de emendas que, após aprovadas pela comissão especial, passam a fazer parte do projeto de lei de conversão (PLV), que nada mais é que o substitutivo do Congresso à mensagem do executivo, representando um indicador de sua integração no processo de decisão sobre as MP's, posto que estes constituem um projeto alternativo.

Apesar do elevado número de medidas provisórias apresentadas pelos governantes desde 1988 até 1995, é possível observar que houve intensa atividade legislativa com relação a apreciação dessas medidas e que as mesmas foram utilizadas de forma abusiva, rompendo com o princípio da separação de poderes. Na verdade, os resultados decorrentes da aplicação dessas medidas, em variados casos, têm trazido sérios prejuízos à população, como aconteceu por ocasião do Plano Collor I, quando o governo confiscou valores depositados em contas correntes e poupanças em todos os bancos do país, deixando milhares de brasileiros pobres de um dia para o outro. Através de medidas provisórias, o governo Collor tentou impedir o acesso dos cidadãos à justiça e interferir na independência das decisões dos tribunais. Não se

pode dizer, por conseguinte, que no Brasil se tenha tido um bom exemplo de presidencialismo, pelo contrário, em curto tempo, exsurgiram todos os vícios do sistema, e as conseqüências da irresponsabilidade dos governantes, têm refletido na realidade que hoje o povo brasileiro vivencia: aumento da pobreza, da violência e do desequilíbrio social, advindas da má distribuição de riquezas. Os governantes, no sistema presidencialista, desconhecem quaisquer limites ao seu poder e a Carta de 1988, embora progressista, não tem se prestado para tornar efetivos os valores democráticos, vez que não se respeitaram os direitos fundamentais dos cidadãos, nem seus direitos sociais e econômicos. O Brasil moderno desconhece o que seja soberania popular e democracia participativa, verdadeira fonte do poder, tendo se tornando um país governado por meio de medidas provisórias e não pela via ordinária legislativa.

A conclusão a que se pode chegar, segundo Angelina Cheibub e Fernando Limongi é a seguinte:

A tramitação alongada das MP's, sem que o Congresso sequer inicie a apreciação da maioria delas, indica a baixa resistência política às iniciativas presidenciais. Dito de maneira afirmativa, a reação do Congresso ao uso ampliado da prerrogativa tende a ocorrer em função de conflitos de natureza político-partidária. O Congresso ainda não encontrou solução institucional capaz de limitar o uso da prerrogativa presidencial de editar decretos com força de lei no ato de sua publicação. E, ao que tudo indica, não deverão ser grandes as suas chances de sucesso em fazê-lo se as circunstâncias se mostrarem altamente favoráveis ao executivo. (Cheibub, Limongi, 1997:154).

Na verdade, o legislativo brasileiro, embora não tenha sido omissivo por completo, participando das decisões políticas que têm ordenado o rumo da Nação, encontra-se, atualmente, fragilizado e tem sido manipulado pelo executivo, como instrumento de sua vontade. É preciso, portanto, fazer uso de sua independência e autonomia, para que seja fortalecido enquanto poder. Isto, porém, só será viável quando se modificar sua estrutura político-partidária.

5.3. O PROCESSO DE IMPEACHMENT.

O instituto do impeachment é de origem anglo-saxônica, e pressupõe a prática de crime previsto e punido pela lei penal, podendo o monarca

sustar a ação penal contra o ministro determinando a dissolução do parlamento ou abstendo-se de convocá-lo, como poderia, também, indultá-lo ou anistiá-lo. Todavia, o sistema parlamentarista desenvolveu uma forma diversa de responsabilização do ministério, a qual conduz a exoneração solidária dos ministros, em virtude do recebimento de moções de censura e desconfiança, o que tornou bastante comum a dissolução do parlamento e a conseqüente convocação de novas eleições. Transmudava-se, assim, a responsabilidade penal para responsabilidade política, até hoje agasalhada pelo sistema parlamentarista, por ser considerada forma mais flexível e segura de controle do governo.

No Brasil, a responsabilidade política do presidente da república o sujeita ao processo de impeachment, decorrente da prática de crime de responsabilidade, nos exatos termos dos arts. 85 e 86 da Constituição Federal. Muito se discute, entretanto, acerca de sua natureza jurídica, não havendo, quanto a este aspecto, entendimento unânime entre os doutrinadores nacionais, embora a opinião da maioria deles seja no sentido de que se trata de um instituto de natureza política. Este instituto se encontra inserido no ordenamento jurídico brasileiro desde a de Carta de 1891 e, nesse mesmo ano, no início do governo republicano, houve a primeira tentativa de instaurá-lo. As divergências políticas entre o presidente Deodoro da Fonseca e seu vice, Floriano Peixoto, que pertenciam a partidos antagônicos, trouxeram instabilidade ao governo, e, em conseqüência, pretendeu-se efetivar sua destituição através de impeachment. Tal atitude resultou em dissolução do Congresso em 3 de novembro de 1891.

O sistema presidencialista brasileiro, portanto, adota como fórmula a irresponsabilidade do presidente da república e de seus auxiliares - ministros - ou seja, o governo não responde pelos atos que pratica, não necessita do legislativo para desempenhar sua função, podendo mesmo governar sem o apoio do Congresso, pois não há responsabilidade do presidente com relação ao seu partido, e menos ainda, com as diretrizes partidárias. Sua responsabilidade, portanto, deflui apenas do texto constitucional, possuindo cunho penal e não político.

Os arts. 85 e 86 da Constituição Federal Brasileira de 1988 tratam da responsabilidade do presidente da república, estabelecendo a possibilidade deste vir a ser submetido a julgamento, se admitida a acusação contra sua pessoa, por dois terços da Câmara dos Deputados. Em se tratando de infrações penais comuns, será julgado pelo Supremo Tribunal Federal e nos

crimes de responsabilidade seu julgamento se processará perante o Senado, sob a presidência do Presidente do Supremo Tribunal Federal, ficando sujeito a perda do cargo, se confirmados os fatos através de processo político-administrativo. Em qualquer dos casos, porém, distinguem-se duas fases distintas: a) juízo de admissibilidade do processo; b) processo e julgamento.

O impeachment tem início desde que sejam aceitas as acusações feitas contra o presidente da república, por prática de crime de responsabilidade, perante a Câmara dos Deputados. Nisto se constitui o juízo de admissibilidade do processo, devendo ser analisadas, nessa oportunidade duas questões: a) ser ou não a denúncia objeto de deliberação; b) proceder, ou não, a acusação da denúncia. Em outras palavras, a Câmara deverá decidir sobre a conveniência e a permanência do presidente da república à frente dos negócios do país, sob o aspecto político-social.

Ultrapassada esta fase, é a vez do Senado Federal, como órgão incumbido de processar e julgar o presidente da república, agora colocado sob a condição de acusado, emitir sua decisão, garantindo-se ao acusado o direito de ampla defesa e do contraditório. Nessa hipótese, o Senado Federal transformado em órgão julgador, assume a feição de verdadeiro tribunal de juízo político, acarretando para o acusado, a obrigação de permanecer afastado de suas funções por cento e oitenta dias. Decorrido este prazo, poderá retornar ao exercício normal de suas atividades, independente do regular prosseguimento do processo. O julgamento poderá ser absolutório, caso em que o processo será arquivado, ou, condenatório, culminando então, com a decretação de perda do cargo e conseqüente inabilitação por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

É importante destacar que todo cidadão no gozo de seus direitos políticos é parte legítima para apresentar a acusação perante a Câmara dos Deputados, vez que tal prerrogativa é inerente ao exercício da cidadania. Assim, qualquer autoridade ou parlamentar que pretender dar início ao processo de impeachment poderá fazê-lo, mas sempre na condição de cidadão.

Os brasileiros, no ano de 1992, vivenciaram uma experiência única no mundo: o impeachment do Presidente da República, Fernando Affonso Collor de Melo. O pedido de instauração de processo por crime de responsabilidade, foi assinado pelos Srs. Barbosa Lima Sobrinho e Marcello Lavenère Machado, presidentes da Associação Brasileira de Imprensa - ABI e do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB, respectivamente,

porém, na qualidade de cidadãos brasileiros, tendo sido entregue à Câmara dos Deputados no dia 1º de setembro de 1992.

Na verdade, aquele documento representava a indignação do povo brasileiro diante do mar de lama e corrupção em que o país havia mergulhado e o desejo firme de ver apuradas as irregularidades imputadas ao presidente e o seu envolvimento com o "lobbysta" Paulo César Farias em operações financeiras escusas, como no caso Uruguai.

O presidente da república chegou a impetrar mandado de segurança, a fim de assegurar que a votação na Câmara dos Deputados fosse secreta, mas sofreu uma desastrosa derrota logo de início. Mais de 441 deputados se manifestaram a favor do impeachment, 33 votaram contra e houve apenas 1 abstenção, o que resultou em seu afastamento dois dias depois, após intimação realizada pelo Senador Dirceu Carneiro. Tratava-se de um fato político histórico, de interesse mundial e de acentuada relevância para o país, uma vez que o Brasil encontrava-se em plena fase de transição, sendo Collor de Melo o primeiro presidente da república eleito por via direta depois de mais de 20 anos de ditadura. Havia receio de que a jovem democracia brasileira não se sustentasse e que as instituições e entidades civis, políticas e militares do país não estivessem preparadas para vencer tamanha vicissitude. A liberdade e a democracia estavam apenas refloreando e não se sabia o grau de maturidade política dos diversos segmentos da sociedade, que precisavam, naquele momento, atuar com muita serenidade, para não comprometer o recente estabelecimento do Estado de Direito.

Este talvez tenha sido o momento mais difícil da história do país desde o seu descobrimento, mas, por outro lado, foi também a maior prova de respeito às instituições políticas legitimamente estabelecidas, um exemplo a ser guardado na memória, uma clara demonstração de que um legislativo forte e atuante cumpre adequadamente suas atribuições, quando defende os interesses daqueles que o elegem: o cidadão brasileiro.

Todavia, na opinião do Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, jurista renomado, inúmeros outros fatores contribuíram para o desfecho do processo, destacando que:

É verdade que o processo de impeachment do Pres. Collor levanta dúvidas sobre a estabilidade do presidencialismo brasileiro.

Ninguém, todavia, irá negar que, para a queda do Pres. Collor, contribuíram fatos e atitudes que dificilmente se repetirão.

Primeiro, os seus pecados foram bisonhamente cometidos.

Depois, há de se considerar, foi ele eleito sem base partidária alguma, e não cuidou de constituí-la de modo sólido para angariar apoio no Congresso.

Sua conduta em face do perigo foi de uma absoluta inconsciência. Manteve uma postura desafiadora, quando as circunstâncias estavam definitivamente contra ele, teve um descaso "olímpico" em relação a precauções e medidas preventivas, despreocupou-se com aspectos elementares de uma defesa, seja por não acreditar na ameaça, seja por ingenuidade, com o que perdeu a opinião pública e a segurança jurídica.

De qualquer forma, se algum de seus sucessores incidir nos pecados que cometeu, certamente não reincidirá na atitude que teve o jovem Presidente alagoano.

Assim mesmo, o impeachment só chegou a termo ao preço de várias irregularidades jurídicas: desconhecimento da questão da tipicidade do crime de responsabilidade, invocação de lei regulamentar sem eficácia, fixação arbitrária de prazos, defesa restringida etc., afora o absurdo de uma condenação em pena acessória, depois de o processo haver perdido o objeto e não poder ser aplicada a pena principal (a perda do cargo). Irregularidades que não levariam a lugar algum se para elas o Supremo Tribunal Federal (como expressão da classe média alta bem pensante) não tivesse feito vista grossa.

Mas, se a moda pegar, o Brasil passará a viver um regime de parlamentarismo "presidencial" (Ferreira Filho, 1993:108-109).

O fato é que a renúncia do presidente Collor no dia 29 de dezembro de 1992, às vésperas de seu julgamento, provocou uma acirrada polémica acerca da continuidade ou não do processo. O Senado Federal, porém, decidiu por 71 votos a favor e apenas 3 contra, pelo seu prosseguimento.

Assim, a renúncia do presidente não impediu sua condenação, nem poderia, como justifica o jurista Evandro Lins e Silva, incumbido de desempenhar a difícil missão de advogado do povo brasileiro naquele inusitado acontecimento: **O fato de se tornar cidadão comum não tem a virtualidade de irresponsabilizar o presidente da República por crimes cometidos no exercício da função, sejam crimes comuns ou de responsabilidade. Os crimes não se evaporam com a renúncia ou a extinção do mandato (Silva,1993:176).**

Outro problema que se colocava, era saber se o Supremo Tribunal Federal, órgão responsável pela guarda da Constituição Federal, poderia ou não, anular o julgamento feito pelo Senado. Nesse aspecto, prevalece na doutrina nacional, o entendimento de que a decisão do Senado, em caso de impeachment, é soberana e irreversível, e isto porque é a própria Carta da República que lhe confere tal atribuição. Trata-se de processo de sua competência privativa.

Em artigo publicado na Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Evandro Lins e Silva destaca o papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal:

Órgão político, poder da República, o Supremo Tribunal federal, se o problema lhe for posto, saberá dar-lhe o deslinde apropriado, sem colisão de poderes, sem interferir na decisão jurídico-política de um tribunal parlamentar constitucional, e agindo com a sensibilidade e inteligência de seus juizes para assegurar o respeito aos princípios que devem reger o estado democrático de direito. Aliomar Baleeiro, ministro que honrou uma de suas cátedras, definiu: "Instituição viva ligada umbilicalmente à Constituição e ao aparelho de governo da Nação brasileira, o Supremo Tribunal Federal não se confunde com algo de estático, rígido, cadavérico, frio e marmorizado. Não. A arte egrégia palpita, mutável e dinâmica ao impulso da História" "Sua ação silenciosa e serena também modelou o Direito Nacional, sem fricções com o Congresso, que sempre o reverenciou, acima de atritos..." (Silva,1993:177).

Em artigo publicado na mesma revista, Fábio Konder Comparato, outro grande jurista brasileiro, sensível à questão suscitada com relação a

renúncia do presidente Collor e o prosseguimento ou não do processo perante o Senado, ressalta que:

A se admitir a natureza criminal da infração, resulta óbvio que o acusado não pode, por sua própria iniciativa, afastar a sanção penal, a menos que a lei expressamente admita essa solução; o que positivamente não se encontra declarado, quer na Constituição Federal, quer na lei especial que define os crimes de responsabilidade, quer no Código Penal. É escusado lembrar que a pretensão punitiva, pertencente ao Estado com exclusividade em matéria criminal, é indisponível. Os Poderes Públicos não têm a faculdade de deixar de punir a pessoa julgada culpada da prática de crime. Por maioria de razão, seria um despautério que se atribuísse ao acusado, fora das taxativas exceções definidas pela lei penal, o direito potestativo de suprimir a punição, numa espécie de auto-escusa absolutória. (Comparato,1993:181).

A expectativa de todos os brasileiros era de que os fatos fossem devidamente apurados e os culpados punidos. Afinal era inadmissível que em uma sociedade democrática não se respeitassem os valores éticos, incompatíveis com privilégios de qualquer espécie: corporativismo, concessão de vantagens sem apoio na lei, clientelismo, fisiologismo, manipulação de informações, operações financeiras escusas etc. A corrupção e a impunidade não poderiam continuar grassando no país como erva daninha, precisavam ser erradicados com urgência, para não comprometer o sistema democrático, que, de fato, não se realizará enquanto as milhares de pessoas que se encontram excluídas do seio da sociedade não adquirirem condições de subsistência para viver com o mínimo de dignidade.

A renúncia do presidente da república, por conseguinte, não poderia impedir sua condenação. A sociedade brasileira estava a exigir medidas punitivas aptas a restaurar a respeitabilidade da Nação. Portanto, o prosseguimento do processo e a conseqüente condenação e inabilitação para o exercício de funções públicas por um período de oito anos era o mínimo que se podia esperar dos Poderes Públicos. Assim, o Supremo Tribunal Federal, juntamente com a Câmara dos Deputados e o Senado Federal, tiveram um papel fundamental no deslinde deste memorável litígio, vez que souberam desempenhar suas funções com seriedade e bastante sobriedade, permitindo uma solução justa, pacífica e viável para a Nação.

6.0. PRESIDENCIALISMO E DEMOCRACIA NO BRASIL.

O modelo do sistema presidencialista brasileiro, desde sua implantação na Carta da República de 1891, teve caráter nitidamente autoritário, com excessivos poderes conferidos ao presidente da república e nenhuma sustentação político-partidária. É um sistema que impõe reduzida margem de flexibilização em relação aos demais poderes, embora interfira no funcionamento tanto do legislativo quanto do judiciário, por meio da edição de medidas provisórias e das nomeações dos Ministros das Cortes Superiores, que ficam, politicamente dependentes e comprometidos com o executivo.

A democracia brasileira é amparada no princípio da soberania popular, segundo o qual, o poder emana do povo, que o exerce diretamente ou por meio de representantes. Pode-se afirmar, com segurança, que a atual Constituição brasileira, possui forte conteúdo social e que revela um tipo de regime político no qual o poder emana da vontade do povo.

Seus pressupostos consistem na garantia dos direitos fundamentais do cidadão (individuais e coletivos), direitos sociais, culturais, ambientais e indigenistas, conforme previsão contida na Constituição Federal de 1988. Contudo, sendo a democracia em si um valor a ser alcançado pela sociedade, um meio de exercitar os direitos fundamentais dos cidadãos, conquistados ao longo de um processo histórico, ela somente se realizará quando seus princípios forem plenamente atendidos, a saber: o da maioria, o da liberdade e o da igualdade. Sem isto não há verdadeira democracia. Eis porque, não se pode infirmar que o presidencialismo brasileiro seja verdadeiramente democrático, posto que o Brasil se encontra longe de atingir o cumprimento desses valores, de torná-los efetivos, reias, porquanto, a realidade de hoje espelha valores consagrados pela Carta da República, mas completamente distanciados da vida dos brasileiros.

O sistema presidencialista brasileiro é cheio de vícios e distorções, além de que é altamente centralizador, e, nesse ponto, apenas copia a antiga concepção que se tinha do poder absolutista monárquico. O rei foi trocado pelo presidente da república, no entanto, as relações entre o legislativo e o executivo, que deveriam, supostamente, ser sopesadas pelo sistema de freios e contrapesos criado com base na teoria da separação de poderes, acolhida por nosso ordenamento jurídico, demonstram visível desequilíbrio entre os poderes e forte predominância do executivo, causando o enfraquecimento e o descrédito do órgão legislador.

Quanto ao judiciário, pode-se observar que também vem sendo alvo de freqüentes investidas do executivo, que vem tentando tolher a liberdade de atuação dos juizes, desrespeitando as decisões judiciais, inclusive, e com especialidade, quando se trata de pagamento de precatórios, acarretando não só o descrédito da justiça brasileira, mas, o que é pior, inviabilizando o acesso dos cidadãos à justiça, à medida em que torna ineficazes suas decisões.

A Constituição Federal de 1988 proclama em seu art. 1º, que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, de conseguinte, espera-se que aqui se realize um processo de convivência social naturalmente existente em uma sociedade solidária, livre e justa, onde a participação do povo seja efetiva no processo decisório e na formação dos atos de governo. Ademais, em uma sociedade democrática, há que se consentir na pluralidade de idéias, culturas e etnias, dentro de uma convivência harmônica, preservando-se os direitos individuais, políticos e sociais dos cidadãos, e propiciando-lhes os meios necessários ao seu exercício. O exercício da cidadania atende a necessidade de concretização de justiça social, respaldada no valor conferido à dignidade da pessoa humana.

6.1. VANTAGENS E DESVANTAGENS DO PRESIDENCIALISMO.

O sistema presidencialista, em sua concepção originária, deveria estar apto a dar sustentação e estabilidade aos governos. A teoria da separação de poderes induz a idéia de harmonia e independência entre os órgãos que desempenham as funções legislativa, executiva e judiciária. Na prática, todavia, existe uma concentração enorme de poder nas mãos do executivo, verdadeiramente unipessoal e centralizador, e apenas uma relativa independência e autonomia quanto aos demais.

Há quem sustente que o sistema presidencialista oferece as melhores condições para defender os direitos individuais dos cidadãos e que, precisamente, por ser um governo que impõe responsabilidade jurídica aos seus representantes, confere maiores e seguras garantias contra atos arbitrários ou abusivos daqueles que exercem o poder, que poderão, inclusive, ter seus atos submetidos ao crivo do judiciário quando eivados de ilegalidade ou ofenderem a Constituição Federal.

Assim, é por natureza, o tipo de sistema que melhor se compatibiliza com o federalismo, garantindo estabilidade política e administrativa aos

governados, em virtude de manter no poder, por período certo, os mesmos representantes. A grande vantagem consiste em assegurar a continuidade da orientação política traçada para o país. Nesse ponto, importaria manter a frente dos negócios do país, o mesmo presidente da república, contudo, a maioria dos países latino-americanos que adotam o sistema presidencialista não permitem a reeleição, excetuados o Brasil e a Argentina.

A reeleição foi introduzida em nosso ordenamento, por meio da EC nº 5, de 1994, graças as negociatas e manobras político-partidárias de última hora, em troca da redução do mandato do presidente, que passou de seis para cinco anos. Sartori adverte que a reeleição de um presidente pode ensejar dois graves problemas: a) abrir-lhe o caminho para a ditadura; b) um presidente que sucede a si mesmo, termina seu mandato fazendo campanha. Destaca, por outro lado, que o argumento fundamental em favor da reelegibilidade é que os bons presidentes devem ser premiados - é um sério desperdício deixar de aproveitá-los (Sartori, 1996:187).

Conclui o citado autor que: É verdade que um presidente reelegível está tentado a ser demagógico no seu primeiro mandato; mas é igualmente verdade que impedir a reeleição significa retirar um estímulo, o que é uma falha (op.cit.188).

O que a realidade brasileira tem demonstrado durante longo período de experiência presidencialista, é que as crises favorecem movimentos contrários a democracia, impedindo a concretização dos princípios que fundamentam o sistema, como o da separação de poderes e o republicano, infringindo sérios abalos às instituições do país e a sociedade. O que se tem verificado, em geral, é que as alternativas para resolver essas crises têm passado por revoluções, golpes de Estado; tumultos, ditaduras etc., tornando as instituições instáveis e o próprio governo desacreditado perante a opinião pública, contribuindo para fragilizar as bases da democracia.

Salienta André Haguette que:

O sistema presidencialista brasileiro é desagregador e despolarizador, repercutindo, mais uma vez, nossa tradição cultural. A concentração da representatividade e do poder numa pessoa inibe a organização política, quer a nível dos partidos, dos programas políticos, da burocracia estatal, ou mesmo da sociedade civil. A organização partidária torna-se extremamente débil porque ela é pri-

vada de sua principal motivação: a conquista da máquina do poder. A eleição do presidente é mais obra de carisma pessoal, organização financeira e conquista da mídia do que consequência da força e competência do partido. Desde a República, nenhum presidente foi eleito por virtude de seu partido (Haguette,1993:118).

A vantagem da continuidade do representante político no poder é largamente prejudicada pela falta de coesão partidária, pela falta de compromisso com programas políticos e pelo desprestígio dos próprios partidos, enquanto instituições necessárias ao desenvolvimento do processo democrático.

A interferência política nos diversos segmentos governamentais, provoca a quebra da hierarquia, o desperdício e a ineficiência da máquina administrativa do governo. Tudo isto, porém, é fruto da irresponsabilidade política inerente ao sistema. A incidência desses fatores afeta a vida de cada cidadão brasileiro, seja por facilitar a instauração do Estado de ilegalidade, seja por concorrer para o crescente desrespeito aos seus direitos fundamentais.

A Profa.Tereza Sadek ressalte a principal distinção entre os dois sistemas de governo, parlamentarismo e presidencialismo: **Aqui não há como deixar de lembrar uma frase de Raul Pilla, um ardoroso defensor do parlamentarismo, que sustentava que a principal diferença entre os dois sistemas reside no fato de que no presidencialismo encontra-se o sistema da "irresponsabilidade a prazo certo e, no parlamentarismo, o de respeitabilidade a prazo incerto" (Sadek,1993:35).**

6.2. PERSPECTIVA POLÍTICAS.

Analisando estas questões postas em torno do presidencialismo, chega-se a inexorável conclusão de que o sistema atual necessita de ajustes urgentes, contudo, definir qual seria a melhor alternativa para o país não é tarefa fácil. Em primeiro lugar porque, para dispor de opções viáveis, seria preciso haver um consenso em torno das dificuldades mais graves e dos reparos mais urgentes a serem efetuados, a fim de melhorá-lo. Em segundo porque, constata-se que o ponto crucial do sistema, que traduz sua fragilidade e, por sua vez, seu descontrole, seus excessos, inconstitucionalidades, arbitrariedades e ilegalidades etc., além de gerar dificuldades para superar as crises que enfrenta, nasce da falta de uma política partidária séria.

É preciso admitir, porém, que há muito deixamos de ter verdadeiros

líderes políticos, os poucos que restaram foram asfixiados durante a ditadura militar, causando também a morte de qualquer ideologia partidária que se pensasse existir. O que se tem hoje, na realidade, é o estabelecimento de uma grotesca espécie de ditadura, originada da política neoliberalista compilada de outros países, de comprovado insucesso, e que tem trazido graves sequelas para o país, como o aumento da miséria e da violência; o esfacelamento dos serviços de saúde e educação, entregues às cooperativas ou às organizações sociais, que não garantem nenhum benefício aos trabalhadores; o desmonte dos serviços públicos e as privatizações de empresas governamentais lucrativas.

A nação brasileira tem assistido a tudo isto perplexa e indignada, mas sem nada poder fazer, porque seus representantes políticos consentem em tais iniciativas, pelo simples fato de que, a independência e autonomia do legislativo encontram-se seriamente comprometidas, face sua submissão ao executivo. Isto, no entanto, apenas reflete o quanto o presidencialismo, no Brasil, é centralizador e autoritário, acarretando, em consequência, o enfraquecimento do legislativo, que, nestas condições, torna-se um órgão nem sempre voltado para os legítimos interesses da população.

Tais fatos, porém, nada mais representam do que a evidência concreta da fragmentação partidária, provocada por um pluralismo político mal exercitado, conduzido por políticos descomprometido com programas de governo ou qualquer tipo de ideologia. Pois, não são os partidos que indicam os representantes do povo, mas sim os políticos de ocasião que deles se utilizam para chegar ao poder. Este é, sem dúvida, o ponto de maior instabilidade do sistema presidencialista, e é justamente, o que torna possível a centralização do poder em torno da figura do presidente, permitindo-lhe governar sem a participação do Congresso ou sem o apoio de seu próprio partido. A soberania da Nação lhe é entregue incondicionalmente e nada lhe é cobrado em decorrência dos incalculáveis prejuízos trazidos a inúmeras gerações de brasileiros, pelo exercício ilegal de seu poder, quando, por exemplo, são celebrados acordos econômicos internacionais por seus Ministros, sem a necessária autorização do Congresso, consoante prevê o inciso I do art. 49 da Constituição Federal brasileira.

Dentro deste contexto, fica difícil imaginar como proceder as mudanças necessárias, sem causar agravos mais sérios ao sistema e sem desestabilizar o processo democrático que se opera no país.

A questão fulcral desse problema reside na irresponsabilidade política do governo perante a Nação. Assim, um primeiro passo seria responsabilizar o governo, ou seja, o presidente e seus auxiliares, não só penal, mas politicamente, possibilitando, ainda, a destituição parcial ou total dos membros que o integram, a partir do momento em que deixasse de contar com o apoio popular.

Não seria o caso de se adotar o sistema parlamentarista do tipo inglês, tendo em vista que a realidade política brasileira a ele não se adaptaria, tendo em vista que o sistema bicameral exige partidos políticos fortes e unidos em torno de um ideal, comprometidos com seus respectivos programas de governos, determinados a realizar os princípios da democracia e, sobretudo, a fazer respeitar os direitos fundamentais dos cidadãos.

Sartori sugere duas alternativas para os países que desejam abandonar o sistema presidencialista puro, nos moldes do norte-americano, a saber: o semipresidencialismo tipo francês ou o presidencialismo alternado.

A França adota um sistema misto, onde existe um presidente eleito diretamente pelo povo e que desempenha as funções de Chefe de Estado, e um primeiro ministro eleito pelo Parlamento, exercendo as funções de Chefe de Governo. Verifica-se, na prática, uma inversão legal, posto que, de acordo com o texto constitucional francês, competiria ao primeiro ministro, dirigir as ações do governo, o que o colocaria em lugar de maior relevância, todavia, por mais de três décadas, o costume tem feito preponderar a posição de presidente da república.

Entre os sistemas presidencialista e semipresidencialista existe um ponto em comum: a questão da maioria dividida, que conduz quase sempre ao impasse e ao conflito. No presidencialismo, o conflito ocorre entre o presidente e o Congresso, enquanto que, no semipresidencialismo, pode ser observado entre o presidente e o primeiro ministro apoiado pelo parlamento. A vantagem desse sistema, é que ele permite maior flexibilidade, pois o presidente, para governar, precisa do apoio do primeiro ministro e este, por sua vez, também precisa do apoio do presidente, existindo assim, uma espécie de oscilação do poder, determinada por quem detém o apoio da maioria. Como anota Sartori: ...o sistema semipresidencialista francês se desenvolveu em um autêntico sistema misto, baseado numa estrutura de dupla autoridade flexível - isto é, um poder executivo, cuja cabeça principal muda (oscila) à medida que mudam as combinações da maioria (Sartori, 1996:139).

O presidencialismo alternado, por sua vez, é concebido a partir de uma idéia básica em que o sistema parlamentarista seria estimulado ou punido, através de seu deslocamento, dando lugar a implantação do presidencialismo. Este, sem dúvida, é um modelo bem mais complexo e que exigiria maiores modificações no texto constitucional que o acolhesse.

Seu funcionamento pressupõe uma espécie de compensação a quem melhor desempenha as funções de governo, seja o parlamento ou o presidente, ao mesmo tempo em que prevê uma sanção aplicável em relação as falhas de conduta. No entanto, a base desse sistema, repousa no parlamentarismo e tem como objetivo principal, fazer com que os governos atuem de forma mais responsável. Sua estruturação prevê que cada parlamento poderia nomear um ou dois governos, caso seu mandato fosse de quatro ou cinco anos, funcionando, todavia, sob as regras normais do parlamentarismo. Na hipótese de o governo parlamentar não ser bem sucedido, seria substituído por um presidente, para cumprir o período remanescente do mandato e, nestas condições, o presidente exerceria a função de Chefe de Governo, podendo nomear e demitir livremente os membros do gabinete, não ficando sujeito a voto de confiança nem podendo ser destituído por voto de não confiança. O parlamento exerceria mero controle, vez que seus poderes seriam reduzidos. A eleição do presidente se faria por via direta ou indireta pela maioria absoluta do voto popular, coincidindo seu mandato com o do parlamento - quatro ou cinco anos - porém, ambos terminariam juntos seus mandatos. Poderia ocorrer, portanto, uma alternância de sistemas no exercício do poder. Outro traço característico é a possibilidade de reeleição ilimitada do presidente, sob o argumento de que seu bom desempenho deve ser recompensado e que o caráter descontínuo com que ele exerce o poder pleno elimina as razões que em outras condições justificariam essa limitação (Sartori,1996:170).

A realidade política brasileira, entretanto, não estaria pronta a enfrentar mudanças tão profundas e radicais, dependentes de diversos fatores, como, por exemplo, a existência de uma base política sólida capaz de sustentar o sistema parlamentar e, de outro lado, a própria coexistência dos dois sistemas dificilmente seria assimilada pela cultura do país.

O semipresidencialismo francês, por igual, iria requerer modificações no texto constitucional, uma vez que implantaria um sistema misto, porém, passível de produzir menor impacto que o presidencialismo alternado.

Definir o que convém a cada país, implica conhecer em profundidade a realidade social de seus habitantes, sua história política e o contexto social que, em última análise é que melhor poderá indicar a necessidade ou não de mudanças em seu sistema de governo e as vias pelas quais poderão ser realizadas.

No sistema presidencialista brasileiro, o presidente da república possui uma vasta gama de poder, o que lhe confere caráter centralizador e autoritário. É, na verdade, o que se pode chamar de "um ditador em potencial".

Mudanças políticas só se fazem possíveis, com mudança de mentalidade popular, tornando-se difícil procedê-las em um país como o Brasil, que além de possuir um dos maiores índices de analfabetismo e pobreza do mundo, embora potencialmente possa produzir riquezas, encontra-se, ainda, dando seus primeiros passos rumo à democracia.

O país, com tão pouca experiência democrática, tem resistido bem as primeiras crises, como o processo de impeachment do presidente Collor de Melo. Todavia, dois fatores contribuem para dificultar o processo de amadurecimento da democracia: de um lado, o constante desrespeito aos direitos fundamentais dos cidadãos e o descumprimento do texto constitucional e, de outro, a cultura da corrupção e da impunidade. Essa nefasta associação de condutas, jogou o país em mais uma crise institucional, desta vez entre o legislativo e o judiciário. Tudo isto, só ressalta a necessidade de modificar o sistema de governo em vigor, bastaria que se atribuísse responsabilidade política e penal ao presidente e a seus auxiliares, e fosse concedido ao povo o poder de destituí-los, em caso de não mais contar com o apoio popular, a exemplo do sistema presidencialista uruguaio, talvez o mais adaptável a realidade brasileira.

7. CONCLUSÃO.

O estudo comparativo entre os sistemas presidencialista e parlamentarista, embora não seja o tema central deste trabalho, permite estabelecer as principais semelhanças e diferenças entre ambos, além de apontar as vantagens oferecidas por cada um.

Há que se considerar, porém, que o presidencialismo adotado pela Constituição Federal de 1988, permanece seguindo os passos do modelo norte-americano, com fortes traços de centralização e autoritarismo.

Na verdade, a Carta em vigor é a mais democrática que o país já teve, possui um conteúdo social bastante elevado e é a mais progressista em vários aspectos, em especial, quanto ao que se refere a ampliação dos direitos fundamentais, incluídos aí, também os direitos sociais dos trabalhadores. Demais disso, restabeleceu a autonomia política e administrativa dos Municípios, reconhecendo-os como entes federados e propiciando-lhes os meios necessários a sua independência; destacou a função social da propriedade; previu a criação de impostos sobre grandes fortunas, além de Ter outorgado ao presidente da república, poderes legislativos excepcionais, exercitados por meio de medidas provisórias. Este talvez tenha sido o seu maior pecado.

Seu caráter social e progressista tem concorrido para sua ineficácia, por desatender os interesses dos governantes. E o que tem se observado é que estes, ao invés de se adaptarem às novas regras impostas pelo texto constitucional, têm feito exatamente o inverso, ou seja, procuram adaptá-lo aos seus anseios e vontades políticas, por mais desvairados que possam ser. Assim é que, ao longo de seus dez anos de existência, já lhe foram acrescidas vinte emendas, causando em alguns casos, profundas alterações ao seu texto originário. Existem, ainda, outros projetos de emenda tramitando no Congresso Nacional, merecendo destaque os que tratam da Reforma Fiscal e da Reforma do Judiciário. Ressalte-se, entretanto, que todas as mudanças empreendidas até agora, têm contribuído para o crescimento do poder do executivo, à medida em que a elevada concentração de poderes em suas mãos, torna-o mais autoritário. Isto significa, em outras palavras, que o legislativo encontra-se cada vez mais distante de sua função, enfraquecido como poder, desprestigiado como órgão representativo da vontade popular e sem força para enfrentar o executivo.

Mas como já foi registrado anteriormente, a atomização dos partidos políticos é a grande causa desse imobilismo, enquanto se propagar a promiscuidade partidária, não haverá possibilidade do legislativo restaurar sua força e sua independência. Abrem-se as portas para os desmandos do executivo, com risco de conflito e de agravamento da crise política enfrentada no momento. O sistema de freios e contrapesos em que se encontra escorado o sistema presidencialista não tem funcionado satisfatoriamente, de modo que o equilíbrio que deveria existir entre os diversos poderes se transformou em mera retórica. A teoria da separação de poderes, que deveria orientar o funcionamento de cada um deles, tem sido desprezada ou ignorada com freqüência, a fim de permitir o avanço do executivo, em detrimento dos outros poderes e dos legítimos interesses da população.

É necessário repensar o funcionamento do sistema presidencialista brasileiro, e, antes que cheguemos ao caos, efetuar os ajustes necessários, tendo em vista que as alterações procedidas na atual Constituição Federal, pouquíssimos benefícios têm trazido ao ordenamento jurídico brasileiro e a vida dos cidadãos. Pelo contrário, as insatisfações são constantes e cada vez maiores. A impunidade e a corrupção enraizadas no âmbito do Poder Público são vícios que o sistema apresenta e que não tem sido capaz de solucionar, porque um país que não respeita suas próprias leis, um Estado que não se submete ao princípio da legalidade e um judiciário que se mostra incapaz de fazer cumprir suas decisões, são sintomas evidentes de um desequilíbrio interno que, com certeza, não poderá ser resolvido através de medidas provisórias ou de freqüentes emendas constitucionais.

De nada adianta ter uma Carta com elevado conteúdo social e progressista, voltada para a afirmação dos valores da democracia e da dignidade da pessoa humana se, na prática, essas normas não podem ser efetivadas. Se perdem sua efetividade, perdem sua razão de existir e deixam de existir na realidade. Portanto, a solução, necessariamente, terá de passar por uma reformulação do sistema, no sentido de restabelecer seu equilíbrio, permitindo que cada poder exercite sua independência e autonomia e, ainda, a responsabilização penal e política dos governantes.

O impacto das mudanças procedidas por meio das emendas constitucionais, apenas concorrem para piorar as condições de vida da população e para aumentar a taxa de desemprego, provocando com isto, o aumento da pobreza, do nível de violência e a marginalização em maior proporção. O governo está desgastado e fica mais desacreditado dia a dia. Os escândalos financeiros dão a tônica da realidade, e não se vislumbra a menor possibilidade de solução para estas questões, porque soluções só serão encontradas quando houver seriedade e partidos políticos fortalecidos e aptos a enfrentar o executivo, barrando suas ações quando contrárias e prejudiciais aos interesses de seus representados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

- BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*, Ed. Malheiros, 10ª ed., São Paulo, 1996.
- _____. *Curso de Direito Constitucional*, Ed. Malheiros, 4ª ed., São Paulo, 1993.
- BAHRO, Horst. ZEPP, Jürgen. Mudança política e desenvolvimento regional no Brasil desde o ano de 1964, "Revista de Direito Constitucional e Ciência Política", Forense, v. 5, pp.1
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*, Ed. Saraiva, 11ª ed., São Paulo, 1989.
- COMPARATO, Fábio Konder. A renúncia do acusado nos crimes de responsabilidade. "Revista do Conselho Federal da OAB", Brasília, 1993, pp. 81
- FIGUEIREDO, Angelina Cheibub. LIMONGI, Fernando. O Congresso e as Medidas Provisórias: Abdicação ou Delegação? "Revista CEBRAP, Novos Estudos", v. 47 (1997), São Paulo, pp. 154
- FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*, Ed. Saraiva, São Paulo, 1996.
- FINNER, S. E. *The History of Government: Empires, Monarchies and the Modern State*, v. III, Oxford University Press, 1997.
- GROTH, Terrie. O Presidencialismo Americano, trabalho destinado a coletânea sobre "Formas e Sistemas de Governo", organizado por André Haguette, UFC, Fortaleza, 1993, pp. 45-46
- HAGUETTE, André. Parlamentarismo no Brasil: Pontos e Contrapontos, trabalho destinado a coletânea sobre "Formas e Sistemas de Governo", organizado pelo autor, UFC, Fortaleza, 1993, pp. 118
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Coimbra Editora, 4ª ed., 1990, Tomo I.
- MALUF, Saïd. *Teoria Geral do Estado, Sugestões Literárias S/A*, 8ª ed., São Paulo, 1974.
- SADEK, Maria Teresa. Parlamentarismo e Presidencialismo, trabalho destinado a coletânea "Parlamentarismo, Presidencialismo: A Teoria e a Situação Brasileira", organizado por Armando Boito Jr., Ed. Paz e Terra, São Paulo, 1993, pp. 35
- SARTORI, Giovanni. *Engenharia Constitucional*, Ed. UnB, Brasília, 1996.
- SILVA, Evandro Lins e. Impeachment e o Supremo. "Revista do Conselho Federal da OAB", Brasília, 1993, pp. 176
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Ed. Revista dos Tribunais, 5ª ed., São Paulo, 1989.
- SKIDMORE, Thomas E. *Uma História do Brasil*, Ed. Paz e Terra, São Paulo, 1998.

POUPANÇA E CONDICIONAMENTO

Manuela Lourenço Pires Torquato
Mestre em Direito e Desenvolvimento.
Procuradora do Município de Fortaleza

A análise que ora iremos iniciar, situa-se no âmbito da Sociologia Jurídica e do Direito Administrativo. No Brasil é bem pequena a tendência à poupança. Estamos falando de ação relacionada com o verbo poupar, que por sua vez objetiva investimento no que for prioritário. Parece que o grande óbice à poupança está relacionado com duas vertentes públicas - a dos serviços, devendo o Estado, sobretudo priorizando o que é sua atividade fim, investir naquilo que satisfaça as necessidades essenciais do cidadão, sem a qual esvazia o bem comum. A 2ª vertente seria as das atuações do Estado no Campo do desenvolvimento (integral, não se esqueça). Não realizadas as prioridades, é até perfeitamente questionável a existência do Estado.

Citamos de Dalmo Dallari: bem comum é "o conjunto de todas as condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana" (1998. 20ª. p/07) na perfeita e até inesperada criação de João XXIII, um Papa surpreendente. Poderia se dizer dele, plagiando Fernando Pessoa, sobre Jesus Cristo (perdoem-nos a audácia) que não freqüentava Faculdades nem bibliotecas, mas era um ser humano de primeira água. De novo corremos o risco de estarrecer alguém com a comparação, porque esse Papa seguramente freqüentava ambas, mas não esqueceu sua humaníssima condição de filho de gente que trabalhou a terra e a fez produzir. Quanto a Cristo, afigura-se-nos que o poeta acreditava como nós: que Cristo é a figura humanizada de Deus.

Feito este parêntese que recoloca a fé e a política em seus respectivos lugares e não afasta a poesia dos problemas dos seres humanos, voltemos ao tema da poupança. Já que este trabalho é acadêmico entendemos conveniente indicar o significado econômico de poupança. É a parcimônia. Virtude que parece pouco defendida pelo povo e pelo Estado brasileiro. Colhemos esta informação em Aurélio Buarque de Holanda Ferreira (1986). Além do reno-

me do autor, consideramo-lo fonte fidedigna porque é sabido que um dos melhores livros sobre as origens dos brasileiros é de um familiar seu - Sérgio Buarque de Holanda.

Assim, poupar significa que não se gasta desordenadamente e se retira parte do capital atual para colocá-lo em situação de ser aplicado em investimentos futuros, atendendo a fins prioritários, então.

Foi consolador para nós ler em "O povo", jornal de Fortaleza, publicado no Domingo, 5 de Agosto de 2001, o trabalho/desabafo de Eduardo Diatahy B. de Menezes sob o título de "Apagão e ameaça à cidadania". O professor da UFC e da UECE teve seu trabalho dado à luz (com toda a propriedade!) nas análises econômicas, no caderno de economia do prestigiado jornal. Certamente isso ocorreu porque essa manifestação não apenas é emanada de um renomeado professor, também por encontrar eco em nós, sofredores de ameaças de "Apagão".

Poderão algumas pessoas questionar os interesses científicos de tais manifestações - a do Prof. B. de Menezes e a nossa. Desde já reconhecemos que nossa visão da ciência, não é e esperamos que nunca o seja, afastada das realidades da vida. Orgulhamo-nos de nossa atividade intelectual, mas esforçamo-nos por vê-la sempre atender à vida, mesmo que sobretudo dos que nem freqüentam bibliotecas (o que é uma pena) nem faculdades (reconhecendo aliás que o estudo deve ser para todos, mas que não é única opção ser graduado em seja lá o que for!)

Sendo o bem comum, como já verificamos, algo inerente à sociedade e ao desenvolvimento integral da personalidade humana, é-nos evidente que estas considerações não se deslocaram do eixo, porque nem poderia, o conceito fazer qualquer restrição ao que não é comum. Ele apenas trata do que é comum aos homens comuns, mas estes são, inevitavelmente os homens em sua totalidade. Pode mudar a concretização do bem comum, mas são os mesmos parâmetros de essencialidade, desde sempre. Poderia referir-se as quatro liberdades fundamentais ou as necessidades humanas fundamentais mencionadas por autores de Direito Alternativo.

Está visto que os seres humanos pouparam a fim de suportarem investimentos futuros em algo tão importante que justifique uma economia, um não gastar presente. Poupar ou não, muito ou pouco é manifestação cultural.

Talvez pelos esbanjamentos da Natureza neste quase continente bra-

sileiro, o país não é especialmente interessado em poupar. Dificilmente se vê alguém empregado, deixar de lado um pouco de dinheiro que já auferiu, para satisfação de necessidades duradouras e futuras, como a aquisição de casa, veículo de locomoção, enciclopédia. No jornal anteriormente citado, lemos em 12 de agosto de 2001 que "falta de poupança agrava a crise" (sic) - caderno de economia, folha 28. E verificamos que o articulista colheu do novíssimo Dicionário de Economia as idéias de que ao verificar-se que "a poupança supera os investimentos, surge uma tendência recessiva, de receita e do nível de emprego". Essa afirmação de recessão parece encontrar eco na sociedade brasileira do início do séc. XXI. Infelizmente a razão de tal pendor recessivo não casa, no entanto com uma superlativa poupança, ao contrário. E a inflação já nos ameaça, sem que como razoavelmente se afirma... "os investimentos excedem a poupança...", visto que embora ela seja mesmo de pequena monta, o total de investimentos nem sequer parece ter crescido substancialmente. Os dados do artigo levam-nos a concluir no entanto que é correta a afirmação de que o hábito de poupar é realmente pouco difundido no Brasil. Em abono desta conclusão indicamos as palavras do Prof. Doutor em Economia, Paulo Jorge Neto, entre outros, pois fica claro que primeiro deveremos crescer, para aumentarmos significativamente a poupança. Evidentemente como professora de Direito e procuradora de um Município com forte carga de pobreza, não desconhecemos que só crescer, não resolve o problema. Há muitas implicações estruturais que não se afiguram preocupar, tanto quanto deveriam, o poder público ou até os administradores privados.

O poupar está mais relacionado à necessidades de deleite - comprar um aparelho de som, um televisor, do que a atividades (e não inércia) de investimento. Quando muito, poupar é sinônimo de trocar de automóvel por mais novo, ou mais confortável. Os sonhos são muito mais de consumo quase imediato e muitas vezes supérfluo, ou meramente ostentatório. E por vezes acontece mesmo em camadas com menor poder aquisitivo. Não é raro ouvir estórias, contadas pelos patrões ou exageros de empregados de "faustosas" festas de 15 anos, aparelhos de som potentes em casinhas pequenas e coisas assim. Repara-se que as princesinhas de 15 anos têm muitas vezes um futuro de desemprego ou sub-emprego ou até prostituição... de maior ou nenhum luxo! Parece que não se coloca como tão importante, para elas e os progenitores, a oportunidade de estudar mais, de aprender (bem) outro idioma, de se especializar naquilo que já se almeja. Em regiões

do país de mais intensa miscelânea social, as coisas mudam um pouco de figura, mas olhar com olhos de ver este país, leva-nos a concluir que poupar não parece interessante à maioria de seus cidadãos.

Para os governos (que temos merecido ou não) durante o século XX, não tem sido. Se não, como se justificaria o constante recurso ao crédito sempre fácil de obter e difícil de pagar dos organismos internacionais e de alta banca internacional.

O Prof. Diatayh deixa-nos a idéia de que o apagão poderia ser evitado se o governo estivesse realmente preocupado em ler nas perdas de águas dos reservatórios ao menos o anúncio de que nos vai faltar energia elétrica.

Olhamos da janela do edifício onde trabalhamos em munus público e as pás dos geradores de energia eólica na Praia Mansa não se mexem e perguntamos agora - Por quê?

Deliciamo-nos a passar na litorânea que me conduz por vezes à praia do Japão (tomáramos que pudéssemos viajar ao país da Terra do Sol Nascente que se tem feito sobretudo com poupança!) com os aparelhos do mesmo tipo, funcionando e perguntamo-nos por que uns funcionam e os outros já não?

E até quando funcionará o projeto da Pracinha? Lembramo-nos de ver a Vice-Prefeita de Fortaleza, demonstrando o desejo de ver transformados os bons projetos em realidade - de bons programas. Confessamos aos leitores que nossos botões já estão cansados de não ter respostas! Onde está a continuidade governativa? Seria mais fácil obter soluções se a poupança realizasse o planejamento que viesse a ter realidade eficiente.

Fica-se obviamente na situação relatada pelo professor B. de Menezes concluindo seu trabalho - é como a ridícula questão estatística "de um cidadão que tivesse os pés num forno a 70° e a cabeça num refrigerador a 0°, seria legítimo dizer que a temperatura média do seu corpo estaria normalíssima a 35° ?!"

Afinal de contas, nós, que não vivemos no palácio da Alvorada, nem em casas milionárias, que já poupávamos desde dinheiro a energia elétrica, estamos nos vendo em palpos de aranha para conseguir ficar na estreiteza do consumo que a imprevidência governamental, o desperdício coletivo de energia termoeletrica e a não diversidade de fontes de energia, nos estão colocando. Por nossa parte não é sacrifício desligar no trabalho o ar condicionado, mas é desligar em casa o freezer, pois ele representa menos idas ao

supermercado, ao açougue, permitia não cansar tanto os empregados. Como fazê-lo se nos vemos obrigada a quase não termos conservação no gelo?

Este é um dos pontos dos incômodos que sofremos. E os outros: não poder ler a noite, quando a insônia vem, restringir o prazer relaxante de música que ouvimos com suavidade e sem afetar o sossego dos outros, a falta de uso dos auditórios em universidades - todos os prazeres da cultura. Que não se comparam à frustração dos escritores diurnos (nossas crônicas, poesias e trabalhos jurídicos não têm assiduidade tão grande!) que se vêem ameaçados de ter de desligar o computador? Tivemos a experiência economicamente desagradável esta semana. Estando em revisão dos textos de um livro que esperamos ver publicado, descobrimos que a impressora não funciona bem por que as tintas entupiram a cabeça da impressora, por falta de uso!

E agora Sr. Presidente? Que agência ou concessionária vai ressarcir este prejuízo? É pequeno, mas era evitável e revela injustiça.

Para não falar de mais grave, de país que precisam desligar ventiladores de seus filhos em casinhas baixas, - e quase promiscuamente arrimadas em outras nas mesmas condições. Os senhores da área de saúde não receiam que a tuberculose avance mais, por que além de não haver chuvas para lavar os espaços habitados, o sol pouco entra nessas pequenas casas, o vento está tapado pelos arranha-céus, não se ligam ventiladores e o povo come cada vez menos e pior? E se a tuberculose aparecer, quem se dispõe a ajudar o pobre doente, a visitá-lo, a medicá-lo em casa? Lá vai o infeliz para a fila do ônibus disseminar o bacilo, espremer-se entre outros sub-nutridos, e à noite come só pão e bebe café (quando há). Note-se que as cidades estão cada vez maiores e nelas as inclemências do tempo são ainda mais funestas do que no campo.

Quem empresta dinheiro a um pobre? E quantos são os remediados que pagam a tempo e horas o que devem? E por que atrasam, pagam juros, pedem emprestados, pagam mais juros. E não se empresta, porque empréstimo é coisa de negócio e estes precisam ter garantias! Que garantia pode dar quem está cada vez mais pobre?

Quem come mal (e intoxicado), quem bebe cada vez mais produtos químicos nem sempre confiáveis e muitas vezes acessíveis por que sua produção está quase isenta de impostos? É pensar no tal refrigerante cujo nome está mais disseminado do que o de Cristo! ...

Acrescente-se a tudo isto o ar (e o resto) poluído por imensos lixões

a céu aberto. Agora é que as usinas de reciclagem que estiverem funcionando, deixam de operar! É que quase todas elas não usam o gás do lixo para reciclar o lixo... Esta nem vale a pena tentar explicar ao ARC (Marciano da Veja)!

E se deixarem de operar vai recomeçar o desemprego de pessoas que se dignificam tratando o lixo. Esperamos ao menos que Dora Andrade, diretora da escola de dança - EDISCA, consiga fazer beleza de novo, sobre essa frustração. Mas só o gênio dela conseguiria...

Tudo porque, se houve poupança, ela não foi usada para investimentos com objetivos sociais. Banqueiros e sistemas econômicos de capitalismo descontrolado (e controlador) são mais importantes para muitos do que o mero bem estar digno do povo. Do povo que os elegeu, os reelegeu ou tolerou as tramóias das reeleições, reforçemos.

Diz em seu artigo o Professor Diatany B. de Menezes que na Alemanha e na França se fez planejamento de diversificar fontes e técnicas de energia. Certamente estas duas atividades estavam desde há muitos ligadas. Quando se poupa dinheiro, naturalmente não se desperdiçam bens caros e cada vez mais raros.

A idéia de poupar com caráter quase totalmente privado, parece ter surgido no séc. XIV na Península Itálica. Na Ibérica já estava detectada no séc. XVI. Inicialmente o caráter era beneficente e estava relacionado a um espírito de solidariedade, bem demonstrado em tantas obras como as Santa Casas, Casas Pias, Ordem Terceira. Vimos sinais desse tipo em Ghand e Bruges, belíssimas cidades belgas. Extasiamo-nos em 2000, com o magnífico prédio da Caixa Geral dos depósitos em Lisboa. Essa é apenas uma das instituições de poupança do país. O hábito de poupar que tem sido mais um motivo de gozação dos brasileiros a respeito de seus colonizadores, fez com que Portugal passasse o século XX sem precisar de grandes empréstimos endividantes. Por que é preciso deixar claro isso - quem demanda empréstimos, fica devedor.

Em outros tempos do dinheiro e da palavra empenhada, era assim. Hoje por vezes nem de um simples, "desculpe". Do caráter privado de entesouramento mais seguro do que esconder no colchão a poupança transformou-se em atividade pública, rentável ao ponto de muitíssimos modestos depósitos permitirem lucros que levaram à construção de palácios como esse de Lisboa. Foi na Alemanha e na Suíça que surgiu esta nova versão, bem

institucionalizada e apoiada nas garantias de solidez institucional e monetária (o que desgraçadamente temos de reconhecer que o Brasil não tem!)

Dai surgiram as Caixas Econômicas de Depósito (e não precisavam de trocar o X para o povo acreditar, ainda que pouco, nelas!).

Os objetivos conforme a enciclopédia Barsa eram:

- 1- Guardar com segurança as poupanças mais humildes.
- 2- Pagar aos donos juros módicos (sem os riscos dos investimentos, acrescentamos nós);
- 3- FAZER CIRCULAR essas poupanças em BENEFÍCIO GERAL (grifo nosso)

Caberia uma referência aos objetivos do FGTS, no Brasil? Dado seu desvirtuamento e o estranho uso do governo em atividades que deveriam ser ônus dos governos, entendemos que seria inútil.

Refere a Barsa que no Brasil a mais antiga Caixa Econômica, data de 1831, fundada por José Florindo de Figueiredo Rocha. Atrevemo-nos a cogitar que seguindo a tradição portuguesa. Em 1860 outras se seguiram. E em 1861 o Império reconheceu que deveria haver instituições oficiais com esse objetivo e criou as primeiras. Em 1874 houve novo impulso à criação de caixas nas capitais das províncias. Em 1887 veio à luz novo regulamento. A República produziu a redução do número de Caixas. A Revolução de 30 deu caráter mais amplo às que existiam. As boas idéias de Francisco Solano Carneiro da Cunha frutificaram em 1934, levando à unificação da Caixa Econômica Federal.

Não destacamos o monopólio de exploração das loterias de Esporte, por que até que nos convençam do contrário, descaracteriza o objetivo de poupança, mas alimentam os sonhos dos pequenos e grandes ganhadores apenas pela sorte e pelo mínimo (às vezes nem tanto) gasto nesses sonhos. Uma forma de poupança? Atrevemo-nos a dizer que não.

Voltamos ao problema de por falta de entesouramento e, investimento público, sermos obrigados a suportar racionamento de energia elétrica num país em que, pelas dimensões, o problema talvez não seja de fácil solução, mas em que as facilidades da natureza - energia das marés, das quedas de ar, do vento e do sol, fornecem muitas alternativas que viabilizam solução a nível local ou alternativas viáveis com muitas pesquisas e algum

investimento. Na revista Época de 30/07/2001 vemos que se estão instalando na Amazônia, painéis de energia solar para manter as comunicações e também encontramos em jornais referência a piscinas de grandes dimensões, geradoras de energia elétrica. É decerto inspiradot.

Tentem os senhores ao menos saber quem instala energia solar no Ceará... Ficarão desanimados certamente. Pesquisas foram realizadas pela U.F.C. e UNIFOR, parecem ter sido barrados pelos altos valores iniciais. E o poder público mostra-se alheio às pesquisas. Esta é a realidade, talvez por que a energia elétrica deste criativo país era baseada apenas nas usinas termo elétricas. Espera-se que tal monopólio não tenha face escura...

Daremos agora enfoque administrativo à natureza jurídica desta situação de racionamento de energia, pelas autoridades administrativas.

Trata-se daquilo que Sundfeld (1991) designa como **condicionamento** na modalidade de imposição de deveres administrativos, no caso, obrigação de **não fazer** e de **suportar**. Pois se a potência de voltagem oferecida diminuiu e há obrigação de gastar menos quantidade, cremos que se configura o fato até como dupla imposição. Além de que o suportar é triplo, uma vez que não chegasse tudo isto, ainda o consumo por KW ficou mais caro. Ou seja, temos menos potência, utilizamos menos energia elétrica e ainda por cima a unidade fornecida está mais cara. Por que as empresas concessionárias lucram menos...

É que se coloca o problema: é condicionamento ou já se comporta como **sacrifício**?

Sundfeld, inserindo este tópico na atividade ordenadora do Estado, destaca os respectivos princípios, Citamos

- a) **Prioridade do interesse público em relação ao privado;**
- b) **Legalidade;**
- c) **Proteção do valor liberdade;**
- d) **Necessidade do devido processo judicial para privação da liberdade e da propriedade;**
- e) **Indenizabilidade dos sacrifícios;**
- f) **Impossibilidade de sacrificar os direitos constitucionais de liberdade.**

Exatamente por ser questionável a colocação quando afeta direitos constitucionais é que houve revisão de metas, por exemplo, no que tange a quem trabalha em casa ou mais relevante ainda, a quem deve cuidar de doente. Aí ficaram a salvo o **direito ao trabalho**, cada vez mais difícil de exercermos em tempos neoliberais) e o **direito à saúde**.

Fica muito trabalhoso defender que este condicionamento não restrinja o valor liberdade, abstratamente considerado, em termos de lazer. Dissemos que, pessoalmente estão nos incomodando as restrições aos prazeres da cultura, desfrutados em casa, no sossego do lar e mantendo o sossego dos vizinhos. Cabe referir, lateralmente, que conhecemos muita gente que aproveitou para ficar mais em casa por ter acesso mais fácil à TV dos canais internacionais ou dos excelentes canais brasileiros, a cabo ou então por outro sistema eletrônico. Não apenas por medida de economia, que até pode não ser tão substancial, mas sobretudo por medida de segurança. Felizmente a capital do Ceará conta com um Centro Dragão do Mar onde se pode desfrutar e por preços módicos, de boas distrações culturais, não esquecendo os concertos por um real, do Teatro José de Alencar (entre outros projetos aí postos em atividade) e os vários festivais de canto, por exemplo. Na Praia de Iracema são raros, felizmente os casos de agressão, furto de veículos etc, mas a ida e a volta nesta cidade já tão violenta? Ficar em casa, diminuía a insegurança, mas por vezes isola as pessoas. Numa situação em que, nas cidades, principalmente as doenças psicossomáticas vêm crescendo em tipos e números de afetados, entendemos que deve o poder público levar em consideração tais fatores, embora reconheçamos que não são prioritários. É por que afetam a **saúde integral** das pessoas .

Diz Sundfeld no mesmo espaço (pág 65) citando O.A.B de Mello que é pressuposto de uma ordem social estável, que todos e cada um, possam sentir-se, resguardados e garantidos. Decididamente este racionamento de energia, Não. Cremos que é **previsível e evitável** já desde a vigência da Constituição Federal de 1988, Não está demonstrado aos cidadãos que o estado brasileiro intente (ao menos isso) a estabilidade referida, cujos parâmetros se configurariam em sentirmos-nos **resguardados e garantidos**. Não há segurança em nossas praças, casas (mal iluminadas), não se está a salvo de cair em nossas ruas esburacadas, de quebrar peças de veículos em ruas mal pavimentadas e todas pouco seguras, num Ceará onde o número de seguranças (ou "seguranças") privados está sendo maior do que o efetivo policial, ainda por cima este, muitas vezes jogado à má sorte de quem tem

salário aviltante, moradia pobre e desconfortável, preparação insuficiente e quase nenhum acompanhamento psicológico, sociológico ou médico (embora as instalações hospitalares das forças armadas sejam exemplo de bom atendimento).

O prof. Carlos Ari especifica bem que, a atividade ordenadora apenas poderá impor sacrifícios (figura diversa do condicionamento) quando os bens afetados forem patrimoniais, os únicos possíveis de serem sacrificados. Ora no caso do fornecimento de energia elétrica, é evidente que o bem sacrificado não é patrimonial embora, pelo aumento de gasto com o fornecimento de KW até se vislumbre, redução de despesas para as classes hipossuficientes que, sobretudo poupam energia por que realmente não têm como pagar mais. E se cogitarmos de quantidade gasta, é evidente que um consumo de energia elétrica, abaixo de 150 KW/mês já indica a necessidade econômica de gastar menos (que certamente acontece com a maioria da população brasileira), tão mal remunerada ou - o que é altamente elogiável - com forte consciência de que o desperdício (seja do que for) é inaceitável neste país de indicadores sociais terríveis.

Analisando a MP nº 2148-1, de 22 de maio de 2001 e a 2.198-5 de 24 de agosto de 2001, verificamos que elas tem alguns pontos positivos e não contestamos a necessidade de ter sido mesmo usado o formato, (que não merece o nosso apoio) de M.P pois aí haveria mesmo relevância e urgência. Já não nos parece, ao invés que se atenda à LEGALIDADE, usando medidas provisórias (Ver, of. cit. Pág 77) Já que M.Pª não é mesmo lei, em nosso entender pode até constar da Ementa a expressão "e dá outras providências", o que é detestável em lei.

O que constatamos e veemente é que só em maio de 2001 se tenha verificado a relevância bem como a urgência, de tomar medidas legislativas a respeito de algo que se anunciou desde os discursos de Fernando Henrique Cardoso, quando era Senador, a estudos (?) para a privatização das concessionárias de energia Elétrica etc... Não deve omitir-se também que o problema da energia elétrica tem estado no país ligado ao da captação e fornecimento de água e que, não por acaso se deseja federalizar o aproveitamento das águas do país, um dos mais ricos do mundo, neste aspecto... Veja o leitor se descobre nas cartas de intenções - do devedor: Brasil, ao credor FMI - alguma referência contrária ao descaso com o bem comum que parece estar no alegado desconhecimento do Presidente e "seus ministros" quanto a estes fatos.

Entre os apontamentos positivos de medidas indicadas encontram-se no artº 20 os incisos XI, XII, XIII, XIV, XVII, (idênticas na M.P. 2198-5) a existência de programas de curto, médio e longo prazo, conforme o artigo 40 do inciso III do art. 6º do art. 8º V, idem a pluralidade anunciada do § primeiro do artigo 3º (idem) e do inciso VII do art. 5º (idem) bem como a boa intenção (esperamos que não fique nisso) do inciso III, a realidade prática já verificada felizmente do inciso V do mesmo art. 5º (idêntica disposição na M.Pª nº 2198-5 de 24/08/2001).

Espera-se que o propósito no caput do art. 7º seja praticado e com bases jurídicas, apenas, descartando a politiquice eleitoreira. O artigo 8º reforça a idéia de emergencialidade. Que não se esqueçam os estudos e mudanças estruturais, é o que desejamos.

Assusta-nos a generalidade do § 4º do artigo 8º. Afinal cada vez que se criam exceções à regra, é sempre preciso garantir que elas não esfarrapem a regra e que a competência não passe a ser trocada pelo aqodamento dos apadrinhados e apadrinhadores.

O artigo 14 aliás, já modificado, revelou esse aqodamento, que em termos de energia elétrica, decididamente não é desejável, por seu caráter estratégico. Não se pensou que os meses em que se fez a média do ano 2000 são de férias, em que se espera, o consumo doméstico seja bem menor, mas neles ocorrem muitos festejos populares e que portanto calcula-se que haja dificuldades em diminuir agora como antes, o consumo público. As revisões aconteceram justamente por se não estudar com o devido cuidado e estão crescendo as exceções (sem balizamentos definidos) ao racionamento. O povo atendeu até bastante bem os pedidos governamentais da redução de consumo, mas o fato é que, em alguns casos, ela foi flagrantemente injusta, como referimos no início deste trabalho.

O § 2º e o 3º do art. 14 e do § 3º do art. 16 também, bem como o 1º § do art. 18, foram decididamente abusivos. E não estabeleciam critérios (nem o caput o fez) para os cortes.

Não se percebe muito bem a substância do § 2º artigo 15. Calculamos que se refere à possibilidade de redução do consumo ser total, o que fica difícil de imaginar a menos que a energia elétrica das residências passasse a ser gerada por fontes alternativas ou se fechasse a residência!

Lembramos aos leitores que este trabalho não tem por finalidade

nem intenta projeção histórica ou crítica a posições jurisprudenciais já existentes. Trata-se de reflexão sócio jurídica, baseada sobretudo nos fatos e na necessidade que se impõe a qualquer administrador **que se preze, de atender aos princípios da Administração pública e das diretrizes constitucionais**. Não fizemos por exemplo uma análise de todas as M.P sobre o assunto, apenas da primeira e da mais atual..., de agosto de 2001. Não é demais citar o autor que elegemos sobre o tema **"Todo o Estado de Direito governa-se por uma fundamental finalidade: fazer com que o exercício do poder político não elimine o necessário espaço de liberdade individual"** (pág 70). Se a lei não pode tudo, menos ainda o Executivo, cujo âmbito é exatamente esse, só o de executar. É claro que só se podem executar bem, leis bem elaboradas, sociologicamente estudadas, tecnicamente capazes e eficientes, para a mudança que se impõe. Não se querendo nada disto é conveniente que desde logo se proclame a desnecessidade de Sociologia. Pró-legislativa, da Técnica de Elaboração das Leis, da Hermenêutica jurídica, dos Tribunais e já agora, da existência do próprio Estado! Ah, vamos esquecendo que alguns parecem ainda defender a desnecessidade da língua Portuguesa, tanto que a abastardam, ou da gramática, pelo muito que a desconhecem. Que não nos sirva a carapuça ou as carapuças! De outro modo parece-me que se está usando o prazer do poder pelo poder. Algo tão abominável que tem levado a todas as arbitrariedades que a humanidade tem visto e que culminaram com o terror sobre N. York e Washington em 11/set/2001 em que o objetivo foi a destruição de todo um sistema político/econômico do mundo ocidental e por isso nos deixou anômicos, estarecidos. Afetou não apenas os americanos do norte ou do sul, mas todos os que têm consciência de que não respeitando a lei, se desrespeita a VIDA (até do planeta) e a DIGNIDADE HUMANA.

Entenda-nos o leitor: não estamos defendendo a desobediência civil ou o sistema capitalista, longe disso. Estamos apostando ainda e sempre, na LEI como controle social, na Constituição como balizadora do poder e definidora dos direitos do ser humano, situado no contexto do planeta Terra - A CASA MÃE de todos os povos que a habitam, vivendo em diversidade e harmonia, o que acreditamos possível, mas dependendo de regras e de limites.

E permitimo-nos terminar com um elogio ao sofredor povo brasileiro que tem entendido a necessidade do racionamento de energia e que vivendo em condições por vezes tão miseráveis - heróis anônimos que o poder não vê, não elogia, nem prestigia - consegue manter a esperança e por vezes a alegria de viver.

BIBLIOGRAFIA

MENEZES, Diatany Bezerra de. Apagão e ameaça à cidadania. Jornal do Povo Fortaleza, 05 de agosto de 2001 Coluna Análises Econômicas Caderno de Economia, pág. 28.

SUNDFELD, Carlos Ari. Administração Ordenadora in Direito Administrativo na Constituição de 1988. Coordenação de Celso Antônio Bandeira de Mello, São Paulo. Editora Revista dos Tribunais 1991

TEIXEIRA, Benedito. Solução: Economia precisa crescer. Jornal o Povo, Fortaleza, 12 de Agosto de 2001. Coluna Perspectiva. Caderno de Economia, pág. 29.

O MUNICÍPIO BRASILEIRO: ABORDAGEM SOCIOLÓGICA DE CONFIGURAÇÃO CONSTITUCIONAL

Ingrid Barreira

Procuradora do Município de Fortaleza

Professora da UNIFOR

Mestranda em Direito

Introdução

Os problemas do Município, de seus recursos humanos e de suas modalidades de gestão, precisam ser examinados a partir do entendimento daquilo que poderia ser chamado de "exigências da época".

O Município não pode simplesmente trilhar os antigos caminhos do desenvolvimento, que não se mostraram capazes de evitar a destruição irracional dos recursos naturais e dos ambientes urbanos, nem de evitar a produção de muitas iniquidades sociais.

Necessária é uma política, não só no plano econômico e da produtividade, mas sobretudo em termos de justiça social e naquilo que diz respeito ao modo de viver da sociedade.

O Município somente passou a integrar a República Federativa do Brasil, como ente federativo, a partir da Constituição da República de 1988. Dotados de rendas próprias para prover os serviços locais, os Municípios deliberam e executam tudo quanto respeite ao interesse local.

Em face dessas atribuições eminentemente políticas e de um largo poder de autogoverno, os Municípios precisam se estruturar para cumprir suas tarefas, constitucionalmente impostas.

A condição de Procuradora do Município permite observações empíricas de ordem sociológica que, atendendo a parâmetros de interdisciplinariedade, autorizam um olhar sociológico sobre aspectos que tradicionalmente têm se vinculado a concepções simplesmente positivistas.

Este olhar - e seus resultados - consiste, pois, no objetivo primeiro deste trabalho.

1. O Município como ente Federativo da República do Brasil

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, dispõe 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; V - o pluralismo político."

Hely Lopes Meirelles define o Município sob três aspectos distintos. O primeiro, sociológico, é "o agrupamento de pessoas de um mesmo território, com interesses comuns e afetividades recíprocas, que se reúnem em sociedade para a satisfação de necessidades individuais e desempenho de atribuições coletivas de peculiar interesse local." O segundo, político, é "entidade estatal de terceiro grau, na ordem federativa, com atribuições próprias e governo autônomo, ligado ao Estado-membro por laços constitucionais indestrutíveis (CF, arts. 18, 29 e 34, VII, "c")." O terceiro, jurídico, é "a pessoa jurídica de Direito Público interno (CC, art. 14, III), e, como tal, dotado de capacidade civil plena para exercer direitos e contrair obrigações em seu próprio nome, respondendo por todos os atos de seus agentes (CF, art. 37, § 6º)." (1993: 111/112)

O Município, como entidade estatal, possui autonomia político-administrativa para gerir a condução dos seus interesses locais, notadamente a instituição e arrecadação de seus tributos, aplicação de sua receita, implantação e organização dos serviços públicos oferecidos à comunidade.

No sistema federativo brasileiro, o Município, tal como os Estados e a União, possui os Poderes Executivo e Legislativo, faltando-lhe somente o Poder Judiciário, que por força constitucional, restou para os outros dois Entes Federativos.

A Constituição Federal de 1988 atribuiu ao Município competência para legislar sobre assuntos de seu interesse local. Assim, cabe à atividade municipal atuar nas áreas política, financeira e social circunscritos a sua competência constitucional. Na área política, começa pela escolha de seu Prefeito e Vereadores, na área financeira, pela captação de recursos através da tributação, e na área social, na organização dos serviços necessários à população, na estrutu-

ra urbanística, na educação, recreação, saúde e bem-estar dos munícipes.

A nossa Lei Fundamental consagra no art. 30, incisos VI e VII, a competência ao Município para manter e prestar, respectivamente, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação pré-escolar e de ensino fundamental e serviços de atendimento à saúde da população. No inciso VIII, do mesmo artigo, atribui competência para promover adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano.

Além da competência exclusiva, prevê o artigo 23 da Constituição Federal, competência comum do Município com a União, Estados e Distrito Federal, para cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiências (inciso II); proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos (inciso III); impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico e cultural (inciso IV); proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência (inciso V); proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas (inciso VI); preservar as florestas, a fauna e a flora (inciso VII); fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar (inciso VIII); promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico (inciso IX); combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos (inciso X); estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito (inciso XII).

A razão de ser do Município repousa na prestação de serviço público. A ação administrativa visa à satisfação das necessidades do interesse geral.

Assim, dentre os principais serviços públicos municipais, entre os quais se englobam os que o Município mantém e presta em cooperação com o Estado e a União, como programas de educação pré-escolar e de ensino fundamental e de atendimento à saúde da população local, estão os seguintes: arruamento, alinhamento e nivelamento; saúde, higiene e assistência social; abastecimento d'água e esgotamento sanitário; limpeza urbana; destinação final de resíduos domiciliares; industrialização do lixo; saneamento básico; segurança urbana; iluminação pública; pavimentação e calçamento; galerias de águas pluviais; trânsito e tráfego; sinalização de vias urbanas e das estradas municipais,

sua regulamentação e fiscalização; transporte coletivo urbano e transporte individual; estradas, feiras, matadouros, mercados; serviços de estação rodoviária; serviços funerários; recreação e lazer, turismo, desporto; incentivos à produção agrícola, pecuária e industrial; defesa do consumidor, habitação popular; meio ambiente; proteção ao patrimônio histórico-cultural local; programa de impulso ao desenvolvimento econômico e social.

O Poder Municipal para operar as competências atribuídas ao Município na nossa Carta Magna, usa de seu poder de polícia.

José Nilo de Castro ensina que "Poder de polícia municipal é a faculdade que possui o Município para condicionar e restringir o uso e gozo dos bens, atividades e direitos individuais, visando, quer à satisfação da coletividade, quer à do próprio Município, razão de ser daquela". (1999:264/265).

O Código Tributário Nacional, em seu art. 78, define poder de polícia como "a atividade da Administração Pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais e coletivos."

Resulta do conceito de poder de polícia que a sua razão repousa na necessidade da proteção do interesse público, mesmo em detrimento do interesse particular, sendo um dos princípios basilares do Direito Administrativo Brasileiro.

O poder de polícia é exercitado nos assuntos de competência do Município, como por exemplo, na vigilância e fiscalização sanitária para proteger a saúde da comunidade local; proteção ao meio ambiente, ao sossego, à higiene. Também podemos citar o disciplinamento de edificações e de posturas municipais, como a regulamentação de horários de funcionamento do comércio local, da indústria, de prestação de serviços. A fiscalização do tráfego e trânsito local, bem como a fiscalização da fauna e da flora, também são atribuições do poder de polícia municipal.

2. Uma visão comparativa da autonomia municipal no Brasil e na Alemanha.

O tamanho da área territorial brasileira e as dificuldades para o transporte e a comunicação, resultaram numa concentração do poder político

fático nos governos municipais. Os Municípios constituíam verdadeiros centros de autoridade local, subordinados, em tese, ao governo-geral da capitania. Com o passar do tempo, os Municípios, na sua maioria, tornaram-se praticamente autônomos, o que motivou o Imperador Dom Pedro I a exigir que as Câmaras Municipais aprovassem solenemente a primeira Constituição do Brasil de 1824, com o objetivo de que a Magna Carta da Independência ganhasse mais legitimidade política.

No final do século XIX foi introduzido no Brasil o sistema federativo para aprimorar a sua organização administrativa.

A Constituição Federal de 1891, garantiu a autonomia municipal no Brasil, fluindo de seu artigo 68 que "os Estados organizar-se-ão de forma que fique assegurada a autonomia dos municípios em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse."

O surgimento do sistema federativo brasileiro não se deve a um "pacto federativo" como aconteceu nos Estados Unidos e depois, na Alemanha.

No Brasil não há um controle ou fiscalização dos Municípios por parte dos Estados-membros da Federação.

Na Alemanha, os governos estaduais supervisionam os municípios, visando garantir a legalidade dos atos administrativos dos órgãos municipais, bem como, impedir a promulgação de normas locais que contrariam dispositivos constitucionais superiores.

Os Municípios brasileiros, ao lado da União e dos Estados, são detentores de legítimo poder estatal. O seu interesse local e a eletividade da administração local são os dois princípios que formam a base sobre a qual se ergue a estrutura municipal brasileira.

O fundamento da autonomia municipal alemã também se encontra em dois componentes básicos: primeiro, constitui uma expressão da divisão da administração pública em unidades controláveis e, segundo, o povo local, através dos seus órgãos políticos eleitos, exerce nos municípios o poder soberano espacialmente limitado.

A Lei Fundamental Alemã, em seu art. 83, estabelece como princípios que "os Estados executarão as leis federais como matéria própria". A aplicação das leis federais cabe preponderantemente aos órgãos públicos estaduais. A União tem competências muito limitadas no campo da execução administrativa, o que propicia que as características regi-

onais e locais sejam analisadas de forma mais concreta.

Por sua vez, os Estados federados da Alemanha têm o direito de obrigar os seus Municípios ou associações intermunicipais a cumprirem determinadas tarefas. Dentre essas tarefas há questões referentes à ordem e segurança pública, bem como o atendimento das principais necessidades básicas: o abastecimento de água tratada, coleta e tratamento de esgotos, ordenamento do uso do solo através de planos diretores de obras e construções, transportes coletivos urbanos, construção e conservação das vias públicas municipais, instalações de combate a incêndios, instalação e manutenção de prédios escolares e hospitais de tratamentos urgentes e instalações de assistência social.

Através das leis estaduais e, excepcionalmente, federais, os assuntos delegados são repassados aos governos locais. Temos a execução da segurança pública, a manutenção da ordem geral, a proteção da natureza, o controle da caça e da pesca, o regulamento do trânsito local, a fiscalização de construções, o trato de assuntos relacionados à saúde pública e veterinária, as questões de registro civil e residência bem como as eleitorais e relativas a estrangeiros. Assim, o município alemão tem um "duplo caráter", pois é entidade da auto-administração e, ao mesmo tempo, órgão executor do seu respectivo estado federado.

O município brasileiro, ao contrário do alemão, não pode ser obrigado a executar serviços estaduais ou federais. O direito constitucional-municipal do Brasil não prevê a delegação obrigatória de tarefas da União ou dos Estados para os Municípios. Para que a União e os Estados possam delegar funções de seu âmbito para os Municípios, é necessária a celebração individual de convênios administrativos.

3. Abrangências sociológicas das Políticas Públicas

As políticas públicas vislumbram abranger as políticas assistenciais, as políticas sócio-econômicas e as políticas participativas. Pedro Demo ensina que a política social é um processo pelo qual se permite à pessoa que necessita de melhores condições, consciência política para ser sujeito de seu próprio destino. Afirma que "política social não é ajuda, piedade ou voluntariado". (2000:25). O campo das políticas sócio-econômicas encontra-se entre o social e o econômico na sociedade. Tem seu campo de atuação voltado para a pobreza material, onde o emprego e a renda possuem relevância significativa para reduzir as desigualdades sociais.

O Município deve possuir presença como normatizador, e apoiar dentro de seu campo de atuação, jamais de substituição dos agentes produtivos, o que infelizmente não é a nossa realidade. Uma das tarefas fundamentais do Estado é planejar estratégias de crescimento econômico e incentivar programas de investimentos para gerar emprego e renda. Podemos citar como políticas socioeconômicas, as políticas de emprego, políticas de apoio às formas de microprodução, seja na indústria, comércio ou serviços, políticas de profissionalização da mão-de-obra, políticas de habitação para baixa renda, políticas de saúde, nutrição, saneamento, políticas de previdência social, políticas de transporte urbano, políticas de urbanização, e políticas com vistas a criar financiamentos de programas sociais.

Como órgão gestor, cabe ao Município criar políticas participativas, como por exemplo, políticas de defesa da cidadania, objetivando a defesa do consumidor, do meio ambiente e dos direitos humanos fundamentais, políticas educacionais, visando primordialmente a universalização do 1º grau, políticas culturais, dirigindo-se ao cultivo das identidades culturais, políticas de organização da sociedade civil, políticas para garantir os direitos das minorias ou marginalizados, como os direitos da mulher, do idoso, da criança, do deficiente, da família do presidiário.

Marco Aurélio Nogueira analisando o problema do Estado (União, Estados-membro e Municípios), de seus recursos humanos e de suas modalidades de gestão, assevera com precisão: "estamos obrigados a ser modernos não só no plano econômico e da produtividade, mas sobretudo em termos de justiça social e naquilo que diz respeito ao modo de viver em sociedade. É para isso que carecemos tanto de uma nova forma de Estado, um 'pacto' com o qual seja possível incorporar a cultura da época, fornecer referências sólidas para o viver comum e regular um mercado que, atizado pelos ventos da concorrência internacional, da financeirização e da transnacionalização, parece querer escapar de qualquer controle, de qualquer planejamento, de qualquer regulação - um Estado, além do mais, que seja socialmente comprometido e capacitado para operar como efetivo articulador de um novo modelo de desenvolvimento econômico, menos predatório e mais sustentável. E é também para viabilizar tudo isso que precisamos colocar a questão dos recursos humanos no centro mesmo de nossas preocupações e de nossos planos governamentais." (1998: 185/186)

O Município, como gestor público, tem que estar preparado para acompanhar as mudanças nas áreas cultural, trabalhista, previdenciária, ética,

organizacional. O gestor público de que tanto carece a população, precisa ser técnico e político, isto é, precisa acompanhar de perto as necessidades, sair de seu gabinete para criar uma visão do todo social, planejar e ser difusor da democratização, da transparência governamental, da cidadania.

Após a Constituição de 1988, aumentaram as atribuições dos gestores municipais *pari passu* com a ampliação de sua importância no próprio *modus operandi* governamental como ente federativo.

Isto significa a necessidade de uma vasta e audaciosa operação objetivando redefinir toda a política de recursos humanos do setor público. Durante décadas o “empreguismo público” era a forma que os nossos políticos encontravam para resolver o problema do desemprego e angariar votos. Com isso, a máquina governamental ficou com um sério e difícil problema para solucionar. Uma quantidade bem superior de servidores públicos necessários ao ente federativo e, com a agravante, totalmente desqualificados.

Por sua vez, havia a constatação de dois entraves. O primeiro: a Constituição Federal proibia a demissão de servidores públicos sem justa causa e, o segundo, o nepotismo praticado pelos nossos políticos não incentivava qualquer alteração nesse quadro calamitoso.

Além do que, a Administração foi crescendo sem qualquer política de valorização do seu capital humano, e com isto, os servidores foram ficando (defasados) sem qualquer perspectiva de aprimorar seus conhecimentos, acomodando-se às vantagens oferecidas pelo emprego público.

O mesmo autor sugere como reverter o quadro, nos seguintes termos: “Uma bem concebida e bem executada política de formação deve fornecer o fulcro e o eixo da gestão de recursos humanos que se requer no mundo contemporâneo. Pois não se trata mais, afinal, apenas de ‘treinar’ funcionários ou atualizar informações e repertórios técnicos, mas de impulsionar a radical conversão da postura e da mentalidade do servidor público. O tempo de mudanças em que nos encontramos requer profissionais vocacionados para atuar com base na articulação de conhecimento científico, criatividade, conduta ética, visão política e sensibilidade social.” (1998: 193/194)

Devemos ter a consciência de que todos os males não se encontram na falta de qualificação do servidor público, uma vez que esta decorre, em muitos casos, da falta de competência do Administrador para gerir a coisa pública. O investimento nos recursos humanos e o oferecimento de

condições físicas para a operacionalização da prestação dos serviços públicos é condição *sine qua non* para a consecução dos objetivos buscados.

O Poder Público, seja Federal, Estadual ou Municipal, deve ser transparente, com objetivos claros, democrático, ágil e flexível, sempre monitorando a avaliando políticas públicas, especialmente na área social.

4. O Município de Fortaleza e sua “Macropolítica Pública”

É recomendável, neste instante, uma precisão a respeito da utilização terminológica da expressão “macropolítica pública”. O ambiente da macropolítica pode vir a ser definido como o espaço maior onde se movimentam as distintas forças políticas de determinado espaço geográfico que encerra, em si, uma instância de poder. No caso, ao Município de Fortaleza em sua condição de entidade da Federação Brasileira aplica-se a definição de macropolítica, na medida em que disputam poder, diferentes atores políticos. Se por um lado, a esta disputa, parece ser possível que se apliquem os pressupostos da reflexão teórica de poliarquia, segundo os parâmetros de Robert Dahl, por outro lado, a extrema desigualdade das forças políticas que disputam o espaço do poder revela o déficit real da democracia formal brasileira.

No caso do Município de Fortaleza, constatam-se, no âmbito da implementação da macropolítica pública, fluxos e refluxos que surpreendem até mesmo o mais atento dos analistas. Município caracterizado por suas noções oposicionistas, o exercício da cidadania do Município de Fortaleza é protagonista de mudanças significativas no Estado do Ceará. Numa de suas eleições mais competitivas - novembro de 1985 - se viveu a desmistificação de dogmas até então inabaláveis. Primeiro: a vitória de uma candidata mulher, separada, intelectual, sem ligações patrimonialistas com grupos de famílias conhecidos, e ainda pertencente a partido de esquerda, sem grande tradição em Fortaleza (mesmo pelo fato de o Partido dos Trabalhadores ter sido fundado em fevereiro de 1980); segundo: a prova de que a aliança oligárquica, tradicionalmente denominada como “coronelista” não era invencível. A queda deste segundo mito contribuiu bastante para a solidificação iniciada a partir de 1986, quando os coronéis da política cearense foram derrotados pelo conhecido “ciclo das mudanças”.

O que importa aqui é lembrar que o debate sobre as tarefas a serem desenvolvidas pelo Município, no caso de Fortaleza, deu-se em meio a importantes discussões sobre o papel político de uma esfera de poder. Parece

precedente que se afirma que em Fortaleza a presença de um discurso constante sobre a cidade que se deseja, e de seu papel ativo na qualidade de definidor da política pública a ser implantada esteve sempre presente e, em grande parte das vezes, não se desvinculou do debate político "macro". A existência desta realidade é que impõe ao Município de Fortaleza um aspecto diferenciador diante dos outros municípios - pelo menos de grande parte daqueles do Estado do Ceará.

Assim, a compreensão jurídica acerca da Lei Orgânica do Município de Fortaleza deve, necessariamente, considerar as variantes da realidade sociológica do Município, para que se possa entender e, principalmente aplicar, os dispositivos que se acham no respectivo diploma incluídos.

A Lei Orgânica do Município de Fortaleza estabelece em seu artigo 149 que a política de desenvolvimento urbano assegurará a urbanização e a regularização fundiária de áreas, onde esteja situada a população favelada e de baixa renda, sem remoção dos moradores, salvo em áreas de risco (inciso I, letra "a"); a preservação das áreas de exploração agrícola e pecuária e o estímulo a essas atividades primárias (inciso II); a preservação, a proteção e recuperação do meio ambiente natural e cultural (inciso III); a criação de áreas de especial interesse urbanístico, social, ambiental, turístico e de utilidade pública (inciso IV); a participação ativa das entidades comunitárias no estudo, no encaminhamento e na solução dos problemas, planos, programas e projetos que lhes sejam concernentes (inciso V); às pessoas portadoras de deficiência, o livre acesso a edifícios públicos e particulares de frequência aberta ao público, a logradouros públicos e ao transporte coletivo (inciso VI); e, a utilização racional do território e dos recursos naturais, mediante a implantação e o funcionamento de atividades industriais, comerciais, residenciais e viárias (inciso VII).

Por sua vez, a Lei Orgânica do Município de Fortaleza, em seu artigo 157, determina que o Município elaborará o seu plano diretor de desenvolvimento urbano, nos limites de sua competência, priorizando a habitação, o trabalho e a recreação como atividades essenciais à vida coletiva, abrangendo os aspectos econômico, social, administrativo e físico-espacial.

As diretrizes basilares da política urbana do Município de Fortaleza estão fulcradas no artigo 1º, da Lei no 7.061, de 16 de janeiro de 1992, que aprovou o Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano de Fortaleza, a saber: I - a ordenação e a expansão dos núcleos urbanos e a adequada distri-

buição espacial da população e das atividades econômicas, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano; II - a oferta de equipamentos urbanos e comunitários adequados às características sócio-econômicas locais e aos interesses e às necessidades da população, inclusive dos deficientes físicos; III - o incentivo à economia do Município com estímulo às aptidões locais, observados os interesses gerais da população e as condições do meio; IV - o tratamento integral por bairros no que diz respeito ao atendimento das carências dos equipamentos de consumo coletivo tais como: educação, saúde, assistência social, lazer, esporte, cultura e abastecimento; V - a adequação dos gastos públicos aos objetivos do desenvolvimento urbano, notadamente quanto ao sistema viário, transportes, habitação e saneamento, de modo a privilegiar os investimentos geradores de bem-estar social e a fruição dos bens pelos diferentes segmentos sociais; VI - a recuperação dos investimentos do poder público de que venha a resultar a valorização dos imóveis urbanos; VII - a adequação dos instrumentos de política fiscal e financeira aos objetivos do desenvolvimento urbano; VIII - o cumprimento da função social da propriedade imobiliária prevalecente sobre o exercício do direito do proprietário de construir; IX - o planejamento com os Municípios limítrofes da ordenação e expansão dos núcleos urbanos no que diz respeito a infra-estrutura, equipamentos comunitários e recursos naturais; X - a participação ativa das entidades comunitárias no estudo, encaminhamento e solução dos problemas, planos, programas e projetos que lhes sejam concernentes; e, XI - o incentivo à remoção de barreiras arquitetônicas e de desenho urbano, com gradual adoção de soluções de acesso ao transporte coletivo, aos espaços de uso público, às edificações em geral e a implantação de sinalização apropriada, visando promover a inserção social das pessoas portadoras de deficiência física.

5. Impacto sociológico: redimensionamento do espaço/definição da identidade da sociedade.

A privatização do espaço público nas metrópoles modernas está associada à crescente exclusão social e à segregação espacial.

A deteriorização dos espaços públicos, notadamente nas áreas centrais e nas periferias das grandes cidades brasileiras revela-se propiciador para a violência urbana, demonstrado em dados estatísticos o elevado número de furtos, assaltos e violência policial.

Em todo o país, podemos constatar a preocupação de diversos municípios com a "revitalização" dos centros históricos, buscando não só a incrementação do turismo, como também, instrumento de formação de uma identidade e de recriação da sociabilidade entre os moradores urbanos.

ANTÔNIO ARANTES afirma que "... a estruturação do espaço não antecede nem decorre do social, mas de fato o constitui, mantendo esses dois níveis, entre si, não relações de causa e efeito, mas, antes, de interdependência." (2000:84)

LINDA GONDIM, citando a filósofa judia-alemã Hannah Arendt, afirma que "a fim de evitar falácias, considera-se que o desenho urbano deve ser encarado como prática socialmente criada, e simultaneamente produtora de sociabilidade, uma sociabilidade fortemente influenciada pela existência de espaços públicos, que se contrapõem à esfera privada. A estreita relação entre as dimensões social e espacial é evidente quando se consideram os conceitos de público e privado em uma perspectiva histórica" (2001:4)

Numa análise sobre o equívoco em que incorrem aqueles que avaliam apenas de forma negativa a tendência à impessoalidade dos comportamentos públicos na cidade, importante citar SENNET que reconhece que nas condições do mundo urbano capitalista, a impessoalidade é condição para uma vida pública enriquecedora, pois permite o convívio entre pessoas diferentes, mesmo em um contexto em que se revela quase intratável o problema da constituição de identidades, em decorrência das correntes migratórias internas: "Como tais pessoas vão fazer sentido umas para as outras? Estão soltas, não têm sequer a marca de um passado enquanto adultas nem a estranheza passível de ser categorizada dos imigrantes vindos de outra terra (estrangeiros). Em que termos devem julgar suas comunidades recíprocas, a que conhecimentos, a que paralelos da experiência passada se ape-la, ao se lidar com uma massa informe?" (1988:73)

O recurso a comportamentos formalizados, ou seja, à cortesia, é condição para uma convivência pacífica em um contexto onde prevalece essa inusitada combinação de proximidade física com pessoas desconhecidas: nas grandes cidades, somos todos obrigados a conviver, freqüentemente, com multidões de estranhos, no trânsito, no metrô, nos ônibus, no elevador, nos bancos, nos restaurantes, nos shoppings, nas filas ...

O espaço público possui um caráter intrinsecamente democrático,

como pode-se observar pela regra de atendimento - o primeiro a chegar é o primeiro a ser atendido -, a não ser que se apresente uma razão de ordem pública que a justifique (grávida, pessoa deficiente física, idosos, etc), aliás prevista em lei.

Podemos afirmar, portanto, que o convívio nos espaços públicos é uma das formas de sociabilidade que mais exige tato, cortesia e discrição, pois requer que se evitem manifestações emocionais que revelem intimidades privadas, nivelando, através da cortesia, todas as pessoas.

6. Conclusão

O Município como órgão gestor de políticas públicas necessita de uma estratégia para consolidar seus projetos sem buscar solucioná-los com aparência de ajuda, ou seja, com assistencialismo, que nada mais é do que manter as desigualdades sociais. O assistencialismo escamoteia a desigualdade social, oferecendo àquele que necessita de ajuda apenas migalhas, esmolas, tornando-o dependente do doador, e retirando o seu potencial de cidadão. O Poder Público Municipal deve oferecer assistência, direito inegável do ser humano. Normalmente, a assistência possui caráter emergencial, exceto em alguns casos em que, por força da atividade, necessita permanecer indefinidamente.

Mister é para o Município priorizar políticas, porque a pobreza é demasiada em vista dos recursos disponíveis, o que o obriga a manter todos os postos de trabalho em atividade para minimizar os problemas com a geração de emprego e renda.

No Brasil, mais de cem anos após a abolição da escravidão e mais de meio século depois da instituição dos direitos trabalhistas, são notórios os percalços dos direitos de cidadania. Tem-se exacerbado a contradição, comum a todas as sociedades capitalistas, entre a igualdade no plano jurídico-formal e a desigualdade social que cada vez mais se aprofunda, agravada pela retração das políticas públicas, notadamente a partir da década de 1980.

A nossa Carta magna tem por finalidade instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Essa dignidade não será, porém, autêntica e real, enquanto os Poderes Públicos Municipais, Estaduais e Federal não construírem as condições econômicas, sociais, culturais e políticas que assegurem a efetividade dos direitos humanos, num regime de justiça social.

A partir do final dos anos 60 e ao longo das décadas de 70 e 80, a ação do Estado acentuou ainda mais o processo de segregação, financiando, por intermédio do Banco Nacional de Habitação, a construção de residências em bairros de classe média-alta e de grandes conjuntos habitacionais na periferia da cidade.

Nesse contexto segregador, a falência da escola e da família como espaços de socialização dos jovens, aliada à falta de opções de trabalho e lazer, favorecem a formação de grupos de jovens delinquentes. A violência de jovens e adultos, soma-se a violência de uma política incapaz de garantir a segurança dos cidadãos, o que estimula a segregação de atividades e pessoas.

Necessitamos de um Estado que seja socialmente comprometido e capacitado para operar como efetivo articulador de um novo modelo de desenvolvimento econômico, menos predatório e mais sustentável.

Bibliografia:

- ARANTES, Antônio A. Paisagens paulistanas; Transformações do espaço público. Campinas. Ed. Unicamp, 2000.
- CASTRO, José Nilo. Direito Municipal Positivo. B.H. Del Rey. 4a ed., 1999.
- DEMO, Pedro. Política Social, Educação e Cidadania. S.P., Papyrus Editora, 3a ed., 2000.
- GONDIM, Linda M. P. Monografia "Centro Cultural Dragão do Mar e a problemática do espaço público em Fortaleza", apresentado no IX Encontro Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Planejamento Urbano e Regional, RJ, 2001.
- KRELL, Andreas Joachim. Autonomia Municipal no Brasil e na Alemanha: Uma Visão Comparativa. (www.jus.com.br)
- MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Municipal Brasileiro. S.P.; Malheiros, 6a ed., 1993.
- NOGUEIRA, Marco Aurélio. As Possibilidades da Política: Idéias Para a Reforma Democrática do Estado. RJ, Paz e Terra, 1a ed., 1998.
- SENNET, Richard. O declínio do Homem Público: As Tirantias da Intimidade. SP, Companhia das Letras, 1993.
- Constituição Federal de 1988.
- Lei Orgânica do Município de Fortaleza.
- Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano de Fortaleza.

A COISA JULGADA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Francisco Eugênio Tôrres Teixeira
Procurador do Município de Fortaleza

Trabalho Apresentado Ao Curso De Especialização
Em Processo Administrativo Fiscal Da Universidade
Federal Do Ceará 2001

SUMÁRIO

1. Introdução;
2. Conceito de Processo Administrativo Fiscal;
3. O Exercício da Função Jurisdicional fora do Poder Judiciário;
4. A Coisa Julgada;
- 4.1. A Coisa Julgada Formal e Material;
- 4.2. Limites da Coisa Julgada;
5. Da Coisa Julgada no Processo Administrativo;
6. Da Coisa Julgada no Processo Fiscal;
7. Conclusão; 8. Bibliografia;
8. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O estudo da coisa julgada no Processo Administrativo Fiscal é por demais instigante, razão por que fomos levados a percorrer outros ramos do direito, com a finalidade de compreendermos o mecanismo de formação da coisa julgada no processo administrativo fiscal.

A discussão do tema é de difícil exaurimento, e não foi esta nossa pretensão, até porque o presente estudo exigiria uma incursão mais aprofundada, o que não seria possível neste simples texto científico. Contudo,

do, tentamos através de conceitos extraídos da lei processual civil, inferir se a decisão exarada no processo administrativo fiscal tem o mesmo caráter de definitividade que se identifica na sentença judicial.

Com vista a fazermos alguns raciocínios conclusivos sobre o tema, percorremos o seguinte iter: conceito de processo administrativo fiscal, o exercício da função jurisdicional fora do Poder Judiciário, da coisa julgada, da coisa julgada formal e material, os seus limites, da coisa julgada administrativa e da coisa julgada fiscal.

Eis, um breve lineamento do nosso estudo, que tem como finalidade precípua responder à seguinte questão: ocorreria a coisa julgada no processo administrativo fiscal? Vejamos.

2. CONCEITO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Antes de darmos início ao estudo da coisa julgada no processo administrativo fiscal, é necessário para compreendermos como a decisão administrativa fiscal se forma e torna coisa julgada, que o situemos no universo do chamado processo administrativo.

Comumente se tem dito que o processo administrativo é o meio de que se utiliza a Administração Pública para o registro de seus atos, o controle da conduta de seus agentes e a solução de controvérsias dos administrados. Ao ordenamento desses atos com o fim de se obter a solução de uma controvérsia no âmbito judicial ou administrativo, dá-se o nome de processo, e o modo específico como estes atos se desenvolvem, procedimento.

O processo administrativo, portanto, seria o ordenamento de atos com vista a uma solução de uma controvérsia posta à apreciação da Administração Pública pelos administrados. A doutrina o qualifica como o gênero, em que o processo fiscal seria uma de suas espécies.

O processo administrativo tributário ou fiscal, propriamente dito, é todo aquele que se destina à determinação, exigência ou dispensa do crédito fiscal, bem como à fixação de alcance de norma de tributação em casos concretos, pelos órgãos competentes tributantes, ou imposição de penalidades ao contribuinte.

Aduz Hely Lopes Meireles que "nesse conceito amplo e genérico estão compreendidos todos os procedimentos fiscais próprios, sob as moda-

lidades de controle (processo de lançamento e de consulta), de outorga (processo de isenção) e de punição (processos por infração fiscal), sem se falar nos processos impróprios, que são as simples autuações de expedientes que tramitam pelos órgãos tributantes e repartições arrecadoras para notificação do contribuinte, cadastramento e outros atos complementares de interesse do fisco.”

Para o Prof. Hugo de Brito Machado “a expressão processo administrativo fiscal pode ser usada em sentido amplo e em sentido restrito. Em sentido amplo, tal expressão designa o conjunto de atos administrativos tendentes ao reconhecimento, pela autoridade competente, de uma situação jurídica pertinente à relação fisco-contribuinte. Em sentido estrito, a expressão processo administrativo fiscal designa a espécie do processo administrativo destinado à administração e exigência do crédito tributário.”

Promovidas as considerações preliminares acerca do que é o processo administrativo tributário ou fiscal; ou seja, o conjunto de atos ordenados pela administração tributária com a finalidade de dar solução a uma relação controvertida entre fisco e contribuinte, passemos a analisar se a decisão exarada em tal processo faz coisa julgada, e quais os seus limites.

3.0 EXERCÍCIO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL FORA DO PODER JUDICIÁRIO.

Como já foi colocado acima, pretendemos com o presente estudo, indagar se a decisão em processo administrativo fiscal faz coisa julgada. Ocorre, que o aprofundamento de tal questão, exige que se façam algumas observações sobre a atividade jurisdicional, visto que aquele instituto é indissociável desta atividade estatal.

Conceitua-se a jurisdição como:

“Função estatal que tem a finalidade de garantir a eficácia do direito em última instância no caso concreto, inclusive, recorrendo à força, se necessário. Sua nota individualizadora é de natureza funcional e consiste, por conseguinte, em estar dirigida, especificamente, ao fim de manter, em última instância, o ordenamento jurídico no caso concreto, ou seja, manter o ordenamento jurídico quando este não foi observado espontaneamente pela sociedade. Ademais, no direito brasileiro, a jurisdição caracteriza-se, do ponto de vista estrutural, por ser exercida, preponderantemente, por órgãos do Poder Judiciário, independentes e imparciais, através do devido processo legal.”

Portanto, podemos definir a Jurisdição como a função de atuação terminal do direito exercida, preponderantemente, pelos órgãos do Poder Judiciário, independentes e imparciais, compondo conflitos de interesses mediante a aplicação da lei através do devido processo legal.”

Do conceito de jurisdição supra, transmitido pelo Prof. José Albuquerque Rocha, in Teoria Geral do Processo, Ed. Malheiros, 5ª edição, p.88/89, podemos concluir obviamente que a função jurisdicional é exercida com preponderância pelo Poder Judiciário. Mas haveria possibilidade do exercício de jurisdição-fora de tal poder? Acreditamos que sim.

Apesar de no Brasil encontrar-se em vigor o sistema de jurisdição única, ou inglês, em que o exercício da jurisdição, ou seja, do poder do Estado de aplicar o Direito ao caso concreto, é somente do Poder Judiciário, não se há de negar a coexistência com o sistema do Contencioso Administrativo, também denominado de sistema francês, que ao contrário do precedente, admite que um órgão, não integrante do Poder Judiciário, portanto, da esfera administrativa, declare o direito aplicável ao caso concreto.

Tal fenômeno se explica por dispor a Constituição Federal (art.2º) que os poderes são harmônicos e independentes, mas formam um só Poder, o que justificaria ao Judiciário praticar atos de administração e ao Executivo exercer atos que envolvem atividade jurisdicional.

Distingue-se, no entanto, a atividade jurisdicional que é praticada pela Administração, daquela que é apanágio do Judiciário, vejamos:

a) enquanto o Judiciário exerce a Jurisdição como atividade autônoma, a jurisdição da Administração está vinculada à sua revisão pelo Judiciário. De acordo com a Constituição (art.5º., XXXV): “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Desta sorte, tem o particular a oportunidade de sempre recorrer ao Judiciário, quando entender que o ato jurisdicional administrativo não lhe restitui o direito violado;

b) enquanto na jurisdição própria do Judiciário ocorre a coisa julgada (quer material, quer formal) no campo abrangido pela jurisdição administrativa só se chega até a decisão definitiva, isto é, a decisão contra a qual não mais poderá ser interposto recurso, mas nada impede que a mesma questão seja novamente posta em discussão,

em todos os seus termos, perante o Judiciário;

c) enquanto a jurisdição, no Judiciário é plena e irrestrita, na Administração só se pode pensar em jurisdição enquanto meio para controle da legalidade do ato administrativo. Isto significa que o Judiciário não tem sua jurisdição subordinada a outro Poder, enquanto a Administração exerce a jurisdição nos casos previstos em lei e sempre com possibilidade de revisão pelo Judiciário da mesma questão controvertida.”

Traçados os lineamentos a respeito do exercício da função jurisdicional, e da possibilidade da Administração poder exercê-la, passemos à análise da coisa julgada, instituto indissociável daquela atividade, e da possibilidade da decisão proferida em processo administrativo fiscal tornar-se coisa julgada.

4.DA COISA JULGADA

Os principais regimes jurídicos ocidentais, assim como o sistema constitucional brasileiro, prestigiam como um os seus mais valorosos cânones, a autoridade da coisa julgada, ou *res iudicata*, como fenômeno indispensável à pacificação das relações sociais, bem como, a promoção do princípio da segurança jurídica, objetivos principais dos Estados de Direito (art.5º, XXXVI da Constituição Federal de 1988).

Mas, o que se há de conceituar como coisa julgada? A lei processual nos fornece em alguns de seus artigos, a definição daquilo que há de qualificar-se como coisa julgada. O art. 467 do CPC dispõe: “Denomina-se coisa julgada material a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”. O art.301, § 3º, do CPC diz: “Há coisa julgada quando se repete ação que já foi decidida por sentença, que julgue total ou parcialmente a lide”. Por sua vez o art.468 arremata: “A sentença, que julgue total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.”

Dos artigos colhidos da lei adjetiva chega-se às seguintes ilações sobre a coisa julgada: “É a característica de uma decisão proferida por uma autoridade que tem competência legal de dirimir terminativamente um litígio, ou um conflito de interesses, entre duas ou mais pessoas, isto é, a decisão que finaliza ou encerra o litígio sem que caiba mais algum recurso jurídico para modificá-lo”

Ou ainda: “Coisa julgada é o mesmo que caso julgado. Faz coisa julgada a sentença, que não mais está sujeita a recurso e que, portanto, firmou o direito de um dos litigantes, de tal modo que o outro não mais poderá suscitar nova controvérsia sobre a mesma questão e, evidentemente, nem prosseguir na controvérsia, que se acha encerrada. O efeito da coisa julgada é a presunção de verdade daquilo que ficou decidido, de acordo com o velho provérbio: *res iudicata pro veritate habetur*. A relação jurídica se acha firmada de acordo com o que ficou decidido”.

4.1.A COISA JULGADA FORMAL E MATERIAL

A coisa julgada formal e material traduzem as duas faces de um mesmo fenômeno, qual seja, a coisa julgada. Mas, qual a diferença entre coisa julgada formal e material? O processualista Humberto Teodoro Júnior diz que é apenas de grau de um mesmo fenômeno, haja vista que ambas decorrem da impossibilidade de interposição de recurso contra a sentença.

Existem, no entanto, diferenças sutis entre essas duas vertentes da coisa julgada. A coisa julgada formal é uma decorrência da imutabilidade da sentença dentro do processo em que foi proferida pela impossibilidade de interposição de recursos, seja ordinário ou extraordinário (art.467, parte final, e Lei de Introdução ao Código Civil, art.6º, § 3º), quer porque a lei não mais os admite, ou por que se esgotou o prazo estipulado pela lei sem interposição pelo vencido, ou ainda, porque o recorrente tenha desistido do recurso interposto ou tenha renunciado à sua interposição.

Já a coisa julgada material apresenta aspectos peculiares que a diferenciam da coisa julgada formal. Enquanto, esta opera dentro do processo em que a sentença foi proferida, sem impedir que o objeto do julgamento volte a ser discutido em outro processo, a coisa julgada material, produz seus efeitos no mesmo processo ou em qualquer outro, vedando o reexame da *res iudicium deducta*, por já definitivamente apreciada e julgada.

4.2.DOS LIMITES DA COISA JULGADA

Como o objetivo maior do presente estudo é a coisa julgada no processo administrativo fiscal, os comentários atinentes à coisa julgada serão

breves, tendo por escopo entender o mecanismo de ocorrência ou não de tal fenômeno no processo administrativo fiscal.

Para concluirmos nossa abordagem sobre a coisa julgada, tratemos de maneira sucinta dos limites subjetivos e objetivos da sentença com trânsito em julgado. Dois artigos da lei processual civil bem resolvem a problemática dos limites da coisa julgada, quais sejam: "art.468 - A sentença que julgar total ou parcialmente a lide tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas" e "art.472 - A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando nem prejudicando terceiros."

Dos artigos mencionados supra, deduz-se que a finalidade do estudo dos limites subjetivos da sentença com trânsito em julgado é saber quais as pessoas que se encontram vinculadas pelos efeitos imutáveis da sentença. Por outro lado, os limites objetivos da sentença passada em julgado, são os pedidos do autor e sua causa de pedir. É, sobre esses elementos que incidem os efeitos imutáveis da sentença passada em julgado.

Em conclusão, "...os limites objetivos da sentença são, pois, estabelecidos, em princípio, pelo autor, ao formular os pedidos e indicar suas causas (causas do pedido). É, pois, dentro destes limites que o juiz se pronuncia. Daí chamarem-se limites objetivos do julgado".

5. DA COISA JULGADA ADMINISTRATIVA.

Das questões até aqui abordadas, pode-se falar em coisa julgada administrativa? E, por via conseqüente, em coisa julgada no processo fiscal?

A existência ou não da coisa julgada administrativa ainda é muito debatida, em razão de que a função jurisdicional sendo uma atividade exercida com preponderância pelo Poder Judiciário, quando a Administração exerce função análoga, a decisão não alcançaria uma solução definitiva para controvérsia, como ocorre nas sentenças exaradas por um juiz, haja vista que o administrado poderá vir a reformar a decisão administrativa, com recurso para o Poder Judiciário.

Aqueles que defendem a inexistência da coisa julgada administrativa, fundamentam o seu entendimento em que, perante o Judiciário, qualquer decisão administrativa pode ser modificada, por força do que estabelece o inc. XXXV, do art.5º, da Constituição Federal ("A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito"), bem como, no dis-

posto na Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal ("A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada em todos os casos a apreciação jurisdicional").

Para Hely Lopes Meirelles, a denominada coisa julgada administrativa, é na verdade, apenas uma preclusão de efeitos internos, justifica tal entendimento nas seguintes razões: "Realmente, o que ocorre nas decisões administrativas finais é, apenas, preclusão administrativa, ou a irretratabilidade do ato perante a própria Administração. É a sua imodificabilidade na via administrativa, para a estabilidade das relações entre as partes. Por isso, não atinge nem afeta situações ou direito de terceiros, mas permanece imodificável entre o Administração e o administrado destinatário da decisão interna do Poder Público. A Lei nº 9.784/99, como já acentuado, determina que se respeitem os efeitos da preclusão administrativa, quando trata da revisão de ofício do ato ilegal (art.63, § 2º). Essa imodificabilidade não é efeito da coisa julgada administrativa, mas é consequência da preclusão das vias de impugnação interna (recurso administrativo) dos atos decisórios da própria Administração. Exauridos os meios de impugnação administrativa torna-se irretratável, administrativamente, a última decisão, mas nem por isso deixa de ser atacável por via judicial."

6. DA COISA JULGADA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Conforme foi dito acima, é o processo administrativo fiscal uma espécie do processo administrativo, que tem por finalidade a determinação, exigência ou dispensa do crédito fiscal, a fixação do alcance das normas de tributação, nos casos concretos, pelas autoridades competentes, a imposição de penalidades, ou simplesmente, as autuações de expedientes que tramitam nas repartições arrecadoras para notificação do contribuinte, cadastramento e outros atos complementares de interesse do fisco.

É o processo fiscal, em realidade, um *modus procedendi* específico da Administração Tributária relacionado com a exigência dos créditos tributários, a consulta, a imposição de penalidades, autuações de expedientes etc. Este é o sentido amplo do processo administrativo fiscal, ficaremos julgados ao seu sentido restrito, ou seja, como instrumento de exigência ou dispensa do crédito fiscal.

Como espécie do processo administrativo, o processo fiscal, decorre do dever estatal do controle do lançamento, ou seja, do procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária. É instaurado com a finalidade de dirimir a resistência do contribuinte em atender à determinada exigência da Administração Fazendária, e encerrado, por uma decisão, que obediente à garantia constitucional do devido processo legal, indica uma solução definitiva do caso no âmbito da Administração tributária ou fiscal.

As decisões nessa espécie de processo administrativo são atos vinculados com conteúdo jurisdicional, todavia, não se confundem com os atos judiciais próprios do Poder Judiciário. São atos vinculados, por conta de que a decisões exaradas são produto da solução definitiva da controvérsia entre o fisco e o contribuinte, dado cabo pela própria Administração fiscal.

Pergunta-se: fazem estas decisões coisa julgada no processo administrativo fiscal? Necessário que retomemos os conceitos do direito processo sobre coisa julgada material e formal. O art.467 do CPC denominou "coisa julgada material" a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.

A coisa julgada material seria aquela a que se refere o art.471 do CPC: "Nenhum juiz decidirá novamente questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo: I- se, tratando de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito: caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença; II - nos demais casos prescritos em lei".

Dos dispositivos da lei processual mencionados, pode-se extrair a seguinte conclusão: a coisa julgada formal é a eficácia da decisão que faz com que no processo não mais se possa discutir o que já ficou decidido. A coisa julgada material é a que impede discutir-se em outro processo o que já ficou decidido em processo anterior.

Transpondo tais conceitos para o processo fiscal, indagamos da viabilidade da ocorrência de coisa julgada no processo administrativo fiscal, bem como, em sentido formal e material. Quanto à eficácia definitiva, ou coisa julgada, nas decisões em processo administrativo fiscal, é indiscutível a sua ocorrência. Já restou mencionado que a jurisdição não é atributo único do Poder Judiciário, este o exerce de forma predominante, mas os outros poderes podem vir a exercê-la dentro dos seus âmbitos de atuação, e quan-

do exararem comandos, fazem-no com força de definitividade.

No processo administrativo fiscal, as decisões exaradas pela Administração Fazendária são para ela vinculantes, ou seja, fazem coisa julgada formal, uma vez exauridos os meios de impugnação administrativos, tornam-se irretroatáveis administrativamente, não se podendo mais modificar o que restou decidido no mesmo processo pela autoridade fiscal. O Judiciário tem acolhido tal tese, como se pode verificar em alguns julgados que destacamos:

"Decisão Administrativa - Força Vinculatória Para o Fisco. A decisão proferida pela autoridade fiscal, embora de instância administrativa, tem em relação ao Fisco força vinculatória, equivalente à coisa julgada, principalmente quando gerou aquela decisão direito subjetivo para o contribuinte". (TFR, Ac. da 1ª T, publ. Em 14.11.74, AMS 72.812 -SP, Rel.Min.Moacir Catunda)

"Tributário e Administrativo. Conselho de Contribuintes. Coisa Julgada Administrativa. 1. Não pode a Administração cobrar crédito tributário cujo lançamento foi considerado nulo pelo Conselho de Contribuintes, sob pena de ofensa à coisa julgada administrativa. 2. Apelação e remessa oficial improvidas." (Ac. um da 1ª T. do TRF 4ª R. Rel. Juiz Fernando Quadros da Silva - AC/MS 96.04.1590-4 PR, julg. 20.04.1999 - DJU 2 de 16.06.1999, pág.329)

E ainda:

"Tributário.Reapreciação de matéria deduzida em Processo Administrativo.Impossibilidade Face à Coisa Julgada Administrativa. Certidão Negativa de Débito. Direito Líquido e Certo.

1.Dos Documentos acostados aos autos, consta-se a reapreciação da matéria em processo administrativo, o que é vedado na via administrativa em prol da estabilidade das relações entre as partes, e em respeito à "coisa julgada administrativa".

2.Tendo a certidão negativa de débito sido negada em razão da conclusão obtida em processo administrativo reaberto, e diante de sua imodificabilidade na via admi-

nistrativa, indiscutível resta o direito líquido e certo á referida certidão negativa de débito.

3. Remessa oficial improvida.”

(Ac. da 2ª T do TRF da 5ª R - Rel. Juiz Petrócio Ferreira - REO nº 53787/Ce- DJU 30.01.1999, p.182).

Assim, pacificado pelo Judiciário o entendimento de que a decisão proferida pela autoridade fiscal faz coisa julgada formal, ou seja, não é mais atacável no mesmo processo em que é proferida, ao contribuinte prejudicado com a decisão definitiva no processo administrativo fiscal cabe intentar novo julgamento através de ação anulatória, só que perante o Judiciário, no que se há de concluir pela inoccorrência da coisa julgada material no processo administrativo fiscal, haja vista, que a matéria anteriormente julgada, poderá ser objeto de outro processo e de novo julgamento na via judicial.

7. CONCLUSÃO

Do que foi tratado no presente texto, podemos concluir que:

1. O processo administrativo, ordenamento de atos com vista a uma solução de uma controvérsia posta à apreciação da Administração Pública pelos administrados, é o gênero, em que o processo administrativo fiscal é uma de suas espécies.
2. O processo administrativo tributário ou fiscal propriamente dito, é todo aquele que se destina à determinação, exigência ou dispensa do crédito fiscal, bem como à fixação de alcance de norma de tributação em casos concretos, pelos órgãos competentes tributantes, ou imposição de penalidades ao contribuinte.
3. A função jurisdicional é exercida com preponderância pelo Poder Judiciário, mas os demais poderes, ao julgarem as controvérsias que lhes são submetidas à solução, poderão exarar decisões com força de definitivas, semelhantes as decisões judiciais, com a finalidade de promover à pacificação das relações sociais, bem como, a promoção do princípio da segurança jurídica, objetivos principais do Estado de Direito.
4. Nos processos administrativos fiscais, as autoridades fazendárias podem exarar comandos com eficácia de coisa julgada, ou seja com presunção de verdade daquilo que ficou decidido, de tal modo, que não seja possível suscitar nova con-

trovérsia sobre a mesma questão no processo em que ficou decidida.

5. Assim, a decisão proferida nos processos administrativos fiscais, tem em relação a Administração Tributária ou Fiscal força vinculativa, ou seja, faz coisa julgada formal no sentido de que não mais atacável no mesmo processo. Ao contribuinte prejudicado, cabe intentar novo julgamento em um outro processo, na via judicial, pelo que se há de inferir a inoccorrência da coisa julgada material no processo administrativo fiscal, e mesmo, no processo administrativo em geral.

8. BIBLIOGRAFIA

CABRAL, Antônio da Silva Cabral, Processo Administrativo Fiscal, São Paulo, Saraiva, 1993.

FILHO, Aurélio Pitanga Seixas, Processo Administrativo, 3º Volume, Coordenador Valdir de Oliveira Rocha, São Paulo, Dialética

JÚNIOR, Humberto Teodoro, Curso de Direito Processual Civil, Vol.I, Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento, Forense, Rio de Janeiro, 18ª edição, 1996.

MACHADO, Hugo de Brito Machado, Curso de Direito Tributário, São Paulo, Malheiros, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes, Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo, Malheiros, 2001.

ROCHA, José de Albuquerque, Teoria Geral do Processo, São Paulo, Malheiros, 2001.

[http// www.temis.com.br/artigos/aqpat.html](http://www.temis.com.br/artigos/aqpat.html)

[http// www.jacoby.com.br/artigos/jujf2/.html](http://www.jacoby.com.br/artigos/jujf2/.html)

[http// www.jus.com.br/doutcna/lei9784e.html](http://www.jus.com.br/doutcna/lei9784e.html)

[http// www.receita.fazenda.gov.br](http://www.receita.fazenda.gov.br)

PODER DE POLÍCIA E SUAS FORMAS DE ATUAÇÃO: POSSIBILIDADE DE ATRIBUIR SEU EXERCÍCIO À SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA.

Lia Sampaio Silva

Procuradora Administrativa do Município de Fortaleza;
Mestranda do Curso de Mestrado da
Universidade Federal do Ceará.

Sumário:

1. Introdução: o tema proposto e sua importância.
2. Posicionamentos acerca da matéria: argumentos que propugnam pela impossibilidade do exercício de atos de polícia administrativa por sociedades de economia mista; argumentos defensores da possibilidade do exercício de atos de polícia administrativa por sociedade de economia mista.
3. Conclusões.
4. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

A ausência de codificação do direito administrativo brasileiro torna a colaboração doutrinária indispensável no destrinchar de questões relevantes, como é o caso do tema a ser abordado, mormente no que se reporta ao regime jurídico a que se submetem institutos, como, **sociedade de economia mista, poder de polícia e serviços públicos**, de vez que a legislação pátria acerca do assunto é esparsa e não dirime, à primeira vista, as indagações suscitadas no enfrentamento da matéria.

As **sociedades de economia mista**, situadas no âmbito da Administração Pública Indireta (art. 37 da Constituição Federal) e definidas pelo Decreto-lei n.º 200/67¹, vêm sendo alvo de profundas observações, por figurarem como instrumentos de descentralização administrativa em voga no Estado brasileiro.

1 - Assim são definidas as sociedades de economia mista (s.e.m): "Sociedade de Economia mista- a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, de cujas ações com direito a voto pertença a maioria à União ou entidade da Administração indireta". (redação dada pelo Decreto-lei 900/69)

A professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro² explica a descentralização administrativa no contexto da Reforma estatal, apontando deverem ficar a cargo do Poder Público somente atividades essenciais e tipicamente do Estado, assim como atividades sociais e econômicas que o particular não possa desempenhar.

Segundo a autora, o regime jurídico publicístico é aplicado aos serviços públicos considerados típicos: *"no caso das atividades sociais e das atividades econômicas exercidas subsidiariamente, o Estado deve procurar formas mais flexíveis de atuação, somente possíveis pela aplicação predominante do direito privado, derogado parcialmente pelo direito público apenas no que seja essencial para assegurar o cumprimento dos fins estatais"*.

No cenário da busca por formas descentralizadas para atuação administrativa, conjugada à máxima da eficiência na Administração Pública, intensifica-se a criação³ de s.e.m. para o exercício de atividade econômica ou serviço público outorgado pelo Estado, minimizando os entraves burocráticos peculiares ao regime jurídico público.

Ocorre que, muito embora as sociedades de economia mista colaborem para o alívio na sobrecarga da atuação estatal, além de proporcionarem formas menos rígidas na prestação de serviços públicos e de atividades econômicas, sua personalidade jurídica de direito privado, a participação de capital público e particular na formação de seu patrimônio, a imprecisão do seu conceito trazido pelo Decreto-lei 200⁴, vêm dificultando a depuração do ade-

2 - Parcerias na Administração Pública, São Paulo, Atlas, 1996, p. 22-23.

3 - A EC/19 deu nova redação ao inciso XIX do art. 37 da CF/88, determinando que as sociedades de economia mista têm sua criação autorizada por lei.

4 - A doutrina é uníssona no sentido de considerar imprecisa a definição de s.e.m. trazida pelo Decreto-lei 200/67, quando se reporta à sua criação para exploração de atividade econômica, já que a possibilidade de exercerem serviços públicos é pacífica. Nesse sentido, cite-se as palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, Elementos de Direito Administrativo, São Paulo, Malheiros, 1992, p. 90 e ss. "Assim, ao mencionar 'exploração de atividade econômica', o legislador do Executivo federal não pode ter tido em mira o discrimen entre 'serviço público' e 'exploração da atividade econômica', que é dissepção estritamente jurídica e, portanto, demasiado sutil para percepção dos tecnoburocratas que dantes engendravam os decretos-leis e hoje fabricam 'medidas provisórias'. E continua: "Então, não se pode duvidar na definição normativa de empresa pública os dizeres 'exploração de atividade econômica' não possuem a densidade jurídica que normalmente lhes correspondia. Servem para indicar - e desnecessariamente - que a atividade por ela desenvolvida se efetua mediante prestações remuneradas, o que é o mínimo que se poderia imaginar em se tratando de uma empresa". No que toca às sociedades de economia mista, prossegue afirmando: "Novamente aqui, não haveria como acolher a definição formulada pelo Decreto-lei 200, com redação dada pelo 900, pena de incidir nas mesmas incongruências a que dantes se aludiu (ao tratar da noção de empresa pública) e que resultariam em descompasso com o próprio direito positivo como um todo".

quado regime a que se submetem, suscitando dúvidas quanto à sua atuação.

A situação delineada se revela exatamente quando é cogitado o exercício de atividades de polícia administrativa por sociedade de economia mista.

O poder de polícia, conceituado pelo art. 78 do Código Tributário Nacional⁵, como atividade da administração pública que disciplina ou limita direitos e liberdades individuais em razão do interesse público, por ter a supremacia da vontade geral como fundamento, e a coercibilidade e auto-executoriedade como traços característicos, pode vir a constringer interesses particulares muito caros.

Hipóteses desse jaez se verificam quando a Administração faz uso de medidas impositivas ou coercitivas aos administrados, com vistas à consecução do interesse público como: interdição de atividades, inutilização de gêneros, proibição de comércio de determinados produtos, vedação à localização de indústrias ou a aplicação de multas.

A obrigatoriedade de todo ato de polícia, de vez que não são facultativos aos particulares, como prepondera Hely Lopes Meirelles⁶, e a possibilidade de o Estado se valer de coerção para torná-los efetivos, provoca nos administrados inconformismo quando atuados por pessoa desprovida da personalidade jurídica de direito público, e que possuam participação de capital privado na formação do patrimônio, como é o caso das sociedades de economia mista.

Ainda, por vários doutrinadores se reportarem ao poder de polícia como atividade típica do Estado, não poderiam as s.e.m. atuar no campo da polícia administrativa. Entretanto, a ausência de elenco taxativo do que sejam atividades típicas, transforma a aplicação da matéria bastante tormentosa.

Dai surgirem, na prática, inúmeros questionamentos judiciais quando as s.e.m. exercem medidas impositivas e coercitivas, sob o respaldo do poder de polícia.

A doutrina, por sua vez, diverge sobre o tema.

5 - "Art. 78. Considera-se poder de polícia a atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos".

6 - Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo, Malheiros, 2001, p.130.

Quando é apontada a criação de sociedades de economia mista para prestação de serviços públicos, detentoras de prerrogativas e deveres peculiares ao regime publicístico, é possível inferir pela possibilidade de atuarem no campo da polícia administrativa.

Entretanto, quando a atividade de polícia é qualificada como típica e exclusiva do Estado, conclui-se totalmente o contrário.

Como a questão vertente envolve sociedade de economia mista prestadora de serviços públicos, em vista de não se conceber que s.e.m criada para desenvolver atividade econômica possa exercer atos de polícia administrativa, tanto por possuírem finalidade incompatível com tal prática, quanto por ser o regime jurídico privado bem menos afetado pelo publicístico, faz-se necessário incluir, no bojo da problemática em foco, estudos acerca dos serviços públicos.

Serviços Públicos precisamente definidos por Eros Roberto Grau⁷, como atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição, em um determinado momento histórico indispensável à sociedade, não foram elencados exaustivamente na Constituição Federal/88⁸.

Não obstante, deve-se ter em mente que alguns serviços considerados essenciais, somente podem ser exercidos pelo Estado enquanto Poder Público, e, como atividades próprias estatais, não podem ser delegadas a particulares como é o caso da segurança, defesa, justiça, relações exteriores, legislação, polícia, nas explanações de Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁹.

7 - Constituição e Serviços Públicos, in Direito Constitucional estudos em homenagem a Paulo Bonavides (organizador), São Paulo, Malheiros, 2001, p.266.

8 - Os serviços públicos privativos da União Federal são enumerados pela CF/88 no art. 21, a exemplo da defesa nacional (inc.III); da polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras (inc. XXII); da emissão de moeda (inc. VII); dos serviços postal (inc. X); dos serviços de telecomunicações em geral (incs. XI e XII) e de energia elétrica (inc. XII, "b"); de defesa contra calamidades públicas (inc. XVIII)- Alguns desses serviços só podem prestados pela União, outros admitem execução indireta, através de delegação a pessoas de Direito Público ou Privado. Os serviços públicos a cargo dos Estados-membros não são discriminados pela CF/88, já que a competência dos Estados é remanescente (art. 25 § 1.º da CF), assomada à competência comum entre União, Estados e Municípios relacionada no art. 23 a exemplo da promoção de programa de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e saneamento básico (inc. IX). Aos Municípios compete a prestação de serviços de interesse local (art. 30 da CF), entretanto, a própria constituição elencou expressamente alguns, como: transporte coletivo, com caráter de essencialidade (inc. V); proteção do patrimônio histórico e cultural-local (inc. IX); ordenamento territorial e o controle do uso, parcelamento e ocupação do solo urbano (inc. VIII).

9 - Ob. cit. p. 22.

Ainda para o presente estudo, indispensável é considerar que serviços públicos e atividades de polícia não se referem à mesma realidade.

Serviços Públicos são prestações ofertadas em prol do administrado, ao passo que poder de polícia pode chegar a restringir, condicionar sua atuação. Nesse sentido Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁰ explica: "A polícia administrativa constitui-se em atividade orientada para contenção dos comportamentos e os serviços orientam-se para atribuir comodidades aos administrados".

A distinção entre poder de polícia e serviço público é imprescindível para não se extrair conclusões apriorísticas deturpadas sobre a matéria, de vez que conquanto as sociedades de economia mista possam ser criadas para prestarem serviços público, não implica que, por isso, possam atuar no campo da polícia administrativa.

A matéria presente é árida por envolver princípios aquilardados da Administração Pública, como o da eficiência e da moralidade, divergindo a doutrina e atormentando os administradores ávidos por formas menos burocráticas de atuação.

É importante mencionar que o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou cautelarmente acerca do questionamento em pauta na ADIN n.º 1.717-6- DF, ajuizada pelo Partido Comunista do Brasil- PC do B, pelo Partido dos Trabalhadores- PT e pelo Partido Democrático Trabalhista - PDT, contra o art. 58 e seus parágrafos da Lei 9.649/98, que prevêem a delegação de poder público para o exercício, em caráter privado, dos serviços de fiscalização de profissões regulamentadas.

Segundo nos noticia o informativo do STF n.º 137, p. 01, os Ministros da Supremo Tribunal brasileiro Sydney Sanches, relator, e Nelson Jobim, acolhendo a tese da indelegabilidade de poder de polícia a entidades privadas, determinaram a suspensão cautelar da norma impugnada¹¹.

Muito embora respeitem-se as manifestações do STF, não é função da doutrina acatá-las como definitivas, cessando as atividades de pesquisas sobre assuntos por ele já decididos.

Com efeito, pensamos que o enfrentamento do tema ainda se faz necessário, seja para o aprimoramento da aplicação do direito, seja para

10 - Curso de Direito Administrativo, São Paulo, Malheiros, 1993, p. 312-313.

11 - Acórdão Publicado no DJ de 25.02.2000., ato n.º 4.

efeitos acadêmico doutrinários, até mesmo porque não houve decisão definitiva sobre a questão.

2. DOS POSICIONAMENTOS ACERCA DA MATÉRIA

2.2. Dos argumentos defensores da impossibilidade do exercício de atos de polícia administrativa por sociedades de economia mista

Ao passo que se admite, em alguns casos, a prestação de serviços públicos por pessoas não integrantes da Administração Direta, a exemplo das sociedades de economia mista, o exercício da polícia administrativa é rechaçada sob argumento da indelegabilidade da atuação desse mister.

Os serviços típicos do Estado, pela relevância e essencialidade, como segurança, defesa nacional, justiça, legislação, no Estado Democrático de Direito não podem ser prestados por entidades desprovidas de personalidade jurídica de direito público, ao passo que outros, como transporte coletivo, energia elétrica, telecomunicações, são delegáveis a particulares.

É simples compreender o porquê da indelegabilidade de serviços cujo caráter da essencialidade para preservação do Estado de Direito não admita o desempenho por pessoas jurídicas de direito privado.

De fato, seria totalmente descabido vislumbrar a criação de uma sociedade de economia mista para exercer, por exemplo, atividade jurisdicional, que deve ser prestada pelo Poder Judiciário do Estado.

Já a atuação do poder de polícia, que não se confunde com serviços públicos, envolve a prática de atos fiscalizatórios, como obediência às normas de trânsito, aos prazos de validade de remédios e alimentos; atos em que a atuação dos administrados dependa de outorga pela Administração de licenças, permissões, autorizações; atos que impeçam pessoas de desempenhar atividades anti-sociais, como produção de ruídos excessivos no período noturno, ou atentem contra a higiene e moralidade pública ou atos repressivos, como aplicação de multas, embargos e interdições¹².

Ainda sobre o exercício da polícia administrativa, a professora **Maria Sylvia Zanella Di Pietro**¹³, explica abranger atividades legislativas, de sorte que, através da edição de leis, o Estado cria limitações administrativas ao exercício de direitos e atividades privadas, ou através de decretos, resolu-

12 - Exemplos formulados in Celso Antônio Bandeira de Melo, Curso de Direito..., P. 312.

13 - Direito Administrativo, São Paulo, Atlas, 2000, p. 112.

ções, portarias, instruções, o Executivo regulamenta as leis; e atividades materiais de aplicação da lei ao caso concreto, estas envolvendo medidas preventivas, como a fiscalização, vistoria, ordem, notificação, autorização, licença, e medidas repressivas, como dissolução de reunião, apreensão de mercadorias deterioradas, interdição de atividade, enfim atos coativos para compelir o administrado ao cumprimento da lei.

A doutrina que propugna pela impossibilidade do exercício de poder de polícia por sociedade de economia mista, sustenta consistir **atividade jurídica típica e exclusiva do Estado**, insuscetível de ser praticada por pessoas desprovidas de personalidade jurídica de direito público.

Nesse sentido, citam-se as palavras de **Diógenes Gasparini**¹⁴: "A polícia de ordem pública, em razão da gravidade dos seus objetivos, figura entre as atividades jurídicas típicas do Estado...".

E ainda, as ponderações de **José Cretella Júnior**¹⁵: "Só o Estado é detentor do poder de polícia, só o Estado organiza a polícia. O poder de polícia é, pois, indelegável, intransferível".

Para os que defendem a intransferência do poder de polícia, entende-se que o Estado quando condiciona o exercício de direitos particulares em prol do interesse coletivo, está praticando atividade própria estatal, e mais, no campo do poder de polícia só haveria que se falar em atividades próprias.

Assim, seguindo a aludida esteira de pensamento, os atos de adequação dos interesses particulares ao geral, sejam legislativos, sejam preventivos ou repressivos, somente podem exercidos pelo Estado enquanto Poder Público.

Às sociedades de economia mista, por serem pessoas jurídicas de direito privado, por terem participação de capital privado na formação de seu patrimônio, por não integrarem a Administração direta do Estado, não lhes caberia atuar nas atividades próprias do Estado.

Álvaro Lazzarini¹⁶ quando comenta sobre limitações ao Poder de Polícia, registra posicionamento de que a indelegabilidade a qualquer ente privado, seja ele pessoa natural ou jurídica de direito privado, muito embora pertença à Administração Indireta, consiste em limite no que tange à compe-

14 - Novo Código de Trânsito- Os Municípios e o Policiamento in Revista de Direito Administrativo, Volume 212, p. 180 e ss.

15 - Manual de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Forense, 1996, p. 262 e ss.

16 - Abuso de Poder x Poder de Polícia in Revista de Direito Administrativo, Volume 203, Fundação Getúlio, Vargas, p. 39.

tência para prática do ato de polícia, este só podendo ser exercido pela Administração Pública enquanto Poder Público.

Os posicionamentos conducentes à conclusão pela possibilidade de s.e.m. praticar atos de polícia administrativa merecem ser conhecidos, para então se enfrentar um sopesamento dos argumentos e de valores, traçando considerações que possam contribuir para o tema proposto.

2.2. Dos argumentos defensores da possibilidade do exercício de atos de polícia administrativa por sociedades de economia mista

A concepção da sociedade de economia mista como instrumento de atuação estatal, por ser integrante da Administração Pública indireta, auxilia na argumentação dos que admitem a possibilidade de exercício do poder de polícia pela mesma.

É que, qualificá-la como instrumental da ação do Estado, induz à conclusão de que atua com vistas à consecução de interesses públicos, como pondera Carlos Ari Sundfeld¹⁷, finalidade essa nitidamente distinta quanto às empresas meramente privadas.

Defende-se que não estariam essas entidades equiparadas a particulares nem na sua finalidade, tampouco na sua forma de atuação, como afirmaram os professores Valmir Pontes Filho e Carlos Roberto Martins Rodrigues: "Na verdade, as sociedades de economia mista são entes auxiliares, não devendo ser confundida a sua natureza intrínseca com a de sua personalidade jurídica", e prosseguem acrescentando: "veja-se que a Constituição, no seu art. 173, II, não equipara a sociedade de economia mista à empresa privada, ...manda tão-só lhe sejam aplicadas as normas aplicáveis aquelas...".

17 - Direito Administrativo Econômico, São Paulo, Malheiros, 2000, p. 265. Acerca do assunto comenta o professor: "Mas as sociedades de economia mista e empresas públicas não se caracterizam como tais apenas por desenvolverem ação estatal. Essa nota não basta para manter sua diferença específica, pois - como disse há pouco - empresas particulares, quando concessionárias de serviço público, também são instrumentos da atuação da Administração. As empresas estatais têm algo mais: integram a estrutura orgânica do Estado, globalmente considerados; são 'Administração Pública' também no sentido subjetivo. Segundo uma explicação doutrinária normalmente aceita, os variados entes da Administração Pública Indireta - autarquias, fundações governamentais públicas ou privadas, empresas estatais - distinguem-se uns dos outros quanto à natureza pública ou privada de sua personalidade, conforme a maior ou menor proximidade de seu regime para com o da Administração Pública clássica. Mas eles todos têm personalidade governamental - que é o gênero, em relação ao qual a personalidade governamental pública e a personalidade governamental privada apresentam-se como espécies". -destacamos-

No mesmo parecer jurídico acerca do assunto, concluem: "... nada obsta - e isso se verifica na área da prestação de serviços públicos, quando prestados por particulares - que as pessoas privadas possam exercer, em caráter circunstancial, a atividade de polícia, desde que a lei autorize a delegação"¹⁸.

Ainda no que toca à instrumentalidade das sociedades de economia mista, o professor Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁹ ressalta serem entidades voltadas por definição, para a busca de interesses transcendentais aos meramente privados.

Na esteira dos argumentos que podem conduzir à conclusão pela possibilidade de exercício de atos de polícia por sociedade de economia mista, surge a circunstância de o regime jurídico de direito privado a que esta se submete ser parcialmente derogado pelo de direito público, acentuando mais ainda seu traço distintivo das segundas.²⁰

Ainda, pode-se inferir pela possibilidade do exercício dos atos de polícia por sociedade de economia mista, por exegese do disposto no art. 1.º da Lei n.º 9.873, de 23.11.99, que estabelece prazo de prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta, verbis:

"Art. 1º Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato

18 - Parecer Jurídico constante na Ação Popular n.º 99.02.37188-4, fls. 97-110, - 2.ª Vara dos Feitos da Fazenda Pública, em que figura como ré, a Empresa de Trânsito e Transporte Urbano S.A. - ETTUSA.

19 - Elementos de Direito..., p. 93. Alertando ainda, que não se pode assumir fetichisticamente sua personalidade de direito privado e imaginar que por força dela seu regime seja o mesmo do modelo tipológico daquelas empresas meramente de direito privado, destacando que a personalidade de direito privado seria mais um expediente técnico, entendendo tais entidades como coadjuvantes de misteres estatais.

20 - Tal assertiva pode ser verificada nas disposições aplicadas aos servidores públicos, como as constantes no art. 37 da CF/88, que são: 1) exigência de concurso público para o ingresso na Administração Pública, proibição de acúmulo de cargos, empregos ou funções (com as ressalvas constitucionais); 2) com relação ao Mandado de Segurança, as autoridades das entidades da Administração Indireta, incluindo as empresas sob controle acionário do Estado, podem ser tidas como coatoras (art. 1º § 1.º da Lei 1.533, de 31. 12. 51; Súmula 510 do STF, confirmados pelo art. 5.º, inciso LXIX da CF/88); 3) é cabível ação popular contra as entidades da administração indireta (art. 5.º, LXXVIII da CF/88); 4) necessidade, em regra, de licitação para celebrar contratos, art. 37, XXI (enquanto não for estabelecido o estatuto jurídico previsto art. 173, § 1.º, continuam a ser regulados pelo Lei de Licitações); 5) responsabilização objetiva dos danos causados pelos agentes da administração pública indireta (art. § 6.º da CF/88); prescrição quinquenal das dívidas e ações contra a Fazenda Pública, prevista no Decreto n.º 20. 910, de 06.01.32 foi expressamente estendida às sociedades de economia mista (art. 2.º do Decreto-lei n.º 4.597, de 19.08.42).

ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado". (grifou-se)

Não obstante a plausibilidade dos argumentos retro colacionados acerca da possibilidade de s.e.m. praticarem atos de polícia administrativa, entendemos que as distinções entre **polícia administrativa geral** e **polícia administrativa especial** e entre **poder de polícia** e **atividade de polícia**, exsurgem notadamente como melhores fundamentos para a corrente doutrinária em comento, consoante passaremos a expor.

O professor **Hely Lopes Meirelles**²¹, estabelece a distinção da polícia administrativa geral para especial, classificando aquela como a que cuida genericamente da segurança, da salubridade e da moralidade públicas, e esta como a que trata de setores específicos da atividade humana que afetem bens de interesses coletivo, como a construção, a indústria de alimentos, o comércio de medicamentos, o uso de águas, a exploração de florestas, consignando que nesse último caso, há restrições e regime jurídico próprios.

José Afonso da Silva²², por sua vez, afirma que, como se entende caber somente à lei impor limitações a direitos reconhecidos pela Constituição, a doutrina traça distinção entre poder de polícia e atividade de polícia, identificando aquele como manifestação do poder legislativo, único dotado de competência para impor, mediante lei formal, limitações aos direitos individuais e a esta como função exercida pela Administração Pública mediante atos de polícia, que são atos administrativos subordinados ao ordenamento jurídico, portanto.

Concatenando as idéias de polícia geral e polícia especial com a distinção entre poder de polícia e atos de polícia, **José Afonso da Silva**²³ deixa claro que às pessoas privadas, quando no exercício da função pública, pode

21 - Ob. cit. p. 123

22 - Poder de Polícia Parecer in Revista de Direito Administrativo, Volume 132, p. 247.

23 - Afirma José Afonso da Silva, Ob.cit. p. 246-247: "Outro ponto importante, que ressaltamos dos ensinamentos que acabamos de transcrever, consiste na indicação de que as atividades de polícia especial podem ser atribuídas a entidades diversas das estatais. Toca, assim, na questão da atribuição da atividade de polícia a entidades paraestatais, que ainda não sofreu, de parte da doutrina tratamento aprofundado. Tem-se discutido muito na base da delegação de competência, e sempre se esbarra na tese da indelegabilidade do poder de polícia. Falta, certamente, fazer aquela distinção que a doutrina mais recente vem realizando entre poder de polícia e atividade de polícia". Complementa ainda o autor: "Nesse sentido, Cid Tomazik Pompeu mostra que 'tem sido aceita, na prática, a criação, por lei, de empresas públicas que, ao lado de atividades econômicas, exerçam poder de polícia sobre áreas bem definidas', vale dizer, exerçam o poder de polícia especial, mediante atribuição legal, na área de sua atividade".

ser atribuído o exercício de atividade de polícia, caso se trate de polícia especial, criticando na oportunidade, o enfrentamento da tese da indelegabilidade do poder de polícia, que relega a distinção entre poder de polícia e atividade de polícia.

O texto de José Afonso, muito embora remonte do ano de 1978, foi citado pela obra de **Hely Lopes Meirelles**, em 2001²⁴, que, após distinguir polícia geral da especial, estabelece a distinção entre poder de polícia originário e poder de polícia delegado, afirmando que aquele nasce com a entidade que o exerce, ao passo que o outro, advém de transferência legal.

Para o autor, o poder de polícia originário é pleno no seu exercício ao passo que delegado é limitado aos termos da delegação, caracterizando-se por atos de execução, revelando a atualidade dos ensinamentos de José Afonso da Silva.

4. CONCLUSÕES

Diante das considerações sobre o tema proposto, enunciadas ao longo do presente, pode-se inferir:

1. O exercício do poder de polícia, quando envolve a edição de normas gerais condicionadoras de direito e liberdades individuais, demanda a prática da atividade legislativa, essa, sem dúvidas, típica e exclusiva do Estado, de modo que, não pode ser exercida por pessoa jurídica de direito privado, ainda que integrante da Administração Pública Indireta.

Nesse aspecto, a indelegabilidade do poder de polícia a particulares ressaltou como decorrência lógica do próprio Estado Democrático de Direito, no qual é confiada aos representantes da sociedade, escolhidos através de voto direto e secreto, competência para elaboração das leis (em sentido geral).

2. A tese de serem todos os atos de polícia típicos e exclusivos do Estado e, portanto, indelegáveis a particulares, não parece robusta o suficiente para afastar a possibilidade de sociedade de economia mista os exercer, até porque desconsidera a importante distinção entre poder de polícia e atos de polícia.

24 - Ob. cit. p. 123.

3. Se é certo que o disciplinamento e a imposição de condutas restritivas das liberdades individuais em prol do interesse público através da atividade legislativa, exprime poder estatal, denominado de poder de polícia, a cabo somente do Estado enquanto Poder Público, o mesmo não se aplica à execução material dos atos de polícia.

Aplicação da lei ao caso concreto, inclusive de normas que veiculam poder de polícia administrativa, pode ser outorgada tanto à Administração Direta como à Indireta, como também os que exercem serviços públicos delegados, como é o caso das concessionárias de serviços públicos.

Nesse aspecto deve ser considerada a distinção entre poder e execução das prerrogativas conferidas pelo poder.

4. Os atos de polícia, como atos administrativos, constituem meios de atuação de toda Administração Pública, seja a Direta ou a Indireta, podendo ser por elas praticados, conquanto devidamente autorizados em lei. Até porque é o próprio Poder Público quem decide se transfere ou não o exercício dos atos de polícia às pessoas jurídicas de direito privado.

5. Com efeito, uma vez criada sociedade de economia mista para prestar serviço público transferível a particulares, havendo competência autorizada por lei para práticas de atos de polícia administrativa, como decorrência do próprio serviço, não há como excluir a atuação legítima das s.e.m. nesse aspecto, inclusive porque atuam na condição de Administração Pública descentralizada.

O que sempre merece ser observado é que a atuação das sociedades de economia mista nos atos de polícia não é ilimitada, devendo ser estritamente restrita aos termos da lei que outorga tal mister.

6. O grande problema do desempenho da polícia administrativa, seja a geral seja a especial, está na correta aplicação dos princípios da moralidade e impessoalidade que devem permear a Administração Pública como um todo.

É que, mesmo havendo conciliação do capital privado com o

público na formação do patrimônio das s.e.m., a execução de atos de polícia por estas, não podem, de modo algum, ceder a interesses particulares, daí porque a atenção deve ser aguçada quando sociedade de economia mista pratica atos de polícia administrativa, a fim de que os princípios da moralidade e impessoalidade não sejam soterrados pelo da eficiência.

BIBLIOGRAFIA

AGUILLAR, Fernando Hetren. Controle Social de Serviços Públicos, São Paulo, Max Limonad, 1999.

CRETELLA JÚNIOR, José. Manual de Direito Administrativo, 5.ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1996.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, 12.ª ed., São Paulo, Atlas, 2000.

-----, Parcerias na Administração Pública, São Paulo, Atlas, 1996.

GASPARINI, Diógenes. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, Volume. 212, abril-junho, 1998.

GRAU, Eros Roberto e GUERRA, Willis Santiago Filho. Direito Constitucional-estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo, Malheiros, 2001.

LAZZARINI, Álvaro. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, Volume. 203, janeiro-março 1996.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 26.ª ed., São Paulo, Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 4.ª ed., São Paulo, Malheiros, 1993.

-----, Elementos de Direito Administrativo. 3.ª ed., São Paulo, Malheiros, 1992.

MORAES, Germana Oliveira de. Temas Atuais de Direito Administrativo. Fortaleza, ABC Fortaleza, 2000.

SILVA, José Afonso da. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, Volume. 132, abril-junho, 1978.

SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo Econômico. São Paulo, Malheiros, 2000.

HISTÓRIA DO PROCESSO: UMA ANÁLISE DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1939 SOB O PRISMA TERMINOLÓGICO

Juvêncio Vasconcelos Viana

Advogado em Fortaleza/CE,

Procurador do Estado do Ceará,

Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará-UFCe,

Mestre em Direito pela UFC e Doutorando em Direito Processual pela USP.

Sumário:

1. Os antecedentes do Código de 1939
2. O CPC/39 (Decreto-lei n. 1.608, de 18.9.1939): uma apresentação
- 3. A terminologia do Código de Processo Civil de 1939
 - 3.1. Instância
 - 3.2. Notificação
 - 3.3. Processos ordinário, especiais e acessórios
 - 3.4. Defesa do réu
 - 3.5. Despacho Saneador
 - 3.6. Conflito de jurisdição
 - 3.7. Apelação ex officio
 - 3.8. Agravo, Embargos de Nulidade ou Infringentes do Julgado e Recurso de Revista
 - 3.9. Prejulgado
 - 3.10. Exequente e executado
 - 3.11. Ação executiva
 - 3.12. Remissão
 - 3.13. Vendas judiciais.
4. Nota conclusiva.

1. Os antecedentes do Código de 1939.

No Brasil, mesmo com a declaração da Independência, ainda continuaram a vigorar as leis portuguesas atinentes ao processo. Valiam, então, naquilo em que não fosse contrariada a soberania nacional, as normas processuais civis contidas nas Ordenações Filipinas (Livro III)^{1 e 2}, cujo processo ali disciplinado contava com as principais características de ser escrito, detentor de fase rígidas e marcado pelos princípios da iniciativa da parte e do dispositivo. Um processo com forte acentuação privatística, portanto.

Posteriormente, com a chegada de um novo Código de Processo Penal para o Império (1832), veio com este o anexo da "*disposição provisória acerca da administração da justiça civil*", título único, possuidor de poucos dispositivos (27 artigos), mas contava com o mérito de, já à época, eliminar formalidades desnecessárias do processo, v.g., abolição dos juramentos de calúnia, que se davam no princípio das causas ordinárias ou sumárias, inquirição das testemunhas pelas próprias partes que as arrolassem e os agravos de petição e de instrumento ficavam reduzidos a agravos do auto de processo.

O mesmo texto legal trazia, ainda, a adoção de princípios que, muito mais tarde, iriam ser aclamados pela ciência processual, tais como o da imediatidade, da publicidade, da unirecorribilidade das sentenças - sujeitas sempre à apelação-, e da eventualidade.

Todo esse avanço, todavia, caiu por terra em face da alteração que o diploma, como um todo, sofreu, através da Lei n. 261, de 3 de dezembro

1 - Felipe I, de Portugal (ou Felipe II, da Espanha), promoveu, na terra portuguesa, vários atos de repercussão para o Direito, v.g., a criação da Relação do Porto e seu Regimento; Regimento da Casa de Suplicação, da Chancelaria, do Desembargo do Paço, da Reformulação da Justiça, de 27 de julho de 1582, e os estatutos da Universidade de Coimbra. Visando aprimorar a distribuição da justiça e, ainda, considerando que havia muitas leis extravagantes, das quais nem os julgadores nem as partes delas tinham conhecimento, determinou o regente a compilação dessas, embora tenha falecido antes da conclusão dessa obra (cf. José da Silva Pacheco, *Evolução do Processo Civil brasileiro*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1999, n. 49, p. 50-51).

Conforme registram Cintra, Grinover e Dinamarco, "as Ordenações Filipinas, promulgadas por Felipe I em 1603, foram grandes codificações portuguesas, precedidas pelas Ordenações Manuelinas (1521) e pelas Afonsinas (1456), cujas fontes principais foram o direito romano e o direito canônico, além das leis gerais elaboradas desde o reinado de Afonso II, de concordatas celebradas entre reis de Portugal e autoridades eclesiásticas, das Sete Partidas de Castela, de antigos costumes nacionais e foros locais" (*Teoria Geral do Processo*, 14ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998, n. 49, p. 104).

2 - As Ordenações Filipinas traziam cinco livros: no Livro I, tratava-se dos magistrados e dos oficiais de justiça; no Livro II, trazia-se a disciplina da relação entre a Igreja e o Estado; no Livro III, o processo civil; no Livro IV, a matéria relativa às coisas e às pessoas, no Direito Civil e no Direito Comercial; no Livro V, a matéria penal.

de 1841, revogando-se, assim, aquela disposição provisória.

Em 25 de novembro de 1850, voltado especialmente para o Direito Comercial, entrou em vigor o Regulamento 737. Tivemos, pois, o primeiro código de processo elaborado no Brasil³.

Nesse intervalo de tempo, o processo civil voltava a ter sua disciplina ditada pela legislação portuguesa, pelas Ordenações e suas diversas alterações. Tantas eram essas leis sobre o processo civil, que a Coroa encarregou o Conselheiro Antonio Joaquim Ribas de proceder à "Consolidação das Leis do Processo Civil".

Mas, a Consolidação de Ribas não foi apenas um trabalho (fruto) de mera compilação. Seu autor foi além, reescrevendo muitas das disposições vigentes. Segundo as palavras do Conselheiro Antonio Ribas, sua Consolidação das leis do processo civil era "uma síntese das teses legislativas, deduzidas do nosso direito, bem como do subsidiário, do romano e do consuetudinário científico"⁴. Houve, assim, verdadeiro trabalho de criação de algumas normas, de acordo com a interpretação do conselheiro e sempre com forte inspiração em textos do direito romano.

Veio a República e com essa a edição de novas normas de interesse para o processo civil, em especial, o Decreto n. 763, de 19 de setembro de 1890, que cuidou de estender aos processos cíveis o Regulamento 737, o qual, atendia, naquele tempo, com eficiência e rapidez, às causas relacionadas com o Direito Comercial.

Com a Constituição de 1891, veio a competência da União e dos Estados para legislar sobre direito processual e, então, passamos a ter uma legislação federal de processo e, ao mesmo tempo, códigos de processo em cada um dos estados da federação - na maioria, espelhados no modelo federal -, destacando-se, dentre esses, os códigos de São Paulo e da Bahia.

Com a Constituição de 1934, a União retorna sua competência plena para legislar sobre processo, decorrendo, daí, a necessidade de um novo Código de Processo Civil, capaz de atender às necessidades e aos reclamos de uma grande nação.

3 - Não obstante polêmicas causadas com a sua chegada, dividindo opiniões, em sua análise, Cintra, Grinover e Dinamarco, entendem que, "examinado serenamente em sua própria perspectiva histórica, o Regulamento 737 é notável do ponto-de vista da técnica processual, especialmente no que toca à economia e simplicidade do procedimento" (op. cit., n. 50, p. 107).

4 - Cf. José da Silva Pacheco, *Evolução do Processo Civil Brasileiro*, n. 154, p. 132.

3. O CPC/39 (Decreto-lei n. 1.608, de 18.9.1939): uma apresentação.

Foi instituída pelo então Ministro da Justiça, Francisco Campos, uma Comissão para a Elaboração do projeto de Código de Processo Civil⁵. Divergências internas, todavia, impediram a realização de um trabalho conjunto e, por fim, Pedro Batista Martins apresentou, sozinho, um Anteprojeto ao Ministro Francisco Campos, que, após revisão, mediante longa Exposição de Motivos, encaminhou-o ao Presidente da República.

O texto foi promulgado pelo Decreto-Lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939⁶.

Vale notar que o legislador de 1939 já se apresentava preocupado com a idéia do "acesso à justiça", com a efetividade do processo, mostrando, inclusive, que esse era um problema mundial. Daquela Exposição de Motivos destacamos o seguinte trecho, *in verbis*: "O processo era mais uma congêrie de regras, de formalidades e minúcias rituais e técnicas a que não se imprimira nenhum espírito de sistema e, pior, a que não mais animava o largo pensamento de tornar eficaz o instrumento de efetivação do direito. Incapaz de colimar o seu objetivo técnico, que é o de tornar precisa, em cada caso a vontade da lei, e de assim tutelar os direitos que os particulares deduzem em juízo, o processo caíra de sua dignidade de meio revelador do direito e tornara-se uma arma do litigante, um meio de protelação das situações ilegítimas, e os seus benefícios eram maiores para quem lesa o direito alheio do que para quem ocorre em defesa do próprio ... O processo em vigor, formalista e bisantino, era apenas um instrumento das classes privilegiadas, que tinham lazer e recursos suficientes para acompanhar os jogos e as cerimônias da justiça, complicados nas suas regras, artificiosos na sua composição e, sobretudo, demorados nos seus desenlaces".

Observe-se, pois, a absoluta atualidade daquele discurso. Sua entonação, nesse aspecto, sem dúvida, não destoava daquela que vem sendo emprestada ao recente movimento reformista do Código de Processo Civil vigente.

Nessa linha mesmo de efetividade do processo, falava-se em dar mai-

5 - A Comissão era composta pelos Magistrados Edgard Costa, Álvaro Belford e Goulart de Oliveira, e pelos advogados Álvaro Mendes Pimentel, Mucio Continentino e Pedro Batista Martins, esse último, como veremos, único responsável, ao final, pelo projeto que foi entregue ao Ministro da Justiça.

6 - Mas somente veio a entrar em vigor no dia 1º de março de 1940, por força do Decreto-Lei n.º 1.965, de 16 de janeiro de 1940.

ores poderes ao juiz - poderes instrutórios, especialmente -, buscando, no plano do direito comparado, o exemplo do juiz inglês, o qual, diferentemente do juiz americano, era um intervencionista no deslinde do processo⁷.

Repare-se que essa tendência do aumento dos poderes do julgador também é presente, hoje, na reforma do Código de Processo Civil, v.g., a ampliação dos poderes conciliadores do juiz e a possibilidade desse condenar de ofício o litigante de má-fé.

No plano terminológico, na Exposição de Motivos, falava-se em "direito substantivo" e "direito adjetivo", expressões, modernamente, repudiadas pela ciência do processo, haja vista a afronta que trazem ao reconhecimento da autonomia deste. Ainda sob esse enfoque, a Exposição de Motivos dizia que "o projeto reduziu todas as ações a uma forma única". É claro, queria dizer ali que haviam sido reduzidos, em verdade, os "procedimentos" a uma forma única.

Quanto aos recursos, elogiava-se a redução desses. Dizia o texto do Ministro da Justiça: "Foram abolidos os dos despachos interlocutórios". Todavia, sabemos que o sistema recursal de 1939 pecava por vícios de sistematização (v. infra), dificultando, em várias situações, a escolha do recorrente quanto à modalidade recursal a ser utilizada.

O novo Código buscava também restringir as situações de nulidades no processo. Nesse intuito, foi introduzido o "despacho saneador", com uma configuração bem diversa daquela que conhecemos a partir do Código de 1973 (v. infra).

Dentre todas as características do Código de 1939, talvez a maior seja o fato de esse afeiçoar-se, com algumas concessões - à técnica da oralidade, à época, uma tendência mundial. Aquela Exposição de Motivos então mostrava as vantagens daquele sistema em que o juiz colhe as suas impressões pessoais, destacando os benefícios da aplicação dos princípios da concentração e da identidade física.

Enfim, o Código de Processo Civil de 1939 contava com a seguinte estrutura: a) Livro I - Disposições gerais (arts. 1º a 152) - disciplinava institutos que teriam utilidade não só para o "Processo ordinário" mas também para os "Processos especiais", v.g., atos e termos judiciais, prazos,

7 - Sobre uma apresentação dos poderes do juiz, no CPC/39, cf. Liebman, Il nuovo código de processo civile brasiliano, in Problemi del processo civile, Morano Editore, 1942, p. 484-485.

valor da causa, despesas, das partes e dos procuradores, do juiz e da competência; *b) Livro II - Do processo em geral (arts. 153 a 290)* - sob a bandeira do "procedimento único", disciplinavam-se, ali, atos e fases do processo que, no atual código (1973), estão colocados sob o título do procedimento ordinário, v.g., petição inicial, citações e outros atos de comunicação no processo, defesa do réu, a instância, provas, audiência e sentença; *c) Livro III - Do processo ordinário (arts. 291 a 297)*; *d) Livro IV - Dos processos especiais (arts. 298 a 674)* - assistemático que era o Código, nem todos os "processos especiais" estavam condensados nesse livro -; *e) Livro V - Dos processos acessórios (arts. 675 a 781)*; *f) Livro VI - Dos processos da competência originária dos Tribunais (arts. 782 a 807)* - trazia a regulamentação interna corporis do processar dos feitos no STF, coisa que encontramos, hoje em dia, melhor assentada no regimento da Suprema Corte. *g) Livro VII - Dos recursos (arts. 808 a 881)*; *h) Livro VIII - Da execução (arts. 882 a 1.030)*; *i) Livro IX - Do juízo arbitral (arts. 1.031 a 1.035)*; *j) Livro X - Disposições finais e transitórias (arts. 1047 a 1052).*

4. A terminologia do Código de Processo Civil de 1939.

Costuma-se dizer que o legislador processual civil de 1939 teria incorrido em erros quanto ao emprego da palavra. A terminologia eleita em dispositivos daquele texto normativo haveria induzido os doutrinadores de então, bem como os reformadores do mesmo código, a detectarem nesse imprecisões ou confusões terminológicas.

Obtida uma visão geral do diploma processual de 1939, passemos à análise de termos e conceitos empregados pelo legislador de então, as quais, a nosso sentir, são capazes de demonstrar, comparativamente ao vocabulário do vigente código, alguma atualidade e interesse.

3.1. Instância.

A expressão "instância" não tem sentido unívoco. É palavra que pode ser usada ora no sentido de grau de jurisdição, ora com o significado de processo ou relação processual. Embora não deixasse de fazer uso da expressão em sua primeira acepção (v.g. arts. 819 e 824)⁸, o Código de 1939

8 - Quanto a essa primeira acepção, "instância" enquanto "grau de jurisdição" temos que, modernamente, o código de 1973 optou em falar em "segundo grau" e não "segunda instância" (cf. Alcides de Mendonça Lima, *A nova terminologia do Código de Processo Civil*, artigo publicado na Revista de Direito Processual, vol. 2, 1975, p. 16).

empregava, muitas vezes, a expressão instância na sua segunda acepção. Valia, à época, o conceito de instância como sendo o "espaço temporal dentro do qual se trata e termina a causa com decisão final"^{9 e 10}.

O Código referia-se, em título próprio (Título VII do Livro II), aos fenômenos da suspensão, absolvição e cessação da instância (arts. 196 a 207).

Dizia a redação do art. 196 que "a instância começará pela citação inicial válida e terminará por sua absolvição ou cessação ou pela execução da sentença". Assim, o diploma dizia que o processo (instância) começava pela citação e, além das hipóteses de absolvição e cessação, terminaria "pela execução da sentença".

O término da instância era algo que se colocava de forma imprecisa. O legislador de então podia, talvez, estar inspirado na idéia de que a instância é o "tratado completo" de uma controvérsia jurídica (Glück) e, partindo dessa premissa, a execução seria apenas uma fase do processo de cognição, um mero "acabamento" desse. Embora pudessemos ver em tal conceito legal (art. 196, final) reflexos da corrente negativista da autonomia do processo de execução, não se discutia o fato de que era necessário, por outra expressa previsão legal (art. 165, CPC), uma nova citação para a execução, sob pena de expressa nulidade. Uma antinomia se fazia presente na lei processual. Algo estava errado: ou a instância findaria pela sentença definitiva e, quando da execução, se instauraria uma nova instância pela citação ou a instância continuava para terminar pela execução da sentença e, nesse caso, não se justificaria a exigência de nova citação.

É curioso notar que um anteprojeto da lavra da Sub Comissão Legislativa do Congresso havia sugerido, anteriormente, redação segundo a qual "a instância instaura-se com a distribuição do requerimento de intervenção judicial ou com o registro quando não houver distribuição, e finda com a sentença definitiva ou terminativa". Esse, a nosso ver, seria um texto melhor, mais próximo do vigente art. 263 do Código de Processo Civil e que teria evitado a questão colocada.

A execução da sentença implicava, pois, em nova instância. Corrigia-

9 - Cf. Luiz Antonio da Costa Carvalho, *O Espírito do Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro: Labor, 1941, p. 65.

10 - Jorge Americano, por sua vez, sintetizava a expressão instância como sendo o "juízo ou meio em que se desenvolve o processo onde as partes demonstram a prevalência das duas pretensões" (*Comentários ao Código do Processo Civil do Brasil*, vol. I, São Paulo: Saraiva, 1940, p. 397).

se o preceito para dizer que a instância começava pela citação e terminava pela absolvição ou pela sentença definitiva, ou seja, com a sentença transitada em julgado é que estava "terminada a causa".

O Código de Processo atual fala, em capítulo próprio, da "Formação do Processo" (arts. 262 e 263). Cotejando-se o antigo art. 196 (CPC/39) com o vigente art. 263 (CPC/73), temos que, hoje, ajuizada a ação, nasce a relação processual. O processo já existe antes da citação - tanto é que pode ser extinto (art. 295 c/c art. 267, I) - a qual apenas propicia a sujeição ao demandado dos efeitos da instauração daquele.

Quando tratava do fenômeno da suspensão da instância, o Código de 1939 previa que era desprovido de eficácia o ato processual que se realizasse no período de suspensão da instância (art. 199). Algo diverso do que temos no sistema vigente, do qual se depreende que será nulo o ato processual que for praticado durante a suspensão do processo (art. 266, CPC/73). Com base no art. 199 (CPC/39), falava-se então no fenômeno da "eficacização" do ato processual. Sustentava Pontes de Miranda que os "atos processuais ineficazes por terem sido praticados durante a suspensão eficacizam-se pela aprovação pela parte contrária, ou pela comparência à audiência de instrução e julgamento sem arguição de ineficácia. Se se trata de decisão judicial é preciso que todas as partes interessadas e que possam recorrer assintam na eficacização"¹¹. Também, ressentia-se, naquele tempo, de que, na disciplina da suspensão de instância (arts. 197 a 200), não havia previsão, diversamente do que se dá no CPC/73 (art. 266), para prática de atos de urgência durante seu período¹².

Já a absolvição de instância (arts. 201 a 205) é fenômeno que se aproxima da atual extinção do processo sem julgamento de mérito (art. 267, CPC/73). Seus casos seguiam no rol do art. 201, destacando-se: a falta de documentos indispensáveis à propositura da ação junto à inicial; a pretensão do autor fundada em interesse imoral ou ilegítimo; a falta de caução às custas; e o abandono da causa pelo autor por mais de trinta dias. A preempção, disciplinada no art. 204 do código, embora não colocada expressamente naquele rol, era também uma modalidade de absolvição reconhecida pela doutrina.

11 - Comentários ao Código de Processo Civil, Tomo III, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 221.

12 - Pedro Batista Martins, por exemplo, criticava a ausência de previsão do poder do juiz para praticar atos urgentes durante a suspensão da instância (Comentários ao Código de Processo Civil, vol. II, Rio de Janeiro: Forense, 1941, p. 342).

Apenas dois dispositivos tratavam da cessação de instância (art. 206 e 207). Dizia-se que a cessação de instância ocorreria nos casos de transação ou desistência, homologadas pelo juiz (art. 206). Por sua vez, a doutrina ampliava esse rol para incluir a prescrição ou a morte de uma das partes nos casos de ações personalíssimas.

Falava-se ainda em cessação parcial quando a desistência ou a transação não compreendiam todas as questões debatidas no processo, prosseguindo a instância.

Dada a dubiedade de sentidos que envolve a expressão instância, essa foi retirada do atual código (vide Exposição de Motivos, ns. 6 e 7), embora ainda figure na linguagem de outros países (Itália, Alemanha)¹³.

3.2. Notificação.

No Código de Processo Civil de 1939, tínhamos três modalidades de atos de comunicação: citação, intimação e notificação.

A citação, ato de comunicação intimamente relacionado com a perfectibilização do contraditório, sempre consistiu no chamamento do demandado a juízo para, querendo, defender-se¹⁴; a intimação, ato de mera ciência da parte, v.g., intimação de uma decisão do juiz no processo; e a notificação, a ciência que se dá a alguém, acompanhada de um comando, v.g., notificar o perito de sua nomeação (art. 130)¹⁵. As notificações, salvo regra em sentido contrário, somente obrigavam ao comparecimento do notificado depois de decorridas 24 horas (art. 168, §3º, CPC/39).

Hoje, há somente duas espécies de atos de comunicação: citação e intimações. Modernamente, o conceito de intimação engloba a antiga idéia de notificação.

Mas, a expressão "notificação" ainda é vigente em algumas situações. Por exemplo: a) existe a "notificação", procedimento previsto no Livro do Processo Cautelar (art. 867 a 873, CPC/73). Curiosamente, deferida a me-

13 - Conforme observação de Cândido Rangel Dinamarco, Vocabulário de Direito Processual, in Fundamentos do Processo Civil Moderno, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 145.

14 - A citação do processo italiano tem, por sua vez, significado diverso da nossa citação. Não obstante certa correspondência literal, aquela constitui o ato pelo qual, de regra, se inicia o processo de conhecimento na Itália (cf. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, Cuestiones de terminología procesal, México: UNAM, 1972, p. 64).

15 - Sobre a distinção das três figuras, Cândido Rangel Dinamarco, op. cit., p. 146.

dida e despachada essa, realizar-se-á na pessoa do notificado mediante ato de intimação; b) há uma "notificação" no procedimento do mandado de segurança, pela qual a autoridade acoimada de coatora é chamada a prestar informações (art. 7º, inciso I, Lei n. 1.533/51). O writ of mandamus, vale recordar, em seu antigo procedimento, trazido no CPC/39, além da notificação da autoridade impetrada (art. 322, I), previa-se também a citação do representante judicial da pessoa jurídica de direito público interessada (art. 322, II); c) no processo do trabalho, a citação da parte reclamada também se denomina "notificação" (CLT, arts. 774 e 841).

No processo penal, ainda se mantém a tríplex classificação dos atos de comunicação. O art. 570 do Código de Processo Penal, por exemplo, diz que "a falta ou a nulidade da citação, intimação ou notificação sana-se com o comparecimento do interessado", o que deixa bastante claro que o diploma reconhece as três distintas figuras. Ainda na seara penal, temos a figura da notificação do réu, para apresentar defesa, por escrito, antes do recebimento (ou não) da denúncia, nos procedimentos dos crimes de responsabilidade de funcionário público, prefeitos e de vereadores (vg., arts. 359, 514, CPP; Decreto Lei n. 201/67, art. 2º, I; e Lei n. 8.038/90, art. 4º).

3.3. Processos ordinário, especiais e acessórios.

O Código de 1939, sem dúvida, prodigalizou o uso da expressão "processo". Logo em seu art. 1º encontramos referência à expressão, quando dispõe: "O processo civil e comercial, em todo o território brasileiro, reger-se-á por este Código, salvo o dos feitos por ele não regulados, que constituam objeto de lei especial". Lamentava-se que o diploma legislativo, elaborado justamente para unificar as disposições do processo civil, findou por não abrangê-lo totalmente, deixando muitas matérias entregues à legislação esparsa, vg., a execução fiscal, as desapropriações e as ações de acidente de trabalho.

No atual Código de Processo Civil (1973), há regra similar, qual seja, o art. 1.211, em sua primeira parte: "este Código regerá o processo civil em todo o território brasileiro". Não se falou mais em processo civil e comercial, haja vista ser pacífico, modernamente, que a solução das lides mercantis dá-se através da denominada jurisdição civil (não penal), recebendo idêntica adjetivação o processo decorrente da atuação daquela. Na redação do citado art. 1.211 estaria, portanto, englobada a expressão processo comercial. Em outras palavras, quis ali se mencionar todo

e qualquer processo que tenha por objeto uma pretensão em matéria cível, "uma demanda cujo fundamento seja de direito, não penal, nem especial (trabalhista, eleitoral)"¹⁶.

Nesse ponto, tanto outrora como no vigente texto, a expressão processo foi utilizada corretamente.

Mas, o Código de 1939 falava em processo ordinário, processos especiais e processos acessórios, quando queria, em verdade, referir-se a procedimentos. Luiz Machado Guimarães, com bastante propriedade, naquela época, já reconhecia que a divisão que o Código apresentava se assentava, em verdade, numa diversidade de procedimentos e não de "processos"¹⁷.

O Código de Processo Penal (1940) também comete esse erro quando fala, por exemplo, "Dos processos em espécie" (Livro II), "Do processo comum" (Título I), "Dos processos especiais" (Título II).

O que se observa é que não houve o devido cuidado de se evitar a redução do termo "processo" à noção de "procedimento".

É sabido que não se pode ver o processo apenas dessa maneira, como uma mera sucessão de atos. A obra de Rudolf Von Bülow (1868) teve o mérito de pôr fim a essa visão estreita¹⁸. Sob a ótica moderna do fenômeno, o processo deve ser visto não apenas pelo aspecto dos atos que lhe dão corpo e das relações entre eles mas também pela forma das relações entre os seus sujeitos, sempre marcado pelo contraditório¹⁹.

Contudo, convém lembrar que, no direito anterior, era muito pior.

O Regulamento 737, por exemplo, trazia a seguinte classificação: Processo ordinário (Título II), Ações Sumárias (Título III), Ações Especiais (Título IV), Ações Executivas (Título V).

A Consolidação de Ribas, por sua vez, falava em Processo Geral ou Ordinário e Ações Especiais. Essas subdividiam-se em Ações Sumárias, Sumaríssimas e Executivas.

Nos Códigos estaduais as classificações eram as mais variadas possíveis. A título exemplificativo, no Código do Estado de São Paulo, falava-se,

16 - Cândido Dinamarco, Vocabulário de Direito Processual, p. 161.

17 - Comentários ao Código de Processo Civil, v. IV, Rio de Janeiro: Forense, 1942, p. 8.

18 - La Teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales, Cap. I, p. 2-6.

19 - Cf. Elio Fazzalari, *Istituzioni di Diritto Processuale*, 5ª ed., Padova: CEDAM, 1989, cap. II, § 6, p. 82.

no Livro III, dos processos preparatórios, preventivos e incidentais; no Livro IV, do Processo Comum (Ação Ordinária, Sumária e Sumaríssima); e, no Livro V, do Processo Especial.

Comentando aquela classificação múltipla de "ações" (procedimentos, na verdade), Pedro Batista Martins dizia que "eram ordinárias aquelas em que se impunham a observância de todas as formalidades prescritas; sumárias as em que se dispensariam algumas formalidades; sumaríssimas e executivas aquelas em que o processo a ser observado era quantitativa e morfologicamente menos solene"²⁰.

Assim, no Código de 1939, não houve uma classificação rigorosamente científica, pautada em critério lógico, preferindo-se, em verdade, atender mais às necessidades de ordem prática.

De qualquer sorte, ao contrário das confusas classificações legislativas anteriores, buscava o novo código uma posição mais clara, bipartida, com uma divisão uniforme entre "processos" ordinário e especiais. Mas, a uniformização não foi absoluta. Atendendo a circunstâncias de direito material, peculiares a certas situações, o Código se viu na contingência de admitir uma multiplicidade de "processos especiais", num total de 38 (Livro IV).

Tomemos o denominado "processo ordinário". Esse vinha disciplinado no Livro III, que contava com um único título, "Do procedimento" - aí sim, a expressão veio precisa -, e trazia poucos dispositivos (arts. 291-297). Era a tentativa do "rito único". O "processo ordinário" era destinado àquelas ações às quais não fora prescrito pela lei um procedimento especial, portanto, era um procedimento ao qual se chegava por exclusão (art. 291).

Sua estrutura continha: a apresentação da petição inicial; citação, com 10 (dez) dias para defesa (art. 292, caput); prolação do "despacho saneador" (art. 293 e 294)²¹; designação de audiência de instrução e julgamento - diga-se de passagem, sempre obrigatória - (art. 296, I); sentença, proferida sempre em audiência.

A audiência, como visto, era termo essencial para o processo ordinário, não podendo ser preterida, dada a relevância que então se dava ao contato

20 - Comentários ao Código de Processo Civil, v. III, p. 372.

21 - Ali, dentre as providências que o juiz podia adotar, falava a lei (art. 294, inciso I) em mandar "citar" o Ministério Público, equívoco terminológico que ainda hoje se repete (art. 1.105, fine, CPC/73).

do juiz com as provas e partes. Tinha-se a audiência como importante mesmo nas causas em que a pretensão das partes fundava-se, de exclusivo, em prova documental, pois se possibilitava o debate oral, bem como a prolação da sentença e o imediato fluir do prazo de recurso, sem necessidade de novas intimações²². Tudo isso é algo diverso do que ocorre no sistema do Código de 1973, onde a audiência de instrução e julgamento pode ou não ocorrer (arts. 330 e 331, §2º, parte final, CPC).

Depois, vinham os "processos especiais". Quanto a esses, o código era, sem dúvida, assistemático. O Livro IV trazia, de forma aglomerada, procedimentos de natureza diversa. Em meio a procedimentos ainda hoje conhecidos encontravam-se: a ação executiva (*infra*), o mandado de segurança, a ação de despejo, a ação renovatória, a ação de imissão de posse e a de eleição de cabecel.

Ainda, vale notar que também não estavam compreendidos no Livro IV todos os processos de rito especial. Existiam procedimentos que, distinguindo-se dos demais por algum atributo característico, foram deslocados para os livros subsequentes, formando categorias autônomas sob as epígrafes "Dos processos acessórios" e "Dos processos da competência originária dos Tribunais"²³. Por exemplo, no livro dos "processos acessórios" estavam a especialização da hipoteca legal, as vendas judiciais (*infra*), os embargos de terceiro, a habilitação e a restauração de autos, ritos que, hoje, estão entre os procedimentos especiais (Livro IV, CPC/73).

No Livro V, constavam os "processos acessórios", categoria que partia da concepção de que os processos podiam achar-se em relação de principal e acessório. Teria, assim, o Livro V do Código de 1939 conglomerado vários processos que, segundo Pontes de Miranda, certamente ficam em relação de acessoriedade quanto a processos de certas ações de condenação e constituição²⁴. Falava-se em uma classificação dos processos acessórios: preparatórios, preventivos e incidentes.

Preparatório seria "o que visa instruir, fundamentar a propositura da lide principal (v.g. - a separação de corpos)"; preventivo o que "tem a finalidade de evitar fraudes, assegurando a futura efetivação do direito (ex. - o

22 - Cf. Athos Gusmão Carneiro, *Audiência de Instrução e Julgamento*, 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 5.

23 - Nesse sentido, cf. Luiz Machado Guimarães, *Comentários*, p. 7.

24 - Comentários ao Código de Processo Civil, Tomo III e VIII, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 285.

sequestro)"; e incidente "o processo acessório que surge durante a demanda (v.g. - embargos de terceiro)"²⁵.

Tal classificação era absolutamente pragmática e pouco tem de científica. Os termos que emprega são totalmente criticáveis, isto porque simplesmente confunde os critérios que utiliza. Em duas das expressões - preparatório e incidente -, leva em conta, na verdade, o momento em que se instaura o "processo acessório"; em outra - preventivo -, procura ver a finalidade da tutela jurisdicional buscada pela parte.

Tomando os exemplos supra, o próprio sequestro poderia vir a ser utilizado no curso de um processo ordinário e, aí, estaríamos diante de um "processo acessório" não só reconhecidamente preventivo mas também incidente.

O Livro dos "processos acessórios" começava com as denominadas "medidas preventivas" (Título I), verdadeiros "procedimentos de segurança".

O art. 675, caput, do CPC dava ao juiz um poder geral para determinar providências que pudessem "acautelar" o interesse das partes e, de seguida, em seus incisos (I a III), apresentava um rol de situações em que aquelas medidas podiam ser decretadas: "quando do estado de fato da lide surgirem fundados receios de rixa ou de violência entre os litigantes"; "quando, antes da decisão, for provável a ocorrência de atos capazes de causar lesões, de difícil e incerta reparação, ao direito de uma das partes"; "quando, no processo, a uma das partes for impossível produzir prova, por não se achar na posse de determinada coisa".

Reconhece-se, no caput desse dispositivo um poder geral de cautela para o juiz²⁶. Todavia, esse poder geral cautelar foi redigido nesse artigo de forma tímida. Seus incisos acabavam por limitar a eficácia do caput, bem como passavam a idéia de sempre referir-se a pendência de uma outra demanda, não possibilitando, assim, tutela cautelar antecipada. De certo, a falta de sistematização da tutela cautelar no Código decorria do desconhecimento da doutrina sobre o tema, já que ainda não se tinha a clara idéia da cautelar como um direito de ação autônomo, com características e procedimentos próprios²⁷.

25 - Yara Muller Leite, *Dos processos acessórios*, São Paulo: Biblioteca Freitas Bastos, 1966, p. 9.

26 - Nesse sentido, cf. Lopes da Costa, *Medidas Preventivas*, São Paulo: Sugestões Literárias, 1966, p. 20-21; e Sydney Sanches, *Poder Geral de Cautela do juiz*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 16.

27 - Cf. Marcus Vinícius de Abreu Sampaio, *O poder geral de cautela do juiz*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 130-131.

O arresto, o seqüestro, a busca e apreensão e outras medidas preventivas nominadas (v.g., caução, exibição, arrolamento) constavam de uma relação que figurava no art. 676.

Tomando a premissa de que o "processo acessório" de natureza preventiva, pela circunstância de ser preparatório ou incidente, deve obter pronta solução, previu o art. 685²⁸ um procedimento mais rápido para ele, uma "miniatura do processo ordinário"²⁹.

O termo "cautelar" (processo cautelar, procedimento cautelar) era estranho, portanto, ao Código de Processo Civil de 1939.

Da mesma forma, o Código de Processo Penal também não conhece o adjetivo "cautelar", preferindo falar em "medidas assecuratórias" (arts. 125 a 144), que "se destinam a prevenir, com a necessária urgência, o dano que resultaria da demanda da providência definitiva"³⁰.

Coube à doutrina introduzir, à época, o uso da expressão, colocando as ações cautelares (ou preventivas) como daquelas que se exercem acessoriamente, sem haver "antecipação da eficácia que teria a sentença na ação própria"³¹.

Feita essa digressão, comparativamente, temos que o Código de Processo Civil de 1973 empregou o termo processo com maior precisão do que fez o diploma anterior de 1939, de certo, sob a inspiração de idéias como as de João Mendes de Almeida Júnior, para quem os termos processo e procedimento apareciam de forma bem distinta³².

Contudo, não obstante o acima observado, o Código de 1973, logo na sua Exposição de Motivos, empregou a expressão "processo oral" e ainda repetiu o equívoco do uso indevido da expressão nos arts. 12, §3º (quando fala em "processo especial") e 520, IV (quando diz "decidir o processo cautelar")³³.

28 - Dizia o artigo: "Despachada a petição, feitas as citações necessárias e, no prazo de quarenta e oito (48) horas, contestado, ou não, o pedido, o juiz procederá a uma instrução sumária, facultando às partes a produção de provas, dentro de um tríduo, e decidindo, em seguida, de acordo com seu livre convencimento".

29 - Expressão de Pedro Batista Martins, in *Comentários*, v. III, p. 411.

30 - Hélio Tornaghi, *Curso de Processo Penal*, v. 1, p. 205.

31 - Pontes de Miranda, *Comentários*, tomo VIII, p. 286-7.

32 - Dizia: "uma coisa é o processo, outra coisa é o procedimento. O processo é uma direção no movimento; o procedimento é o modo de mover e a forma em que é movido o ato" (*Direito Judiciário Brasileiro*, Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1960, p. 243).

33 - São deslizes apontados por Dinamarco, in *Vocabulário de Direito Processual*, p. 160. Quanto ao segundo exemplo - que não está sozinho, v. art. 92, I - explica o processualista que "o que se julga é a pretensão do autor, sua demanda, é a ação segundo muitos, é a lide na linguagem da Exposição de Motivos" (op. cit., p. 160).

3.4. Defesa do réu.

O Código não se referia à expressão “resposta do réu”, tendo sido essa uma inovação do álbum processual de 1973.

Não obstante a inexistência de uma expressão-gênero sobre as possíveis atitudes ativas do réu, havia referência a cada uma dessas, em dispositivos separados do Livro II: Título IV, da contestação; Título V, das exceções; Título VI, da reconvenção.

A contestação, com os requisitos que ainda hoje são conhecidos (art. 180), devia vir em 10 dias.

As exceções (arts. 182 a 189) eram de quatro espécies: suspeição, incompetência, litispendência e coisa julgada. Não havia exceção de impedimento. Verifique-se, contudo, que o parentesco - hipótese típica de impedimento -, no Código de 1939, era colocada como uma das hipóteses de suspeição (art. 185, I). Deviam ser opostas nos três dias subsequentes ao da citação, sendo que as duas primeiras (suspeição e incompetência) eram processadas e julgadas nos próprios autos, com suspensão do curso da causa, e as outras duas (litispendência e coisa julgada) em apartado, mas sem suspensão do processo (arts. 182, I e II).

A lei impunha ao excipiente a obrigação de indicar o “juízo”³⁴ para o qual se declina, sob pena de não ser admitida a exceção (§ 2º, art. 182).

Quanto a seu procedimento, oposta que seja a exceção, conclusos os autos ao juiz, esse, nas 48 horas seguintes, poderá rejeitá-la *in limine*, se for manifestamente improcedente. No caso de ter essa “fundamento legal” - entenda-se, ser plausível -, mandará ouvir a parte contrária dentro de três dias, decidindo, em seguida, em 48 horas. Se houver necessidade de prova testemunhal, o Juiz designará audiência para instrução e julgamento (art. 183 §§ 1º e 2º).

Era possível usar, com a contestação, a reconvenção. Dizia o art. 190, 1ª parte, que: “o réu poderá reconvir ao autor quando tiver ação que vise modificar ou excluir o pedido”. A redação do dispositivo era atécnica, haja vista que o ajuizar da demanda reconvenicional, obviamente, por si só, não modifica nem exclui o pedido do autor³⁵.

34 - Melhor seria dizer “declinar o foro”. A crítica se apresenta pelos mesmos fundamentos com que Cândido Dinamarco impugna o art. 307 do Código de 1973, que também determina que seja indicado pelo excipiente o juízo. A exceção ritual, é bom lembrar, é de foro e não de juízo competente (Vocabulário, p. 141).

35 - Nesse sentido, invocando lições de Barbosa Morcira, cf. José Rogério Cruz e Tucci, Da reconvenção, São Paulo: Saraiva, 1984, p. 55.

A regra da autonomia entre a reconvenção e a ação principal já era ali prevista (art. 194).

O art. 192 restringia os casos de cabimento da medida, tornando-a vedada nas seguintes ações: “relativas ao estado e capacidade das pessoas, salvo as de desquite e anulação de casamento”; “de alimentos”; “de depósito”; “executivas”; “que versem sobre imóveis, ou direitos a eles relativos”; “que tiverem processo diferente do determinado para o pedido que constituir objeto da reconvenção”.

Luiz Antonio da Costa Carvalho, à época, criticava a existência de tantas vedações ao uso do instituto reconvenicional, não aceitando, por exemplo, o não cabimento da reconvenção nas ações sobre imóveis ou direitos a eles relativos³⁶.

O termo “resposta do réu”, adotado no Código Buzaid é, por sua amplitude, mais técnico e preciso que a expressão “defesa”, haja vista que essa não caberia ante o fato de que a reconvenção não é “defesa” e sim “ataque no próprio processo”³⁷. O Código atual usa a expressão resposta “quando trata de atos através dos quais se exercem faculdades inerentes ao princípio do contraditório”, quer durante a fase postulatória, quer no procedimento recursal. Entretanto, no primeiro caso, quando o art. 297 quis relacionar, de forma exaustiva, as “respostas” não o fez, deixando de lado outras reações do demandado, v.g., a nomeação à autoria, a impugnação ao valor da causa e a denúncia da lide³⁸.

3.5. Despacho Saneador.

No Regulamento 737 e nos códigos estaduais que o seguiram - e copiaram - determinava-se que o juiz realizasse prévio julgamento das nulidades.

Mas, segundo Galeno Lacerda, não se pode ver nesses diplomas o “germe” do “despacho saneador” do Código de 1939. Aqueles dispositivos legais “nada mais faziam que determinar o julgamento prévio de uma exceção dilatória de nulidade, como ocorria com as demais exceções e era costume desde o processo medieval”³⁹. O mestre credita a inspiração do

36 - O Espírito do Código de Processo Civil, p. 116

37 - Distinguindo reconvenção de defesa, cf. Moacyr Amaral Santos, Da reconvenção no direito brasileiro, São Paulo: Max Limonad, 1958, n. 43, p. 114.

38 - Cândido Dinamarco, Vocabulário, p. 168.

39 - Despacho Saneador, São Paulo: Bushatsky, 1953, p. 34-35.

nosso "despacho saneador", com a configuração que recebeu no Código de 1939, mais ao direito português.

Naquele código, decorrido o prazo para a contestação - com ou sem essa -, os autos eram conclusos para o juiz preferir o "despacho saneador", no qual aquele poderia (arts. 293 e 294):

- a) decidir sobre a legitimidade das partes e sua representação, mandando citar, se necessário, litisconsortes necessários e o agente do Ministério Público;
- b) mandar ouvir o autor acerca de fatos extintivos do pedido;
- c) pronunciar nulidades insanáveis e mandar suprir as sanáveis;
- d) determinar exames, vistorias e outras diligências.

Sendo desnecessárias essas providências, o julgador, no "despacho saneador", designava a audiência de instrução e julgamento, bem como as convocações necessárias (partes, testemunhas e perito), ex vi do art. 296, I e II.

Naquele tempo, entendia-se que o fim do "despacho saneador" era "o de separar tanto quanto possível a decisão das questões prévias e preliminares do conhecimento do mérito da causa ou limpar o processo das questões que podem obstar ao conhecimento do mérito da causa"⁴⁰.

Com o Código de 1973, o "despacho saneador" teve alterações, sofrendo verdadeira "cisão", passando a representar uma outra realidade. São introduzidas no sistema as denominadas "providências preliminares", um vernáculo inteiramente original no sistema processual brasileiro. Diz-se "preliminares" porque antecedem ao "julgamento conforme estado do processo", fase em que poderá ocorrer, inclusive, o desfecho da causa, com ou sem julgamento do mérito.

Conforme leciona Cândido Dinamarco, o código quis preparar o processo para a fase instrutória, "fazendo funcionar o princípio do contraditório e livrando-o das imperfeições que talvez o inquinem em cada caso concreto. Falou, por isso, das providências preliminares, com as quais se verificará a viabilidade de continuar o feito, só deixando prosseguir o pro-

40 - Jaury Guimarães de Sousa Marinho, Do saneamento da lide, Manaus: Sérgio Cardoso & Cia. Ltda Editores, 1956, p. 113.

cesso que realmente tenha condições. Antes, tudo isso era feito através do despacho saneador"⁴¹.

Há, assim, um desdobramento do que, no código anterior, estava inserido entre as matérias que eram decididas no despacho saneador.

Cindiram-se as hipóteses do antigo art. 294. Alguns de seus itens (incisos I a III) foram para o conteúdo das atuais providências preliminares e a parte referente a determinação das provas e designação da audiência de instrução e julgamento seguiu para o art. 331 do Código de 1973.

Se, outrora, poderia haver dúvidas acerca da existência de uma fase ordinatória (saneadora) do processo, agora, não mais.

O "despacho saneador" ficou com o seguinte conteúdo: declarar que o processo está saneado; decidir sobre a admissibilidade das provas; designar a audiência de instrução e julgamento. Assim, após as providências preliminares, o julgador julgará conforme o estado do processo: extinguindo-o; ou julgando antecipadamente; ou, por derradeiro, dando o processo por saneado. O pronunciamento de saneamento, pois, não é para "sanear" o processo, mas sim para declarar que esse assim (saneado) se encontra.

Terminologicamente, no Código de 1973, trocou-se o termo "despacho saneador" por "saneamento". Foi um bom ajuste, pois não soava correto denominar de "despacho" um pronunciamento no qual o juiz "decide" acerca de questões processuais, provas a produzir etc.

Mais recentemente, quanto ao saneamento do processo houve a alteração advinda da Lei n. 8.951, de 13.12.94, não de natureza terminológica ou de conteúdo, mas sim quanto ao modus de proferir-se a decisão de saneamento do processo, com a instituição de uma audiência preliminar, de triplice conteúdo (conciliação - saneamento - organização), inspirada no modelo traçado pelo Código-tipo da América Latina⁴².

3.6. Conflito de jurisdição.

Outra expressão criticável no Código de Processo de 1939 é o termo "conflito de jurisdição" (art. 802), constante do Livro dos processos da

41 - Direito Processual Civil, São Paulo: José Bushatsky Editor, 1975, p. 92.

42 - Cândido Dinamarco, A reforma do Código de Processo Civil, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 118.

competência originária dos Tribunais (Título IV).

O citado artigo previa o suscitar do "conflito de jurisdição" entre autoridades judiciárias ou entre essas e autoridades administrativas. O CPC de 1939, em claro erro, chamava esse último "conflito" também de "conflito de jurisdição", ignorando o fato de que a autoridade administrativa não tem jurisdição alguma⁴³.

Talvez o legislador, apressadamente, tenha redigido o art. 802 inspirado em modelos paralelos (França, Itália) que desfrutam do chamado "contencioso administrativo", sem atentar para o fato de que, como sabido, não existe entre nós essa jurisdição administrativa⁴⁴.

Sem dúvida, o termo moderno, que melhor representa o fenômeno do "conflito" entre autoridades administrativas e judiciárias chama-se "conflito de atribuições" (art. 124, CPC/73).

O Código de Processo Civil não constituía o único texto legal a mencionar a expressão em comento ("conflito de jurisdição"). Na mesma linha, o Código de Processo Penal (arts. 113 a 117) e a Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LC 35/79, arts. 89, § 1º, c, §5º, b; 101 §3º, b) também falavam em "conflito de jurisdição". A Constituição Federal anterior (arts. 119, I, e; 122, I, e) também repetia a expressão equivocada. A vigente lei maior, mais técnica, não mais o faz (arts. 102, I, a; 105, I, d).

Mas, ainda que empregada entre órgãos do judiciário, de onde vem o equívoco da citada expressão? É que, como sabemos, "jurisdição" é uma das funções do Estado, é manifestação pura da soberania, poder uno e indivisível. Desta forma, embora exercida por uma pluralidade de órgãos, que compõem a organização chamada Poder Judiciário (art. 92, CF), a jurisdição também é una.

Assim, "distribui-se o exercício das atividades jurisdicionais, mas o poder jurisdicional em si mesmo não comporta divisões"⁴⁵. A jurisdição é algo inerente a todos os juízes, daí porque o conflito somente poderia ser competência.

O Código de 1973, rompendo com o costume e com a praxis, passou a falar, mais acertadamente, em "conflito de competência".

43 - Cf. Alcides de Mendonça Lima, Dicionário, p. 181.

44 - Cf. José Cretella Júnior, O conflito de atribuições no Código de Processo Civil brasileiro, Revista de Direito Processual Civil, 4º vol., São Paulo: Saraiva, 1964, n. 6, p. 104.

45 - Cândido Rangel Dinamarco, Vocabulário de Direito Processual, p. 126.

A expressão se faz acertada mesmo "quando se trata de conflito entre Justiças diferentes, pois nenhuma delas é órgão de uma jurisdição distinta, exercendo todas, ao contrário, o poder jurisdicional nacional, que é uno e indivisível"⁴⁶.

O Código de 1939, no parágrafo único do art. 802, falava do cabimento do conflito quando houvesse entre as autoridades controvérsia acerca da "junção ou disjunção" de processos. Melhor, o CPC/1973 diz que caberá o suscitar do conflito de competência "quando entre dois ou mais juízes surge controvérsia acerca da reunião ou separação de processos" (art. 115, III).

3.7. Apelação ex officio.

O art. 822 do Código dizia que a apelação ex officio (ou necessária) era interposta pelo juiz mediante simples declaração na própria sentença.

Chega a soar cômico que o juiz pudesse "interpor" medida de irresignação (recurso) contra sua própria sentença, produto final de sua atividade intelectual, como se estivesse inconformado com o juízo que, ao final do processo, formou e proferiu.

O juiz não "interpõe o recurso" como dizia o Código, ele simplesmente remete os autos ao tribunal.

Também o art. 814, parte final, desnecessariamente, vinha dizer que o juiz estava dispensado de realizar preparo, nos casos de apelação ex officio.

A medida trazida no CPC, ou mesmo em leis extravagantes⁴⁷, não se trata de um recurso, mas, em verdade, de uma condição última para a eficácia de determinadas sentenças.

O instituto tem origem no instituto da Consulta, importado do direito argentino, venezuelano e colombiano. Foi criado inicialmente para situações previstas no processo penal (inquisitório) e, posteriormente, ante o movimento, cada vez maior, de "publicização" do processo civil, foi estendida para algumas causas cíveis⁴⁸.

O Código de 1973 elimina a expressão, optando, mais acertadamente,

46 - Idem, p. 127.

47 - Há também remessas oficiais previstas, por exemplo, na lei da ação popular (art. 19, Lei 4717/65), na lei do mandado de segurança (art. 12, pr. ún., Lei n. 1.533/51) e o no Decreto-lei das desapropriações (art. 3365/41, art. 28, §1º).

48 - Sobre o instituto da apelação ex officio, sua evolução e notícia no direito comparado, cf. Alfredo Buzaid, Da apelação ex officio, Estudos de Direito I, São Paulo, Saraiva, 1972, p. 213-215 e 241-249.

te, por "duplo grau" obrigatório (art. 475), remessa obrigatória, remessa oficial, desprezando os termos recurso ou apelação oficial⁴⁹.

Curioso notar que, mesmo com a doutrina, de forma esmagadora (Cândido Dinamarco, Nelson Luiz Pinto, Ada Pellegrini Grinover, Alcides de Mendonça Lima e Moacyr Amaral Santos), afirmando que o "recurso ex officio" de recurso nada possui, os tribunais da nação, em geral, continuam a valer-se da velha expressão.

3.8. Agravo, Embargos de Nulidade ou Infringentes do Julgado e Recurso de Revista.

Havia no Código, quanto aos recursos, além de vícios de sistematização, problemas de ordem terminológica, quando, por exemplo, fazia o "emprego de uma expressão única para designar institutos diferentes"⁵⁰.

Colhamos daquele sistema recursal, três medidas cuja terminologia nos traz agora algum interesse, quais sejam, o agravo, os embargos de nulidade ou infringentes do julgado e o recurso de revista.

O sistema anterior previa espécies diferentes de agravo. Dizia então o Código que o agravo poderia ser de instrumento, de petição ou no auto do processo (art. 841).

O art. 842 trazia um rol de situações que davam ensejo ao agravo de instrumento, sem excluir outras situações que a lei expressamente permitisse. Mas, essa tentativa de exaurir na lei todas as situações agraváveis de instrumento era criticada desde aquela época⁵¹. Sugeria-se, então, o cabimento amplo do agravo de instrumento contra quaisquer decisões interlocutórias - como acabou acontecendo no Código de Processo de 1973 -, ou que, ao menos, se tivesse um recurso contra aquelas situações de perigo de dano⁵².

49 - O Código de Processo Penal, por sua vez, continua a usar a velha expressão (arts. 574 e 746).
50 - Cf. Alfredo Buzaid, em sua Exposição de Motivos ao CPC/73, Capítulo "Dos Recursos" (Cap. V), n. 26.

51 - Dentre os que assumiam tal crítica, Luiz Antonio da Costa Carvalho defendia que, adotando-se a classificação das "sentenças", em definitivas, terminativas e interlocutórias, o código tivesse abolido a enumeração do artigo "para o efeito de dar apelação somente das decisões definitivas, agravo de petição das terminativas, e agravo de instrumento das interlocutórias, que não sejam simples despachos de mero expediente ou ordinatórios dos termos e da marcha do processo" (O Espírito do Código de Processo Civil, p. 293).

52 - Cf. Luiz Antonio da Costa Carvalho, Do agravo no processo brasileiro, tese do concurso de cátedra de Direito Judiciário Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro, 1936, p. 151.

O outro agravo, o de petição, cabia, excetuados aqueles casos expressos de agravo de instrumento, das decisões que implicassem a extinção do processo sem julgamento de mérito (art. 846). Assim, o primeiro pressuposto desse recurso era a existência de decisão terminativa do processo - ainda que contasse a doutrina com situações duvidosas, v.g., perempção, carência de ação e prescrição -⁵³. Tal recurso, diversamente do agravo de instrumento, era dotado de ambos os efeitos e processava-se nos próprios autos. Findou por acontecer uma indesejável desuniformização do sistema e o termo "agravo de petição" passou a representar um recurso com diferentes hipóteses de admissibilidade, sendo interponível ora de sentenças definitivas - v.g., a que negava ou concedia mandado de segurança -, ora de sentenças terminativas, como previsto originariamente no Código de Processo.

Já o agravo no auto do processo cabia nas situações previstas no artigo 851, sendo essas: as que julgassem improcedentes as exceções de litispendência e coisa julgada; que não admitissem a prova requerida ou implicassem cerceamento de defesa; que concedessem medidas preventivas incidentais; que considerassem ou não saneado o processo. Era um recurso de interposição simplificada. Tinha "feição de simples protesto ou ressalva, de mera preliminar do recurso ordinário da apelação"⁵⁵.

Era situação perceptiva a de que a apresentação de hipóteses legais para o cabimento do agravo de instrumento, bem como do agravo no auto do processo não esgotava a totalidade dos casos do dia-a-dia, muitos a reivindicar tutela de urgência, gerando-se, daí, o uso da correção parcial e do mandado de segurança, o que gerava grave deformação no sistema.

Assim, com a chegada do Código de 1973, foi-se o agravo de petição, por se ter tornado, como vimos, uma impugnação de conteúdo variável e com situações difíceis a se definir se a sentença era ou não de mérito, e o agravo no auto do processo, sob o aduzir de que o agravo de instrumento, poderia, de forma melhor, propiciar a correção de erros sem embaraçar a marcha processual.

53 - Quanto a esses, Alfredo Buzaid entendia cabível para os primeiros o recurso de agravo de petição; para a prescrição, sustentava o cabimento da apelação (Do agravo de petição, São Paulo: Saraiva, 1956, p. 132-138).

54 - Ressalvadas, é claro, quanto a essa última hipótese, aquelas situações em que, naquela fase processual, a decisão ensejasse, por serem de índole terminativa, o agravo de petição (art. 851, IV, final c/c art. 846).

55 - Luiz Antonio da Costa Carvalho, O Espírito do Código de Processo Civil, p. 292.

O termo "agravo de petição", todavia, continuou sendo denominação empregada em modalidade recursal prevista no processo do trabalho (art. 897, a, CLT), cabível contra decisões do Presidente da Junta nos processos de execução, de embargos do devedor, embargos de terceiro e de liquidação.

No cível, simplifica-se o sistema. Havendo sentença - de mérito ou não - caberá apelação; das decisões interlocutórias caberia o agravo de instrumento. Teria, na opinião de alguns, desaparecido a "tortura" do regime anterior quanto à escolha do recorrente entre a medida da apelação ou do agravo de petição⁵⁶. Mas, sabemos que, no presente, dúvidas ainda remanesceram quanto ao cabimento, em algumas situações, da apelação ou do agravo de instrumento.

O art. 496, II, do Código de 1973, quando de sua promulgação, previu o apenas o recurso de "agravo de instrumento". Mas houve um equívoco. É que empregou-se ali a denominação da espécie recursal de forma qualificada ("de instrumento").

Porém, o agravo - essa é a espécie recursal -, enquanto agitado contra decisões de juízos de 10 grau, se divide, face seu modus e oportunidade do julgamento, em duas modalidades: retido, para ser decidido como preliminar de apelação; e de subida imediata, quando, então, é formado o "instrumento" e os autos respectivos sobem para o tribunal, enquanto o processo tem curso normalmente perante o juiz.

Veio a Lei n. 8.950/84, que deu nova redação ao inciso II do art. 496, para dizer que a espécie recursal é o agravo e não agravo de instrumento. Do contrário, mantida a anterior terminologia, considerada sua outra forma de processamento (a retida), teríamos então que cogitar da estranha figura de um "agravo de instrumento".

Não bastasse isso, também com a reforma, foram introduzidos no sistema do próprio CPC outros "agravos" que, por suas peculiaridades e admissibilidade específica, nem são retido nem de instrumento. São simplesmente "agravos", "agravos internos" como se tem optado em adjetivar, v.g., art. 557 e art. 532, CPC.

A modalidade recursal, portanto, é a de "agravo", a qual, por sua vez, admite diversas formas.

56 - Cf. Alcides de Mendonça Lima, Introdução aos recursos cíveis, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 73

Retomando o Código de 1939, sob o título "dos embargos", viam previstos os denominados "embargos de nulidade ou infringentes do julgado", que cabiam quando não fossem unânimes os acórdãos que, em apelação, houvessem reformado a sentença (art. 833 a 840).

Existiam também embargos de nulidade ou infringentes "das sentenças de primeira instância, proferidas em ações de valor igual ou inferior a dois contos de réis (2:000\$000)", os "embargos de alçada", situação já àquela época questionada em face do princípio do duplo grau de jurisdição⁵⁷.

Essa modalidade recursal também causou certa complicação terminológica e conceitual.

"Embargos" é vocábulo que significa embaraço, empacho, obstáculo. Nosso Código de Processo Civil jamais foi unívoco quanto ao uso da expressão "embargos", empregando-a ora como ação (v.g., embargos de terceiro), ora como defesa (v.g., embargos ao mandado monitório) e outras vezes como recurso (v.g., embargos de divergência).

É verdade que um anteprojeto, anterior àquele diploma de processo, da lavra de uma comissão nomeada pelo então Ministro do Interior, em seu art. 1.029, alínea "c", previa um assim chamado "embargos de nulidade". Portanto, falava-se então de "embargos de nulidade" sem cogitar dos denominados "embargos infringentes" ou "ofensivos", que, segundo alguns, distinguam-se dos primeiros.

Veio a idéia de que os embargos de nulidade não seriam os mesmos embargos infringentes (ou ofensivos) e, assim, criticou-se o termo "embargos de nulidade ou - o correto seria "e" - infringentes do julgado".

Nessa ótica, os embargos infringentes se subdividiriam em embargos infringentes propriamente ditos e de embargos de nulidade. Os primeiros seriam os que atacam diretamente a decisão, em sua substância, ao passo que os segundos se embasariam na inobservância de formalidades⁵⁸.

57 - Cf. Luiz Antonio da Costa Carvalho, O Espírito do Código de Processo Civil, p. 275.

58 - Para Luiz Antonio da Costa Carvalho equivocou-se o código ao usar a disjuntiva. Dizia: "deveria dizer, entretanto, embargos de nulidade e infringentes, usando a copulativa, pela razão de que não são uma e mesma coisa, mas espécies diferentes, como, aliás, já expliquei, quando disse que se essas duas espécies do recurso de embargos (infringentes e de nulidade) são tendentes a um só e único fim - a destruição do julgado - fazendo, entretanto, sob fundamento diferentes, para não ser lícito confundí-los num só termo, numa só expressão, porque eles são distintos uns dos outros, diferindo fundamentalmente entre si. Todos os embargos de nulidade são infringentes ou ofensivos do julgado, mas nem todos os embargos infringentes o são de nulidade" (O espírito do Código de Processo Civil, p. 271).

O desejo do dispositivo era, em verdade, dar disciplina abrangente aos embargos infringentes. A intenção do legislador foi evitar que a não referência no texto a essa espécie de embargos (de nulidade), pudesse trazer a idéia de sua abolição⁵⁹.

Tanto é que, com o advento do Código Buzaid, em que o recurso ficou apenas como embargos infringentes, a opção terminológica também sofreu críticas, conforme preconizado, desta feita, para dizer que essa poderia passar a idéia de que somente seriam cabíveis os embargos se o vício fosse de fundo - situação que autorizava os infringentes no sistema clássico - e não de forma⁶⁰.

Essa interpretação restritiva da medida soa-nos equivocada e somente poderia ser decorrente daquela infrutífera discussão do passado. A medida está aí colocada em sua denominação genérica e globalizante (embargos ofensivos e de nulidade) e, independente da origem do vício atacado, de forma ou de conteúdo, atendidos seus pressupostos, essa deverá ser admitida.

Lembremos, por fim, que as Leis 6.825 e 6.830, de 22.9.80, retomaram a expressão embargos infringentes em relação à sentença monocrática, ressuscitando os questionáveis "embargos de alçada", que estavam, até então, revogados - sob aplausos - pela dicção do CPC/73.

O Código de Processo Civil de 1939, ainda, trazia em seu elenco de recursos o chamado recurso de revista (arts. 853 a 681).

Antes do CPC/39, o legislador federal chegou a editar a Lei n. 319, de 25.11.1936, regulando "os recursos das decisões finais das Côrtes de Apelação e suas Câmaras", a qual trazia o recurso de revista.

No Código, a medida tinha seu cabimento disciplinado segundo a dicção do art. 853, caput, primeira parte, in verbis: "Conceder-se-á recurso de revista para as Câmaras Cíveis reunidas, nos casos em que divergirem, em suas decisões finais, duas (2) ou mais Câmaras, ou turmas, entre si, quando ao modo de interpretar o direito em tese".

Era, pois, uma medida recursal interposta "das decisões finais antinômicas, proferidas por órgãos judicantes de segunda instância para o

59 - Cf. João Claudino de Oliveira Cruz, Dos recursos no Código de Processo Civil, Livro VII, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 181.

60 - Cf. Alcides de Mendonça Lima, Introdução aos recursos cíveis, p. 75.

efeito de uniformizar a inteligência do direito em tese"⁶¹.

Sem dúvida, o pressuposto básico do recurso era a divergência, tanto que, por expressa disposição normativa (pr. ún., art. 853), não era lícito alegar que uma interpretação divergia de outra, quando, após esta, a mesma Câmara ou turma que a adotou, ou as Câmaras Reunidas houvessem firmado jurisprudência uniforme no sentido da interpretação contra a qual se pretende reclamar.

Tinha por claro objetivo manter a uniformidade da jurisprudência nos tribunais. Além do pressuposto da divergência, exigia a natureza de "decisão final" acórdão recorrido (e dos que seriam confrontados). A qualificação "final" não se prendia ao encerramento do processo, mas sim ao das vias recursais ordinárias. Não cabendo nenhum recurso ordinário contra o acórdão, havia, aí, decisão final para os fins do recurso de revista⁶².

Houve a sua supressão no Código de Processo Civil de 1973, permanecendo o emprego do vocábulo, ainda hoje, no processo do trabalho (arts. 893, III e 896, CLT). Lá, o recurso permanece com fundamento somente em questões de direito, combatendo, em algumas hipóteses, a divergência (art. 896, a e b, CLT).

No processo civil, a finalidade do velho recurso de revista, harmonização de decisões divergentes, ao nível de tribunal de apelação, hoje, é perseguida somente através do incidente de uniformização da jurisprudência (v. prejudgado, infra).

3.9. Prejudgado.

A mesma Lei n. 319/36, quando dispunha a respeito do recurso cabível das decisões finais dos tribunais de apelação, também estabelecia as regras relativas ao prejudgado.

Tais regras foram adotadas, com pequenas adaptações, pelo Código de 1939, em seu art. 861 e parágrafo único do art. 853.

Considerada essa segunda norma, vê-se ter querido o Código considerá-la como relativa ao recurso de revista, ficando a primeira como

61 - Afonso Fraga, Instituições do Processo Civil do Brasil, v. III, São Paulo: Saraiva, 1941, p. 228.

62 - Cf. José Frederico Marques, Instituições de Direito Processual, v. IV, Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 292 e 297.

orientação das Câmaras Cíveis Reunidas para o exercício da sua atribuição de assentar os "prejulgados".

Dispunha o art. 861 do CPC/39: "a requerimento de qualquer de seus juízes, a Câmara ou Turma julgadora poderá promover a pronúncia prévio das Câmaras Reunidas sobre a interpretação de qualquer norma jurídica, se reconhecer que sobre ela ocorre, ou poderá ocorrer, divergência de interpretação entre Câmaras ou Turmas".

Esse "pronúncia prévio" a que se refere o artigo é, justamente, o prejulgado. O prejulgado não é um recurso. Não estava previsto no rol do art. 808 do CPC/39. Ao contrário, é remédio preventivo, destinado a evitar o próprio recurso de revista. É verdadeira "revista preventiva" (Frederico Marques). O prejulgado permitia um controle preventivo da divergência; diversamente do recurso de revista que apenas era utilizado, como vimos, a posteriori, após o julgamento (decisão final) da causa.

Era o prejulgado uma providência legal pela qual se promovia "o pronúncia prévio das Câmaras Reunidas sobre a interpretação de qualquer norma jurídica"⁶³, era um incidente do procedimento recursal, para que se resolvesse "uma questão prejudicial sobre a uniformização de entendimento a respeito de determinada norma jurídica"⁶⁴.

A expressão foi suprimida no CPC/73 - a nosso ver, por mero requinte de linguagem - e, mantida a natureza de incidente, mas alterando-se alguma coisa no plano procedimental, foi colocada em seu lugar a "uniformização da jurisprudência" (arts. 476 a 479).

3.10. Exequente e executado.

O Código de 1939, seguindo o exemplo histórico das Ordenações, do Regulamento 737 e dos códigos estaduais, usava as expressões "exequente e executado". O Código de 1973, seguindo a moda européia (Itália, Alemanha e França), optou em denominar as partes ativa e passiva da execução de credor e devedor.

Assim, por exemplo, onde se referia a lei a "Defesa do executado" (Capítulo I, Título VI, Livro VII do CPC/39), passou-se a falar em "embargos do devedor" (Livro II, título III, CPC/73). Decidiu-se o legislador de

63 - Cf. João Claudino de Oliveira Cruz, *Dos recursos*, p. 357.

64 - Cf. José Frederico Marques, *Instituições*, v. IV, p. 313.

1973 por uma terminologia mais de índole "material", própria de negócios jurídicos, advinda do campo do direito obrigacional.

Cândido Rangel Dinamarco, particularmente, prefere a antiga denominação, de índole mais "processual"⁶⁵. Há inteira razão em se pensar assim, afinal o sujeito que venha figurar no pólo ativo da execução, intitulado "credor", poderá, depois, após julgamento de eventuais embargos, não ser "credor" de absolutamente coisa alguma. Nesse aspecto, a terminologia do Código revogado, até aqui tão criticada, parece ser mais precisa.

Vale notar, contudo, que o CPC/73, no final, ainda manteve em alguns dispositivos a expressões exequente e executado (v.g., arts. 623, 615, IV).

3.11. Ação executiva.

A chamada "ação executiva" estava, como visto linhas acima, entre os "processos especiais", sendo um procedimento particularizado pela realização de penhora logo quando de sua abertura. Realizada essa, o procedimento tomava o curso ordinário (art. 301).

Foi trazido esse procedimento para efetivar a tutela de direitos que se achavam declarados em escritura pública ou particular, títulos cambiais etc. Era o art. 298 que trazia o elenco dos créditos que podiam ser exigidos através da ação executiva, v.g., créditos dos serventuários de justiça, dos corretores, de alguns profissionais liberais (procuradores judiciais, médicos, cirurgiões-dentistas) e dos credores por letra de câmbio, nota promissória ou cheque.

Considerando uma diversidade de eficácia entre os títulos judiciais e extrajudiciais - os primeiros, acobertados pela coisa julgada, mas sujeitos a fatos novos e extintivos do direito definido em sentença; os segundos, títulos preconstituídos entre as partes - entendia-se, na época, razoável que, no segundo caso, o legislador desse ao "executado" um processo com ampla fase de cognição. É um processo medieval, destinado à tutela de títulos equiparados à confissão, às escrituras públicas, já que reconhecidos pelo devedor⁶⁶.

65 - *Vocabulário de Direito Processual*, p. 128.

66 - Cf. Sebastião de Souza, *Dos Processos Especiais - Livro IV do Código de Processo Civil e comercial*, Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 9.

No direito comparado, contudo, a tendência era prescrever-se um só processo de execução.

No Brasil, nas Ordenações (Filipinas), separava-se a execução da sentença, por ofício do juiz, da assinatura de dez dias e da ação executiva, concedida ao fisco, ao locador e aos oficiais de justiça⁶⁷.

A tendência separatista veio a acentuar-se no Regulamento 737 (1850) e, depois, nos códigos estaduais.

Os Códigos de Processo dos Estados (v.g., Distrito Federal, Rio de Janeiro, São Paulo, Minas Gerais e Bahia), à exceção do Código do Rio Grande do Sul que unificara seu processo de execução, traziam casos de ações executivas.

Colocada no Código de 1939, utilizando-se da antiga denominação (ação executiva), a última etapa do ciclo separatista se processou na legislação pátria, no intuito de isolar a ação executiva, distinguindo-a da execução de sentenças.

Assim, a ação executiva era um procedimento que contava com as seguintes características:

- a) iniciava-se por uma ordem emanada do juízo, que determinava que a prestação fosse cumprida pelo executado, lembrando bastante, à época, a antiga ação decendiária do direito português;
- b) dava-se um prazo de 24 horas para o pagamento, sob pena de penhora;
- c) havia uma apreensão prévia dos bens do devedor (penhora) - mas essa, entendia a doutrina, era concedida não com visio satisfativo, mas sim com um caráter acautelatório;
- d) seguia-se um processo de cognição plena, com procedimento ordinário;
- e) a defesa, que somente podia vir após a penhora⁶⁸, não

67 - Idem, op. cit., p. 9.

68 - Ataliba Vianna defendia que, se o devedor dispusesse de prova escrita que elidisse o pedido (v.g., prova do pagamento, da ilegitimidade etc.), no prazo para pagar (24 horas), podia o réu impedir a penhora (Dos Processos Cíveis Especiais, São Paulo: Ed. Borsoi, 1966, p. 22)

se fazia por embargos, mas pela contestação, oferecida no prazo de 10 dias;

f) o autor podia (às vezes, até era preciso) fazer prova dos fatos alegados na inicial.

Por tais características, o procedimento não podia ser classificado como processo de execução. Na visão de Luiz Machado Guimarães, o instituto era "antes, um misto de processo declarativo e processo acautelatório ... um processo declarativo de forma cominatória precedido de um ato acautelatório"⁶⁹.

Criou-se, na doutrina, o vocábulo "executório", para todas as vezes que se desejasse referir à execução verdadeira, com base em título judicial (Livro VIII, arts. 882 e ss).

Entretanto, não se justifica a distinção entre a ação de execução fundada em título judicial e a amparada por título extrajudicial. O processo de execução é um só e as espécies de títulos deveriam equivaler-se.

Que variem então, de legislação para legislação, por critérios de conveniência, os títulos executivos judiciais e extrajudiciais, ou mesmo que as defesas argüíveis pelo executado tenham, a cada caso, graus maiores ou menores de amplitude, mas que se dê um tratamento uno ao processo de execução.

Nessa linha, com o advento do Código de 1973 e a equiparação das eficácias dos títulos executivos judiciais e extrajudiciais, permitindo a ambos o acesso à via da execução forçada, não há mais razão de ser para aquela distinção terminológica⁷⁰.

3.12. Remissão.

O Código de Processo de Civil de 1939 usava o termo "remissão" (Livro VIII, Capítulo IX) e com esse vocábulo queria designar a possibilidade de o executado ou seus familiares remirem todos ou alguns dos bens

69 - Comentários, vol. IV, p. 34.

70 - Anota Dinamarco que, agora, "já não há razão para usarmos executivo num caso e executório em outro. Ambos passaram a ser sinônimos, podendo ser empregados indistintamente, sendo que a tendência tem sido no sentido de usar com mais frequência o primeiro, caminhando o segundo para o desuso" (Vocabulário de Direito Processual, p. 136).

penhorados, desde que oferecessem preço igual ao da avaliação, se não tivesse havido licitante, ou igual ao do maior lance oferecido (art. 986 e §1º).

Cometia-se, aí, uma imprecisão. É que o vocábulo "remissão" é instituto de direito civil (arts. 1.053 a 1.055, CC) e causa de extinção da obrigação. É o perdão da dívida pelo credor, ficando este na impossibilidade de exigir o adimplemento da obrigação. É liberação graciosa do devedor pelo credor⁷¹ que, voluntariamente, abre mão de seus direitos creditórios, com o fim de extinguir a obrigação⁷².

Repita-se, havida a remissão, não há o recebimento da prestação pelo credor. Na remição, não será assim.

Observe-se que, pela descrição do fenômeno (remissão), não é dessa realidade material que os arts. 986 a 991 do Código cuidavam. Tinha-se, naqueles dispositivos, não um ato de extinção da obrigação e do processo, mas sim ato que buscava livrar os bens levados à hasta pública de serem arrematados.

Correto teria sido, como fez o Código de 1973, falar em remição⁷³, palavra homônima, mas de significado diverso.

Com o advento do Código de 1973, cabe-nos distinguir duas figuras da remição: uma, a remição da execução; outra, a remição de bens.

A primeira, a remição da execução, é feita pelo próprio devedor, e é extintiva da execução (art. 794, I, CPC/73). Verifique-se que, no inciso II do art. 794, o CPC também faz uso do vocábulo "remissão", mas aí o faz corretamente.

A outra, a remição de bem, é ato processual pelo qual o bem - ou bens - apreendido na execução é adquirido por algum familiar do executado (arts. 787 a 790). "Seu fundamento é afetivo, cultural, pio, por equidade, pois o remidor - cônjuge ou parente em linha reta sem limite - oferece o preço da arrematação ou da adjudicação, sem lesar, portanto, o credor"⁷⁴. Consumada, não se extingue o processo, mudando-se o bem apreendido.

71 - A doutrina diverge em saber se a remissão é direito exclusivo do credor ou é negócio bilateral, que precise do consentimento do devedor.

72 - Sobre a natureza da remissão, cf. Clóvis Beviláqua, Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, 6ª ed., v. IV, Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1943, p. 206; e Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil, 18ª ed., v. 2, Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 195.

73 - Remissão vem de "remissio", "remittere", significa perdão; Remição vem de "redimere", significa resgatar.

Altera-se apenas o "objeto instrumental da execução" (Cândido Dinamarco). Sai o bem remido, entra dinheiro, partindo-se para os atos subsequentes do processo de execução.

3.13. Vendas judiciais.

Usava-se demais, no Código de 1939, a expressão "venda", vg, art. 635 (de bens de menores), art. 638 (de bens dotais) e art. 704 (dos bens apreendidos judicialmente).

Mas o juiz não faz "venda" de coisa alguma nem, muito menos, é "representante" do devedor quando faz a alienação - talvez seja essa a melhor expressão - do bem daquele.

São idéias privatistas, oriundas do direito civil, que não se prestam a explicar o fenômeno. Estamos, nessas situações, em verdade, sempre diante de ato expropriatório que o ente estatal pratica escorado na sua própria autoridade e poder⁷⁵.

Impõe-se, pois, separar a alienação judicial dos contratos. A arrematação não se confunde com a compra-e-venda nem a adjudicação com a dação em pagamento. Vale recordar que, diversamente do que ocorre nesses negócios jurídicos, a vontade do dono da coisa (o expropriado) é irrelevante para a perfectibilização e eficácia do ato expropriatório. Assim, "a falta da influência da vontade do dono de bem para ser transmitido, como é necessário nos contratos, exige que não se chame de venda a alienação por força de sentença"⁷⁶.

O CPC/73, fazendo melhor, procurou evitar, embora tenha cometido alguns deslizes, a expressão "venda" e optou pelo vocábulo "alienação" (vg, arts. 647, I, 658, 670 e 702).

4. Nota conclusiva.

Realizada esta breve análise do diploma processual de 1939, podemos chegar à conclusão de que aquele, comparado ao Código que lhe sucedeu (1973), deixava a desejar sob o prisma da terminologia. Mas o CPC

74 - Alcides de Mendonça Lima, Dicionário do Código de Processo Civil, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 508.

75 - Mostrando a real natureza do ato de expropriação, ato de poder do Estado, cf. Liebman, Processo de Execução, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 1980, p. 143-150.

76 - Alcides de Mendonça Lima, A nova terminologia do Código de Processo Civil, p. 29.

vigente, mesmo com todo o zelo que seu vocabulário recebeu durante a tramitação do projeto, ainda assim veio a contar com falhas daquela natureza, terminando por receber críticas também nesse aspecto. Assim, a busca pelo melhor emprego da terminologia tem continuado mesmo no contexto da "reforma do CPC".

Sem dúvida, primar pelo bom vocabulário, pelo correto emprego dos termos tem sua importância. O nível de evolução de uma ciência cresce na mesma intensidade e proporção em que se aprimora o seu vocabulário técnico.

A procura pela melhor terminologia deve seguir, pois o uso de uma linguagem sem precisão técnica leva a conceitos mal definidos e a fenômenos confusos e essa confusão pode afetar a eficácia do objeto da ciência, no caso, o direito processual. Quão mais compreendido e preciso em seus institutos seja o processo, mais apto este estará a produzir resultados e alcançar seus fins.

É o que se espera.

DA INEXISTÊNCIA DE LITISPENDÊNCIA ENTRE MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL E COLETIVO

Adriana do Vale Farias Saldanha

Especialista em Direito Processual Civil (UNIFOR)

Técnica Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará

SUMÁRIO:

1. Introdução;
2. Mandado de segurança;
3. Origem do mandado de segurança;
4. Espécies de mandado de segurança;
5. Litispendência;
6. Elementos da ação;
7. Mandado de segurança individual e coletivo e litispendência;
8. Conclusões;
9. Bibliografia.

1. Introdução

O tema da litispendência aplicado ao Mandado de Segurança Individual e Coletivo afigura-se como um dos mais instigantes na teoria constitucional processual surgida com o advento da Constituição de 1988.

É que, entre tantas inovações, a novel Carta Política, dita cidadã, na feliz expressão do Deputado **ULISSES GUTMARÃES**, criou o Mandado de Segurança Coletivo como instrumento especial de garantia para os direitos transindividuais, de natureza indivisível, titularizados por grupo, categoria ou classe de pessoas aglutinadas sob uma relação jurídica base. Isto sem prejuízo da utilização individual do Mandado de Segurança.

Corolário desta situação é a possibilidade de propositura simultânea de writ individual e coletivo, fundados, ambos, na mesma causa de pedir.

Haveria, na hipótese, litispêndência entre as ações? Eis a questão que se pretende ver respondida, à luz dos posicionamentos doutrinário, legal e jurisprudencial.

Para o tratamento do tema, impôs-se a divisão do presente ensaio em 3 (três), por assim dizer, partes, ainda que não formalizadas enquanto tal. A primeira na qual se examina o Mandado de Segurança, a partir das considerações acerca de seus conceitos, origem e espécies (individual e coletivo); a segunda, dedicada a perscrutação em torno da litispêndência, mediante análise de seu conceito e elementos de identificação; e, finalmente, a terceira, em que se enfrenta, a partir dos conceitos formulados nas partes anteriores, o cerne da problematização sob exame.

O estudo é desenvolvido a partir de fontes doutrinárias, normativas (constitucional e legais) e jurisprudencial.

Esperamos que as conclusões obtidas no presente estudo sejam de valia para a fixação de uma orientação doutrinária uníssona e coerente.

2. Mandado de segurança

A Constituição da República Federativa Brasileira de 1988 prevê, expressamente, no Capítulo I - Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos do Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais, no artigo 5º, inciso LXIX, *literis*:

"conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público; ..."

Mandado de Segurança é ação civil de rito sumário especial, contemplada constitucionalmente, que se presta a tutelar direito subjetivo individual ou coletivo, privado ou público, que tenha sido lesado ou esteja passível de lesão, mediante ordem judicial da qual resultará proteção ao direito do impetrante.

É essencial à compreensão do writ constitucional a noção de direito líquido e certo, posto ser sua existência pressuposto à impetração. Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) restou assentada a noção de direito líquido e certo a partir do voto proferido pelo Min. COSTA MANSO no leading case - Mandado de Segurança nº 333 em 9/12/36, nos se-

guintes termos: direito líquido e certo é aquele fundado em fatos incontroversos, incontestáveis.

O direito que legitima a impetração do writ é, pois, aquele cuja existência, extensão e exercício verificam-se plenamente delimitados quando da invocação da jurisdição que lhe é assecuratória. Todos os direitos fundados em fatos incontroversos e incontestáveis são líquidos e certos, legitimados para a impetração do Mandado de Segurança.

Evoluiu a doutrina e a jurisprudência, com acerto, para superar a idéia formulada nos primórdios do surgimento do Mandado de Segurança, com fulcro na qual se entendia que direito líquido e certo era aquele que não ensejava dúvida sob o ponto de vista jurídico, ou que não oferecesse complexidade, conclua-se: de fácil interpretação. Tudo traduzido na expressão corrente: direito translúcido.

Segundo MEIRELLES:

*"Mandado de Segurança é o meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por 'habeas corpus' ou 'habeas data', lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça"*¹.

FERRAZ, não discrepando dos elementos de conceituação susreferidos, assevera que Mandado de Segurança é:

*"... um remédio que busca a reparação específica do direito que foi ameaçado ou lesado. Não é medida que se contente com a reparação de natureza subsidiária, com a tutela substitutiva. Através do Mandado de Segurança, o que se busca realmente é a restauração do direito tal como ele foi conferido. Não se busca e não se admite uma simples substituição daquilo que é direito, por pecúnia"*².

Na essência, o Mandado de Segurança é mais que um veículo para reparação de direito líquido e certo, vez que tem por escopo proteger, resguardar, preservar este direito.

1 - Hely Lopes Meirelles. Mandado de segurança. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 1990, p. 15.
2 - Sérgio Ferraz. Da liminar em mandado de segurança. In Sérgio Ferraz (Org). Cinquenta anos de mandado de segurança. Porto Alegre: Fabris, 1986, p. 10.

Neste sentido, impõe-se concluir com BANDEIRA DE MELO que Mandado de Segurança deve ser interpretado *"como um instituto jurídico, cujo objetivo primordial é assegurar aos indivíduos a proteção do direito, o resguardo ao direito, o amparo ao direito e não apenas como um instrumento simplesmente para reparação do direito ou para a detença de uma violação já iniciada"*³.

Como garantia constitucional que é, o Mandado de Segurança não pode ser confundido com os demais instrumentos processuais constitucionais, pelo que se faz necessária a sua compreensão exata a partir da distinção com as demais ações mandamentais que lhe são próximas.

Distingue-se o Mandado de Segurança do *Habeas Corpus*, ambos remédios constitucionais, primeiramente quanto à finalidade a que se destinam. Enquanto o primeiro protege todo e qualquer direito líquido e certo não amparado por *Habeas Corpus* ou *Habeas Data* ameaçado ou lesado por ilegalidade ou abuso de poder; o segundo tutela, exclusivamente, o direito de liberdade de locomoção, liberdade de ir, vir e permanecer, ameaçado ou lesado mediante ilegalidade ou abuso de poder.

Outrossim, distinguem-se também quanto à legitimação passiva, posto que enquanto no Mandado de Segurança a ilegalidade ou abuso de autoridade provém, necessariamente, de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público, no *Habeas Corpus*, o sujeito passivo poderá ser qualquer indivíduo, vez que o texto constitucional não limita a titularidade passiva, antes, quanto a ela silencia.

Outra distinção que se verifica, diz respeito à natureza das ações: sendo o Mandado de Segurança ação constitucional civil e o *Habeas Corpus* ação constitucional penal.

Não se confunde o Mandado de Segurança com o remédio constitucional denominado *Habeas Data*. Este é ação civil especial criada pela Constituição para assegurar, conforme a previsão do artigo 5º, inciso LXXII, o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público, bem como, para retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.

3 - Celso Antônio Bandeira De Melo. Ato Coator. In Cinquenta anos de mandado de segurança. Ob. cit., p. 32.

Nos dizeres de MEIRELLES:

*"O objeto do habeas data é, pois, o acesso da pessoa física ou jurídica aos registros de informações concernentes à pessoa e suas atividades, para possibilitar a retificação de tais informações. Para tanto, o procedimento judicial depende de prova e, por isso, terá rito ordinário ou especial, conforme dispuser a lei pertinente"*⁴.

O Mandado de Segurança difere, ainda, do Mandado de Injunção, cuja finalidade é suprir a falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (CF, art. 5º, inciso LXXI).

Irretocável é a lição de MEIRELLES quando discorre acerca do objeto do Mandado de Injunção e das diferenças existentes entre este e o Mandado de Segurança, *literis*:

"O objeto do mandado de injunção é a proteção de quaisquer direitos e liberdades constitucionais, individuais ou coletivas, de pessoa física ou jurídica, e de franquias relativas à nacionalidade, à soberania popular e à cidadania, que torne possível sua fruição por inação do Poder Público em expedir normas reguladoras pertinentes.

*... Não se pode confundir o mandado de injunção com o mandado de segurança, visto que os objetivos de cada um são diversos. Toda matéria passível de mandado de segurança não é solucionável por mandado de injunção, e vice-versa. O mandado de segurança protege qualquer lesão a direito individual ou coletivo, líquido e certo; o mandado de injunção somente protege as garantias fundamentais constitucionalmente especificadas na Carta magna (CF, art. 5º, LXXI), ou seja, relativas ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania"*⁵.

Concluída a caracterização dos elementos essenciais do Mandado de Segurança, examina-se, a seguir, sua origem e evolução histórico-doutrinário-normativa.

4 - Hely Lopes Meirelles. Mandado de segurança. Ob. cit., p.154.

5 - Hely Lopes Meirelles. Mandado de segurança. Ob. cit., p.141/142.

3. Origem do mandado de segurança

É fruto do engenho doutrinário e jurisprudencial brasileiro o Mandado de Segurança, muito embora, tenha sido inspirado nos writs ingleses.

A luta, por demais antiga, contra os abusos do Poder Público foi a grande responsável pelo seu nascimento.

A partir dos últimos 25 (vinte e cinco) anos do século XIX eclodiu entre os juristas nacionais a insatisfação no que diz respeito à inexistência de remédio eficaz no trato das questões pertinentes aos direitos dos cidadãos em face dos abusos do poder público.

Verificou-se à época, que em inúmeras situações, a reparação pecuniária, adotada como solução única nas lesões a direitos, era insuficiente.

Na busca incessante de um instrumento mais dinâmico e eficiente no combate às ameaças e lesões a direitos foi defendida a teoria de posse dos direitos pessoais, inspirada nas ações de natureza possessória (interditos possessórios). Este argumento contou com o apoio e prestígio, entre outros, do jurista cearense CLÓVIS BEVILÁQUA. Embora esta tese tenha influenciado a jurisprudência do fim do século XIX, não se manteve por muito tempo, sendo posteriormente reconhecida sua inconsistência teórica. Restou negada a possibilidade de uso de ação possessória para proteção de direitos pessoais.

Posteriormente, houve a criação de uma ação anulatória de atos administrativos; que apesar de bem elaborada, lamentavelmente, não teve êxito, uma vez que estabelecia uma suspensão liminar do ato fulminado sem, no entanto, ofertar os meios para um procedimento dinâmico.

Em seguida, surgiu a tese do habeas corpus ser concedido para proteção dos direitos individuais lesados por atos do poder público, inobstante este remédio sempre ter tido a finalidade de proteger unicamente o direito de locomoção. A jurisprudência da época veio a acolher esta tese.

A reforma constitucional de 1926 - à Constituição de 1891- fez cair por terra a tese do habeas corpus para a proteção dos direitos individuais lesados por atos do poder público, dispondo, expressamente, que este instituto somente se prestava à proteção do direito de locomoção, afastando de tal modo o amparo jurisprudencial, anteriormente alcançado.

Vários projetos foram apresentados no sentido de se criar um instru-

mento assemelhado ao habeas corpus para o resguardo dos direitos individuais lesados ou ameaçados pelo poder público, os quais restaram suspensos com a superveniência da Revolução de 1930.

A Constituição de 1934 trouxe a previsão do Mandado de Segurança para a proteção de direito certo e incontestável, violado por ato manifestamente ilegal, partindo de autoridade pública, qualquer que fosse ela, ressalvando ainda, a necessidade desse direito não ser tutelado por habeas corpus, pelo que delimitou o espaço de atuação de cada um destes institutos.

Foi ainda atribuído ao Mandado de Segurança, pela Carta Política de 1934, o idêntico rito processual do habeas corpus e ainda determinado que o uso do novo remédio não impediria o uso de ação petitoria.

Em 1936 foi elaborada a Lei nº 191 que regulamentou o Mandado de Segurança. Em 1937, com o golpe de estado promovido por GETÚLIO VARGAS, o Mandado de Segurança deixou de ser um garantia constitucional, muito embora tenha sobrevivido como um procedimento assegurado pela Lei ordinária nº 191.

O Decreto nº 6 impôs restrições quanto às autoridades públicas cujos atos poderiam ser controlados via Mandado de Segurança, deixando de fora o Presidente da República, Interventores de Estado e Ministros.

Em 1939 com a criação do Código de Processo Civil foi substituída a Lei nº 191. Permaneceu, ainda, o Mandado de Segurança como previsão normativa de natureza ordinária.

A Constituição de 1946 promoveu um grande avanço no instituto do Mandado de Segurança, pois passou a prevê-lo para toda e qualquer lesão, manifesta ou não, diversamente do texto de 1934 no qual se exigia que o ato impugnado fosse manifestamente ilegal.

A Constituição de 1967 previu o Mandado de Segurança como garantia constitucional no caso de direito individual. Muito embora possa parecer que o legislador tenha pretendido impor alguma restrição, essa expressão na prática não provocou qualquer alteração sendo compreendido o instituto tal qual a Constituição anterior o estabelecera.

O instituto sob exame restou encartado entre as garantias constitucionais previstas pela Carta Política de 1988, à semelhança do que já vinha ocorrendo, ininterruptamente, desde a Constituição de 1946, contudo, desta feita

com o avanço materializado na previsão do Mandado de Segurança Coletivo insculpido no art. 5º, inciso LXX, alíneas a e b.

Antes de se estabelecer a distinção entre as duas espécies de Mandado de Segurança, objeto do tópico a seguir, ressalta-se que hodiernamente o writ é regulado, em nível infraconstitucional, pela Lei Federal nº 1.533/51, e alterações que lhe são posteriores.

4. Espécies de mandado de segurança

A evolução constante do Mandado de Segurança, enquanto instrumento de defesa contra os excessos do Estado, traduz-se hoje no alargamento considerável de sua hipótese de incidência (utilização), efetivado pelo texto constitucional vigente.

Dentre as inovações que a Constituição Federal de 1988 promoveu no Mandado de Segurança destaca-se, preliminarmente, a ampliação na legitimação passiva, consoante expresso no art. 5º, inciso LXIX. É que a ação mandamental ora pode ser utilizada contra agente de pessoa jurídica, no exercício de atribuições do Poder Público.

O art. 5º, inciso LXX, da Carta Magna, deu origem a modalidade diversa de ação mandamental, com legitimação ativa própria e peculiar, foi criado o Mandado de Segurança Coletivo.

São espécies do mesmo gênero, por isso apresentam pressupostos em comum, vale dizer: a) a existência de um direito líquido e certo a ser tutelado, não amparado por habeas corpus ou habeas data; b) a existência de uma ação ou omissão causadora da ilegalidade ou abuso de poder, proveniente de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Diferem, contudo, quanto à legitimação ativa para a impetração e no interesse de agir. Enquanto no Mandado de Segurança Individual é parte legítima para propor o writ, aquele que se reconheça como titular do direito líquido e certo, objeto da pretensão, tratando-se sempre de interesse individual do impetrante ou de quem o represente, no Mandado de Segurança Coletivo a titularidade é reservada, exclusivamente, a determinadas pessoas elencadas na Carta Magna que têm como escopo imediata ou mediata a defesa de interesses transindividuais coletivos (partido político com representação no Congresso Nacional; organização sindical; en-

tidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros e associados, que não necessitam de autorizações específicas para agir, pois a proteção constitui objetivo da própria pessoa jurídica).

Vale salientar que muito embora o art. 5º, XXI, da Constituição Federal confira legitimidade ativa às entidades associativas, quando expressamente autorizadas, para representarem seus filiados judicial ou extrajudicialmente, tal hipótese não corresponde a uma nova modalidade de Mandado de Segurança, uma vez que este se limita às espécies anteriormente citadas. Trata-se, tão-somente, de caso típico de substituição processual, ou seja, através de representação, uma associação postula em nome próprio o direito de terceiro. Quando ocorre tal substituição processual em Mandado de Segurança trata-se da espécie tradicional, ou seja, do individual.

Merece destaque, ainda, o fato de que na sentença prolatada em ação na qual se verifica a substituição processual retro aludida, os efeitos destinam-se apenas ao substituído, preservando-se assim a própria essência da substituição.

Tendo em vista que as duas espécies de Mandado de Segurança diferem no que diz respeito a uma das condições essenciais da ação, qual seja a parte ativa legítima, resulta daí outra distinção, quanto aos efeitos da decisão de mérito nelas proferidas.

Em Mandado de Segurança Individual, concedida a segurança, esta aproveitará apenas ao sujeito ativo.

Diversamente, em Mandado de Segurança Coletivo proposto por sindicato (a quem cabe a tutela dos direitos dos seus associados e da categoria por força do que dispõe o art. 513 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), a sentença concessiva da segurança protegerá além dos seus associados, toda a categoria econômica ou operária abarcada pelo sindicato. Tal sentença terá, pois, o caráter normativo, beneficiando todos aqueles que integram o campo de abrangência do sindicato.

Caso o writ coletivo seja impetrado pelas demais entidades previstas constitucionalmente (partido político, entidade de classe ou associação), os efeitos da decisão abarcarão somente os verdadeiramente associados.

A segurança frustrada no writ coletivo não obstaculiza a proposição individual, plúrima ou não, tendo em vista que a denegação constitui-

rá coisa julgada para parte diversa daquela a quem compete o ajuizamento da segurança tradicional.

5. Litispêndência

O Código de Processo Civil Brasileiro prevê nos parágrafos 1º e 3º do art. 301, expressamente:

"Art. 301 - ...

parágrafo 1º. Verifica-se a litispêndência ou a coisa julgada, quando se reproduz ação anteriormente ajuizada.

parágrafo 3º. Há litispêndência, quando se repete ação, que está em curso; há coisa julgada, quando se repete ação que já foi decidida por sentença, de que não caiba recurso".

A litispêndência é instituto de direito processual civil que se traduz na situação decorrente da propositura de ações idênticas co-ajuizadas. Ocorre, pois, sempre que há identidade entre ações em curso simultâneo.

Afirma Arruda Alvim que litispêndência:

*"se constitui na existência de dois processos com as mesmas partes e a mesma lide, simultaneamente produzindo efeitos, o que contraria a economia e a certeza judiciárias. Nesta hipótese, o segundo processo, qual seja, aquele em que se deu a citação cronologicamente posterior, deverá ser extinto sem julgamento do mérito"*⁶.

Conforme leciona Andrioli apud Theodoro Júnior:

"com o instituto da litispêndência, o direito processual procura:

- a) evitar o desperdício de energia jurisdicional que derivaria do trato da mesma causa por parte de vários juizes; e*
- b) impedir o inconveniente de eventuais pronunciamentos judiciais divergentes a respeito da mesma controvérsia jurídica"*⁷.

6 - José Emmanuel de Arruda Alvim. Et. al. Manual de direito processual civil. 4ª. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, 1991, p. 219.

7 - Theodoro Júnior, Humberto. Apud Curso de direito processual civil. 10ª. ed.. Rio de Janeiro: Forense, v. I, 1993, p. 264.

Ao réu compete alegar em sua contestação, preliminarmente, sempre que se configurar, a litispêndência. Quando a alegação de litispêndência é acolhida pelo órgão jurisdicional implicará em extinção do processo sem o apreço do mérito, a teor da legislação processual civil vigente (CPC, arts. 301, V e 267, V).

Faz-se necessário destacar que os pressupostos de verificação da litispêndência são dois: a identidade de ações e o fato da querela idêntica anteriormente ajuizada encontrar-se em pleno curso.

Segundo AMARAL DOS SANTOS: "Deriva-se a litispêndência da citação. Assim, ao deduzi-la dever-se-á prová-la por meio de certidão da citação do réu na primeira demanda, proposta no mesmo ou em outro juízo"⁸.

6. Elementos da ação

Considerando que o instituto da litispêndência se traduz na identidade de lides, vale dizer, de pretensões jurídicas resistidas, faz-se necessário discorrer, ainda que sucintamente, acerca dos elementos da ação, conceitos necessários ao reconhecimento da sua identidade.

O Código de Processo Civil (CPC) enuncia no art. 301, parágrafo 2º, que: "uma ação é idêntica a outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido".

Duas ações são, pois, perfeitamente iguais, quando os elementos que a integram, quais sejam as partes, a causa de pedir e o pedido, são os mesmos.

Entende-se que partes da ação são os sujeitos que têm legitimidade ativa e passiva para compor a lide, respectivamente, o autor e o réu.

Aquele que provoca a jurisdição em seu nome ou em cujo nome é demandado, propondo ação, através da qual busca a prestação jurisdicional do Estado é o autor ou sujeito ativo da relação jurídica processual. Por sua vez, o sujeito passivo é aquele contra quem ou em face de quem se destina a prestação jurisdicional requerida.

Assim definem as partes no processo Cintra, Grinover e Dinamarco:

"Partes - São as pessoas que participam do contraditório perante o Esta-

8 - Moacyr Amaral dos Santos. Primeiras linhas de direito processual civil. 13ª. ed. São Paulo: Saraiva, v. 2, 1990, p. 210.

do juiz. É aquele que, por si próprio ou através de representante, vem deduzir uma pretensão à tutela jurisdicional, formulando pedido (autor), bem como aquele que se vê envolvido pelo pedido feito (réu), de maneira que uma situação jurídica será objeto de apreciação judiciária. A qualidade de parte implica sujeição à autoridade do juiz e a titularidade de todas as situações jurídicas que caracterizam a relação jurídica processual..."⁹.

A causa de pedir ou *causa petendi* é o elemento da ação que se constitui nos motivos justificadores do pedido do autor. São as razões que o postulante demonstra ter para o provimento jurisdicional. A exposição dos fatos e os fundamentos jurídicos do pedido são os requisitos imprescindíveis para que se verifique a causa de pedir.

Salienta Cruz e Tucci:

"... compõem a causa petendi o fato (causa remota) e o fundamento jurídico (causa próxima).

A causa petendi remota (ou particular) engloba, normalmente, o fato constitutivo do direito do autor associado ao fato violador desse direito, do qual se origina o interesse processual para o demandante.

... Inferida, da exposição da causa de pedir remota, a relação fático-jurídica existente entre as partes, a causa petendi próxima (ou geral) se consubstancia, por sua vez, no enquadramento da situação concreta, narrada in status assertionis, à previsão abstrata, contida no ordenamento jurídico positivo, e da qual decorre a juridicidade daquela, e, em imediata seqüência, a materialização, no pedido, da consequência jurídica almejada pelo autor"¹⁰.

A causa de pedir tem por fim a identificação do pedido formulado pelo autor, bem como, a individualização da própria demanda instaurada.

Outro elemento constitutivo da ação é o pedido. Trata-se do objeto da demanda. Constitui-se na obtenção da tutela jurisdicional pretendida seja de que natureza for (aspecto imediato) e a materialização da prestação jurisdicional, ou seja, a concretização do que se busca atingir mediante o provimento (aspecto mediato).

9 - Antônio Carlos de Araújo Cintra. et. al. Teoria geral do processo. 7a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 232.

10 - José Rogério Cruz e Tucci. A Causa petendi no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 127/128.

Faz-se necessário, indiscutivelmente, que o pedido esteja sempre em conformidade com os fatos e fundamentos jurídicos expostos pelo autor da demanda, ou seja, em consonância com a causa de pedir.

Cintra, Grinover e Dinamarco, com acerto, destacam :

"... todo provimento que o autor vem a juízo pedir refere-se a determinado objeto, ou bem de vida. ... Assim é que, considerando-se uma massa de ações propostas ou a propor, distinguem-se elas entre si não só pela natureza do provimento que o autor pede, como também pelo objeto do seu alegado direito material. Variando um deles, já não se trata da mesma ação."¹¹.

Formulados os conceitos essenciais ao deslinde teórico da questão suscitada, examina-se na parte seguinte -final- o que se constitui no núcleo do presente trabalho.

7. Mandado de segurança individual e coletivo e litispendência

Conforme já destacado em tópico precedente (1.3) a legitimação ativa é diversa entre as espécies de Mandado de Segurança, ou seja, a titularidade constitucionalmente conferida à impetração das seguranças individual e coletiva são diferentes.

Enquanto no Mandado de Segurança Individual (plúrimo ou não), é parte legítima para impetração a pessoa (física ou jurídica) que sofre o ato coator, isto é, a ameaça ou lesão ao seu direito líquido e certo; no Mandado de Segurança Coletivo, é parte legítima aquelas entidades, elencadas exaustivamente, que têm por finalidade a defesa de interesses transindividuais coletivos (partido político com representação no Congresso Nacional; organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros e associados).

São distintos, ademais, os pedidos formulados, ou seja, o objeto da demanda, nas duas espécies de writ sob exame, ainda que idêntica a causa de pedir.

O pedido no Mandado de Segurança Individual é da concessão da ordem para a tutela do direito líquido e certo do(s) impetrante(s) (quando plúrima a ação). O pedido no Mandado de Segurança Coletivo possui âm-

11 - Antônio Carlos de Araújo Cintra. et. al. Teoria geral do processo. Ob. cit., p. 233.

bito de validade mais abrangente, vez que se destina a toda uma categoria, mesmo que alguns dos beneficiários com a concessão da segurança não tenham jamais ingressado em juízo para a obtenção da tutela jurisdicional.

Diversos doutrinadores, quando tratam dos efeitos da sentença nas espécies de Mandado de Segurança, corroboram a idéia ora defendida.

Neste sentido assevera Figueiredo:

"Se o impetrante for sindicato, como lhe incumbe a tutela dos direitos de seus associados e da categoria (art. 513 da CLT), concluímos que a sentença atinge toda categoria.

Todavia, se estivermos diante de associações, a questão colocar-se-á de forma diversa. As associações cabe tutelar os interesses e direitos de seus associados. Até porque há, ou pode haver, diversas associações de classe (vejamos, por exemplo, o Instituto dos Advogados e a Associação dos Advogados). Se assim é, não nos parece pudesse se cogitar de a sentença transcender a esfera dos associados. Seria mesmo intromissão indevida.

*Problema crucial é o da coisa julgada. Entendemos deva-se procurar a solução secundum eventum litis. É dizer: se favorável fará coisa julgada. Entretanto, se desfavorável, poderá ser interposto novo mandado de segurança individual."*¹²

No mesmo sentido, explica Ferraz:

"sendo o writ ajuizado por sindicato, não só os seus associados mas toda a categoria econômica ou operária por ele tutelada são atingidos pelos efeitos da coisa julgada. Assim é por força da extensão da representação sindical, expressamente assentada, p. ex., no art. 513 da CLT (esse, é, também, o pensamento de Lúcia Valle Figueiredo, Perfil do Mandado de Segurança Coletivo, Ed. RT, p.36). Por isso, a decisão concessiva da segurança, aqui terá cunho declaratório amplo, normativo mesmo, e beneficiará toda a gama de componentes do universo do sindicato, por força legal, tutela, e não apenas seus efetivos associados.

... desfavorável a sentença ao impetrante, independentemente da extensão de sua representatividade poderá ser formulado novo mandado de segurança individual (plúrimo ou não): efetivamente, é inadmissível que a ampla garantia constitucional do direito de ação (CF, art. 5º, XXXV e LXIX)

12 - Lúcia Valle Figueiredo. Perfil do mandado de segurança coletivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 36.

*possa ser extraída de alguém por força de uma lide na qual não lhe foi dado atuar direta e pessoalmente, com os ônus, riscos e responsabilidades que somente assim se aceita sejam realmente contraídos"*¹³.

O pensamento ora defendido encontra amparo, também, na legislação infraconstitucional. A Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor - CDC) prevê nos art. 81, parágrafo único, inciso II e art. 104, caput, expressamente:

"Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de :

II - interesse ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, 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; ...

Art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada "erga omnes" ou "ultra partes" a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não fora requerida sua suspensão no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva." (grifos nossos)

Diversas manifestações jurisprudenciais corroboram, ainda mais, a opinião da incoerência de litispendência entre duas ações mandamentais, uma individual e a outra coletiva, tramitantes ao mesmo tempo. São exemplos demonstrativos os seguintes excertos:

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. POSTERIOR AJUIZAMENTO DE WRIT INDIVIDUAL. POSSIBILIDADE. INOCORRÊNCIA DOS EFEITOS DA LITISPENDÊNCIA. O ajuizamento de mandado de segurança coletivo por entidade de classe não inibe o exercício do direito subjetivo de postular, por via de writ individual, o resguardo de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão por ato de autoridade, não ocorrendo, na hipótese, os efeitos da litispendência. Recurso especial não conhecido. (STJ/6a. T., Ac. Unân. - Resp

13 - Sérgio Ferraz. Mandado de segurança. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 134.

45.987-7/SP - Reg. 94.0008527-3, Rel. Min. Vicente Leal, DJU 1 14.08.95).

LITISPENDÊNCIA INEXISTENTE - AÇÃO INDIVIDUAL E AÇÃO COLETIVA

- Não há litispendência pelo curso simultâneo de uma ação individual e outra coletiva. Não são idênticas pois têm objetos diversos e foram propostas por partes diferentes. (TRT 4a. Reg. REO - RO 558/91 - Ac. 1a. T., 10.11.93, Revista LTr. 58 - 07/831).

É de se concluir, portanto, que inexistente litispendência quando tramitam, simultaneamente, Mandados de Segurança de caráter individual e coletivo. Isto porque os elementos das duas ações constitucionais não são idênticos. Divergindo quanto aos elementos parte e pedido, não se pode falar em litispendência, considerando-se que esta, doutrinariamente, pressupõe identidade de lides.

8. Conclusões

Em face de tudo quanto se expôs, é de se concluir que:

- a) Mandado de Segurança é ação civil de rito sumário especial, contemplada constitucionalmente, que se presta a tutelar direito subjetivo individual ou coletivo, privado ou público, que tenha sido lesado ou esteja passível de lesão, mediante ordem judicial da qual resultará proteção ao direito do impetrante;
- b) O wirt de que se trata é criação da doutrina brasileira, inspirada nos instrumentos de garantia mandamental do direito inglês;
- c) O Mandado de Segurança Coletivo, inovação da Carta Constitucional de 1988, distingue-se do Mandado de Segurança Individual pela legitimação ativa e pelo pedido (traduzido nos diferentes efeitos da sentença);
- d) Litispendência consiste na situação jurídica decorrente da propositura simultânea de duas ações com os mesmos elementos (partes, pedido e causa de pedir). O instituto pressupõe identidade de lides;
- e) Inexistente litispendência quando tramitam, simultaneamente, Mandados de Segurança de caráter individual e coletivo. Isto porque os elementos das duas ações constitucionais não são idênticos, antes, divergem quanto aos elementos parte e pedido.

9. Bibliografia (apenas obras citadas)

- ARRUDA ALVIM, José Emmanuel de; PINTO, Teresa Arruda Alvim. Manual de direito processual civil. 4a. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, 1991.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 7a. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- DOS SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil. 13a. ed., São Paulo: Saraiva, v. 2, 1990.
- FERRAZ, Sérgio (Org.). Cinquenta anos de mandado de segurança. Porto Alegre: Fabris, 1986.
- Mandado de segurança. São Paulo: Malheiros, 1992.
- FIGUEREDO, Lúcia Valle. Perfil do mandado de segurança coletivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de segurança. 14a. ed, São Paulo: Malheiros, 1990.

A IMPOSSIBILIDADE DE SE INSCREVER EM DÍVIDA ATIVA AS DECLARAÇÕES DO PARTICULAR, SUPRIMINDO-SE O PROCEDIMENTO DE LANÇAMENTO E O PROCESSO ADMINISTRATIVO.

Natercia Sampaio Siqueira

Mestranda em Direito Tributário pela UFMG

1.0. Indisponibilidade do direito tributário e a tutela ativa da Fazenda sobre os interesses impositivos fiscais

Na sistemática do lançamento por homologação, geralmente é exigida do contribuinte uma declaração, às vezes quanto à matéria fática, outras englobando toda a atividade hermenêutica de concretização e de individualização do ordenamento. De posse de referida declaração, há entendimentos de que não precisa mais a Fazenda lançar. Esta é uma prática que já vem ocorrendo e que gera várias discussões, ricas e prolíferas. Vertente da doutrina busca nos elementos da Teoria Geral do Direito, na diferenciação entre a observância e a aplicação, a solução para referido problema. Entretanto, entende-se ser fundamental a abordagem dos princípios do direito administrativo tributário, ao cabo da qual ter-se-á uma orientação segura para a resposta, se a hermenêutica de autoria do particular é passível de servir de conteúdo ao título executivo extrafiscal.

O direito tributário apresenta elevado teor público, o que se pode constatar ao analisar as diversas matizes que colorem a matéria de imposição fiscal: a proteção das liberdades individuais; o dever de colaboração com o Estado, que permite a viabilização do homem enquanto indivíduo, ente social e difuso; a igualdade na distribuição do ônus tributário; a proteção do cidadão na fruição de serviços públicos básicos através da sua cobrança sob o regime tributário.

Por envolver considerações da maior relevância, não se pode deixar a imposição de tributos aos cuidados exclusivos do particular, que além de buscar a interpretação que lhe é mais benéfica economicamente, raramente domina a matéria tributária, que é demasiada extensa, englobando desde princípios jurídicos da maior abstração até regras contábeis bastante especí-

ficas. Em consequência órgãos estatais, que apresentem conhecimentos técnicos da matéria e que sejam dotados de imparcialidade, devem ser estruturados para tomar conta da imposição tributária, que requisita a melhor realização possível de suas disposições genéricas e abstratas.

Isto tudo significa que o órgão responsável pela tutela ativa do direito tributário deve sempre diligenciar pela sua boa realização, não podendo a Administração ficar inerte diante da participação do particular, independente de ela ocorrer pelo exercício da defesa ou pelo cumprimento das obrigações acessórias. Alegações, portanto, no sentido de que o contribuinte, ao descrever determinado fato, confessa, não vige em matéria tributária. Quando o contribuinte declara a ocorrência de certo evento a Fazenda, como gestora ativa de interesses públicos indisponíveis, que são marcados pela verdade material, possui a obrigação de examinar a veracidade das alegações fáticas trazidas. Igualmente o sujeito passivo, ao interpretar o Direito na constituição da disciplina para o caso concreto, não esgota o assunto. A Administração deve bem analisar o caso concreto e estudar o ordenamento jurídico, avaliando a qualidade da exegese realizada pelo particular. Neste assunto, preciosas são as palavras de Rafael Calvo Ortega ao tratar do procedimento administrativo fiscal de Comprobación do direito espanhol:

"La justificación última de la comprobación está en los principios tributarios. Concretamente, el principio de capacidad económica no sólo ilumina la producción de normas sino también su aplicación; exige, en consecuencia, la comprobación de hechos y datos. Desde otra perspectiva, la justicia tributaria es un principio global, es decir, no se agota en la producción de normas y llega hasta los aspectos terminales y administrativos. La comprobación es uno de ellos. Finalmente, el devenir del fenómeno tributario con una multiplicación extraordinaria de las obligaciones tributarias y en consecuencia de los sujetos pasivos ha llevado a las administraciones Públicas a ceder terreno en el laborioso estadio de la cuantificación de la obligación y a retranquearse a la actividad de comprobación para la que están excepcionalmente dotadas dados los poderes que tienen atribuidos y la información amplísima de que disponen. En este sentido, la verificación ha ganado en importancia y en futuro, ya que es una actividad esencialmente indisponible (a diferencia de la liquidación), lo que impide su atribución a los sujetos pasivos".

Em resumo, as palavras transcritas dispõem no sentido de que a praticabilidade do direito tributário, que impõe ao contribuinte a primeira individualização e concretização da norma impositiva fiscal, não exige a

Fazenda do seu dever de zelar pela boa realização do direito: a atividade de "comprobación", que consiste no dever de o agente administrativo averiguar se o sujeito passivo cumpriu a obrigação tributária nos termos devidos, é indisponível. Ainda pode-se ressaltar que a análise, pela Fazenda, da veracidade das declarações prestadas pelo contribuinte e do correto cumprimento da obrigação tributária ocorre nos moldes da imparcialidade da magistratura, consistindo em verdadeiro dever-poder. Ou seja, se o contribuinte realizou uma má exegese ou incorreu em erros fáticos, tem a Administração de retificar os equívocos, independente de serem favoráveis ou não à arrecadação.

Até o momento, já foi assentado que a Fazenda deve averiguar a veracidade dos fatos alegados e a qualidade jurídica da interpretação realizada pelo particular, a partir de referidas análises constituindo a norma diante da qual se verifica se houve o cumprimento da obrigação nos termos devidos. Entretanto, faz-se fundamental frisar que essa é uma atividade que deve anteceder à cobrança - sendo a Fazenda a responsável pela tutela ativa dos direitos tributários, ela não pode tratar do exercício do crédito sem antes constituí-lo. Destarte, não é possível ao fisco ser negligente a ponto de produzir o título executivo extrajudicial, de instaurar o procedimento executivo e de utilizar as medidas restritivas de direitos sem antes averiguar se o particular é realmente devedor tributário e em que termos deve, confiando-se tão somente no conteúdo das obrigações acessórias. As medidas de exigibilidade são extremamente gravosas para que sejam manuseadas sem que a Administração individualize e concretize as disposições genéricas e abstratas impositivas de tributo, atividade para a qual possui conhecimentos específicos.

Sintetizando, se de um lado o crédito impositivo fiscal é cercado de várias regalias, em contrapartida faz-se imprescindível que o órgão preparado exclusivamente para a tutela da relação jurídica tributária se manifeste antes que o sujeito passivo sofra qualquer oneração compulsória, desta forma alcançando-se o equilíbrio entre a eficiência, a boa resolução do caso concreto e a proteção do particular. Interpretando as palavras de Ortega, a impossibilidade de transferência da atividade de comprobación da Administração para o particular dá-se, precisamente, em razão de que a Fazenda, como gestora dos interesses tributários, cabe a manifestação última e definitiva anterior ao sofrimento, pelo sujeito passivo, de qualquer restrição compulsoriamente imposta.

2.0. Indisponibilidade do direito tributário e o diálogo pleno entre a Administração e o contribuinte

A Administração, revendo a declaração do contribuinte, analisando-a em seus aspectos jurídicos e fáticos, efetua nova interpretação, momento em que se faz obrigatória a motivação. Diante de referido agir, o particular detém a oportunidade de reconsiderar a exegese por ele constituída, surgindo o momento ideal para o diálogo, tão essencial na esfera de interesses públicos indisponíveis onde a meta a ser alcançada é a boa construção normativa.

Ademais, os créditos tributários, que são do povo, requisitam para a legitimidade de sua regulamentação a interação entre a Administração, tutora dos interesses públicos, e o particular, integrante da sociedade. É, portanto, o diálogo intenso e paritário fundamental não só para a boa realização do direito, como para a legitimidade, em hipótese alguma podendo ser mitigado. Dotar, então, a norma posta pela Administração de regime em que o entrosamento entre a autoridade administrativa e o particular é rico e denso, ao passo que se nega à individualização e à concreção de autoria do indivíduo igual tratamento, tudo isto em nome da defesa prévia que teria o particular realizado no momento do auto-lançamento, é absurdo. Basta observar: quando o lançamento é realizado pela Fazenda, o particular pode recorrer em dupla instância, sendo princípio a maleabilidade preclusiva quanto às alegações fáticas e jurídicas e a motivação. Mas se a interpretação do contribuinte consiste no conteúdo do título executivo extrajudicial, a Fazenda não se manifesta motivadamente e o particular não possui mais oportunidade de se pronunciar em seara administrativa. O diálogo empobrece, quase inexistente. Em consequência o ambiente não é tão propício a uma boa realização do direito, mitigando-se a legitimidade e a democracia.

A situação acima agrava-se quando se nota que o particular, no exercício da obrigação tributária acessória, via de regra realiza a exegese por meio de formulários que direcionam a sua atividade de inteligência. Desta forma, considerações que fogem do estreito silogismo legal, que se encontra presente em referidos formulários e que é característico da atividade interpretativa do lançamento, só são possíveis em seara de impugnação, apenas nesta cabendo ao particular realizar ponderações substanciais acerca do caso concreto e da regulação jurídica.

Portanto, a afirmação de que as declarações de autoria do contribuinte consistem no título executivo extrajudicial, sendo dispensáveis o lança-

mento e a impugnação, equivale à observação de que o cumprimento das obrigações acessórias retira do particular a oportunidade de se manifestar livremente acerca da matéria tributária. Ou seja, se é possível a inscrição em dívida ativa do conteúdo das obrigações acessórias cria-se a seguinte anomalia jurídica: para poder exercer seu direito de plena manifestação, o que apenas é possível em seara processual, o cidadão, sujeitando-se a sanções, terá de desobedecer deveres que lhes são impostos legalmente e que são caros à Administração, consistindo a referida situação em verdadeira mácula à participação democrática pluralista nas decisões estatais e à indisponibilidade do direito tributário, que exige que o seu órgão tutor reúna elementos suficientes para que o caso concreto receba a melhor disciplina possível.

Observa-se ainda que além de não haver justificativa para impor diferentes regimes jurídicos à norma posta pela Fazenda e à individualização e concretização de autoria do contribuinte, a dispensa do lançamento perante o cumprimento da obrigação acessória fere igualmente a isonomia no tocante aos particulares, para tanto bastando observar as diferentes situações a que são sujeitos o contribuinte que cumpriu os seus deveres acessórios e o contribuinte que assim não agiu. Este último, embora não tenha cumprido os seus deveres de colaboração para com o fisco, já que não declarou a ocorrência do evento e nem realizou a individualização e a concretização das disposições gerais e abstratas, será sujeito a um regime mais benéfico do que o primeiro, pois terá a manifestação de um órgão especializado sobre a situação tributária, tendo acesso a um processo administrativo marcado pela ampla defesa.

Por fim, anota-se que o sujeito passivo, ao declarar os fatos ocorridos e ao realizar a exegese, cuida de direitos caros à sociedade, sendo nítida a natureza pública da atividade que exercita. Ora, se a Administração possui o dever-poder de rever a norma lançada ao perceber que agravou a situação do contribuinte também o particular, que realiza semelhante tarefa, deve deter a prerrogativa de pedir a reconsideração, à Administração, da sua interpretação e alegações fáticas. E o direito brasileiro, ao dispor que é devido o lançamento de ofício quando o particular não realiza o pagamento nos tributos sujeitos ao art. 150 do CTN (art. 149, V, CTN) e ao prever a impugnação como uma das causas de revisão do lançamento (art. 145, I, CTN), instituiu a impugnação como um dos momentos em que é possível a retratação pelo particular de suas declarações.

Em suma, pelo complexo de motivos aqui enumerados ressaí como verdadeiramente inconstitucional a prática de se considerar as declarações prestadas pelo sujeito passivo o conteúdo do título executivo extrajudicial. De fato, com a imposição de um dever - o cumprimento de obrigações acessórias -, retira-se do contribuinte o direito de manifestar-se livremente acerca da matéria tributária em procedimento marcado pela maleabilidade preclusiva e presidido, em última instância, por colegiado independente da estrutura hierárquica. Mais, com o entendimento ora contestado libera-se a Fazenda do seu dever de zelar pela boa realização do crédito - ela poderá manusear as medidas de exigibilidade sem antes individualizar e concretizar as disposições genéricas e abstratas. É óbvio que perante todo este quadro não só a democracia sofre um golpe violento, como a indisponibilidade do direito tributário resta prejudicada: quem irá de fato realizá-lo é o particular, com todas as suas deficiências e dificuldades no tocante à complexa matéria tributária.

3.0. Disposições do Código Tributário Nacional

Ao examinar-se o Código Tributário Nacional, ressaí claro que as disposições ali contidas encontram-se em perfeita consonância com os princípios no tópico anterior abordados.

De primeiro, o art. 142, caput, dispõe ser da autoridade administrativa a competência privativa para constituir o crédito tributário por intermédio do lançamento. Posteriormente, o art. 202, inc. III, diz ser requisito indispensável à inscrição em dívida ativa a origem e a natureza do crédito. Ora, se é imprescindível à cobrança judicial executiva a existência do crédito e se este é constituído privativamente pela autoridade administrativa, óbvio ser o lançamento de autoria da Administração indispensável. A tal conclusão acode o disposto pelo art. 149, inc. V, que dispõe no sentido de ser possível a realização do lançamento por ofício em caso de omissão ou de inexistência do particular quanto às tarefas que o art. 150 lhe incumbe.

Embora o art. 150 não exclua a hipótese da existência de obrigação acessória consistente na declaração de fatos ou na concretização e individualização da norma geral e abstrata, a ênfase da fiscalização dirige-se ao pagamento. É esta a obrigação a que se refere o art. 150 e que está sujeita à omissão e à inexistência invocadas pelo art. 149, V. Não é, portanto, o descumprimento da obrigação acessória que gera o dever de lançar, mas a

não prestação do tributo. Em outras palavras, se não pago o débito tributário, surge o dever para a Fazenda de lançar, independente de o sujeito passivo ter ou não cumprido os seus deveres de declarar a ocorrência do fato e de constituir a norma individual e concreta. Aqui, importa ainda abrir o seguinte parêntese: não obstante o CTN ter estipulado a substituição do lançamento por homologação pelo de ofício, em caso de não ter sido pago o débito, se cumpridas as obrigações acessórias pelo sujeito passivo, faz-se mais correto falar em lançamento por declaração ao invés de lançamento por ofício, já que o fisco deve se ater aos documentos e às declarações prestadas pelo contribuinte enquanto forem suficientes para esclarecer a situação e portarem fé.

Tudo o que se acabou de dizer implica a obrigatoriedade do lançamento para a cobrança das prestações tributárias originariamente sujeitas à sistemática do lançamento por homologação. Frisa-se que em nenhum momento o Código Tributário dispõe no sentido de que a interpretação realizada pelo particular consiste no conteúdo do título executivo extrajudicial; muito pelo contrário. Tendo estipulado a obrigatoriedade de a Fazenda se manifestar em caso de cobrança dos tributos (art. 142, caput) e permitida ao contribuinte a intensa participação através da impugnação (art. 145, I), o diploma normativo geral tributário pátrio desenhou, em linhas básicas, um sistema de cobrança para o qual não abriu exceções. A insistência, portanto, na prática de enviar para a dívida ativa as declarações e interpretações realizadas pelo sujeito passivo viola disposições expressas do CTN, que se encontram em perfeita consonância com os princípios que regem a Administração fazendária: a indisponibilidade dos interesses públicos; a oficialidade que caracteriza a ação da Fazenda; o intenso diálogo que deve haver entre o Particular e o agente estatal para que as normas tributárias se revistam do alto teor de legitimidade que requisitam.

Apesar de tudo o que foi dito, ainda resta o desafio de tentar adequar a prática de inscrever em dívida ativa a interpretação realizada pelo sujeito passivo com os princípios constitucionais e as regras do CTN. Nesta empreitada, primeiramente afirma-se que a decisão de enviar para a dívida ativa a individualização e a concretização de autoria do particular significaria a sua ratificação, em todos os termos, pela Fazenda, já que é a autoridade administrativa a responsável pela constituição do crédito tributário. Em assim sendo, precluiria para a Administração a oportunidade de fazer alegações de cunho fático e jurídico após a ratificação, a não ser quando presentes os

casos que legitimam a revisão de ofício ou em sendo a revisão favorável ao particular. Aqui, é interessante explicar: a força do título executivo extrajudicial viria da ratificação da Fazenda, não da interpretação do contribuinte, que deve ser notificado da decisão de enviar à inscrição suas declarações, momento a partir do qual inicia o prazo para a impugnação.

O envio das declarações do particular à dívida ativa ver-se-ia, portanto, apanhado pelo regime jurídico acima descrito. Entretanto, mesmo que tal sistemática restabeleça a segurança jurídica, em virtude da preclusão, e o diálogo, em razão da possibilidade de impugnação da ratificação, ela ainda padece de um defeito: a falta de motivação. De fato, não basta que a Fazenda execute ato com força de ratificação, como enviar para a inscrição as declarações do contribuinte; antes, é importante que aponte as razões pelas quais concorda com a interpretação realizada pelo sujeito passivo, devendo a ratificação ser expressa e acompanhada das razões da Fazenda, mesmo que sucintas. No exato momento, ainda urge ressaltar que se o particular resolve contestar a ratificação realizada pela Fazenda, não pode a inscrição ser feita até que a impugnação seja julgada em caráter definitivo.

Entretanto, o referido esforço, para adequar a prática de inscrever em dívida ativa o conteúdo das obrigações acessórias aos princípios constitucionais e às regras do Código Tributário Nacional, tende a ser desprezado pelo judiciário, sendo oportuno salientar que o STJ, a quem cabe a palavra final no tocante às leis federais, vem decidindo no sentido de que a motivação e o procedimento administrativo são dispensáveis quando o contribuinte declara os fatos e realiza a interpretação.

4.0. Um paralelo com o lançamento por declaração

No tocante ao problema que está sendo avaliado, não é raro encontrar opiniões no sentido de que propiciar ao particular a impugnação de uma norma cujo conteúdo por ele foi constituído, notificando-o e ofertando-lhe prazo para recorrer, é procedimento redundante, que apenas contribui para a dilação das atividades administrativas de exigência do crédito. As críticas vão além, afirmando que não há a menor lógica em conceder ao particular o direito de impugnação de suas declarações. Acredita-se que perante tudo o que foi dito ressaia o sofisma de referidas afirmações, uma vez que nem as obrigações acessórias substituem a ampla defesa e que o dever-poder da Fazenda de lançar antes que o crédito seja exigido é inafastável.

Mas o mais interessante é que o fenômeno que ocorre no lançamento por homologação é afim do procedimento que caracteriza o lançamento por declaração. Neste, o contribuinte é onerado com obrigações acessórias, não obstante ser dever da Administração examiná-las e lançar, ofertando ao contribuinte a impugnação. Nestes casos, nunca foi cogitada a redundância ou a falta de lógica da notificação ao contribuinte da concordância da Fazenda com as suas manifestações, da motivação fiscal e da impugnação. Ora, se nunca surpreendeu a doutrina ou afrontou o judiciário, o proceder contido no lançamento por declaração, porque insurreição tão resoluta contra a notificação e a possibilidade de o particular impugnar nos tributos sujeitos ao art. 150 do CTN, em razão do cumprimento das obrigações acessórias e do não pagamento?

Como já foi dito, quando no lançamento por homologação é exigido do contribuinte o cumprimento das obrigações acessórias e ele não paga, mas cumpre com os seus deveres acessórios, o que surge é a obrigatoriedade do lançamento por declaração e não do de ofício, devendo a autoridade administrativa analisar as declarações do contribuinte e vincular-se a elas, se forem suficientes e portarem fé. E no lançamento por declaração não há nenhuma redundância na obrigatoriedade de a Fazenda se manifestar motivadamente acerca da obrigação tributária, sendo possível ao contribuinte a impugnação.

Bibliografia

XAVIER, Alberto do Lançamento. Teoria Geral do Ato. do Procedimento e do Processo Tributário. 2ª ed.. Rio de Janeiro. Forense. 1997

ORTEGA, Rafael Colvo. Curso de Derecho Financero. Derecho Tributário, Parte General. Madrid. Civitas. 1997.

CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Tributário: Fundamentos Jurídicos de Incidência. São Paulo: Saraiva. 1998.

**O CONCEITO DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL
COMO ESPÉCIE DE REFORMA CONSTITUCIONAL
SEM SUPRESSÃO DE TEXTO OU A REFORMA
CONSTITUCIONAL SEM SUPRESSÃO DE TEXTO:**

**A INTERPRETAÇÃO COMO MEIO DE REFORMA
CONSTITUCIONAL.**

Márcia Albuquerque Sampaio Farias

Especialista em Direito Público.

Mestranda em Direito Constitucional.

Professora da Universidade Estadual

Vale do Acaraú e da UNIFOR.

INTRODUÇÃO

O Conceito de Mutação Constitucional como espécie de Reforma Constitucional sem supressão de texto é um trabalho que sugere seja a interpretação utilizada como meio de reforma constitucional, um instrumento eficaz para revigotar e vivificar a Constituição preservando a sua principiologia e assegurando a sua longevidade, permanentemente ameaçadas pelas constantes Emendas constitucionais. Sendo a interpretação uma atividade de mediação cuja finalidade é tornar concreta a norma jurídica abstrata, e, considerando ser a Constituição um sistema de normas aberto a várias soluções interpretativas, objetivamos oferecer como alternativa de reforma à Constituição a utilização da interpretação como instrumento de mediação entre o texto e a realidade constitucional. Objetivando dar ao texto constitucional o verdadeiro sentido de um sistema de normas aberto, imperfeito e incompleto e, por via de consequência, sujeito a integrações e alargamento de sentido, mediante o procedimento da interpretação, tornando desnecessárias as freqüentes violações e mutilações do texto constitucional elaborado pelo Constituinte Originário, é que sugerimos a reforma da Constituição através da interpretação.

O que há de mais significativo numa Constituição é o fato dela reservar para si a função de regulamentar a sociedade. A sobrevivência das Constituições depende, no entanto, da sua adequação à realidade social. Essa continuidade jurídico-política se expressa graças a uma relação entre a força normativa e a realidade social formada por uma combinação harmoniosa entre texto e realidade. Nenhuma Constituição resiste a violentas e sucessivas degradações de seu texto. As mutações constitucionais fruto de constantes mudanças sociais constituem verdadeiras fraudes ao texto constitucional. Substituindo a reforma à Constituição por uma interpretação voltada a concretizar direitos e princípios, adequando as mudanças sociais ao texto constitucional, manter-se-ia o equilíbrio entre o documento original da Constituição e a estrutura social. Prova disto constituem os Estados Unidos: sociedade e economia extremamente dinâmicas, coexistindo com uma estrutura constitucional das mais antigas e subdesenvolvidas encontradas em qualquer país ocidental. Disso subtrai-se que a vitalidade da Constituição norte-americana se dá pela intocabilidade do seu texto, a qual somente se atinge recorrendo-se a uma interpretação capaz de integrar sociedade e texto constitucional.

Reconhecendo nas forças que atuam na sociedade a capacidade para modificar o sentido das normas constitucionais, considerando a realidade móvel e dinâmica da época contemporânea, tendo em vista as constantes mutações constitucionais, tomando por base que é somente no momento de sua aplicação aos casos ocorrentes que se revelam o sentido e o alcance dos enunciados normativos; ressaltando-se que interpretar um ato normativo nada mais é do que colocá-lo no tempo ou integrá-lo na realidade, a interpretação se apresenta como verdadeira reforma à Constituição dinâmica e atualizadora no intuito de aproximar a Constituição à realidade.

A Constituição brasileira é um sistema normativo aberto de regras e princípios. Konrad Hesse entende que a Constituição "é um sistema de normas aberto, imperfeito e incompleto. Todo sistema é formado por unidade, totalidade e articulação.

Para Bobbio a noção de sistema corresponde a "uma totalidade ordenada, um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem. Para que se possa falar nessa ordem, é necessário que os entes que a constituem não estejam somente em relacionamento com o todo, mas também num relacionamento entre si (articulação)".

É um sistema por que se define como uma ordem axiológica ou

teleológica de princípios jurídicos que têm função ordenadora, na medida em que salvaguardam valores fundamentais. É nessa medida que a interpretação de todas as normas constitucionais advém de critérios valorativos extraídos do próprio sistema constitucional.

É um sistema aberto por que tem uma estrutura dialógica, ou seja, está em comunicação com o sistema social e com o sistema de valores, com disponibilidade e capacidade para captar as modificações ocorridas nessas esferas.

É um sistema formado por princípios e regras por que a Constituição não é um conglomerado caótico e desestruturado de normas que guardam entre si o mesmo grau de importância. Os princípios são "exigências de otimização abertas a várias concordâncias, ponderações, compromissos e conflitos"¹. Os princípios são os mandamentos nucleares do sistema e quando aparentemente contraditórios entre si, podem harmonizar-se, desde que abdicuem da pretensão de serem interpretados de maneira absoluta - colisão de princípios, a qual não gera antinomias.

O entendimento de sistema constitucional é uma atribuição principalmente do intérprete da Carta que, inserida em dado universo, ou criando-o, adquire um caráter ou perfil individual, traço peculiar que o intérprete jamais poderá menosprezar, sob pena de não conseguir recuperar a verdadeira essência das normas constitucionais.

Essa feição particular, formadora do espírito da Constituição, deriva dos valores que entram no sistema, nele vivem e atuam e sobre ele se projetam. A interpretação sistemática da Constituição permitirá a identificação, a recuperação e o uso pleno de tais valores, através dos quais as regras constitucionais irão vigor sobre os fundamentos de sua concepção, e não, como querem alguns, deles divorciadas, sujeitas a uma interpretação avaliativa.

Como toda Constituição deve ser provida de um mínimo de eficácia sobre a realidade que pretende reger, sem a qual o documento será absolutamente inútil, é necessário que a sua interpretação se faça a partir daqueles elementos que entraram na sua composição, para que se possa aplicar a norma constitucional ao momento corrente da sociedade.

Aqui aparece o conceito de Constituição real, que é o conjunto de forças sociais politicamente atuantes por sua múltipla natureza econômica, cultural, militar, religiosa, profissional, etc., e ao qual se contrapõe o conceito

1 - José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, 3ª ed., 1999

de Constituição jurídica, que é, ou pretende ser, a normatização jurídica dessa Constituição real. Quanto mais amplas e profundas as diferenças a separarem as duas constituições mais ineficaz terá sido o sistema constitucional.

A preservação, dessa maneira, do máximo de realidade possível, pela Constituição jurídica, é vital para que tenha ela a aplicabilidade e a eficácia desejada. E sem que se utilize, na tarefa interpretativa, os elementos externos àquele texto, e que o inspiraram, não se conseguirá recuperar o verdadeiro espírito de suas normas.

Assim, a interpretação de todas as normas constitucionais vem regida basicamente pelo critério valorativo extraído da natureza mesma do sistema, tornando falha, viciada toda a atividade interpretativa que apanha uma norma isoladamente, à parte do seu contexto e divorciada da realidade de onde e pela qual emergiu.

Não há norma jurídica que dispense interpretação, pois são formuladas em caráter genérico. Todas as vezes que surge um problema prático é preciso que se busque o alcance da norma; é preciso descobrir a vontade atual da lei diante das novas necessidades e condições sociais. A interpretação é um trabalho de mediação que torna possível concretizar, realizar e aplicar os preceitos de uma Constituição.

A Constituição é o resultado de um compromisso entre vários fatores sociais, transportadores de idéias, aspirações e interesses substancialmente diferenciados e até antagonísticos e contraditórios. A norma constitucional impõe-se à realidade social, e de outro lado, a estrutura social exerce forte influência sobre a norma.

A Constituição é uma fórmula sob a qual se organiza a convivência social e essa fórmula política caracteriza-se como a expressão ideológica, juridicamente organizada em uma estrutura social.

As Constituições, afirma Loewenstein, não mudam somente mediante emendas mas, em maior volume, há mudanças imperceptíveis que a norma estabelecida sofre ou por efeito do ambiente político ou pelos costumes².

Com propriedade, lembra Meirelles Teixeira: "Seria errôneo, entretanto, e mesmo ingênuo, pensar-se que as Constituições rígidas somente pudessem sofrer alterações através de técnicas jurídicas expressa e previamente

estabelecidas, e que o impacto da evolução política e social somente pudesse atuar sobre elas através desses canais, e que a vida deveria necessariamente acomodar-se, em seu eterno fluxo de progresso, dobrando-se com docilidade ao sabor dessas fórmulas e apenas ao juízo de políticos e legisladores"³.

Na mesma linha Biscaretti di Ruffia acentua: "As revisões formais não são os únicos meios de mudanças dos sistemas constitucionais", e continua: "Para se conhecer bem o desenvolvimento da vida constitucional de um Estado é preciso, com efeito, não perder de vista as múltiplas modificações não formais das normas escritas constitucionais, que sempre ocorrem de modo mais ou menos acentuado, segundo os diversos sistemas"⁴.

Nessa linha de entendimento o constitucionalista britânico Karl Wheare afirma que: "As mudanças nas Constituições, podem ocorrer de dois modos: em primeiro lugar, quando surgem mudanças nas circunstâncias sociais, que, se não modificam o texto da Constituição, impõem-lhe todavia, significado totalmente diferente do até então atribuído, ou perturbam o equilíbrio constitucional; uma segunda forma de mudança constitucional, mais patente, ocorre quando tais forças dão origem a circunstâncias que conduzem a modificações da Constituição, seja por emenda formal, seja por intermédio de uma decisão judicial, ou pelo desenvolvimento ou criação de algum uso ou convenção de natureza constitucional"⁵.

Não é diferente a posição de Pinto Ferreira que, resumindo e assumindo entendimento de mestres, tais como Jellinek e Cushman, lembra que "a mudança constitucional pode ser uma mudança material (mediante os costumes, interpretação judicial, os estatutos) ou formal, sendo chamada de reforma constitucional neste último caso"⁶.

A rigor, a reforma constitucional pode se dar de duas maneiras distintas: formal e informal. Na primeira, necessariamente há mudança no texto constitucional. Na segunda, usa-se a interpretação para suprir a mudança literal da lei. Assim é o que acontece, por exemplo, quando uma lei institui

3 - J.H.Meirelles Teixeira, ob. Cit., pág.72.

4 - Cf. Paolo Biscaretti di Ruffia & Stefan Rozmaryn, "la constitution comme loi fondamentale dans les états de l'Europe Occidentale et dans les états socialistes", Turin, Institut Universitaire d'Études Eurpéennes, 1996, pág.60.

5 - Cf. Karl C Wheare, "Modern Constitutions", London, Oxford University Press, 1973, pag.77. Da ação desses processos, salienta o Autor, depende "a vida e a flexibilidade, o enraizamento e a força de uma Constituição"

6 - Cf. Luis Pinto Ferreira, "Da constituição", 2ª ed., Rio de Janeiro, José Konfino, 1956, pág. 102. Cf., também, do autor, "Princípios gerais do direito constitucional moderno", ob. Cit., pág.159. Nesta obra o Autor menciona quatro processos de mudança constitucional: a) o desenvolvimento pela lei; b) a transformação pelo processo de interpretação judicial; c) a alteração pelos costumes e usos políticos; e d) a modificação formal da Constituição.

2 - Cf. "Teoría de la Constitución", trad. Por Alfredo Gallego Anabitarte, 2ª ed, Barcelona, Ariel, 1976, pág. 218.

um tributo e cobra-o antes do exercício financeiro. Nesse caso não é preciso revogar a lei, basta condicionar sua eficácia ao exercício financeiro seguinte.

São, pois, as mudanças constitucionais, não decorrentes de atuação formal do poder de revisão constitucional, uma realidade na vida constitucional dos Estados, que não pode ser ignorada⁷.

Autores há que apontam essa modalidade de mudança constitucional como forma de coibir ou diminuir reformas contínuas que produzem, muitas vezes, contradições quanto aos princípios essenciais estabelecidos pelo Constituinte originário.

Pelo especial interesse que vem despertando o estudo das alterações não formais da Constituição, convém fazer a distinção entre reforma constitucional e mutação constitucional: a primeira consiste nas modificações constitucionais reguladas no próprio texto da Constituição (acréscimos, supressões, emendas), pelos processos por ela estabelecidos para sua reforma; a segunda consiste na alteração, não da letra ou do texto expresso, mas do significado, do sentido e do alcance das disposições constitucionais, através ora da interpretação judicial, ora dos costumes, ora das leis, alterações essas que, em geral, se processam lentamente, e só se tornam claramente perceptíveis quando se compara o entendimento atribuído às cláusulas constitucionais em momentos diferentes, cronologicamente afastados um do outro, ou em épocas distintas e diante de circunstâncias diversas.

A experiência constitucional demonstra que a expressão mutação constitucional, ou seja, os processos não formais de mudança constitucional, não é empregada uniformemente pela doutrina, abrigando a um só tempo, dois tipos ou espécies diferentes de mutações: as que não violentam a Constituição, isto é, aquelas que, se confrontados por qualquer meio de controle, particularmente pelo jurisdicional, não sofrerão o vício da inconstitucionalidade, e as mudanças constitucionais que contrariam a Constituição e que, num confronto com a Lei Fundamental, não devem subsistir.

No primeiro grupo, incluem-se as interpretações jurisdicionais que dão sentido renovado à letra constitucional. No segundo grupo são a lei

7 - Significativo o número de constitucionalistas, pátrios e estrangeiros, que reconhecem o fenômeno. Para exemplificar, mencionem-se, dentre outros: Karl Loewenstein, *ob. Cit.*, págs. 199 e segs.; Georges Burdeau, "Traité...", *ob. Cit.*, págs. 211 e segs.; José Joaquim Gomes Canotilho, "Direito Constitucional", Coimbra, Almedina, 1977, pág. 250; Luís Pinto Ferreira, *ob. Cit.*, pág. 159-9; J.H. Meirelles Teixeira, *ob. Cit.*, págs. 70 e segs.

integrativa inconstitucional, o costume contra constitutionem, etc.

Neste trabalho, adotamos a expressão mutação constitucional somente para todo e qualquer processo que altere ou modifique o sentido, o significado e o alcance da Constituição sem contrariá-la; as modalidades de processos que introduzam alteração constitucional, contrariando a Constituição, ultrapassando os limites constitucionais fixados pelas normas, enfim, as alterações inconstitucionais serão designadas como mutações inconstitucionais.

A mutação constitucional altera o sentido, o significado e o alcance do texto constitucional sem violar-lhe a letra e o espírito. Essa característica fundamental da noção de mutação constitucional é que merece ser ressaltada. Trata-se de mudança constitucional que não contraria a Constituição e que, indireta ou implicitamente, é acolhida pela Lei Maior.

Em síntese, as transformações ocorridas na interpretação constitucional denominadas mutações constitucionais constituem processos informais que alteram e modificam o sentido, o significado e o alcance da Constituição sem contrariá-la, enquanto as chamadas de inconstitucionais caracterizam-se por procedimentos que ultrapassam os limites da interpretação e produzem resultados hermenêuticos incompatíveis com os princípios estruturais da lei fundamental. Tornam-se verdadeiras rupturas, mutações constitucionais silenciosas e revisões que se traduzem na existência de uma realidade constitucional inconstitucional.

Sob essa perspectiva, pode-se dizer que a constante adequação das normas aos fatos apresenta-se como requisito *sine qua non* da própria efetividade do direito, que só funciona na medida em que se mantém sintonizado com a realidade social, da qual emerge e sobre a qual atua.

Processo direto ou formal será usado para indicar a alteração constitucional produzida por reforma constitucional, obra do Poder Constituinte Derivado, em qualquer de suas modalidades ou formas, e processo indireto, não formal ou informal, para designar todo e qualquer meio de mudança constitucional não produzido pelas modalidades organizadas de exercício do Poder Constituinte Derivado.

Se é verdade que novas acepções atribuídas a um mesmo termo equivalem à criação de novos termos, então parece lícito concluir que quando os juízes e tribunais emprestam sentidos novos a um mesmo enunciado normativo, em verdade estão a produzir novos enunciados, embora mantendo inalterada a sua roupagem verbal.

Sempre que se atribui à Constituição sentido novo, quando, na aplicação, a norma constitucional tem caráter mais abrangente, alcançando situações, comportamentos ou fatos não considerados anteriormente e nem por ela disciplinados, sempre que, ao significado da norma constitucional, se atribui novo conteúdo, em todas essas situações se está diante do fenômeno da mutação constitucional. Se essa mudança de sentido, alteração de significado, maior abrangência da norma constitucional são produzidas por via da interpretação constitucional, então se pode afirmar que a interpretação constitucional assumiu o papel de processo de mutação constitucional.

Com propriedade, demonstra Paulo Bonavides o caráter de processo de mutação constitucional atribuído à interpretação constitucional: "O emprego de novos métodos da hermenêutica jurídica tradicional fez possível uma considerável e silenciosa mudança de sentido das normas constitucionais, sem necessidade de substituí-las expressamente ou sequer alterá-las pelas vias formais de emenda constitucional". E acrescenta: "Excluída a via excepcional do golpe de Estado ou do apelo extremo aos recursos revolucionários, a ordem constitucional, quando se lhe depara o imperativo de renovação a que se acha sujeita, pode perfeitamente atender a essa necessidade por três caminhos normais: o estabelecimento de uma nova Constituição, a revisão formal do texto vigente e o recurso dos meios interpretativos". Mais adiante, conclui: "mediante o emprego dos instrumentos de interpretação logram-se surpreendentes resultados de alteração do sentido das regras constitucionais sem que todavia se faça mister modificá-las o respectivo teor"⁸.

Com igual veemência, registra Pinto Ferreira: "muito se desenvolve e modifica a Constituição mediante a influência da interpretação constitucional, bastando citar, entre nós, a manifestação de Ruy Barbosa: "Ninguém ignora o papel da interpretação judiciária na evolução do direito escrito. Sobre a letra, fixada nos textos, passa a autoridade dos arestos, que os filtra, os decompõe, os alui. O juiz, pela sua colaboração contínua, exerce uma função de cooperador e modificador da obra legislativa. A jurisprudência, obra sua, altera insensivelmente o direito positivo".

A mutação constitucional por via interpretativa não atinge a letra da Constituição; também, não altera o conteúdo positivado expressamente da norma constitucional. Apanha, porém, o significado, o sentido ou alcance das disposições constitucionais.

A mudança da letra do texto constitucional, nas Constituições rígidas, somente se admite decorrente de reforma, mediante processo previsto na própria Constituição.

Partindo-se do pressuposto de que as Constituições rígidas têm sua supremacia assegurada por controle de constitucionalidade, toda mudança da letra constitucional, por processo que desborda o previsto no texto, não prevalece, por inconstitucional.

A mutação constitucional por via interpretativa é perceptível numa das situações seguintes:

- a) quando há um alargamento do sentido do texto constitucional, aumentando-se-lhe, assim, a abrangência para que passe a alcançar novas realidades;
- b) quando se imprime sentido determinado e concreto ao texto constitucional;
- c) quando se modifica interpretação anterior e se lhe imprime novo sentido, atendendo à evolução da realidade constitucional;
- d) quando há adaptação do texto constitucional à nova realidade social, não prevista no momento da elaboração da Constituição;
- e) quando há adaptação do texto constitucional para atender a exigências do momento da aplicação constitucional;
- f) quando se preenche, por via interpretativa, lacunas do texto constitucional.

Fixada, em linhas gerais, a caracterização da interpretação constitucional enquanto processo de mutação constitucional, cabe acentuar, diante de quanto foi exposto, que a interpretação constitucional representa importante instrumento ou meio de mutação constitucional.

Uma Constituição existe, realmente, quando é aplicada e cumprida e, para tanto, não se pode afastar da realidade.

O meio mais seguro, sem dúvida, para manter a Constituição como permanente reflexo da realidade é a emenda formal; o texto formal da Constituição capta o momento, as circunstâncias presentes à época da elaboração; se estas mudam, se os tempos mudam, as Constituições também devem mudar.

8 - Paulo Bonavides. Curso de Direito Constitucional, 8ª ed., Malheiros, São Paulo, 1998

Porém, nem sempre as reformas constitucionais podem ocorrer com a frequência desejável ou necessária. Por outro lado, nem sempre as mudanças são substanciais, a ponto de exigirem alteração no texto constitucional.

Dáí o recurso a outros meios, entre os quais a interpretação constitucional.

Acentua Loewenstein: "Uma Constituição é tanto melhor, quanto com mais facilidade permite efetuar modificações na estrutura social, sem modificações da mecânica do processo político".

Como a atividade interpretativa da Constituição se desenvolve em torno de enunciados abertos, indeterminados e polissêmicos, como são as normas constitucionais, prescinde de reforma constitucional, cada vez que se verificar mudanças sociais ou a cada crise constitucional.

Oportuno seria ressaltar que não pretendemos descaracterizar a atuação do Poder Constituinte Derivado. Este deverá reformar a Constituição em circunstâncias especiais de convulsões sociais e crises constitucionais violentas, não resolúveis pela interpretação.

BIBLIOGRAFIA BÁSICA CONSULTADA

- BACHOF, Otto. "Normas Constitucionais Inconstitucionais?" - trad. De José Manoel e M. Cardoso da Costa, Coimbra, Atlântica Ed., 1977
- BONAVIDES, Paulo - "Ciência Política", 10ª ed., São Paulo, Malheiros, 1999.
- BANDEIRA DE MELO, Oswaldo Aranha. "A Teoria das Constituições rígidas", 2ªed., São Paulo, J. Bushatsky, 1980
- BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. "Diritto Costituzionale: istuzioni di diritto público", 10ªed., Napoli, Jovene, 1974
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. "Processos informais de mudança da Constituição", 1ªed., 1986, Ed. Max Limonard
- MAXIMILIANO, Carlos. "Comentários à Constituição Brasileira", 5ª ed., Rio de Janeiro, Jacinto Ribeiro dos Santos, 1918
- PINTO FERREIRA, Luís. "Da Constituição", 2ªed., Rio de Janeiro, J. Konfino, 1956
- RAMÓN REAL, Alberto. "Los métodos de interpretación constitucional", RDP, São Paulo, 53/54:50-7, 1980.
- RODRIGUES, Leda Boechat. "A Corte Suprema e o direito constitucional americano", Rio de Janeiro, Forense, 1958
- TEIXEIRA, J. H. Mcirelles. "Apostilas de direito constitucional", São Paulo, FADUSP, 1961, Mimeo
- WHEARE, Karl C. "Modern Constitutions", London, Oxford University Press, 1973.

CONSIDERAÇÕES SOBRE O PROBLEMA DA HIERARQUIA ENTRE AS NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS NO SISTEMA FEDERATIVO BRASILEIRO

Reflexões sobre a Lei Municipal

Vanêsa Buzelato Prestes

Procuradora do Município de Porto Alegre

Uma das questões mais relevantes do sistema federativo brasileiro é a compreensão quanto à hierarquia entre as leis. Erroneamente, é do senso comum a idéia de que a lei federal prepondera sobre a lei estadual e esta sobre a lei municipal, v. g., sendo que tal raciocínio resulta externado tanto em interpretações, quanto em ações judiciais. Aliás, a tradição do nosso federalismo é centralizadora, sendo que o reflexo são legislações de origem da União disciplinando as matérias amiudadamente. De outra parte, estados e especialmente os municípios, esperam da União esta ação centralizadora e resolutora das questões, fortalecendo sobremaneira esta característica do Estado Federal Brasileiro.

Diante deste contexto, é imprescindível compreender a questão da hierarquia das leis no Brasil, especialmente, para os operadores do direito municipal que assumem o desafio de criar, implementar, executar e atribuir consecução prática às políticas públicas que vem sendo municipalizadas. Neste sentido, é objeto deste estudo o exame quanto à hierarquia das normas infraconstitucionais¹, tanto no que se refere à espécie de lei (complementar, ordinária), bem como quanto à hierarquia entre as leis editadas pelos entes federativos e a relação destas com as leis complementares.

Para efeito de estudar o assunto, cabe estabelecer alguns pressupostos do raciocínio a ser desenvolvido, os quais orientam o trabalho e a pesquisa

1 - Conforme cita José Afonso da Silva, Aplicabilidade das Normas Constitucionais, 2ª edição, 1982, p. 227), Pontes de Miranda comentando o art. 22 da Emenda Parlamentarista, na obra Comentários à Constituição de 1946, p.184, Tomo VIII, Suplemento I, 1962, dizia que as regras jurídicas das leis complementares são de direito constitucional. No entanto, no âmbito deste trabalho, sem desconhecer esta posição, já partimos do pressuposto de que as leis complementares são infraconstitucionais.

ora elaborada. O primeiro deles é situar o tema no sistema constitucional² no qual está inserido. Significa verificar previamente se (a) a forma de governo é Monarquia ou República, (b) se o sistema de governo é presidencialista ou parlamentarista e (c) se o Estado é federativo ou unitário e, em sendo federativo, que entes compõem a federação. O segundo é interpretar a existência ou não de hierarquia das normas infraconstitucionais a partir do sistema constitucional no qual a norma está inserida³. E o terceiro é analisar o tema à luz do que dispõe a nossa Constituição de 1988.

Estes denominados pressupostos já dão conta de um aspecto fundamental para a compreensão e interpretação do assunto, qual seja: a fonte de toda lei, seja ela emanada por qualquer dos entes federativos, complementar, ordinária, delegada, decreto legislativo ou resolução, é a mesma. Todas elas decorrem e devem observância à Constituição.

A CONSTITUIÇÃO DO BRASIL DE 1988

O Brasil é uma República Federativa, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal⁴. O sistema constitucional vigente, portanto, estabelece que vivemos em uma República Federativa Presidencialista⁵, composta pela União, Estados, Municípios e Distrito Federal. A partir desta constatação precisamos analisar as implicações decorrentes.

A adoção de um modelo federativo enseja a autonomia recíproca entre os entes que compõem a Federação. Existe igualdade jurídica entre os entes federativos⁶, à medida em que cada qual atua no âmbito da competência que lhe está atribuída na Constituição Federal. A definição quanto à área material de atuação decorre, pois, da própria Constituição ao estabelecer as

2 - O sistema constitucional é utilizado como sinônimo de fonte de validade do restante, consoante preconiza o sistema de fontes (estudo do fundamento de validade e da hierarquia entre as fontes de direito). Para aprofundar ver J.J. Canotillo, Direito Constitucional

3 - Esta parece uma conclusão lógica. Todavia, o debate doutrinário sobre o tema dá conta da necessidade de fazer este alerta. Isto porque, as leis complementares são similares à leis orgânicas de origem francesa e, caso transposto para o direito brasileiro da forma como funciona na França, podemos incorrer em equívocos.

4 - Art. 1º Constituição Federal.

5 - O sistema de governo presidencialista foi decidido em plebiscito realizado em 21/04/93, em cumprimento ao que dispôs o art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal.

6 - Geraldo Ataliba. Regime Constitucional e Leis Nacionais e Federais, RDP 53-54, p. 59 e segts.

competências dos entes federativos⁷. A competência é a parcela de poder que cada ente federativo tem para dispor ou atuar. Por isso, é que a doutrina de modo geral, como cita Fernanda Dias Menezes de Almeida⁸, encara a repartição de competências como a "chave da estrutura do poder federal", o "elemento essencial da construção federal", a "grande questão do federalismo", o "problema típico do Estado Federal". A autora na mesma obra citada, a propósito das competências no Estado Federal, assim se manifesta:

Levando a comparação para outro ramo do Direito, diríamos ainda que a competência equivale à capacidade do Direito privado, isto é, ao poder de praticar atos jurídicos. De fato, no caso da organização federativa, atribuir competência à União e aos estados significa capacitá-los para o exercício dos poderes que a cada um incumbe nos termos da Constituição.

José Afonso da Silva⁹, assim define competência:

Competência é a faculdade juridicamente atribuída a uma entidade, ou a um órgão ou agente do Poder Público para emitir decisões. Competências são as diversas modalidades de poder de que se servem os órgãos ou entidades estatais para realizar suas funções.

A conceituação e a clara compreensão do que seja competência constitucional e das competências definidas na Constituição de 1988 é imprescindível para interpretarmos a questão decorrente da hierarquia das leis. Isto porque, a hierarquia das leis deve ser interpretada a partir da noção de competência para edição do respectivo diploma legal e está intimamente vinculada à noção de supremacia da Constituição. Para melhor esclarecer o tema nos socorremos da lição da prof^a Hilda de Souza¹⁰, que assim se manifesta:

Ainda é de frisar que, do elenco de espécies normativas do art.59, apenas as Emendas constitucionais, "manifestação do poder constituinte derivado, isto é, normas constitucionais elaboradas pelo Congresso Nacional como titular do poder constituinte derivado e não propriamente manifestações da função legislativa, são hierarquicamente superiores às demais, as quais encontram-se todas no mesmo plano segundo o princípio da supremacia das normas constitucionais sobre todas as demais, integrantes do sistema jurídico pátrio, diferenciando-se hierarquicamente uma das outras pelo critério de competências atribuído às diversas entidades federadas pela própria Constituição e na esfera de cada um destes entes. (grifamos)

7 - Na Constituição as competências estão elencadas nos arts.21 e 22 da União, art 25 dos Estados e 30 dos Municípios, sem prejuízo de outras definidas ao longo do texto constitucional

8 - Competências na Constituição de 1988, ed. Atlas, 1991, p. 38.

9 - José Afonso Silva; Curso de Direito Constitucional Positivo, 6ª edição, São Paulo, RT, 1990

10 - Processo Legislativo - Linhas Jurídicas Essenciais, Porto Alegre, Editora Sulina, 1998, p.52

rarquicamente superiores às demais, as quais encontram-se todas no mesmo plano segundo o princípio da supremacia das normas constitucionais sobre todas as demais, integrantes do sistema jurídico pátrio, diferenciando-se hierarquicamente uma das outras pelo critério de competências atribuído às diversas entidades federadas pela própria Constituição e na esfera de cada um destes entes. (grifamos)

Não há, pois hierarquia entre leis editadas pela União, Estados e Municípios. O que há, são competências atribuídas constitucionalmente a cada ente federativo.

LEI E FEDERAÇÃO: LEI FEDERAL, LEI ESTADUAL E LEI MUNICIPAL

Conforme demonstrado, em uma Federação não existe hierarquia das leis, decorrente do ente federado que as editou, pois não há hierarquia entre os entes federativos.

Na prática podem ocorrer conflitos, os quais devem ser resolvidos pelo critério da competência, ou seja, verificando se o ente federativo legisla sobre matéria que lhe fora atribuída pela Constituição Federal, sem adentrar em matéria de outro ente federativo. Discorrendo sobre o tema Hilda de Souza¹¹ diz que *é o grau em que são exercidas as competências legislativas que dará à lei a sua posição hierárquica, de modo que se um município exerce competência legislativa sobre matéria de sua competência exclusiva, esta jamais será uma lei inferior às leis federais da mesma espécie.*

O problema aparentemente teórico se elucida ao analisarmos exemplos práticos, os quais, aliás, não são poucos em nossa legislação infraconstitucional. A tradição brasileira sempre foi de regulamentação federal das matérias, decorrente da excessiva centralização¹². Para melhor compreensão do tema analisemos alguns exemplos.

É competência da União a edição de normas gerais de licitações e contratos, a teor do que dispõe o art.22, inc. XXVII da Constituição Federal.

11 - Obra citada nota 8, p. 74

12 - Esta tendência pode estar vinculada à introdução do federalismo no Brasil que ocorreu por intermédio de Rui Barbosa e de cima para baixo (prof. Andréas Krell, aula ministrada no Curso de Especialização em Direito Municipal - ESDM/Faculdade Ritter dos Reis, junho 1999

Todavia, a Lei Federal 8666/93 extrapola a edição de normas gerais sobre o tema, adentrando em matéria local, pois ao mesmo tempo em que cria normas principiológicas que podem valer em todos os locais do Brasil, sem adentrar em casos concretos (conceito sintético de norma geral), legisla estabelecendo procedimento. O art. 21, inc. II, p. exemplo, ao dispor sobre a publicação dos avisos extrapola o regramento geral, impondo condutas aos Municípios, determinando que os editais sejam publicados no Diário Oficial da União. Ora, uma série de Municípios contam com Diário Oficial próprio ou com outras formas de veiculação. A regra geral é a publicidade. O como este postulado vai ser operacionalizado é matéria atinente a cada ente federativo. O mesmo raciocínio se aplica ao art. 80 § 3º e ao art. 17, I, "b", o qual dispõe sobre bens imóveis¹³⁻¹⁴. Isto não significa que a lei 8666/93 é inconstitucional. Significa, isto sim, que há dispositivos nela inseridos que estão maculados pela inconstitucionalidade por não se tratar de norma geral. E, não é o fato da ementa da lei citar que está dispondo sobre normas gerais de licitações e contratos, regulamentando o dispositivo constitucional que legitima a introdução de dispositivos que excedam à norma geral¹⁵.

A Lei Federal 6766/79 é o diploma legal que dispõe sobre o parcelamento do solo urbano. Compila normas de natureza civil, administrativa, penal, registrária, sanitária e urbanística. As normas de direito civil, penal e registros públicos são de competência da União. Já as normas de natureza urbanística não são de competência exclusiva de um ente federativo, cabendo à União legislar sobre as normas gerais. A referida lei chega a dispor sobre tamanho de lote, largura das vias, aclive e declive para um loteamento. Considerando as dimensões de um país como o Brasil, a peculiaridade geográfica e de densidade populacional, já é possível deduzir que o tamanho do lote mínimo não pode ser o mesmo no Pará e em São Paulo. Ou a largura mínima de uma via do Rio de Janeiro ser a mesma de uma cidade do interior de Rondônia. Ora, há uma disparidade enorme que pre-

13 - Para aprofundar o tema veja a obra Licitação e Contrato Administrativo, Carlos Ari Sundfeld, editora Malheiros, 1994, p.28

14 - O STF já se manifestou sobre o tema na ADIn 927-3, movida pelo Estado do Rio Grande do Sul, decidindo, liminarmente, pela suspensão da aplicação a Estados, Distrito Federal e Municípios da expressão "permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da Administração Pública de qualquer esfera de governo".

15 - As normas extraídas são exemplificativas. Pode haver na lei outros dispositivos inconstitucionais, até porque o objeto do presente trabalho não é a identificação das mesmas.

16 - Para aprofundar o tema ver artigo publicado na Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, Nº 31, 1994, sobre A Lei Federal 6766 e a Competência nas Constituições Brasileiras, de Vanêsa Buzelato Prestes.

cisa ser contemplada pela lei local que pode e deve ser editada atendendo a sua peculiaridade, não obstante em muitos casos ser diferente da lei federal. O plano diretor das cidades é que deve contemplar estes aspectos, considerando para tanto o interesse local¹⁷.

A Lei 8.069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente é outra Lei Federal que precisa ser interpretada à luz das competências constitucionais, pelo menos em dois aspectos pertinentes ao Conselho Tutelar. O primeiro deles diz com o número de conselheiros tutelares estabelecidos pela lei. O art. 132 estabelece que cada Município contará com, no mínimo, um Conselho composto por cinco conselheiros. Ora, a regra geral é ter Conselho. O número cinco é que adentra na esfera local. Municípios menores (com menos de mil habitantes) podem ter três Conselheiros, por exemplo, e a demanda ser atendida. Já Municípios maiores talvez precisassem um Conselho com mais membros para atuar em rodízio, em regime de plantão, pois podem funcionar ininterruptamente. Assim, o estabelecimento do número de conselheiros por Conselho extrapola a diretriz geral, que é o objeto da norma federal. Já o art.133 estabelece os requisitos à candidatura a membro do Conselho Tutelar¹⁷. Numa rápida leitura pode parecer que o artigo em comento esgota a possibilidade de legislar sobre o tema, vedando a ampliação dos requisitos respectivos. Todavia, compreendendo o sistema constitucional veremos que os Municípios podem e devem legislar sobre o assunto, pois os Conselhos Tutelares se constituem em serviço público municipal, cuja competência para organização é do Município, e o interesse local pode dar conta da necessidade da ampliação dos requisitos, tal como exigência de trabalho com criança e adolescente, nível superior, entre outros. A regra geral estabelecida pelo Estatuto se constitui em requisitos mínimos aplicáveis em todos o país. No âmbito local, os Municípios podem e devem ampliar os requisitos para o exercício do *munus* público de conselheiro tutelar, com base no interesse local.

Ainda, releva abordar rapidamente a questão atinente ao interesse local (art. 30, I) da Constituição Federal. A delimitação material da competência constitucional dos municípios encontra guarida nesta dicção - interesse local - . Assim, assume importância a definição dos limites deste tema, pois em última instância estaremos discutindo o que pode e o que não pode o Muni-

17 - Art. 133 -

I - reconhecida idoneidade moral;

II - idade superior a vinte e um anos;

III - residir no Município.

cípio legislar e o que colide ou não com as normas federais e estaduais existentes sobre o assunto. É o caso da polêmica com as instituições bancárias a respeito da obrigação de construir banheiros, colocar câmeras de vídeo e portas de segurança nas agências para evitar os constantes assaltos, estabelecer punição para o serviço bancário que deixe o usuário na fila por mais de trinta minutos¹⁸. Isto é ou não competência dos Municípios? Legislar sobre este tema fere a norma federal atinente a regulamentação das instituições bancárias? Esta polêmica está em debate e em seu bojo discute-se o conceito de interesse local. Sem aprofundar o tema, temos que a Lei municipal não se subordina a lei federal porque legisla sobre matéria que diz respeito à vida do munícipe, às regras de segurança dos prédios de acesso ao público, à disciplina do comércio e da prestação dos serviços. A matéria regulada pelo Município não se refere ao disciplinamento de matéria financeira ou ao funcionamento das instituições financeiras, cuja competência é da União¹⁹. O disciplinamento destas matérias depende da peculiaridade local, não sendo regra que se aplica a todos os Municípios indistintamente. Evidentemente que as necessidades e o regramento da vida em sociedade em um Município de 1.000 (mil habitantes) é diferente daqueles com mais de 1.000.000 (um milhão de habitantes). No Brasil, temos municípios com quatrocentos habitantes e São Paulo com mais de dez milhões de habitantes. Disto decorre que o interesse local não pode ser idêntico em todos os municípios. (negrito do editor)

A reflexão sobre a competência municipal comportaria um trabalho à parte. Todavia, somente para demonstrar a praticidade do tema e a necessidade de refletir sobre a questão da hierarquia das leis federais, estaduais e municipais a partir do conceito de competência, trazemos à colação mais três decisões do Supremo Tribunal Federal, as quais dão conta de interpretações como proposto, sendo os casos relativos a competência em matéria de mão de inversão, mesmo na hipótese de Município inserido em região metropolitana, ainda regulamentação no âmbito municipal do funcionamento das farmácias e, por fim, o exercício do poder de polícia municipal mesmo sobre o funcionamento de serviço federal monopolizado, a saber:

18 - Deixamos de citar o horário bancário porque a abordagem precisaria ser mais profunda e não apenas exemplificativa, dado aos precedentes do STF

19 - O STF examinando o RE 208383/SP, Relator Ministro Néri da Silveira, recorrente FEBRABAN e recorrido Prefeitura Municipal da Estância Balneária de Caraguatatuba e outro, decidiu que "a competência fiscalizadora é municipal, quando esta limita-se a disciplinar assunto de interesse local relativo à adequação de estabelecimentos bancários para melhor prestação de serviços "a coletividade". A regra municipal exigia instalação de banheiros públicos (decisão de 05 de maio de 1999)

Trânsito. Competência. Município. Mão de direção (inversão). C.F., art. 15, II, B.1. A regulamentação urbana de trânsito, inclusive na fixação de mão de direção, diz com o peculiar interesse do Município, resguardada em sua autonomia pela norma constitucional.

2. A faculdade conferida à união pelo art. 164 da Constituição, de estabelecer, mediante lei complementar, regiões metropolitanas, não interfere com a disciplina do trânsito local. Recurso extraordinário conhecido e provido²⁰ (RE 98588/RJ, Relator Ministro Rafael Mayer, julg. 17/0683)

Taxa Municipal de Licença. Alvará de Localização de Estabelecimento pertencente a empresa pública federal, expedido por município. Exercício do poder de polícia do Município. Empresa Brasileira de Correio e Telégrafos (ECT). Instalação de agências postais. Pretensão da ECT a não recolher a taxa municipal exigida para a expedição de alvará de localização de agência postal. Não se enquadra a hipótese nos limites da imunidade tributária recíproca no art. 19, III letra "a", da Constituição, em face da súmula nº 324 e da natureza da entidade, que é empresa pública. Não ampara a pretensão da ECT o disposto no art. 12, do Decreto-lei nº 509/1969. Constituição arts. 15, II, letra "a" e 18, I. O exercício do poder de polícia pelo Município, no caso, emerge de sua competência constitucional, compreendida no peculiar interesse da administração local. A expedição de alvará, para localização de quaisquer estabelecimentos, corresponde ao controle, legitimamente exercido pelo Município sobre o ordenamento urbano, as atividades e interesses da comunidade. Não procede a alegação de que o exercício do poder de polícia pelo Município poderia comprometer o funcionamento do serviço federal monopolizado, que a ECT desempenha. Se ocorrer abuso ou desvio de poder da autoridade municipal, no exercício do poder de polícia, a ordem jurídica dispõe de remédio eficaz a repará-lo. Segurança denegada. Recurso extraordinário não conhecido²¹. (RE-90470/PB, Relator Ministro Cordeiro Guerra, julg. 10/12/81).

20 - Veja-se que a decisão é anterior à Constituição de 1988 e mesmo não sendo o Município ente federativo sob a égide da Constituição anterior já lhe eram reconhecidas competências próprias.

21 - Acórdão no mesmo sentido do colocado na nota 19. Saliente-se que até hoje alguns prédios públicos não querem se submeter a polícia de edificações municipais, sob argumento de pertencer a outro ente federativo. Ainda, no que pertence ao tombamento de bens também se discute quanto a possibilidade dos Municípios tombarem bens de outras esferas federativas. Entendemos que, presentes as características ensejadoras do tombamento, não interessa a quem pertence o mesmo, inclusive se for do Estado ou da União. Foi o caso do tombamento do cais do porto de Porto Alegre feito pelo Município.

Recurso extraordinário. Farmácia. Lei Municipal nº 8.794/78 e normas administrativas que disciplinam o horário de funcionamento e o sistema de plantão nos fins de semana. Competência do Município para assuntos de seu interesse: art. 30, I da Constituição Federal. Alegação de afronta aos princípios da isonomia, da livre iniciativa, da livre concorrência e ao direito do consumidor. Inexistência.

1. Os Municípios têm autonomia para regular o horário do comércio local, desde que não infringam leis estaduais ou federais válidas, pois a Constituição Federal lhes confere competência para legislar sobre assuntos de interesse local.
2. *Afronta aos princípios constitucionais da isonomia, da livre iniciativa, da livre concorrência e ao direito do consumidor. Inexistência. Ao Governo Municipal, nos limites da sua competência legislativa e administrativa, cumpre não apenas garantir a oferta da mercadoria ao consumidor, mas, indiretamente, disciplinar a atividade comercial, e, evitando a dominação do mercado por oligopólio, possibilitar ao pequeno comerciante retorno para as despesas decorrentes do plantão obrigatório.*
3. *Farmácias e drogarias não escaladas para o cumprimento de plantão comercial. Direito de funcionamento fora dos horários normais. Inexistência em face da lei municipal que disciplina a matéria.*

Recurso extraordinário conhecido e provido. (RE-174645/SP, Relator Ministro Maurício Correa, julg. 17/11/97)

Tais excertos dão conta da necessidade de aprofundar a reflexão dos temas, produzir trabalhos sobre o assunto, bem como qualificar os nossos municípios para o exercício da competência municipal, a fim de melhor resolver os problemas da comunidade. A descentralização e a subsidiariedade são princípios da Federação. Os Municípios como entes federativos precisam assumir-se enquanto tal, superando os obstáculos decorrentes da excessiva centralização que caracteriza o Estado Federal brasileiro.

Ainda, cabe frisar que a constatação que um dos entes legislou sobre matéria que não é da sua competência gera um conflito de constitucionalidade. Esta consequência é importante porque tratando-se de controle de constitucionalidade o procedimento a ser adotado é usar a via da ação direta (controle concentrado) ou o controle difuso, no âmbito da ação judicial respectiva como pedido incidental de declaração de inconstitucionalidade da lei. Em se tratando de ilegalidade o procedimento é outro, não cabendo a arguição direta.

Para finalizar, novamente trazemos à colação excerto da obra da Profª Hilda de Souza²², o qual, em nosso entender, conclui e sintetiza a questão debatida:

Assim é que uma lei ordinária municipal pode ser hierarquicamente superior a uma lei ordinária federal ou uma lei complementar estadual poderá suplantar a mesma espécie normativa editada pelo Congresso Nacional. Completando a idéia, vale dizer que cada esfera federada dispõe de um sistema normativo hierarquizado dentro da respectiva esfera, pautado pelas respectivas cartas políticas, articulado no sistema jurídico nacional pela hierarquia estabelecida através da atribuição de competências, o que permite que uma lei ordinária municipal, versando matéria de competência constitucionalmente atribuída ao município, seja superior a uma lei ordinária federal.

LEI COMPLEMENTAR E LEI ORDINÁRIA

Conforme já dito, a doutrina tem debatido há tempo a polêmica sobre a natureza da lei complementar e a sua incidência sobre as demais leis, especialmente a ordinária. Discute-se a existência de degraus normativos²³ entre as normas infraconstitucionais.

A primeira tese doutrinária é da existência de relação hierárquica entre as leis complementares e as leis ordinárias. Os que sustentam esta tese socorrem-se do direito francês, uma vez que as nossas leis complementares são similares às leis orgânicas daquele sistema jurídico e lá as leis orgânicas são um *tertium genus* interposto entre a lei ordinária e a Constituição e suas emendas. Aduzem ao argumento do direito comparado a exigência de maioria qualificada para sua aprovação. Entendem, portanto, que a lei complementar situa-se entre a Constituição e as leis ordinárias. A decorrência disto é que a lei ordinária fica sujeita à lei complementar, devendo fiel observância à mesma. No Brasil são defensores desta tese Manoel Gonçalves Ferreira Filho²⁴ e Néelson de Sousa Sampaio²⁵.

22 - Obra citada nota 10, p. 52

23 - Nelson de Sousa Sampaio, in *O Processo Legislativo*, 2ª edição, ed. Del Rey, 1996

24 - *Do Processo Legislativo*, editora Saraiva, 3ª edição, 1995, p. 237 e 238

"É de se sustentar, portanto, que a lei complementar é um *tertium genus* interposto, na hierarquia dos atos normativos, entre a lei ordinária (e os atos que têm a mesma força que esta - a lei delegada e o decreto-lei e a Constituição (e suas emendas))...

Em segundo lugar, a lei ordinária, o decreto-lei e a lei delegada estão sujeitos à lei complementar. Em consequência disso não prevalecem contra ela, sendo inválidas as normas que a contradisserem".

A segunda tese entende que as leis complementares têm a mesma fonte das demais, qual seja a Constituição Federal, a qual estabelece o âmbito material das áreas de competência. O fato de exigir *quorum* qualificado para aprovação da Lei Complementar decorre de um maior cuidado de que o legislador constituinte dotou determinadas matérias constitucionalmente discriminadas. No Brasil, são defensores desta tese Souto Maior Borges, Geraldo Ataliba, Vítor Nunes Leal, entre outros. Recentemente Hilda de Souza em obra já citada neste trabalho comungou deste mesmo entendimento.

Geraldo Ataliba, citando Souto Maior Borges é preciso na diferenciação, a saber:

Arrimado em Kelsen, sustenta Souto Maior Borges: "A relação de hierarquia supõe que uma norma retira a sua validade da conformação com outra norma. Diz-se, então que a primeira é uma norma subordinada, ou de grau inferior, e a segunda uma norma subordinante, ou de grau superior. A relação entre a norma subordinante e a norma subordinada, cuja criação é regulada pela norma subordinante, é uma relação de hierarquia, consistente num vínculo de supra e subordinação. A norma que determina a criação de outra norma lhe é superior ou supra-ordenada; a criada na conformidade dela, inferior ou subordinada. Essas normas, portanto, não guardam entre si uma relação de coordenação, mas subordinação hierárquica. Esse é o mais precioso significado do termo hierarquia e decorre da circunstância exaustivamente demonstrada por Kelsen de que o ordenamento jurídico é um sistema escalonado de normas; um sistema de normas jurídicas subordinadas em graus excessivos de hierarquia."

A pergunta que exsurge é a seguinte: compreendendo o significado de hierarquia na forma acima delineada, o nosso sistema constitucional comporta a existência da mesma entre leis complementares e ordinárias?

O próprio autor, ainda citando Souto Maior, segue respondendo:

Para logo, deve-se salientar que a existência desse pressuposto não se constata, em nosso sistema federal de governo, no tocante à legislação ordinária federal, estadual e municipal.

25 - Obra citada nota 22, p.65, a saber: "Em resumo, as leis complementares só tem acima delas a Constituição, enquanto as leis comuns estão abaixo desta e daquelas. As leis comuns podem incidir, portanto, em duas manifestações de inconstitucionalidade, a que chamariamos de primeiro grau e do segundo grau. Quando for contrariada a Constituição diretamente, teremos a inconstitucionalidade do primeiro grau. Quando se ferir lei complementar, a inconstitucionalidade será de segundo grau."

Ao contrário, a afirmação de que não há hierarquia entre leis ordinárias federais, estaduais e municipais representa, em todo rigor, um corolário, desdobramento ou inferência do princípio da isonomia das pessoas constitucionais."...

Dai deduz esse mestre a privatividade das áreas - definidas pelas matérias - da lei complementar e da lei ordinária, sem que isto implique qualquer hierarquia. Assim como a lei ordinária não prevalece no campo de lei complementar, esta não invade a área daquela. Lei Complementar que verse matéria de lei ordinária é lei ordinária para todos os efeitos.

A transcrição, apesar de extensa é oportuna, porque exprime a essência da questão, ou seja, a impossibilidade de existência de hierarquia entre as leis, exceto se decorrente do texto constitucional. Assim é que uma lei complementar prepondera se a Constituição Federal contemplar a hipótese, sendo assim a sua fonte de validade. Do contrário, não havendo fonte constitucional, de nada adianta designar como lei complementar, inclusive submetendo a *quorum* qualificado a sua votação, porque não irá preponderar enquanto lei complementar. Isto é o que significa a dicção "lei complementar que verse sobre matéria de lei ordinária é lei ordinária para todos os efeitos". Exemplo disso, são as leis complementares às Leis Orgânicas Municipais²⁷. Estatuto de Funcionários Públicos são geralmente leis complementares. Todavia, a Constituição Federal não previu que essa matéria fosse regulada por lei complementar²⁸. Destarte, os Tribunais têm entendido que

26 - José Afonso da Silva na 1ª edição (1967) no seu Aplicabilidade das Normas Constitucionais entendia que as leis ordinárias eram inferiores às leis complementares. Posteriormente, já na 2ª edição (1982), cita os trabalhos de Geraldo Ataliba e Souto Maior Borges, admitindo haver o que chamou competência *ratione materiae* (p. 232). Atualmente retornou ao primeiro entendimento, dizendo ter titubeado na 2ª edição da obra, e agora, afirmando posição no sentido da existência de hierarquia entre lei complementar e ordinária (3ª edição, 1998, p. 247, Malheiros).
27 - É polêmica a natureza jurídica da Lei Orgânica Municipal. Para alguns, são leis complementares que devem subordinar as demais leis municipais. Este conceito decorre da ausência do Município como ente federativo na Constituição anterior e da divergência quanto a existência ou não de competências próprias municipais. Sob a égide da Constituição de 1988 a questão parecia estar solvida, pois com os Municípios passando a integrar a Federação as Leis Orgânicas Municipais seriam as Constituições Municipais. No entanto, a polêmica continua, pois alguns doutrinadores não admitem a possibilidade de Municípios terem Constituições próprias. Em nosso entendimento as Leis Orgânicas são as Cartas Municipais, em simetria com as Constituições Estaduais.

28 - O STF, julgando RE-103808/SP, assim decidiu: "Servidores públicos. Transformação de cargos ou funções decorrentes da Lei Complementar Estadual Nº 318/83. A Constituição do Estado de São Paulo, ao exigir Lei Complementar para as normas que estabelecem o regime jurídico do funcionalismo público, não apenas cerceia a competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo para projeto de lei ordinária sobre esta matéria, mas lhe retira essa competência, uma vez que não admite que, por lei ordinária, se legisle sobre tal regime, em frontal oposição ao que a Constituição Federal determina em seu artigo 57, que é de observância obrigatória pelos Estados-membros, "ex vi" do art. 13, III". (Rel. Ministro Moreira Alves, julg. 05/12/84).

a legislação sobre estatuto de servidores públicos é matéria de lei ordinária, não obstante as Leis Orgânicas ou as Constituições Estaduais exigirem o quorum qualificado. Estas decisões encontram arrimo no entendimento de que o processo legislativo municipal deve seguir o modelo federal. Assim, se a Constituição não exige lei complementar para determinadas matérias não podem Estados e Municípios tratar de forma diferente, face ao princípio da simetria.

Ousamos discordar deste entendimento. Isto porque o que deve ser obrigatoriamente observado são as regras gerais atinentes ao processo legislativo, consubstanciados na iniciativa reservada, no princípio da independência e harmonia entre os poderes, no princípio democrático, que implica em não poder usurpar do sistema de freios e contrapesos matérias que não são inerentes às Constituições e as Leis Orgânicas, implicando, assim, em vício formal, na estrita observância das fases constitucionalmente previstas do processo legislativo. Contudo, a definição quanto a necessidade de quorum qualificado para determinadas matérias, até por serem mais importantes para determinados Estados e Municípios, não nos parece se constituir em afronta ao modelo federal, mas sim explicitação da preocupação local. Além deste, outros aspectos não nos parecem, fulminar o modelo federal, tais como prazos diferenciados para oposição de vetos, manifestação do legislativo quanto aos vetos, entre outras. Inobstante este entendimento, o Supremo Tribunal Federal vem reiteradamente se manifestando pela estrita observância ao modelo federal²⁹.

Ainda, cabe destacar que o Supremo Tribunal Federal, interpretando o modelo federal brasileiro, vem reiteradamente fulminando regras inseridas em Constituições Estaduais, mas cujo objeto de regulamentação deveria constar de lei, sujeita ao princípio democrático. É o caso de isonomia entre delegados, defensores públicos e outras carreiras como o Judiciário, por exemplo. Em algumas Constituições Estaduais consta esta regra. A matéria, ao ser submetida ao STF, vem sendo declarada inconstitucional por não ser matéria de Constituição, mas sim de lei sujeita às regras básicas do processo legislativo³⁰. O mesmo raciocínio se aplica à vinculação de receitas de impostos feita por intermédio de Constituições Estaduais, porque não é possível a destinação de verba orçamentária sem a iniciativa do Chefe do Poder Executivo³¹.

29 - ADIn-872/RS, ADIn 822/RS, ADIn 1060/RS

30 - ADIn 276/AL, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgamento 13/11/97; ADIn 430/DF, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julg. 25/05/94, RP 1393/AM, Relator Ministro Carlos Madeira, julg. 12/11/97

31 - ADIn 103/RO, Relator Ministro Sydney Sanches, julgamento em 03/08/95

Em se tratando de inconstitucionalidade das Leis Orgânicas a decisão compete ao Pleno do Tribunal de Justiça a que pertence o respectivo Município. No Rio Grande do Sul, seguindo a mesma linha do Supremo Tribunal Federal, o Tribunal já acolheu arguições de inconstitucionalidade de preceitos orgânicos que vincularam receitas além do disposto na Constituição Federal, bem como de normas orgânicas que dispuseram sobre regime jurídico do servidor público³².

Diante disso, constata-se que, efetivamente a interpretação dos Tribunais corrobora que inexistente hierarquia entre as leis emanadas de cada ente federativo. O que existe são campos materiais para edição das leis decorrentes da própria Constituição. Se assim não fosse, se sempre preponderasse a denominada lei maior, as inconstitucionalidades acima citadas não seriam declaradas. Constando na Constituição Estadual ou nas Leis Orgânicas Municipais seria garantia de que a norma deveria ser aplicada. Todavia, as Constituições Estaduais e as Leis Orgânicas Municipais compõem um sistema jurídico cujo fundamento de validade é o mesmo, qual seja a Constituição. Se o é para as Cartas Estaduais e Municipais, muito mais para as Leis Complementares, que devem e precisam ser editadas para regular as matérias que a Constituição Federal dispôs.

A lei ordinária, portanto, somente é refutada, nas hipóteses em que a Constituição Federal estabelecer a exigência de lei complementar para regular a matéria. Conseqüência disso, é que só cabe lei complementar no sistema de direito positivo brasileiro, quando formalmente reclamada a sua edição por norma constitucional explícita³³.

Muito mais poderia ser dito em matéria de hierarquia entre as leis. Contudo, o nosso objetivo foi chamar atenção e subsidiar aqueles que, como nós, cotidianamente se deparam com questões práticas, as quais, em última instância, são decorrência do debate teórico acima explicitado. Esperamos, pois, que estas breves reflexões sirvam de impulso para o aprofundamento do tema e a necessária afirmação da competência municipal, à luz da Constituição Federal, a qual possui força normativa e portanto, é dirigente³⁴.

32 - ADIn 590045456; ADIn 590045787 e ADIn 591059993; LOM de Panambi e de Arroio Grande - Jurisprudência TJRS, C-Íveis, 1993, V-1, T-8, P. 138-152

33 - Neste sentido STF AdIn-789/DF, Rel. Ministro Celso de Mello, julg. 26/05/94 Na declaração de inconstitucionalidade da Lei Federal 7.787/89 - contribuição social para administradores e autônomos - o fundamento da declaração de inconstitucionalidade foi o mesmo, ou seja, a necessidade de lei complementar para regular a matéria, face ao art. 195, § 4º, c/c inc. I, art. 154 da Constituição Federal (RE- 177774/AL, Rel. Ministro Marco Aurélio, julg. 09/08/94 e outros precedentes)

34 - Sobre o tema consultar Konrad Hesse, A Força Normativa da Constituição, Porto Alegre, 1991, Sérgio Antonio Fabris editor, traduzido por Gilmar Ferreira Mendes

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes, Competências na Constituição de 1988, editora Atlas, 1ª edição, São Paulo, 1991

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, Curso de Direito Constitucional, editora Almedina, 6ª edição, 1995

CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Emenda Constitucional N° 01 de 17 de outubro de 1969

Constituição de 1988

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, Do Processo Legislativo, editora Saraiva, 3ª edição, atualizada, São Paulo, 1995

HESSE, Konrad, A Força Normativa da Constituição, Porto Alegre, 1991, Sérgio Antonio Fabris Editor, tradução de Gilmar Ferreira Mendes

LEIS FEDERAIS:

8.666/93 - licitações e contratos administrativos

8.069/90 - estatuto da criança e do adolescente

6.766/79 - dispõe sobre o uso e a ocupação do solo urbano

SAMPAIO, Nelson de Sousa, O Processo Legislativo, editora Del Rey, 2ª edição revista e atualizada, Belo Horizonte, 1996

SILVA, José Afonso

Aplicabilidade das Normas Constitucionais, editora RT, 2ª edição, revista e atualizada, São Paulo, 1982

Curso de Direito Constitucional Positivo, editora RT, 6ª edição, 1990

SOUZA, Hilda, Processo Legislativo Linhas Jurídicas Essenciais, editora Sulina, 1ª edição, Porto Alegre, 1998

SUNDFELD, Carlos Ari, Licitação e Contrato Administrativo, editora Malheiros, 1ª edição, 1994

ARTIGOS:

Iniciativa de Lei Complementar de Normas Gerais de Direito Tributário

Geraldo Ataliba, RDP 71, p. 118 a 120

Regime Constitucional e Leis Nacionais e Federais

Geraldo Ataliba, RDP 53-54, p.58 a75

A Lei Federal 6766 e as Competências nas Constituições Brasileiras

Vanêsa Buzelato Prestes, Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul N° 31, 1994, p. 289 a 302 e Revista da Procuradoria Geral do Município de Porto Alegre N° 7, 1993, p. 27

O PAPEL DA JUSTIÇA ELEITORAL NA CONSOLIDAÇÃO DA DEMOCRACIA: ELEIÇÕES DE 1994-96.

Jânio Pereira da Cunha

José Valente Neto

Alunos do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza.

SUMÁRIO

1. Introdução.
2. A Evolução Político-Eleitoral do Brasil.
 - 2.1. Considerações Gerais.
 - 2.2. O Período Colonial.
 - 2.3. O Período Imperial.
 - 2.4. O Período Republicano.
3. A Ação de Impugnação de Mandato Eletivo.
 - 3.1. Origem.
 - 3.2. Natureza.
 - 3.3. Finalidade.
 - 3.4. Ilícitos Constitucionais: Fraude, Corrupção e Abuso do Poder Econômico.
 - 3.5. Nexo de Causalidade.
 - 3.6. Questões Afins: Prova, Prazo, Procedimento, Segredo de Justiça e Partes.
4. Caracteres dos Processos Judiciais Estudados.
 - 4.1. Quadro Geral dos Processos.
 - 4.2. As Prestações de Contas.
 - 4.3. Os Operadores Jurídicos.
 - 4.4. A Concretização Jurídica do Casuísmo Eleitoral.
5. À Guisa de Conclusão.
6. Bibliografia

"Não será difícil achar a semelhança entre uma eleição e uma mágica: avultam em ambas as visualidades e tramóias"

Machado de Assis

Citado por Cármen Lúcia Antunes Rocha no artigo "O Processo Eleitoral como Instrumento para a Democracia", in: Resenha Eleitoral - Nova Série (TRE - SC), Vol. 05, nº. 01, Jan./Jun., 1988.

1. INTRODUÇÃO

A feitura deste trabalho deve-se, em primeiro lugar, ao convite do Prof. Dr. Mattonio Mont'Alverne Barreto Lima aos autores, no sentido de se desenvolver uma pesquisa sobre o "Papel da Justiça Eleitoral na Consolidação da Democracia no Estado do Ceará", a qual recebeu o apoio financeiro do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) e do Programa de Iniciação Científica da Universidade de Fortaleza (PROBIC-UNIFOR). Esta investigação teve início no mês de setembro de 1999 e seu amadurecimento é atribuído, em grande parte, à orientação do professor citado que, com o escrúpulo científico que lhe é inerente, soube ensinar com distinta seriedade a importância de se preservar a nossa democracia, cuja estrutura, apesar de incipiente, é condição imprescindível para a concretização de uma sociedade livre, justa e solidária.

De forma mais precisa, até mesmo para atender aos requisitos da cientificidade, o campo de investigação restringiu-se à análise das ações de impugnação de mandato eletivo ajuizadas em referência às eleições de 1994 e 1996. Esta escolha ocorreu em virtude das ações impugnatórias pertinentes ao ano de 1998 não estarem transitadas em julgado. Como justificativa para o desenvolvimento deste trabalho está o fato de que, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, apenas uma delas, no Estado do Ceará, tenha sido julgada procedente¹, inobstante a existência em várias das ações analisadas e declaradas improcedentes, de elementos autorizadores da cassação de

1 - Trata-se do caso do Prefeito e Vice-Prefeito do Município de Ibicuitinga-Ce. A ação impugnatória foi impetrada perante o Juiz Eleitoral no dia 17.11.92, enquanto a sentença deste juiz absolvendo os promovidos foi proferida em 27.05.93. No que concerne ao recurso, este foi interposto em 30.11.93 no Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Ceará, o qual decidiu pela revisão da sentença, condenando os promoventes à perda dos seus mandatos. Em 22.06.95, o Tribunal Superior Eleitoral confirmou a decisão do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará. O processo tramitou nesta instância sob o nº. 93006312, classe IV. Ver, para uma análise dos principais casos clássicos de uso abusivo do poder econômico na história eleitoral do Estado do Ceará, Maria Eliete Maia: O Abuso do Poder Econômico no Processo Eleitoral do Ceará.

mandato eletivo previstos no art. 14, § 10, da Carta Republicana.

O trabalho foi estratificado em três partes essenciais. Num primeiro momento, discorremos a respeito da evolução político-eleitoral do Brasil, na perspectiva de se compreender os fatos históricos que decisivamente influenciaram o cenário atual do nosso ordenamento jurídico-eleitoral. Posteriormente, com o objetivo de se analisar os aspectos peculiares da ação de impugnação de mandato eletivo, abrangendo tanto a ótica jurisprudencial quanto a doutrinária, dissertamos sobre a sua origem, natureza, finalidade e outras questões afins. No desfecho do conteúdo propriamente dito desta pesquisa, tratamos de esmiuçar as várias circunstâncias (os principais conteúdos fático-jurídicos) nos processos judiciais estudados. Operou-se como razão para isto a necessidade de uma compreensão sistemática do objeto em pauta, considerando-se principalmente os assuntos interligados a ele.

Metodologicamente, utilizamos como recurso o preenchimento de formulários para o levantamento das informações fático-jurídicas encontradas nas ações impugnatórias. Além disso, procedemos a entrevistas de alguns operadores do Direito, no intuito de contrastar as opiniões divergentes e de registrar os entendimentos pacíficos sobre as hipóteses consideradas, bem como a leitura dos principais textos e obras relacionados com a investigação.

Por fim, constatamos algumas causas que funcionaram como obstáculos à cassação de mandatos porventura ilegítimos por parte da Justiça Eleitoral, assim como a propagação dos seus efeitos no resultado dos embates eleitorais e, a partir da problematização percebida, traçamos sugestões cujo motivo se assenta na busca de aprimorá-la e de equacionar suas atividades à atual conjuntura do Estado Democrático de Direito e de Justiça.

2. A EVOLUÇÃO POLÍTICO - ELEITORAL DO BRASIL. 2.1. CONSIDERAÇÕES GERAIS.

A Justiça Eleitoral brasileira foi criada somente em 1932, pelo Decreto n.º 21076; portanto, durante o governo provisório instituído com a Revolução de 1930. Embora a importância deste fato seja fundamental para termos pelo menos um esboço da compreensão do que representa hoje este organismo no processo de consolidação da democracia, seu estudo dissociado de outras análises, não menos imprescindíveis, pode, com absoluta convicção, contribuir para a obtenção de resultados equívocos e incompletos.

Referimo-nos especificamente aos tempos históricos que envolvem o período colonial, o imperial e a República Velha. A investigação a respeito das peculiaridades e dos traços comuns de cada um desses períodos constitui ferramenta privilegiada para entendermos a problemática do Brasil contemporâneo. Assim sendo, esta seção tem por enfoque extrair dos momentos mencionados seus aspectos sociopolíticos mais relevantes, numa perspectiva que busque contextualizar a postura da Justiça Eleitoral e a sociedade na qual ela está inserida sob a luz de parâmetros históricos.

Para tanto, forçoso nos apresenta tecermos algumas considerações sobre a formação do nosso Estado², primordialmente no que tange à dicotomia acerca das esferas patrimonialista e burocrática. A paulatina centralização do poder pela Metrópole portuguesa, a partir de meados do séc. XVII, foi acompanhada, quase sempre, de resistências oferecidas pelos senhores rurais, haja vista as restrições agora mais rígidas impostas à execução dos seus poderes. Estes representavam o ápice da pirâmide social, ou melhor, eram verdadeiras autoridades dentro da conjuntura da família colonial, "cujas atitudes não sofriam réplicas e onde sua vontade, muita vezes caprichosa e despótica"³, era sempre obedecida. O poder dos proprietários de terras, dentro dos seus domínios rurais, era desmesurado. Exemplo do irrestrito exercício do pátrio poder nesta época é o "caso de um Bernardo Vieira de Melo, que, suspeitando a nora de adultério, condena-a à morte em conselho de família e manda executar a sentença, sem que a Justiça dê um único passo no sentido de impedir o homicídio ou de castigar o culpado"⁴. O latifúndio monocultor e escravocrata significou, desta forma, o genuíno centro de poder da colônia, e até mesmo do império: poder econômico, social e político. A entidade pública, comumente invadida e dominada pelo maquinismo político de então, não suportava as investidas e preferências pelos laços afetivos e pelos caracteres genéticos. Com isso, os assuntos de cunho público eram, na maioria das vezes, ignorados e tornados tábula rasa perante os interesses dos grupos possuidores de projeção social e econômica na sociedade colonial.

Advertindo-os que complementos sobre este tema os esperam em tópicos posteriores, uma vez que essa discussão será retomada, passemos agora a ressaltar as mudanças no âmbito estrutural do Estado, centrando nossas pondera-

2 - O vocábulo Estado aqui empregado não concentra exatamente os requisitos exigidos pela Ciência Política moderna, tais como nação, povo e território. Neste alojamento especial, serve apenas como paradigma abstrato para caracterizar as relações de poder e de submissão entre pessoas de grupos diferentes ou não.

3 - Cf. Sérgio Buarque de Holanda: *Razes do Brasil*, p.80.

4 - Id. ib., p. 82.

ções nas modificações acarretadas à família patriarcal com o surgimento de um Estado institucionalmente aparelhado, dotado de uma organização administrativa mais elaborada. Foi isso o que se deu quando Portugal decidiu instalar-se definitivamente aqui, transplantando os modelos de suas instituições e iniciando, no Brasil, "a lenta superação do absoluto domínio patrimonial do Estado"⁵. Refutando para as circunstâncias brasileiras as noções de burocracia de Max Weber, para quem "o desenvolvimento burocrático substitui a forma patrimonial de domínio"⁶, Martônio Mont'Alverne, em estudo sobre a gênese do Poder Judiciário e do Estado no Brasil, enfatiza que "as novidades [acomodação de novos instrumentos e criação de outras competências na evolução do Poder Judiciário] não erradicaram o nosso lado patrimonial, arcaico"⁷. Noutra passagem, fazendo uma retrospectiva, o mesmo autor indaga, a despeito da convivência entre mecanismos burocráticos e práticas patrimonialistas, "como entender o convívio das postulações democráticas dos liberais (...) com as remoções e nomeações de juízes amigos, expediente preferido dos conservadores, porém largamente utilizado pelos liberais no poder?"⁸. A nosso ver, parece mais acertada a assertiva contrariadora do pronunciamento de Weber, posto que, ainda hoje, na iminência de raiar o séc. XXI, não são raros os episódios de uso escuso da coisa pública, de enriquecimento ilícito com o desfazimento do patrimônio público e de abusos de autoridades que, munidas de uma farda, de uma patente ou de um cargo qualquer, costumam desdobrar seu mandonismo doméstico para o cenário social.

Eis, de maneira concisa, nossos comentários iniciais justificadores do nosso ponto de partida: estudar o passado na percepção do presente e no prognóstico do futuro. De fato, sob pena de inconsistência teórica, não poderíamos menosprezar momentos tão expressivos da nossa história política, olvidando os levantes, as tomadas de poder e as desavenças interpartidárias, bem como os casuísmos das legislações eleitorais, que muito influenciaram na constituição do que somos.

2.2. O PERÍODO COLONIAL.

Conquanto seja mais lógico estabelecermos uma correspondência direta entre o regime democrático e a ocorrência de eleições, tendo em vista

5 - Cf. Martonio Mont'Alverne Barreto Lima: *Judiciário e Estado no Brasil: Tribunais Superiores e Juizes na Formação do Estado Brasileiro*, p.174.

6 - Apud Martonio Mont'Alverne Barreto Lima: *Ob. cit.*, p. 174.

7 - Id. ib., p. 174.

8 - Id. ib., p. 174.

estas serem um dos seus pressupostos, a generalização de tal liame pode levar-nos a deduções deturpadas da realidade propriamente dita. O Brasil, por exemplo, possui uma robusta tradição eleitoral, cujo princípio remonta aos idos do séc. XVI, onde havia a escolha dos ocupantes de vários postos públicos, como para os cargos da vereança, de juizes ordinários, procuradores, tesoureiros e escrivães. Entretanto, as inúmeras limitações ao exercício do voto, a exclusão de uma parcela significativa da população, composta por escravos e trabalhadores livres e o poderio político e "militar" do senhorio rural contribuíram sobremaneira para a existência de pleitos ilegítimos. A propósito, "nem toda eleição tipifica o sistema político como pluralista e aberto"⁹. Deste recurso se utilizaram regimes autoritários e até totalitários, como tentativa de apoiar seus objetivos no consenso popular. Contudo, o caráter ideológico e impositivo daqueles anula a adjetivação de Estado legítimo, que somente existirá "onde for bem menor a interferência do poder e da manipulação e, portanto, bem menor o grau de deformação ideológica da realidade social na mente dos indivíduos"¹⁰.

Como não havia durante os períodos objeto desta análise, com exceção do Republicano, um Poder Executivo com suas competências e estruturas demarcadas, eram as autoridades da Câmara Municipal que possuíam atribuições de natureza normativa, executiva e judiciária. De investidura eletiva, para os cargos deste órgão, existiam os dois juizes ordinários, os três vereadores, o procurador, o tesoureiro (onde houvesse) e o escrivão, enquanto os juizes de vintena, almotacés¹¹, quadrilheiros e demais funcionários eram nomeados pela própria Câmara.

A eleição era indireta e feita de três em três anos, quando se escolhia logo os oficiais que serviriam nos três anos consecutivos. "Em primeiro grau votavam, reunidos em assembleia, sob a presidência do juiz mais velho, 'os homens bons e povo' e os oficiais cujo mandato estivesse por expirar"¹². Por homens bons entendia-se o "brasileiro típico, o homem da família, do seu grupo familiar, de sua aldeia"¹³, enfim, todos aqueles formadores de "um sistema poderoso para a dominação política e econômica, para a aquisição e manutenção de prestígio e 'status'"¹⁴. "Reunidos os eleitores de primeiro grau,

9 - Cf. Maria Tereza Aina Sadek: A Justiça Eleitoral e a Consolidação da Democracia no Brasil, p.1.

10 - Cf. Norberto Bobbio e outros: Dicionário de Política, verbete Legitimidade, p.679.

11 - Ver Vera Lúcia Costa Acioli: Jurisdição e Conflitos - Aspectos da Administração Colonial, p.19.

12 - Cf. Victor Nunes Leal: Coronelismo, enxada e voto, p. 128.

13 - Cf. Maria Isaura Pereira de Queiroz: O Mandonismo Local na Vida Política Brasileira, p. 17.

14 Id. ib., p. 17.

[também conhecidos por votantes] cada um indicava ao juiz (e o escrivão anotava) os nomes de seis pessoas capazes de servir como eleitores de segundo grau ... A apuração do rol era feita pelos juizes e vereadores, recaindo a escolha nos seis mais votados"¹⁵, que, por sua vez, escolhiam seis nomes para juizes ordinários, nove para vereadores, três para escrivães etc. Nesta esteira, acrescenta Maria Tereza Sadek que os verdadeiros eleitores "geralmente eram do sexo masculino, chefes de família, nobres de linhagem e seus descendentes, os senhores de engenho, a alta burocracia civil e militar e os comerciantes ricos"¹⁶.

Imperioso é salientarmos, neste diapasão, a preocupação da Metrópole com os ocupantes dos cargos públicos, bem como com a lista dos votantes e eleitores, tudo no sentido de que fossem obedecidas as conveniências da Coroa¹⁷. Para a consecução dessa arena de manobras, válido era, no âmbito das mesas eleitorais, deixar ao seu arbítrio muitos dos requisitos exigidos para o processo de qualificação e apuração, conceder prerrogativas e benesses aos senhores rurais, principalmente, impedir que os eleitos recusassem o mandato e até mesmo proibir a reeleição, para que não fosse possível o fortalecimento demasiado das Câmaras Municipais, tornando seus poderes praticamente ilimitados.

Embora Portugal tivesse um nível razoável de interferência na vida colonial brasileira, pelo menos até a metade do séc. XVII, era, de fato, o patriciado rural quem direcionava, acorde o interesse dos clãs familiares, os assuntos pertinentes à *res publica* nas Câmaras Municipais. Estas, muitas vezes, quando apercebiam-se da instituição de medidas régias tendentes a limitar o domínio dos senhores rurais, intervinham nas próprias leis que regiam a Colônia, modificando-as ou revogando-as. Havia, sem hesitações, um conluio entre o poder privado e as autoridades do Reino, pois estas precisavam daquele para manterem-se na influência dos rumos da política e da economia colonial. Da existência deste fisiologismo e das trocas de favores, dá-nos conta Vera L. C. Acioli, ao investigar a ação dos restauradores na expulsão dos holande-

15 - Cf. Victor Nunes Leal: Ob. cit., p. 129.

16 - Cf. Maria Tereza Aina Sadek: Ob. cit., pp. 23-24.

17 - Em referência aos objetivos da Coroa portuguesa e ao aspecto meramente cerimonial das eleições, Oliveira Viana argumenta: "Esse caráter eletivo dos juizes ordinários e de vintena os faz logicamente caudatários dos potentados locais (...) Faz-se, assim, a magistratura colonial, pela parcialidade e corrupção dos seus juizes locais, um dos agentes mais poderosos da formação dos clãs rurais, uma das forças mais eficazes da intensificação da tendência gregária das nossas classes inferiores". (Apud Victor Nunes Leal: Ob. cit., p. 376, nota nº. 21)

ses de Pernambuco. No intuito de recompensá-los pelos dispêndios e esforços empregados, inúmeros "privilégios e isenções foram concedidos àqueles que se tinham destacado na recuperação da capitania"¹⁸. Ademais, a nomeação para cargos civis e militares, a outorga de títulos honoríficos como os de Cidadãos do Porto e o dos Hábitos das Ordens Militares, assim como as concessões de vastas extensões de terras fizeram parte do conjunto de vantagens ofertadas aos latifundiários. Todo esse cenário, cuja base era uma oligarquia de parentela, isto é, a cúpula do poder tinha sempre como membros pessoas da mesma família ou da mesma classe, representa um diagnóstico exato a respeito da "importância que as funções públicas tinham como via de aquisição de 'status' social e de que o sistema patrimonial prendia os servidores numa rede patriarcal em que seus representantes eram manipulados numa orquestração onde o regente era o monarca"¹⁹.

Paralelamente a estas circunstâncias, termina, em 1640, o período de dominação espanhola, do qual Portugal saiu arruinado, com seu império colonial consideravelmente reduzido. Restava-lhe, além do Brasil, algumas colônias na África, que posteriormente seriam fontes fornecedoras de escravos e de gêneros alimentícios. A atrebentação destes grilhões consistiu no estopim para a Metrópole intensificar seus mecanismos institucionais de dominação, cujo reforço começou com a substituição dos juizes ordinários, eletivos, pelos juizes de fora, de nomeação régia. Outrossim, o fortalecimento da administração pública e da coação metropolitana são mais veementes: "... a partir dos fins do séc. XVII, os poderes e a jurisdição dos donatários serão cada vez mais restringidos e absorvidos pelos governadores reais, ..., em meados do séc. XVIII todas as capitâneas terão voltado ao domínio direto da coroa, ..." ²⁰. Sobremais, sobreveio a vinda de ouvidores e a criação do Tribunal de Relação da Bahia (1609) que, juntamente com os seus desembargadores, tinham como tarefa preservar a unidade da colônia e expandir a autoridade do rei. Assim sendo, a evolução centralizadora da política e administração metropolitana caminhou pari passu com o declínio do poderio das autoridades locais, a fim de melhor se aproveitar e explorar economicamente as fertilidades dos trópicos.

18 - Cf. Vera Lúcia Costa Acioli: Ob. cit., p. 51.

19 - Id. ib., p. 51.

20 - Cf. Caio Prado Júnior: História Econômica do Brasil, p. 51.

2.3. O PERÍODO IMPERIAL.

O recrudescimento das medidas centralizadoras por parte da Coroa culminou, em 1822, com a instauração do Estado Unitário, o qual passou a ser regido, dois anos seguintes, por uma monarquia constitucional. É reflexo direto deste acontecimento a Lei de 1828, cujo teor amputava quaisquer funções judiciárias das Câmaras Municipais, permitindo apenas atividades no âmbito meramente administrativo. A redução drástica da autonomia das comunas não implicou, por outro ângulo, em mudanças no sistema eleitoral. Persistiram as eleições indiretas, com a inovação do voto censitário, sendo defeso o alistamento para as mulheres, os escravos ou libertos, aqueles que tivessem idade inferior a 25 (vinte e cinco) anos e quem não professasse a fé católica. Umbilicalmente unida ao Estado e, por conseguinte, aos seus interesses, a Igreja Católica Apostólica Romana exercia enorme influência na "deliberação" dos votantes, também conhecidos como eleitores paroquiais, e dos eleitores propriamente ditos. No tocante a este aspecto, sintetiza Suzana de Camargo Gomes: "Na data da eleição, as instruções eram para que o povo na igreja matriz ouvisse a missa e a seguir seria posta uma mesa no corpo da igreja, ocupada pelo Presidente e pelo Pároco, contando, também, com dois secretários e dois escrutinadores"²¹.

Contrastando a ênfase centralizadora, a década de 30, do séc. XIX, foi profundamente marcada pela adoção de instrumentos legais descentralizantes, institucionalizados após a abdicação de D. Pedro I e no decorrer dos excitantes debates parlamentares do período regencial. Neste rol merecem destaque especial o Código de Processo Criminal e o Ato Adicional. O primeiro, aprovado pela Lei de 29 de novembro de 1832, foi responsável por uma verdadeira abertura no Absolutismo de então, quando, mormente, da ampliação das competências dos juizes de paz, eletivos, em oposição ao decréscimo das atribuições dos juizes ordinários, nomeados e subordinados ao Imperador ou a quem em seu posto estivesse. A dilatação referida concentrou-se basicamente na dependência da polícia local, na época um valiosíssimo aparelho do governo nas lutas eleitorais, aos juizes de paz. Vale lembrar, ainda, as intenções dos liberais de incluir o povo na participação do Poder Judiciário, através da composição do tribunal do júri, criado desde a Lei de 20 de novembro de 1822, por habitantes locais. Num segundo momento, por intermédio da Lei nº. 16, de 12 de

21 - Cf. Suzana de Camargo Gomes: A Justiça Eleitoral e sua Competência, p. 47.

22 - Cf. Paulo Bonavides: Teoria do Estado, p. 112.

agosto de 1834, ou comumente chamada Ato Adicional à Constituição, buscou-se modificar toda a estrutura do conservadorismo brasileiro com a "instituição da monarquia federativa (as províncias seriam convertidas em Estados-membros e por conseguinte dotadas de poder constituinte), a supressão do Poder Moderador..."²³, podendo ser ainda faculdade do Poder Legislativo "decretar a suspensão e demissão de magistrados por crime de responsabilidade"²⁴. Percebe-se, desta explanação, a tentativa liberal de enfraquecer o Poder Moderador e fortificar um governo arrimado no Parlamento.

Contudo, a reação conservadora foi imediata e enérgica²⁵. Tendo como cúmplices os próprios liberais, movidos pelas concessões, transações e compromissos ilícitos, as atitudes antiliberalizantes resultaram na maioria e na subida ao trono de D. Pedro II. O Regresso, como ficou conhecido o movimento conservadorista, teve como fase áurea o ano de 1841, quando entrou em vigor a Lei nº. 261, de 3 de dezembro. Seu conteúdo indicava a remoção de todos os avanços que a política liberal tinha implantado, primordialmente com relação aos juízes de paz, que foram alvo de um brusco achatamento em suas competências. A despeito do impacto provocado por esta lei na sociedade, Octávio Tarquínio de Sousa comenta com muita propriedade: "A um liberal puro a lei de 3 de dezembro não poderá deixar de causar escândalo ... A reação contra o judiciarismo policial dos liberais de 1832, com as funções policiais entregues a juízes de paz eletivos, foi certamente excessiva com a inversão operada - o policialismo judiciário, confiadas às autoridades policiais funções nitidamente judiciárias - grifos nossos"²⁶. O advento da lei em tela trouxe mudanças tão penetrantes que não consistiram apenas numa simples reforma da organização judiciária ou do código processual, mas "foi, acima de tudo, um instrumento político, um poderoso aparelho de dominação, capaz de dar ao governo vitórias eleitorais esmagadoras, estivesse no poder o partido conservador ou liberal"²⁷.

23 - Cf. Martônio Mont'Alverne Barreto Lima: Ob. cit., p. 181.

24 - Os conservadores retomaram o poder com as eleições de 1840, cognominadas eleições "do cacete", haja vista as arbitrariedades perpetradas, as compressões e violências praticadas. Geralmente, o lema das eleições consistia nesta frase irônica e preocupante: "para os amigos pão, para os inimigos pau". (Cf. Victor Nunes Leal: Ob. cit., p. 61).

25 - Sobre a carência ética das elites políticas do Império, a famosa frase de Holanda Cavalcanti é emblemática: "Nada mais parecido com um saquarema [conservador] do que um luzia [liberal] no poder" (Apud Maria Victoria de Mesquita Benevides: A Cidadania Ativa - Referendo, Plebiscito e Iniciativa Popular, p. 24).

26 - Cf. Octávio Tarquínio de Sousa: História dos Fundadores do Império do Brasil, Vol. V, pp. 240-241.

27 - Cf. Victor Nunes Leal: Ob. cit., p. 223.

Malgrado o surgimento de novas legislações, como as de 1855, 1860 e 1875, foi somente a Lei nº. 3029, de 9 de janeiro de 1881, que obteve êxito em modificar alguma viga do obsoleto arcabouço imperial. Nomeada Lei Saraiva, por causa do nome do autor da reforma legislativa, instituiu a eleição direta, embora exigindo renda anual mínima de 200 (duzentos) mil réis. Alterou também os requisitos para a aquisição do direito de voto, reduzindo para 21 (vinte e um) anos a idade mínima para ser eleitor²⁸. Um outro aspecto, aduzido por Lauro Barreto, concerne à "transferência do alistamento de eleitores para a esfera do Judiciário, com a finalidade de diminuir o poder de manipulação das juntas paroquiais, ..." . Em que pese o mérito destes elementos reformistas, a conjuntura do processo eleitoral permaneceu praticamente intacta. Isto porque continuou com as mesas eleitorais a incumbência preciosa de apurar os votos, sendo possível, destarte, a ocorrência de toda espécie de manipulação, trapaça, corrupção e violência.

2.4. O PERÍODO REPUBLICANO.

O Estado Federal foi inaugurado com a Constituição de 1891. Dentre alguns dos seus princípios e normas, constavam o sufrágio universal e a abolição do voto censitário, ainda que, por outro lado, os analfabetos tenham ficado impedidos de eleger seus representantes. Estavam também banidos do processo eleitoral as mulheres, os praças de pré, os religiosos em comunidade claustral e os mendigos. A Igreja, antigamente vinculada ao Estado, teve seu divórcio instituído com a Carta Política em apreço, ampliando-se visivelmente as liberdades de culto dos cidadãos e diminuindo-se as ingerências do "poder divino". É certo que durante esse estágio sombrio da República brasileira, herança de mais de 330 (trezentos e trinta) anos de opressão e monarquia aristocrática, a edição de algumas leis como, por exemplo, a Lei Rosa e Silva (nº. 1269, de 15 de novembro de 1904), refletiu a tentativa de se moralizar as disputas eleitorais. Mas, a tradição histórica, as artimanhas vastamente empregadas pela Política dos Governadores e a do Café com Leite, bem como os conluíus firmados pelas facções oligárquicas, sempre atuaram na contramão do nosso desenvolvimento institucional e ético.

Embora a idéia de democracia e de repartição do poder já estivesse

28 - Cf. Maria Tereza Aina Sadek: Ob. cit., p. 24. Lauro Barreto, entretanto, afirma que a redução referida ocorreu somente com a implantação da República. (Investigação Judicial Eleitoral, p. 11).

29 - Cf. Barreto, Lauro: Ob. cit., p. 10.

positivada, não tardou a ocorrência de eleições maculadas pelas fraudes. Para tanto, dois mecanismos eram constantemente utilizados, qual seja, o “bico de pena” e a “degola” ou depuração. A falsificação dos resultados pelo método “bico de pena” era praticada pelas mesas eleitorais, que prosseguiram com o ofício de junta apuradora, inscrevendo como eleitores pessoas fictícias, mortas e ausentes. Numa etapa posterior, realizada pela Comissão de Verificação de Poderes do Senado e da Câmara, “degolavam-se”, ou seja, cassavam-se os diplomas de eleitos “que fossem considerados inelegíveis ou incompatíveis com o exercício do cargo”³⁰. Desta forma, observando-se a frequência destes dispositivos, ficaram convenionadas três ocasiões de fraudes: “na eleição, na apuração e no reconhecimento”³¹. Tais episódios não se restringiram somente à esfera do grupo situacionista, muito embora para ele estivessem disponíveis o aparato policial e o erário público. A oposição, também, se predominasse em algum reduto eleitoral, procuraria, por meio dos mesmos procedimentos levianos, influenciar a composição das mesas eleitorais e a apuração dos votos. Sobre esse caos político, adscribe Assis Brasil: “Ninguém tinha a certeza de se fazer qualificar, como a de votar ... Votando, ninguém tinha a certeza de que lhe fosse contado o voto ... Uma vez contado o voto, ninguém tinha a segurança de que seu eleito havia de ser reconhecido...”.

A vitalidade da República Velha fenece com o movimento revolucionário de 1930. Erigindo, como uns dos seus máximos ideais, a representatividade e a busca incessante da “verdade material” nas eleições, este acontecimento significou uma autêntica ruptura com toda a engrenagem coronelista, peça fundamental da manipulação e da perpetuação das elites no poder. Municiado com o Código Eleitoral, aprovado pelo Decreto nº. 21076, de 24 de fevereiro de 1932, alargou demasiadamente o corpo eleitoral, instituindo o voto feminino e reduzindo para 18 (dezoito) anos o limite de idade para ser eleitor, além do sigilo do sufrágio, obtido com o voto secreto, passo decisivo no encolhimento das violências e desmandos nas disputas por cargos eletivos. No bojo de tais reformas, uma se sobressai e, de fato, demarca duas fases históricas: A Justiça Eleitoral. A criação de uma instituição judiciária formalmente independente dos conflitos partidários e incumbida de fazer o alistamento, a apuração dos votos, o reconhecimento e a diplomação dos eleitos, antes ao encargo das mesas eleitorais, traduziu-se no

30 - Id. ib., p. 10.

31 - Cf. Dep. Carlos Reis, apud Leal, Victor Nunes: Ob. cit., p. 404, nota nº. 38.

32 - Apud Maria Tereza Aina Sadek: Ob. cit., p. 29.

rejuvenescimento das esperanças populares em ter procuradores dignos e probos. Em 1934, com a promulgação da segunda Constituição republicana, todos esses avanços foram transplantados para o elenco constitucional, fortalecendo a estrutura da democracia e o respeito à cidadania.

Todavia, o cerceamento destas conquistas veio acompanhado de dosagens concentradas de repressão e despotismo. O golpe que instaurou o Estado Novo, desferido em 10 de novembro de 1937, estagnou a recente experiência de eleições administradas por um organismo do Judiciário. Sobre a natureza do fato, é contundente a afirmativa de Boris Fausto: “A Carta de 1937 tinha o traço curioso de mostrar veladamente o seu caráter autoritário na imensa maioria dos seus artigos”³³, manifestando, em apenas uma das suas vertentes, a supressão da participação eleitoral em todos os estamentos. Ainda dentro deste eixo, o país passou também por um outro retrocesso, igualmente terrível: o golpe militar de 1964. O movimento perdurou até 1982, quando foram restabelecidas eleições diretas, e ficou marcado, além das torturas e arbitrariedades cometidas, pela falta de competitividade dos pleitos, provocada, em grande medida, pela implantação do bipartidarismo compulsório (Arena e MDB). No entanto, apesar de toda a temática de restrições nas liberdades, inclusive após a edição do Ato Institucional nº. 5, a Justiça Eleitoral não teve suas funções institucionais alteradas, e foi justamente devido à sua permanência e atividade durante o período castrense, mesmo que atuando sobre um sistema de eleições indiretas, mas com calendário eleitoral fixo, que foi possível à população, nas urnas, demonstrar sua indignação e seu repúdio para com o regime em descrédito.

Com efeito, a redemocratização brasileira, realizada pela via institucional em estudo, não teria vingado se não houvesse uma Justiça Eleitoral dotada de mecanismos idôneos e capazes de absorver e não admitir práticas condenáveis, como a fraude, a corrupção e a coação. Não podemos nos esquecer, contudo, apesar dos importantes avanços tidos com a sua criação, de algumas mazelas ainda existentes decorrentes de fatores econômicos e sociais que, de forma parcial, têm contribuído para obstaculizar o desenvolvimento da democracia e, dessarte, o aprimoramento moral, técnico e material das instituições políticas cearenses e brasileiras. Por sua vez, considerações minudentes sobre este tópico serão motivo de abordagem posterior.

33 - Apud Paulo Brandi: Vargas - Da Vida para a História, p. 123.

3. AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE MANDATO ELETIVO

3.1. ORIGEM.

Com a promulgação da Constituição de 1988, inclui-se no capítulo dos "Direitos Políticos" a ação de natureza político-eleitoral denominada Ação de Impugnação de Mandato Eletivo. Esta, consoante o advogado Aroldo Mota³⁴, teve origem infraconstitucional, visto que se materializou previamente no ordenamento jurídico-eleitoral brasileiro no art. 23 da Lei nº. 7493, de 16 de junho de 1986, nestes termos:

"A diplomação não impede a perda de mandato, pela Justiça Eleitoral, em caso de sentença julgada, quando se comprovar que foi obtido por meio de abuso de poder político ou econômico."

Posteriormente, o art. 24 da Lei nº. 7624, de 29 de julho de 1988, modificou a lei anterior, aumentando a quantidade de ilícitos eleitorais, no seguinte teor:

"O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral após a diplomação, instruída a ação com provas conclusivas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude e transgressões eleitorais."

A nível constitucional, conceitua e disciplina a ação impugnatória de mandato eletivo o art. 14, § 10, In Verbis:

"O mandato poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso de poder econômico, corrupção ou fraude."

Observa-se que a atual Constituição restringe as hipóteses de incidência da ação impugnatória, na medida em que exclui dos núcleos normativos proibitivos o abuso do poder político e as transgressões eleitorais. Em vista disso, torna-se menor a possibilidade de cassação de mandato eletivo³⁵. Apesar deste retrocesso, é louvável, na nova redação constitucional, a não exigência de provas conclusivas para instruir a demanda impugnatória.

34 - Cf. Aroldo Mota: O Direito Eleitoral na Constituição, p. 31.

35 - Observou a exclusão dos núcleos normativos da atual Constituição, Orlando Vaz: "Entendeu o legislador pátrio que os três elementos inseridos no dispositivo constitucional, o abuso do poder econômico, a corrupção ou a fraude, seriam suficientes e caracterizadamente amplos para a definição das anomalias ou das transgressões eleitorais". Acrescenta este advogado que "a jurisprudência brasileira tem consagrado outros ângulos, como o abuso da autoridade e do poder político como elementos de transgressão eleitoral" (Impugnação de Mandato Eletivo, p. 360).

Enfim, é certo afirmar que o atual status constitucional da ação de impugnação resultou do processo de evolução legislativa anterior à Carta Política vigente³⁶. Por conseguinte, "não é correto dizer que a Ação de Impugnação de Mandato Eletivo foi inovação dos constituintes"³⁷.

3.2. NATUREZA.

Douttrinariamente, pode-se classificar a ação impugnatória de mandato como de conhecimento e de natureza constitutiva negativa³⁸. Essa classificação se deve ao fato dessa ação conter, caso julgada procedente, declaração que extingue uma relação jurídica criada à margem da legalidade.

Além disso, como bem relatou o Min. Diniz de Andrada no Acórdão nº. 13221, de 15 de abril de 1993, "A ação é de direito constitucional, e, portanto, seus pressupostos e objetivos devem ser vistos pela ótica de direito constitucional. Não se trata de ação penal, seja a de crime comum, seja de crime eleitoral"³⁹.

Certo, outrossim, é que o bem jurídico protegido nessa demanda tem "natureza coletiva, indivisível do interesse de todos, para o qual irrelevante a vontade ou interesse individual"⁴⁰. Assim sendo, pode-se dizer que a ação em estudo é na sua essência pública, haja vista o interesse da sociedade em desfazer um estado jurídico-político ilegalmente criado.

3.3. FINALIDADE.

A ação impugnatória destina-se a desconstituir o mandato popular do candidato eleito por intermédio do abuso do poder econômico, corrupção ou fraude, assim como a impossibilitar que o diplomado suplente⁴¹ venha a

36 - Cf. Antonio Augusto Mayer dos Santos: Da Ação de Impugnação de Mandato Eletivo - Histórico Evolutivo e Síntese Procedimental, p. 14.

37 - Cf. Joel José Cândido: Direito Eleitoral Brasileiro, p.258.

38 - Cf. Pedro Henrique Távora Niess: Direitos Políticos - Condições de Elegibilidade e Inelegibilidade, p. 177.

39 - Apud Torquato Jardim: Introdução ao Direito Eleitoral Positivo, p. 88.

40 - Id. ib., p. 88.

41 - Apesar do art. 14, § 10 da Constituição Federal só se referir à possibilidade de impugnação de candidato realmente eleito, é razoável incluir-se no pólo passivo da ação impugnatória o suplente, tendo em vista este possuir expectativa de vir a assumir mandato popular caso a ação em face do candidato vencedor seja julgada procedente. Lembra-nos ainda o Professor Martônio Mont'Alverne Barreto Lima outra possibilidade de um suplete vir a deter mandato eletivo: "em função da renúncia ou morte do mandatário". (O Papel da Justiça Eleitoral na Consolidação Da Democracia - Eleições no Ceará: 1.994-96, p. 19).

assumir representação política obtida mediante tais vícios constitucionais.⁴²

Note-se, pois, que assegurar a limpidez e a lisura do processo eleitoral contra a interferência de vícios elencados na Constituição Federal que possam desvirtuar a representação popular é a razão última da ação impugnatória⁴³.

No que diz respeito à participação ou não do candidato nos fatos ilícitos, disserta Pedro H. T. Niess, nas seguintes palavras: "Pela ação impugnatória não se discute a dignidade ou a indignidade do réu, mas a legitimidade ou não de seu mandato: se for eleito ou conquistou a suplência em decorrência ilícita, irrelevante tenha ocorrido com ou sem a sua anuência"⁴⁴.

Decerto, a análise da materialização dos pressupostos constitucionais que ensejam a perda do mandato popular não poderia, necessariamente, ser subordinada à responsabilidade pessoal do candidato, pois em algumas hipóteses responderá objetivamente pelos fatos ilícitos.

Não se pode olvidar que a análise do instituto constitucional da impugnação suscita a seguinte pergunta: A cassação de mandato representa ofensa à soberania popular? Deve-se responder, a nosso ver, negativamente a essa indagação, porque a vontade popular (eleitorado) não fica comprometida com a procedência da ação em estudo, haja vista a cassação de mandato viciado ser interesse da sociedade e do sistema democrático representativo. Assim, é de se admitir que a preservação do interesse público de lisura eleitoral é que autoriza a anulação de mandato eletivo conquistado por meios escusos.

3.4. ILÍCITOS CONSTITUCIONAIS

A Constituição Federal, no seu art. 14, § 10, comporta três requisitos

42 - O Ministro do Tribunal Superior Eleitoral, Eduardo Ribeiro, relator do Acórdão nº. 1130, de 15 de dezembro de 1998, concorda com o entendimento de que é possível o ajuizamento de ação de impugnação de mandato eletivo contra suplente. Confira a Ementa: "Embora não seja titular de mandato, o suplente encontra-se titulado a substituir ou suceder quem o é. A ação de impugnação de mandato poderá, logicamente, referir-se, também ao como tal diplomado" (TSE, Brasília, publicado no DJU, em 12.02.99, p. 38).

43 - O ordenamento eleitoral brasileiro, além da ação em tela, prevê outros mecanismos de purificação do processo eleitoral, tais como: a ação de investigação judicial eleitoral, a ação de impugnação de registro de candidatura e o recurso contra a expedição de diploma.

44 - Cf. Pedro Henrique Távora Niess: Ação de Impugnação de Mandato Eletivo, p. 18.

que possibilitam a incidência da ação impugnatória: a fraude, a corrupção e o abuso do poder econômico.⁴⁵

Esses ilícitos são combatidos constitucionalmente por violarem a base fundamental do Estado de Direito Democrático, ou seja, a normalidade, a legitimidade e a lisura das eleições. Nestas, é que deve se materializar a soberania popular pelo voto livre e consciente, secreto e universal e com igual valor para todos.

Assim sendo, passemos a analisar os pressupostos normativos, núcleo por núcleo, viabilizadores da demanda impugnatória.

A fraude, trata-se de uma espécie de infringência da lisura eleitoral. Essa prática ilícita caracteriza-se pela modificação do resultado eleitoral, mormente pela deturpação da realidade desfavorável ao fraudador, candidato ou não.

Na fraude eleitoral, a alteração da realidade material dá-se com o intuito de burlar, deliberadamente, a sociedade sobre o verdadeiro resultado depositado nas urnas pelo eleitorado e, inescrupulosamente, violado.

Ademais, comportamentos fraudulentos podem acontecer em todas as etapas do processo eleitoral⁴⁶, inclusive antes dele, como no caso do art. 289 do Código Eleitoral, o qual prescreve a conduta de quem inscreve-se, fraudulentamente, eleitor.

A legislação eleitoral pátria prevê uma enorme quantidade de condutas fraudulentas que ensejam a impugnação de mandato eletivo. Segundo Antônio A. M. dos Santos⁴⁷, no Código Eleitoral os dispositivos que tipificam a fraude são os artigos 289 ao 291, 302, 307, 309, 310, 312, 315, 317, 319, 321, 337, 339, 340, 348, 349, 352, 353 e 354; art. 5º. da Lei

45 - Antonio Carlos Mendes acrescenta o abuso de poder às hipóteses que viabilizam a procedência da ação impugnatória, In Verbis: "Também é pressuposto da ação impugnatória de mandato eletivo o 'abuso de exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta'. Não seria razoável e mesmo inconcebível coibir o abuso de poder econômico, corrupção ou fraude e não se anular um diploma havido em razão do 'desvio de poder' com a utilização da 'máquina administrativa', maculando a normalidade e legitimidade das eleições. Logo, também o 'desvio de poder' conforme previsão dos arts. 14, § 9º. e 37, §4º., da Constituição Federal, caracteriza pressuposto de ação de impugnação de mandato eletivo" (Aspectos da Ação de Impugnação de Mandato Eletivo, p. 335).

46 - O processo eleitoral, em sentido amplo, compreende as seguintes etapas: 1. Convenções partidárias; 2. Registro de candidatos; 3. Campanha eleitoral; 4. Eleição (votação); 5. Resultado; 6. Diplomação.

47 - Cf. Antonio A. M. dos Santos: Ob. cit., p. 21.

nº. 6091, de 15 de agosto de 1974, e na lei nº. 9504, de 30 de setembro de 1994. Portanto, comprovada alguma dessas fraudes eleitorais é de se impor a procedência da ação impugnatória, gerando a nulidade da votação e do diploma obtido pelo candidato eleito ou pelo suplente.

Não é de se esquecer que, atualmente, tornou-se mais difícil a ocorrência de fraudes em virtude da informatização das etapas do processo eleitoral, principalmente em decorrência da implantação do sistema eletrônico de votação.⁴⁸

Concernente à corrupção eleitoral, seu núcleo infraconstitucional reside no art. 299 do Código Eleitoral, assim disposto:

"Dar, oferecer, prometer, solicitar ou receber para si ou para outrem, dinheiro, dádiva, ou qualquer outra vantagem, para obter ou dar voto e para conseguir ou prometer abstenção, ainda que a oferta não seja aceita".

Observa-se, da leitura do artigo acima, que a norma proibitiva engloba tanto a corrupção ativa (dar, oferecer e prometer), como a passiva (solicitar e receber). Isto, conforme Antonio A. M. dos Santos, coloca o crime de corrupção eleitoral, em vista de sua bilateralidade, como de maior gravidade ética entre os três ilícitos eleitorais previstos na atual Carta Magna.⁴⁹

Hodiernamente, é de se constatar que a evolução da legislação eleitoral e a absorção da tecnologia ao processo eleitoral, apesar de ser uma condição necessária ao aprimoramento do sistema democrático representativo, são insuficientes para combater a corrupção eleitoral, a cada dia mais sofisticada.⁵⁰

No que pertine ao abuso do poder econômico no processo eleitoral,

48 - Geraldo Brindeiro observou a relação entre a fraude e a implantação do voto eletrônico, da seguinte maneira: "A informatização do voto - pela rapidez e eficiência no processo de votação e apuração - permite evitar fraudes e o mapismo, em geral consequência da demora da votação e apuração dos pleitos e da manipulação humana das cédulas eleitorais" (A Justiça Eleitoral e a Democracia Brasileira, p. 30).

49 - Cf. Antonio A. M. dos Santos: Ob. cit., p. 20.

50 - Sobre a dificuldade de se provar a corrupção no processo eleitoral, diz com conhecimento de causa Charles Emerson Bispo: "O grande problema na identificação material do delito e mesmo de seus autores e partícipes é a cortina de silêncio que encobre as manobras e negociações de compra e venda de votos, através do uso de dinheiro ou de favores e promessas de toda sorte, dificilmente deixando corpo de delito. Os pagamentos são feitos em dinheiro, à vista, sem o uso de cheques ou documentos incriminadores. As promessas de favores pessoais nunca são proclamadas de público, as prebendas não indicam origem e os grandes conchavos, principalmente no interior, envolvendo grande soma de votos, são estipulados mediante a confiança recíproca, sem a lavratura de qualquer documento e com reduzido número de participantes" (Ação de Impugnação de Mandato Eletivo, p. 26).

este caracteriza-se pelo desrespeito às regras limitadoras da arrecadação e utilização dos recursos financeiros das campanhas eleitorais.

Nesse diapasão, "despender em campanhas eleitorais mais do que os valores declarados à Justiça Eleitoral é abuso de poder econômico, assim como, não contabilizar a totalidade de gastos na prestação de contas; contratar espaços de rádio e televisão para propaganda eleitoral indireta (subliminar, portanto, paga); patrocinar shows milionários com artistas ou especialistas sob obscura remuneração; valer-se da utilização indevida dos meios de transporte; utilizar recursos públicos indevidamente, gravando-se sob respaldo de agente público; prometer a entrega ou fácil acesso a situações ou bens materiais, inclusive ou principalmente valendo-se dos que disponibilizados pelo Poder Público, mas em desvio de finalidade, etc"⁵¹

Para Antonio Carlos Mendes, o abuso do poder econômico e o desvio de poder são "comportamentos ilícitos de partidos, coligações, candidatos, eleitores ou de autoridades utilizando-se dinheiro, serviços, públicos ou privados, interferindo nas eleições no intuito de anularem a igualdade de chances entre os protagonistas do procedimento eleitoral, implicando a normalidade e a legitimidade nos pleitos"⁵².

Assim, a não observância das normas eleitorais disciplinadoras do grau de licitude das finanças de eleições pelos atores políticos engajados na busca de cargos eletivos implica na incidência da ação constitucional e, por excelência, democrática, de impugnação de mandato eletivo.

Didaticamente, o Prof. Francisco de A. Macedo Filho enuncia as possibilidades caracterizadoras de abuso de poder econômico, a conhecer: Descumprimento das regras proibitivas da propaganda eleitoral (Lei nº. 9504/97); descumprimento das regras que limitam a capacitação de recursos financeiros para campanhas eleitorais - Lei nº. 9504/97 - (utilização excessiva e constante dos meios de comunicação, o que é bastante comum, por meio de propaganda política paga, subliminar); descumprimento das regras que limitam a capacitação de recursos financeiros para campanhas eleitorais (Lei nº. 9504/97) e descumprimento de disposição da Lei Orgânica dos Partidos Políticos acerca de financia-

51 - Cf. Antônio Augusto Mayer dos Santos: Op. cit., p. 22.

52 - Cf. Antonio Carlos Mendes: Aspectos da Ação de Impugnação de Mandato Eletivo, p. 341.

mento e custeio de campanhas por parte das empresas, partidos e candidatos⁵³. Ademais, "a simples entrega de óculos, aparelhos de rádio, bingos, e mesmo dentaduras, apesar de seu valor mínimo, já acarreta comprometimento suficiente à igualdade entre os candidatos, quando não configurar hipótese de corrupção eleitoral"⁵⁴.

Portanto, são três os pressupostos previstos na Carta Republicana vigente que ensejam o instituto de impugnação a mandato eletivo: abuso do poder econômico, corrupção ou fraude.

3.5. NEXO DE CAUSALIDADE.

No Direito Eleitoral, um dos temas mais problemáticos e controversos diz respeito ao nexo de causalidade, ou seja, a relação de causa e efeito entre o ato ilícito - abuso de poder econômico, corrupção ou fraude - e o resultado eleitoral.

O Tribunal Superior Eleitoral não tem entendimento uniforme e pacífico acerca do nexo causal. Assim, pode-se dividir a jurisprudência da Corte Eleitoral em três fases ou momentos, a saber:

A primeira fase (1991) caracterizou-se pela exigência, para procedência da ação impugnatória, do liame causal entre o ato ilícito praticado, por candidato ou terceiro, e a sua influência no resultado do pleito eleitoral. Ou melhor, "a correlação entre o ato abusivo ou ilegal e o número de votos auferidos no pleito"⁵⁵.

A inteligência dessa etapa⁵⁶ fica bem clara nas palavras do Min. Vilas

53 - Cf. Francisco de Araújo Macedo Filho: *Corrupção Eleitoral - Abuso do Poder Econômico*, sem indicação de página.

54 - Id. ib., sem indicação de página.

55 - Cf. Torquato Jardim: *Direito Eleitoral Positivo*, p. 81.

56 - No entendimento da 1ª. etapa são os Acórdãos do Tribunal Superior Eleitoral nos 12043, de 22.08.91; 11899, de 02.04.91; 14811, de 20.10.94. No primeiro Acórdão citado, que versa sobre o recurso contra a diplomação dos candidatos eleitos a prefeito e vice-prefeito do Município de Banabuiú-Ce, ficou evidente a exigência do nexo de causalidade. Nesse julgado, utilizou-se para provar se houve ou não reflexo do vício não só no voto, mas também no resultado da eleição, de cálculos matemáticos. Veja a que ponto chegou o entendimento jurisprudencial: "É de se observar, finalmente, que (...) os recorrentes [prefeito e vice-prefeito] venceram as eleições com 2900 votos, enquanto seu adversário, ora recorrido, obteve apenas 2236 votos. Desta forma, ainda que os eleitores beneficiados com as dádivas [segundo os autos, foram doze eleitores que receberam, na véspera e no dia da eleição, para que votassem nos recorrentes, de cabos eleitorais, algumas redes e uma pequena quantidade em dinheiro] votassem nos recorrentes, nenhuma influência faria no sentido de tornar ilegítima a eleição realizada em Banabuiú." (Jurisprudência do T.S.E., Brasília, 3 (4): 11-207, Out./Dez., 1992, p. 52).

Boas, no Acórdão nº. 11899, na seguinte dicção: "É entendimento jurisprudencial que a inelegibilidade por fatos jurídicos ilícitos, para ser declarada, exige de tais fatos provas inconcussas de sua existência e demonstrativos do nexo causal entre eles e o comprometimento das eleições"⁵⁷.

No momento intermediário, entre 1992 e 1995, deixa de ser exigida a relação de causalidade, bastando-se, para a cassação do mandato popular, a comprovação do vício eleitoral, independentemente de sua interferência na síntese eleitoral.⁵⁸ Esse entendimento parte da premissa que a prova objetiva dos fatos ilícitos implica, direta e automaticamente, na influência do voto do eleitor e, conseqüentemente, vício no resultado do pleito. Portanto, em última análise, a simples prova do abuso, da corrupção ou da fraude autoriza a desconstituição do diploma do suplente e a perda do mandato popular do eleito.

O Min. Torquato Jardim, no Acórdão nº. 11841, caracterizou muito bem o entendimento da Suprema Corte Eleitoral com relação a esse período, dispondo: "Irrelevante o cálculo aritmético para demonstração de vantagem quantitativa em votos auferida diretamente por quem pratique, em favor próprio ou de terceiro, atos que configurem abuso de poder econômico ou de autoridade. Essencial é, exclusivamente, a conduta contrária ao cânone constitucional"⁵⁹.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, o Min. Marco Aurélio, no Acórdão 12282, assim se expressou: "O preceito, ao cogitar da ação de impugnação de mandato encerra, como premissa da procedência, o abuso do poder econômico, a corrupção ou a fraude, sem questionar possíveis repercussões que tenha tido no resultado do pleito. Entender-se necessária a comprovação do liame, ou seja, do nexo causal, a ponto de exigir-se fique extremo de dúvidas que a eleição do detentor do mandato deveu-se à prática condenável é esvaziar o dispositivo constitucional e, mais do que isso, olvidar que apenas contempla a caracterização de um dos vícios"⁶⁰.

Num terceiro momento, a partir de 1996, a jurisprudência continua, como na fase anterior, a não exigir o nexo de causalidade. No entanto, a conduta ilícita deve ter capacidade para comprometer o equilíbrio da dispu-

57 - Jurisprudência do T.S.E., Brasília, 4 (2): 11-266, Abr./Jun., 1993, p. 11.

58 - Nessa fase, estão compreendidos os Acórdãos nos. 13428, de 04.05.93; 11841, de 17.05.94; 12244, de 13.09.94; 12282, de 16.05.95 e o 12394, de 05.12.95.

59 - Jurisprudência do T.S.E., Brasília, 6 (3): 11-323, Jul./Set., 1995, p. 137.

60 - Jurisprudência do T.S.E., Brasília, 7 (3): 11-120, Jul./Set., 1996, p. 113.

ta eleitoral ou possuir pelo menos a potencialidade para influir na legitimidade das eleições ou na normalidade do processo eleitoral.⁶¹

Com relação a essa fase, é de se ponderar as palavras do Min. Eduardo Ribeiro, no Acórdão nº. 15161, assim disposto: "Inexigível se demonstre a existência da relação de causa e efeito entre a prática tida como abusiva e o resultado das eleições. Necessário, entretanto, se possa vislumbrar a potencialidade para tanto"⁶².

A doutrina referente ao nexo causal divide-se em duas correntes principais, a do nexo de causalidade e a da existência objetiva dos fatos.

A primeira corrente entende que a procedência da ação anulatória de mandato político depende necessariamente do liame causal entre o ato ilícito e a sua influência direta no resultado da eleição de seu beneficiário, isto é, "inexistentes os fatos que favoreceram irregularmente o réu, outro teria sido eleito ou estaria na suplência em seu lugar; é só o que justifica a cassação de seu mandato porque a vontade do povo, concorde-se ou não com ela, deve ser respeitada"⁶³.

A segunda corrente, diferentemente, entende ser necessária para o deferimento do pedido em ação impugnatória apenas a existência objetiva dos fatos, ou seja, a materialização dos núcleos do art. 14, § 10 da Constituição Federal, independentemente da sua influência no resultado do certame eleitoral. Ou seja, Desnecessária é a prova dos votos auferidos pelo candidato eleito, inclusive a sua responsabilidade pessoal. Aliás, essa prova, se exigida e, também, porque impossível de ser provada, tornaria 'letra morta' o art. 14, §§ 10 e 11, da Constituição Federal.⁶⁴

Consoante preleciona Pedro H. T. Niess, que não se exigir o liame causal como condição sine qua non para a cassação de mandato representativo, tornaria a demanda impugnatória muito injusta na prática, pois "prejudicaria ao candidato eleito os atos dolosos dos seus inimigos políticos, feitos com o objetivo de causar-lhe o mal (...) bem como o de seus admiradores, que atuassem por vontade própria, sem que nenhuma influência tivessem projetado tais atos sobre o resultado dos pleitos"⁶⁵.

61 - Nesse sentido, são os Acórdãos nos. 12577, de 02.04.96; 11469, de 21.05.96; 28, de 18.06.96; 15161, de 16.04.98; 1136, de 31.08.98 e o 1314, de 24.06.99.

62 - Jurisprudência do T.S.E., Brasília, publicada no Diário da Justiça, em 08.05.98, p. 69.

63 - Cf. Pedro Henrique Távora Niess: Ação de Impugnação..., cit., p. 31.

64 - Cf. Antônio Carlos Mendes: Ob. cit., p. 342.

65 - Cf. Pedro Henrique Távora Niess: Ação de Impugnação..., cit., p. 33.

Ousamos, com a devida vênia dos doutrinadores e magistrados, dissentir, em parte, de seus ensinamentos e julgados, pertinentes ao nexo causal.

Em princípio, melhor seria não se exigir o nexo de causalidade como pressuposto indispensável à procedência da ação impugnatória, desde que haja responsabilidade pessoal do candidato na irregularidade eleitoral. Porquanto, o candidato que assim age não tem capacidade moral e probidade para exercer mandato popular em sistema democrático representativo. Entretanto, excepcionalmente, é de se vincular a perda do mandato democrático à influência do ato ilegal ou abusivo no resultado eleitoral sempre que do comportamento ilícito não participe direta ou indiretamente o candidato ou o suplente beneficiados por tal expediente escuso. Com esse entendimento, evitar-se-ia a cassação de mandato embasado em comportamentos ilícitos praticados por simpatizantes, mas sem anuência do candidato, assim como por concorrentes com o objetivo de prejudicar candidatos adversários, desde que a existência desses vícios não sejam determinantes da vitória do candidato beneficiado. Ademais, com essa orientação, julgar-se-ia improcedente as ações de impugnação de mandato eletivo fundamentadas em causas grotescas e insignificantes, tais como, "a propaganda irregular perdida em certa região na qual o candidato não obteve nenhum voto, ou a constatação de compra de um voto por um cabo eleitoral, no interior do Amapá, num universo de milhões de votos obtidos em todo o país por candidato à Presidência da República"⁶⁶. Enfim, a nosso ver, essa é a mais razoável, e consentânea com uma interpretação sistemática e democrática, inteligência do art. 14, § 10, da Constituição Federal, referente ao instituto do nexo de causalidade.

3.6. QUESTÕES AFINS.

PROVA: No que diz respeito à prova que deve embasar a exordial em exame, é louvável o entendimento jurisprudencial no sentido da não exigência de prova pré-constituída, mas tão só indícios idôneos e veementes da prática ilícita ou ilegal.

PRAZO: O prazo para propositura da ação impugnatória de mandato eletivo, em conformidade com o art. 14, § 11, da Constituição Federal, é de quinze dias, contados da diplomação. Não se olvide que a expressão "contados da diplomação" deve ser entendida excluindo-se o dia do começo e incluindo-se o dia do vencimento, de acordo com o Código de Proces-

66 - Id. ib., p. 33.

so Civil e a orientação do Tribunal Superior Eleitoral.

PROCEDIMENTO: Conforme entendimento jurisprudencial, segue a ação impugnatória o rito ordinário do Código de Processo Civil. Contudo, faz-se mister a construção de um rito especial para disciplinar a demanda constitucional, posto que o rito comum "É o mais longo dos procedimentos, e por isto incompatível com o princípio da celeridade que acentuadamente norteia o Direito Eleitoral, para não esvaziar de utilidade a sua aplicação"⁶⁷. "Assinale-se ainda que a ação poderá tornar-se inócua (...) porque, tal pode ser a demora, que o impugnado acabará por cumprir o seu mandato, sem que ocorra o desfecho da demanda. Isso poderá tornar letra morta o texto constitucional que, para não ser cumprido, melhor seria não ter sido escrito"⁶⁸. Uma possibilidade de dar mais rapidez ao processamento da ação impugnatória seria, como bem salientaram Joel Cândido, Fávila Ribeiro, Pedro Henrique T. Niess e Lauro Barreto, a absorção do rito estabelecido na Lei Complementar nº. 64, de 18 de maio de 1.990.⁶⁹

SEGREDO DE JUSTIÇA: A ação de impugnação de mandato eletivo tramitará em sigilo de justiça, ordena o art. 14, § 11, da Constituição Federal. A nosso ver, o segredo de justiça trata-se de uma excrescência criada pelo legislador constituinte, sendo óbice a uma investigação e a um controle dos atos das partes pela sociedade. Além disso, a demanda impugnatória "concerne a atos praticados em desfavor da coletividade, tendo por fim beneficiar candidato a mandato eletivo, atos estes, pois, que se relacionam com a vida pública de um político, não com a sua vida particular, cuja privacidade deve ser respeitada"⁷⁰. Em última análise, o interesse público na transparência do processo eleitoral deve sobrepor-se ao interesse individual do impugnado.

PARTES: No que tange à legitimidade ativa ad causam, a jurisprudência estabeleceu serem apenas legitimados ativos para ajuizar a ação impugnatória o Ministério Público, os partidos políticos, as coligações e os candidatos, eleitos ou não. A nosso sentir, a exclusão do eleitor do pólo ativo representa ofensa à soberania popular, haja vista o votante não poder participar de etapa tão importante como a de verificação da legitimidade e lisura do mandato popular. Em que pese a possibilidade do

68 - Cf. Tito Costa: Recursos em Matéria Eleitoral, p. 200.

69 - Ver Joel José Cândido, Ob. cit., pp. 265-267; Fávila Ribeiro, Abuso do Poder no Direito Eleitoral, pp. 186-190; Pedro Henrique Távora Niess, Ação de Impugnação de Mandato Eletivo, pp. 65-66 e Lauro Barreto, Investigação Judicial Eleitoral e Ação de Impugnação de Mandato Eletivo, pp. 57-58.

70 - Cf. Pedro Henrique Távora Niess: Ação de Impugnação de Mandato Eletivo, p. 37.

eleitor comunicar os prováveis fatos eleitorais ilícitos ao Ministério Público para que o mesmo ajuíze a demanda impugnatória, a quem recorrer caso o membro do Ministério Público desconsidere necessário o requerimento da prestação jurisdicional?⁷¹

4. CARACTERES DOS PROCESSOS JUDICIAIS ESTUDADOS.⁷²

4.1. QUADRO GERAL DOS PROCESSOS.

Como ficou registrado, a pesquisa de campo desenvolvida circunscreveu seu raio de atuação em vinte ações de impugnação de mandato eletivo, doravante AIME, todas referentes aos pleitos de 1994 e de 1996. Neste particular, nos ocuparemos de relatar suas características peculiares e genéricas, traçando seus elementos mais proeminentes com o intuito de desvendar as causas e as concausas que influíram nas decisões dos magistrados. Nossa proposta, obviamente, é ilustrar e embasar as fundamentações conclusivas com fatos e análises jurídicas que, no decorrer da narrativa, serão pormenorizadamente comentadas.

Em decorrência das eleições de 1994, para a qual foram disputados os cargos de Presidente da República, Governador de Estado, Senador, Deputados Federais e Estaduais, ajuizaram-se e definitivamente julgaram-se as AIMEs objeto desta investigação. O primeiro resultado residiu numa constatação curiosa e perplexa: nenhum dos processos judiciais teve o pedido da peça vestibular deferido, ou seja, o núcleo dos mesmos foi julgado improcedente. Para o leitor mais desatento, a priori, a afirmativa carrega em seu conteúdo semântico a confirmação de que alcançamos o Éden jurídico, cuja estrutura comporta um Poder Judiciário enérgico e eficaz, um Poder legislativo comprometido com a feitura das leis e com a consagração dos cânones democráticos, candidatos fiéis às normas jurídicas eleitorais e altamente éticos e uma sociedade dotada de consciência crítica e preocupada com os rumos da República. Contudo, a enorme fissura desse entendimento é visível e a sua relativização é condição sine qua non para implodirmos essa leitura opaca e construirmos uma visão mais próxima e mais coerente com a realidade social.

Para o tempo de processamento das AIMEs observamos, na contagem inicial, a data de inclusão da peça contestatória, haja vista somente a

71 - Posicionamento contrário ao dos autores encontra-se em Fávila Ribeiro: Pressupostos Constitucionais do Direito Eleitoral - No Caminho da Sociedade Participativa, p. 305.

72 - Em virtude do segredo de justiça, os autores tiveram que assinar um termo de compromisso para não divulgar os nomes dos partidos e os nomes dos promovidos.

partir deste momento o juiz poder fazer um preliminar juízo de valor. Em sede de primeira instância, os processos, no Tribunal Regional Eleitoral⁷³-Ce, tiveram durações variadas. Seis AIMEs tramitaram entre dois a três meses⁷⁴, enquanto outras seis tiveram um prazo um pouco mais longo, entre cinco e seis meses⁷⁵. Ademais, duas foram concluídas em sete meses⁷⁶, três duraram treze meses⁷⁷, uma tramitou por quatorze meses⁷⁸ e outra por trinta e dois meses⁷⁹. Assim, a média temporal para julgamento das referidas ações foi de sete meses. No Tribunal Superior Eleitoral foram interpostos cinco recursos, dos quais um, teve o acórdão prolatado em quatro meses⁸⁰, três em cinco meses e apenas um em seis meses⁸¹. Desta feita, a despeito do julgamento na Alçada Eleitoral Máxima, obtem-se uma média de cinco meses. Com isso, vislumbramos a celeridade dos dois Tribunais no processamento destas querelas. Causou-nos espanto, contudo, a natureza e a fundamentação dos julgados.

Das vinte AIMEs investigadas, apenas duas foram decididas com julgamento do mérito⁸², na forma do art. 269, I, do Código de Processo Civil, inclusive em harmonia com o parecer ministerial. Outra⁸³ teve sua decisão fundada na improcedência da ação, enquanto doze delas foram extintas sem julgamento do mérito⁸⁴. Dentro da análise jurídica do Tribunal Superior Eleitoral, uma AIME foi extinta sem julgamento do mérito⁸⁵ e quatro tiveram decisões unânimes pelo não reconhecimento do recurso⁸⁶. No que tange a estirpe partidária dos sujeitos passivos dessas ações de impugnação de mandato eletivo, somente duas foram intentadas contra candidatos eleitos de partidos políticos de esquerda⁸⁷, nove objetivaram desconstituir mandatos de políticos oriundos da esfera direita/centro - di-

73 - AIMEs nºs.: 94017447, 94017450, 94017452, 94017458, 94017461 e 94017463.

74 - AIMEs nºs.: 94017448, 94017449, 94017451, 94017454, 94017464 e 94017465.

75 - AIMEs nºs.: 94017462 e 94017467.

76 - AIMEs nºs.: 94017446, 94017453 e 94017466.

77 - AIME nºs.: 94017460.

78 - AIME nºs.: 96000374.

79 - AIME nºs.: 94017467.

80 - AIMEs nºs.: 94017449, 94017451 e 94017465.

81 - AIME nºs.: 94017448.

82 - AIME nºs.: 94017466 e 96000374.

83 - AIME nºs.: 94017456.

84 - AIMEs nºs.: 94017447, 94017451, 94017452, 94017453, 94017454, 94017458, 94017460,

94017461, 94017462, 94017463, 94017464 e 94017465.

85 - AIME nºs.: 94017465.

86 - AIMEs nºs.: 94017448, 94017449, 94017451 e 94017467.

87 - AIMEs nºs.: 94017447 e 94017466.

reita⁸⁸ e outras nove elegeram como alvo políticos de partidos considerados de centro/centro - esquerda⁸⁹.

Uma das perplexidades encontradas consiste no grande número de processos onde quem figura no pólo passivo da relação processual é o suplente⁹⁰. Sem exceções, todas as AIMEs tiveram por fundamento legal o art. 14, § 10, da Constituição Federal, principalmente com respaldo **no abuso do poder econômico**, e o art. 49 da lei nº. 8.713/93⁹¹, o qual previa a pena de perda do mandato para candidatos que infringissem "normas que regem a administração financeira da campanha". Tirante o fundamento fático de duas AIMEs, as dezoito restantes foram intentadas com o propósito de impugnar os mandatos de candidatos eleitos ou até mesmo dos seus suplentes que tivessem recebido doações em dinheiro para suas campanhas eleitorais sem a necessária demonstração de seu movimento em contas bancárias específicas, com a apresentação dos seus respectivos extratos⁹². Daquelas, uma⁹³ foi proposta com base na acusação de que o candidato eleito teria se utilizado do setor reprográfico do Senado Federal para a confecção de cem mil folhetos a fim de divulgar propaganda eleitoral com frases de impacto e de apelo ao voto, enquanto a outra⁹⁴ teve seu nascedouro na ausência de instrução das doações em materiais e serviços com as notas fiscais correspondentes e nem com as notas explicativas dos critérios de avaliação de tais mercadorias e serviços, como ordenava a Resolução do Tribunal Superior Eleitoral nº. 14234/94⁹⁵. Consoante nossas considerações, toda essa problemática decorre, dentre outros aspectos, de uma gravíssima falha da legislação eleitoral, situada no art. 36 da lei nº. 8.713/93⁹⁶, o qual facultava ao

88 - AIMEs nºs.: 94017449, 94017450, 94017451, 94017452, 94017457, 94017458, 94017461, 94017465 e 94017467.

89 - AIMEs nºs.: 94017446, 94017448, 94017453, 94017454, 94017456, 94017462, 94017463 e 94017464.

90 - AIMEs nºs.: 94017447, 94017450, 94017452, 94017454, 94017456, 94017457, 94017458, 94017461, 94017462, 94017463 e 94017464.

91 - Art. 49 da Lei nº. 8.713/93: "A infração às normas que regem a administração financeira da campanha eleitoral sujeita o candidato à cassação do registro ou, se eleito, à perda do mandato, decretada pela Justiça Eleitoral, nos termos das disposições constitucionais e legais em vigor".

92 - AIMEs nºs.: 94017447, 94017448, 94017450, 94017451, 94017452, 94017453, 94017454, 94017456, 94017457, 94017458, 94017460, 94017461, 94017462, 94017463, 94017464, 94017465, 94017466 e 94017467.

93 - AIME nºs.: 94017446.

94 - AIME nºs.: 94017449.

95 - Art. 46, § 1º: "As doações à campanha eleitoral superiores a 200 UFIRs somente podem ser feitas mediante cheque cruzado".

96 - Art. 36 da Lei nº. 8.713/93: "É obrigatório para o partido e facultativo para o candidato abrir contas bancárias específicas para registrar todo o movimento financeiro da campanha".

candidato fazer a prestação de contas, enquanto para o partido político esse mister se afigurava como conduta cogente. (negritos do editor)

Interessante anotarmos, no que pertine à suplência, é o entendimento externado pelos magistrados. Arrimados num nexo de causalidade absoluto, estes advogaram a posição de que o **suplente**, não logrando êxito no certame eleitoral, tinha apenas **uma mera expectativa de possuir mandato**, ficando totalmente impossibilitada a ação de impugnação de mandato eletivo contra ele⁹⁷. Todas as ações foram extintas, na conformidade do art. 267, VI, do Código de Processo Civil, **sem julgamento do mérito**, em virtude do pedido carecer de objeto. Ora, de fato e de direito, o suplente não detém mandato eletivo. Entretanto, sua própria condição garante a possibilidade de vir a ter, ocasião em que, não se intentando a referida ação e se porventura for ele um violador da lisura e da legitimidade do pleito, não será mais possível evitar sua ascendência ao Parlamento ou ao gabinete executivo. Poder-se-ia, neste hiato, somente destituir este mandato obtido ilicitamente por intermédio, principalmente, de devido processo legal sobre crime de responsabilidade ou por falta de decoro parlamentar. (negritos do editor)

Das vinte AIMEs, apenas duas⁹⁸ tiveram, na decisão de primeiro grau o voto favorável do juiz relator pela procedência da ação impugnatória. Fazendo uma síntese da sua lucidez jurídica, o relator, fulcrado na parte final do artigo nº. 49 da Lei nº. 8713/93 ("termos constitucionais e legais em vigor"), anuiu com o cabimento das ações tendo em vista a matéria veiculada no texto legal estar viabilizada pelo conteúdo constitucional aludido. No mesmo sentido, votando o outro relator pela propriedade da ação, afirmou sua concordância com o entendo da parte promovente quando esta argumentou que ocorrendo a hipótese do art. 49 da Lei nº. 8713/93, a AIME pode ser ajuizada independentemente da satisfação dos pressupostos de ordem material estabelecido na parte final do art. 14, § 10, da Constituição Federal, porque a parte final infraconstitucional sobredita refere tal procedimento apenas como instrumento processual já existente na Carta Republicana de 1988 para realização do conteúdo material deste dispositivo da lei eleitoral. A desconsiderar essa tese, firmando uma dependência material da norma legal com a norma constitucional, estaria-

97 - Das onze AIMEs versantes sobre os suplentes, apenas numa, a AIME nº. 94017463, um juiz, vencido por maioria, propugnou pela procedência da impugnação contra o suplente.

98 - AIMEs nºs.: 94017448 e 94017449.

mos tornando aquela inválida e contribuindo para a impunidade e imoralidade no cenário político. Não se trata, aqui, de descumprimento de preceito constitucional. Sem titubeios, o apego incondicional e hermético à literalidade da lei não fornece, por si só, elementos de concretização do espírito democrático instalado na Constituição Federal. Ou seja, em matéria de tamanha envergadura, a ignorância relativa para com um obstáculo formal é perfeitamente válida para a consumação do princípio - mor da nossa atual conjuntura estatal: o princípio democrático, alicerçado mormente na construção de uma sociedade justa (art. 3º, I, da Constituição Federal). Até mesmo porque a ação constitucional impugnatória, como instrumento processual de conhecimento que exige apenas indícios veementes, poderia veicular irrestritamente acusação fundamentada de transgressão às normas regentes da administração financeira das campanhas eleitorais, uma vez que a prestação de contas visa apurar eventual abuso de poder econômico.

Outra estranheza detectada, digna de ser trazida a lume, representa, certamente, um descompromisso da Justiça Eleitoral com a verdade material dos fatos apresentados. Questionamos aqui o elevadíssimo índice de indeferimento às diligências requeridas pelo Ministério Público Federal: um deferimento em contraposição a treze indeferimentos⁹⁹. O conteúdo das diligências versou, quase sempre, sobre supostas irregularidades na prestação de contas dos candidatos. Houve solicitações para verificação da regularidade de algumas notas fiscais, requerimentos para intimação do promovido para ser interrogado sobre a veracidade da autoria da assinatura na demonstração de recursos arrecadados anexado à sua prestação de contas, bem como um pedido a uma instituição bancária para se saber a natureza das contas correntes, se comuns ou específicas, como exige o art. 36 da Lei nº. 8713/93. Defronte aos potentes indícios de violação às normas da administração financeira das campanhas eleitorais, é realmente contestável essa avalanche de indeferimentos, que indica, na melhor das hipóteses, o despreparo ou mesmo o descaso desses juízes na efetivação do elemento teleológico da lei eleitoral, qual seja a de banir quaisquer tipos de condutas ilegais, inclusive as referentes ao abuso do poder econômico.

99 - A AIME cuja diligência foi deferida é a de nº. 94017454 e as cujas diligências não foram são as de nº. 94017448, 94017449, 94017450, 94017451, 94017453, 94017456, 94017458, 94017460, 94017461, 94017462, 94017463, 94017465 e 94017467.

4.2. AS PRESTAÇÕES DE CONTAS.

O exame deste tópico é motivado pela inconformidade dos autores com a fragilidade das prestações de contas apresentadas e com a ausência de investigações para se conhecer a origem dos valores pecuniários e a maneira como eles estavam sendo empregados nas campanhas eleitorais. Neste escopo, a base do nosso discurso reside em algumas considerações sobre o sigilo bancário e sobre a postura de alguns operadores jurídicos, principalmente dos que compõem a instituição incumbida de consumir a Justiça.

A título introdutório, prescreve o art. 5º, X e XII, da Constituição Federal, que a intimidade, a vida privada, a honra, a imagem das pessoas e o sigilo de dados são invioláveis, salvo raríssimas exceções. A problemática maior está na interpretação jurisdicional desse direito fundamental do cidadão, o qual é considerado, na grande maioria das circunstâncias, como direito absoluto. Essa ilação foi extraída dos processos estudados, dos quais não se teve nenhuma ordem para se excepcionar o sigilo bancário (espécie do gênero sigilo de dados) das pessoas envolvidas em acusações a respeito de infrações às normas definidoras da administração financeira das campanhas eleitorais, o que impediu, enormemente, a confrontação das somas reais com o demonstrativo dos recursos arrecadados.

Por outro lado, eram várias as possibilidades jurídicas para que tal ocorresse. Consoante a taxatividade do art. 38, caput e § 1º, da Lei do Sistema Financeiro Nacional (nº. 4595/64), o sigilo bancário poderá ser excepcionado para o atendimento de informações e esclarecimentos ordenados pelo Poder Judiciário, prestados pelo Banco Central do Brasil ou pelas instituições financeiras, assim como para a exibição de livros e documentos em juízo, exigindo-se, sempre, o revestimento do mesmo caráter sigiloso, somente a eles podendo ter acesso as partes legítimas na causa. Precisamos, demais, criticar o alto grau de consagração de regras flagrantemente casuísticas. Apenas para situá-las em nossa argumentação, o art. 33 da lei eleitoral depositava a responsabilidade sobre a prestação de contas nos partidos políticos ou nos candidatos, o art. 36 facultava aos candidatos a abertura de contas bancárias específicas para o registro de todo o movimento financeiro da campanha, enquanto o art. 37 afirmava que o candidato é o único responsável pela prestação de contas. Vê-se, claramente, um espetáculo de atecnias legislativas e de despropósito em burilar o cerne democrático. De outra feita, como bem acentua Anis José Leão, não atuou como preocupação do legislador impor critério na fixação do teto de gastos, "pelo menos algo

aproximado do mínimo imaginável para o bom êxito nas eleições, mediante o chamamento de técnicos especiais (pesquisadores de opinião, publicitários, editores e tipógrafos, jornalistas, agentes de relações públicas, administradores de empresas, economistas e etc.)¹⁰⁰. É óbvio, portanto, que os candidatos aéticos, os quais não constituíam minoria, diante de verdadeiras crateras na legislação, fixariam um teto de gastos com folga com o objetivo de pôr a influência de dinheiro na captação de sufrágios.

Com certeza, não nos tornamos repetitivos em defender a utilização deste recurso, face a verdadeira precisão de informações que em si se encerra. Contrário somos, claro, se esse fosse utilizado de forma indiscriminada e aleatória. Não. Inconcebivelmente poderíamos fazer vistas grossas à garantia fundamental do cidadão de, dentro de um processo judicial perfeitamente instaurado, ter o maior leque possível de participação no contraditório e na ampla defesa. Também não é exagero, até mesmo indisciplina mental considerarmos conseqüente a relatividade do direito fundamental do sigilo de dados. Desta configuração exegética dá-nos conta Nelson Nery Júnior, ao comentar sobre o princípio do devido processo legal: "... de sorte a tornar os direitos e garantias fundamentais como direitos absolutos, oponíveis a tudo e a todos, pois tal impossibilidade não se coaduna com o Estado de Direito e nem atende ao interesse público"¹⁰¹.

A Justiça Eleitoral não poderia ter-se furtado a exercer seu mister de guardiã da lei e de propugnar pela implantação da sua finalidade. Assevera Daniel Coelho de Souza, "no regime democrático, o Poder Judiciário guarda sempre um papel especial (...) é o que está acima, tanto dos indivíduos como do poder. Essa superfunção fiscalizadora não indica nenhuma circunstância antidemocrática". Infelizmente, o oposto preponderou: a toga sucumbiu ao formalismo excessivo, adotou uma interpretação vil e tolerou a ilegalidade. A cultura democrática e a supremacia do interesse público hão de imperar. Concorremos com as opiniões de que o Poder Judiciário poderia até investigar contas não incluídas nas prestações dos partidos políticos e que dados referentes à movimentação financeira de candidatos que declararam não ter aberto contas bancárias específicas (como se refere o art. 36 da

100 - Cf Anis José Leão: Direito Eleitoral - Comentários à Lei nº. 8.713/93, p. 102.

101 - Apud Paulo Quezado e Rogério Lima: Quebra de Sigilo Bancário - Uma Análise Constitucional (Doutrina e Jurisprudência), p. 44, nota de rodapé nº. 30.

102 - Cf. Daniel Coelho de Souza: Interpretação e Democracia, p. 180.

103 - Uma delas é a do Prof. Eduardo Rocha Dias, externada no artigo "Prestação de Contas e Tutela do Sigilo Bancário face à lei nº. 8.713/93" (Revista Brasileira de Direito Eleitoral, nº. 8, p. 13-14).

Lei nº. 8713/93) poderiam ser requisitadas. Com efeito, a necessidade de se ter mandatários legítimos, escolhidos a partir de uma disputa eleitoral equilibrada e competitiva, onde se respeitasse o ordenamento jurídico e os limites da Moral, autorizava o desapareço a uma interpretação literal das normas eleitorais em prol de uma interpretação lógico-extensiva, fornecedora de elementos teóricos balizadores da Democracia e da Justiça.

4.3. OS OPERADORES JURÍDICOS.

A necessidade de termos um maior contingente de informações para a solidez das nossas conclusões e o grande impasse travado a respeito dos vários institutos do Direito Eleitoral levou-nos, sob consenso unânime, a realizar algumas entrevistas operadores jurídicos, inclusive àqueles que laboraram e emitiram pareceres nas ações de impugnação de mandato eletivo investigadas. Num total foram oito entrevistas, das quais participaram um advogado bastante conceituado na seara eleitoral, dois professores universitários, três membros do Ministério Público Federal, um jurista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará e um ocupante de um elevado cargo de confiança desta mesma instituição. A estes foram levantadas perquirições várias, principalmente com relação à legislação eleitoral e ao múnus judicante.

De forma natural e bastante salutar, o afluxo de convergências e divergências nas opiniões dos atores jurídicos mostrou-nos, com excesso de certeza o caráter incipiente de fundamentação teórica deste departamento gnoseológico da Ciência Jurídica, sobre o qual vale dizer, a despeito de sua imprescindibilidade no regime democrático, representa visível lacuna na evolução do instituto da cidadania. É a esse respeito, também, que procura esta monografia, de modo simples, contribuir. Reclama, há muito, a nossa conjuntura político-social a adoção de medidas que aprimorem a transparência do processo eleitoral e que culmine, embora num extremo aproximado da idealidade jurídica, com a verdade eleitoral das urnas e com a consciência crítica dos cidadãos. (negrito do editor)

Partindo, assim, destes raciocínios preliminares, cumpre-nos agora expor as assertivas enriquecedoras das nossas lucubrações. Num primeiro momento, avisam os operadores sobre a legitimidade das legislações eleitorais. Apenas um dos procuradores da República cognominou-a de boa e perfeitamente aplicável às finalidades de consubstanciação do sistema políti-

co-democrático. Neste voto, lembra seu responsável uma idéia inédita, pelo menos no conjunto dos processos judiciais estudados. Referiu-se ele, com louvável argúcia, à aplicação da sanção de inelegibilidade aos suplentes por, mormente, prática de abuso do poder econômico, exatamente nos termos do art. 1º, I, d, e, g e h, da Lei Complementar nº. 64/90. Como vimos, a contragosto, decidiram os magistrados da Justiça Eleitoral pela improcedência da AIME sem o julgamento do mérito, considerando o suplente na mera expectativa de obter mandato eletivo. Com a mesma clareza, afirmou também ser incidível, em se tratando de candidato eleito, a sanção constitucional de perda de mandato eletivo cumulada com a sanção de inelegibilidade comentada, por ser esta bem mais eficiente do que as sanções penais, que contemplam institutos complementares à execução da pena privativa de liberdade, como é o caso do sursis e do livramento condicional, ambos inseridos nos arts. 77 e 83, respectivamente, do Código Penal Pátrio.

Diferentemente, os outros dois membros do Ministério Público Federal apontaram suas deficiências, assim como o ocupante do cargo de confiança e os dois professores entrevistados. Fartas e não menos lógicas foram as acusações sobre a existência de lacunas terríveis e casuísticas em razão de suas constantes mudanças e sobre o substrato restritivo e omissivo da legislação eleitoral. Outrossim, não poupou críticas um dos docentes ao Ministério Público, aos Partidos Políticos e à Justiça Eleitoral, quando da retração destes organismos institucionais passado o período eleitoral, os quais agem lentamente na apuração das irregularidades presumivelmente praticadas pelos promovidos. Sob o mesmo ângulo, o outro professor imputa uma parcela de responsabilidade ao Tribunal Regional Eleitoral-Ce pela impossibilidade de uma averiguação mais adequada do processo eleitoral. Já o advogado eleitoral alerta que a verdadeira responsabilidade pela deficiência da Justiça Eleitoral não reside na legislação e nem na estrutura desta instituição, mas deve ser atribuída totalmente aos operadores do Direito. Ora, se a esta afirmação específica dermos crédito, o que dizer, então, do fundamento das sentenças e dos acórdãos dos magistrados? Cumpriram a legalidade e a legitimidade? De outra feita, em informações preciosas e bombásticas, declara o servidor do Tribunal Regional eleitoral -Ce que o voto, apesar dos avanços tecnológicos na sua captação, continua chegando viciado, principalmente por abuso do poder econômico, com a agravante de que a jurisprudência pertinente é condescendente com este e com a precariedade da fiscalização a seu respeito.

Outro tópico questionado concerne ao instituto da suplência. Somente

dois intelectuais, o advogado e o professor, concordam com o incabimento de ação constitucional de impugnação contra suplentes, apoiado aquele, basicamente, num nexo de causalidade entre o resultado do pleito e a conduta dos candidatos, afirmando que a Justiça Eleitoral não deve perder tempo com candidatos derrotados. A indagação sobre o porquê da ação impugnatória contra os suplentes, deram-nos os procuradores explicação convincente. O prazo decadencial para a propositura da AIME é, como estabelece o art. 14, § 10, da Carta da República, de quinze dias contados da diplomação. Como existe AIME contra candidato eleito, necessário se faz ponderar a possibilidade de procedência desta, hipótese em que o suplente, extrapolado o período para ajuizamento da ação e tendo este praticado ilícitos constitucionais, não se vislumbrará a possibilidade de intentar referido processo. Se assim ocorrer, obrigados, estaríamos, salvo se por morte do mandatário ou por motivo de renúncia, a tolerar como representantes fiéis e honestas pessoas que se arrimaram na fraude, na corrupção ou no abuso do poder econômico para adquirir mandatos eletivos. Sumariando: as ações propostas contra suplentes são tentativas de modificar o entendimento jurisprudencial e o status quo tanto do Tribunal Superior Eleitoral quanto do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, no objetivo capital de não deixar imunes os candidatos infratores, à apreciação da suplência pelo Poder Judiciário.

Em referência ao nexo de causalidade, já estudado, dois entrevistados votaram pela sua observância. Cinco combateram com veemência o segredo de justiça, tendo em vista todo o processo eleitoral, por sua própria natureza, ser público. Ademais, outras opiniões foram despendidas. O servidor da Justiça Eleitoral, além de perceber a prestação de contas como um verdadeiro "faz de conta", elenca como desafios da Justiça Eleitoral a contribuição para dirimir os efeitos do abuso de poder econômico e dos meios de comunicação de massa e aproximá-la da sociedade por intermédio da convocação de plebiscitos. A seu juízo, considera como causas da improcedência das AIMEs a enorme dificuldade para se provar a infração eleitoral juntamente com o conservadorismo do Poder Judiciário. Um dos procuradores atesta, com sobras de propriedade, um dos piores males de que padece a Corte Eleitoral, qual seja: é esta ser toda "emprestada, submissa e capenga", precisando, urgentemente, ser modificada para tornar-se especializada e independente.¹⁰⁴

104 - Um fato que traduz a necessidade de uma magistratura eleitoral própria e especializada ocorreu num Seminário sobre Lei Eleitoral e Marketing Político - As Regras do Jogo (realizado na Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará, nos dias 5 e 6 de maio de 2000), ocasião em que os autores, na condição de participantes, formularam uma indagação a respeito do instituto do nexo de causalidade e o juiz de Direito Eleitoral, alvo da indagação, disse que desconhecia o conteúdo da pergunta. (negrito do editor)

4.4. A CONCRETIZAÇÃO JURÍDICA DO CASUÍSMO ELEITORAL.

A pesquisa científica em apreço não atenderia ao requisito da razoabilidade se não comentássemos, detidamente, sobre duas ações impugnatórias. Não por causa de peças processuais bem redigidas e bem fundamentadas ou mesmo por figurarem nos pólos passivos das relações processuais pessoas conhecidas do público, mas por tratar-se, literalmente, de aberrações jurídicas capazes, inclusive, de enegrecer por completo a alma de qualquer autoridade judiciária.

A primeira delas¹⁰⁵ centra-se nas na eleição de 1994. O candidato era deputado federal e foi acusado de se utilizar do setor reprográfico do Senado da República para confeccionar cem mil panfletos para divulgação de propaganda eleitoral com frases de impacto e de apelo ao voto, como as seguintes: "Não quero voto de bandido" e Promessa: "Lutar em prol do Ceará". Na peça contestatória, todavia, aludiu o promovido que os folhetos expressaram tão-somente prestações de contas da sua atividade parlamentar durante o quadriênio de 1990/1994. Além disso, alegou que os folhetos não foram confeccionados com o objetivo de favorecimento eleitoral, até porque, em face de sua condição de vice numa determinada chapa, sequer tinha seu nome assinalado na cédula eleitoral. Após a confecção dos mesmos, continua a afirmativa da Promotoria de que eles foram recebidos pelo parlamentar no dia dois de fevereiro de 1994, por meio da guia de expedição nº. 20723 e distribuídos no Estado do Ceará através da Empresa de Correios e Telégrafos com franquia postal paga pela Câmara dos Deputados. A bem da verdade, cronologicamente, assim se conduziu o candidato: no dia dois de fevereiro de 1994, o parlamentar recebeu os folhetos, pagando a Câmara, no dia primeiro de janeiro de 1995, o valor de R\$ 154,90 pelos impressos ao centro gráfico do Senado; no dia treze de 1995 o candidato pagou o valor mencionado à Câmara dos Deputados, enquanto em vinte e sete de janeiro do corrente o candidato efetuou o pagamento de R\$ 1305,10 ao fundo do centro gráfico do Senado, a título de atualização monetária. Interessante observarmos, demais, é a data do ajuizamento da ação (30 de dezembro de 1994) e a citação do promovido (23 de fevereiro de 1995). Claro está, contudo, que o ressarcimento ao erário público deu-se antes da citação, porém, "presumível" é que o parlamentar não estava insciente desta ação, pagando o valor dos folhetos com o propósito único de ficar imune à medida sancionatória do Poder Judiciário.

A decisão deste episódio foi por maioria de votos e fundou-se na inoportunidade de interesse processual. Atuaram como fundamentos do referido ato processual a total descaracterização da confecção dos folhetos como propaganda eleitoral do candidato e a consideração de que os impressos do parlamentar consistiram em prestação de contas da sua atividade política e não, como insiste o Ministério Público Eleitoral, em "marketing" eleitoral. Como se não bastasse, decidiram ainda os magistrados com base na inexistência de quaisquer tipos de benefícios ao candidato ou ao partido que pudessem comprometer a liberdade do voto, a normalidade e a legitimidade das eleições. Ademais, se a conjunção de todos esses fundamentos se tornassem ineptos para não impugnar o mandato em tela, sobreveio, como num ressuscitamento do nosso patrimonialismo político-eleitoral, a Lei de Anistia nº. 8985/95¹⁰⁶, a qual isenta, desde que efetuado o ressarcimento dos serviços prestados individualmente aos membros do Congresso Nacional, os candidatos às eleições gerais de 1994, processados ou condenados ou com registro cassado e conseqüente declaração de inelegibilidade ou cassação do diploma, pela prática de ilícitos eleitorais previstos na legislação em vigor, que tenham relação com a utilização dos serviços gráficos do Senado Federal, na conformidade de regulamentação interna, arquivando seus respectivos processos e restabelecendo-se os direitos por eles alcançados (artigos 1º. e 2º.).¹⁰⁷ (negritos do editor)

De outra feita, como aludimos, concentraremos nossos esforços na descrição da outra ação de impugnação de mandato eletivo¹⁰⁸. Diferentemente das diversas, figurou como promovente um advogado representante de determinada coligação partidária e, no pólo passivo, uma chapa à eleição majoritária, precisamente aos cargos de prefeito e vice-prefeito. A acusação sobre estes repousa, basicamente, na provável manipulação no processo licitatório da coleta de lixo do Município de Fortaleza. Por este, conforme o observado nos autos do processo, a empresa Marquise, com a proposta de R\$ 88,5 milhões, competiu com a empresa EIT, cuja proposta lançada foi

de R\$ 73,2 (setenta e três vírgula dois milhões de reais). Entretanto, apesar desta relevante diferença pecuniária e do oferecimento dos serviços de coleta em condições de operacionalidade semelhantes, saiu aquela vitoriosa na licitação. Tal privilégio oferecido à empresa Marquise deveu-se ao comprometimento desta em financiar a campanha eleitoral dos promovidos com a doação de R\$ 318.000 (trezentos e dezoito mil reais), o que, consoante a dicção do art. 45, III, da Lei nº. 8713/93, não lhe seria permitido, como concessionária de serviço público municipal. Junte-se a este fato a realização de um cadastro nominal que vinculava cada obra da Prefeitura de Fortaleza, feita pela Sumov, aos candidatos a vereador que apoiassem os promovidos nas eleições, bem como a distribuição por estes de filtros a eleitores carentes com o beneplácito do Sr. Prefeito à época.

Aduziram os promovidos, na peça contestatória, a respeito da concorrência pública para a coleta de lixo de Fortaleza, que o promovente limitou-se a juntar recortes de jornais como notícias jornalísticas que nada provavam, posto que não constituem documentos probantes na expressão verdadeira. Outrossim, se existiu alguma irregularidade no processo licitatório, nenhuma responsabilidade pode ser atribuída aos promovidos, sendo falaciosa a alegativa de que as suas candidaturas foram beneficiadas com as supostas fraudes. Quanto à acusação envolvendo a Sumov, afirmaram eles ser esta desprovida de qualquer autenticidade e, conseqüentemente, inservível para fundamentar qualquer espécie de denúncia. Com relação à acusação de distribuição de filtros a pessoas carentes, patrocinada pela Prefeitura de Fortaleza, nenhuma comprovação aos autos trouxe o promovente. Como desfecho de sua defesa preliminar, concluíram que, se ainda restasse provada a incidência de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude, para gerar efeito contra os promovidos, seria fundamental a demonstração da influência destes fatores no resultado das urnas, ou seja, a existência do nexo de causalidade.

No transcurso da instrução processual, um evento influenciou sobremaneira o término do processo. No dia 29 de setembro de 1999, prazo último para as filiações partidárias, um dos promovidos, vice-prefeito, trocou de partido, filiando-se àquele que propôs a ação de impugnação de mandato eletivo. Consumado este episódio, no dia 13 de outubro de 1999, portanto quatorze dias após a data da filiação, as partes litigantes firmaram acordo com o intuito de extinguirem o processo impugnatório, o qual recebeu parecer favorável do Ministério Público Estadual e a sentença homologatória da juíza competente.

106 - Diário Oficial da União, Brasília-DF, ano CXXXIII, nº. 29, Seção 1, p. 1.733, 9 de fevereiro de 1.995.

107 - Por intermédio desta mesma Lei, foi beneficiado o Senador Humberto Coutinho de Lucena, condenado por abuso de poder de autoridade por utilizar-se do serviço gráfico do Senado Federal em confecção de 130.000 calendários contendo, cada um deles, a sua fotografia, e que foram, depois, remetidos aos cidadãos do Estado no qual possui o seu domicílio eleitoral, ocorrendo a referida remessa em pleno ano destinado às eleições (1994). Acórdão nº. 12244, Jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, Brasília, 7(1): 11-363, jan./mar. 1996, p. 251.
108 - AIME nº. 96000374.

Entretanto, o encerramento deste processo, a nosso ver, não ocorreu com fundamentos plausíveis, isto porque a atitude da Promotoria, principalmente, desprezou o conteúdo material das acusações, baseando-se somente na capacidade das partes desistirem de continuar com o processo em estudo. É bem verdade que existe a possibilidade das partes transigirem, inclusive com a anuência do Representante do Ministério Público Eleitoral, mas somente quando evidentes estejam os elementos **inviabilizadores** da demanda impugnatória. Todavia, estas circunstâncias não estavam presentes no processo em exame. Destarte, à Promotora, na função de fiscal da lei, cabia assumir diretamente o pólo ativo da relação processual, até mesmo porque se trata de uma ação constitucional que tem no interesse público o seu principal vetor. Em última análise, portanto, a extinção do processo não consistiu exatamente numa decisão jurídica, na qual fossem criteriosamente observados todos os pressupostos fáticos exigíveis para uma interpretação mais coerente das normas e suas implicações jurídicas, mas tão-somente em ponderações superficiais e frágeis oriundas de uma decisão eminentemente política. (negrito do editor)

5. À GUIA DE CONCLUSÃO.

Que a história político-eleitoral brasileira é marcada por eleições duvidosas quanto à lisura e legitimidade, isto não constitui novidade alguma. Entretanto, o reconhecimento das problemáticas sociais e políticas do Brasil não pode ser determinante ao ponto de subestimar a importância e as conquistas obtidas com a implantação da Justiça Eleitoral, principalmente no que diz respeito à periodicidade das eleições e ao relativo grau de normalidade do processo eleitoral. Seu mérito está também em ter convivido, de forma razoavelmente satisfatória com relação à sua independência, nos regimes de força, cujo resultado se traduz na existência de uma democracia política em fase de consolidação, passo decisivo, enquanto método procedimental, para a formação e funcionamento da democracia social.

Em particular, no caso do Estado do Ceará, a Justiça Eleitoral adotou comportamentos benevolentes ao julgar as ações de impugnação de mandato eletivo estudadas. Em que pese a aparente segurança advinda da sua separação perante os conflitos político-partidários, constatou-se visivelmente uma tendência à parcialidade nas implementações dos juízos valorativos, mormente quando figuraram no pólo passivo das relações processuais re-

presentantes de partidos políticos considerados situacionistas. Isto se evidencia claramente quando a pesquisa demonstrou a fragilidade das categorizações teóricas defendidas pelos magistrados, obviamente explícitas nos processos judiciais portadores de casuismo eleitoral. Não podemos, todavia, imputar completamente ao Poder Judiciário a dificuldade de se impugnar os mandatos eletivos viciados pelo abuso do poder econômico, corrupção ou fraude, haja vista a notória parcela de culpa percebida no bojo do ordenamento jurídico-eleitoral brasileiro.

Esta tese é reforçada pelas circunstâncias específicas percebidas nas ações, notadamente as que envolvem o instituto da suplência e o do nexo de causalidade. Em vista disso, transpareceu-se daquele, nitidamente, uma leitura restrita sobre a compreensão sistemática da atual Constituição Federal, em face da consideração de os modernos paradigmas interpretativos não tolerarem os fundamentos das decisões judiciais dessa Corte, na medida em que conceberam os suplentes ilegítimos para comporem o pólo passivo da ação, isentando-os da possibilidade de cassação de seus diplomas, caso conquistados inconstitucionalmente. Igualmente, a timidez da crítica não poderia vigorar, essencialmente quando a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral adotou o **nexo causal** como pressuposto **indispensável** na análise do instituto da impugnação e o Tribunal Regional Eleitoral do Ceará filiou-se a esta mesma perspectiva, com a agravante de se munir com o entendimento sustentado em seus julgados da fase mais conservadora do nexo de causalidade, deduzida justamente através da percepção de sua forma mais absoluta. (negritos do editor)

Ademais, sem resquícios de dúvidas, vislumbrou-se nas manifestações jurídico-processuais um certo apego à literalidade da lei por parte dos aplicadores do Direito, materializado na resistência de não abandonar este método cientificamente superado, cuja utilização somente se explica pela preservação de uma realidade eleitoral compatível apenas com os vestígios do legado patrimonialista, mas veementemente combatida pelas novas previsões democráticas. Por outro lado, verificou-se a superficialidade da investigação sobre as prestações de contas dos candidatos, precisamente no tocante às falhas na demonstração das receitas e despesas das campanhas, revelada na fragilidade da apuração de ocorrência de eventual abuso do poder econômico. A bem dizer, a constatação de prestação de contas irregular, por si só, e diferentemente do posicionamento da Corte Eleitoral cearense, que concluiu ser inepta para embasar a procedência de uma ação impugnatória

por infração às normas que regem a administração financeira das campanhas eleitorais, já atende a todos os elementos caracterizadores do ilícito eleitoral por abuso do poder econômico. Com tal visão, prejudicou-se o principal bem jurídico tutelado pela demanda impugnatória, qual seja, a normalidade, a igualdade e legitimidade dos pleitos e, por fim, o interesse público de lisura eleitoral.

Defronte ao cenário delineado, torna-se premente destacarmos algumas orientações que podem auxiliar no aperfeiçoamento da Justiça Eleitoral. Trata-se, primeiramente, da necessidade de uma maior inserção da comunidade jurídico-eleitoral no meio social e político do nosso país, a fim de que isto lhe propicie um acréscimo na capacidade de perceber os aspectos multifacetários que envolvem o processo eleitoral e a ação constitucional de impugnação, transplantando, assim, a análise meramente jurídica. Outrossim, é indispensável para a elevação do nível de legitimidade dos julgamentos a abertura do Poder Judiciário para concepções que englobem as forças pluralistas (as opiniões dos vários segmentos sociais), enquanto intérpretes potenciais da Constituição. Como outra sugestão a não ser dispensada, é valiosa a inclusão de uma magistratura própria e especializada na Justiça Eleitoral. Por iguais razões, o atraso na institucionalização do financiamento público¹⁰⁹ das campanhas eleitorais, principalmente, é útil apenas para dar continuidade à história do abuso do poder econômico nos embates eleitorais brasileiros.

Por tudo isso, exigível é a reformulação teórica e prática do organismo institucional objeto deste estudo, pois ultrapassa a intolerância a distância existente entre este e a realidade social. Deste modo, que a conjugação de esforços concentrada na elaboração desta pesquisa tenha como produto a contenção de elementos idôneos que possam contribuir na consolidação da Democracia e no fortalecimento do Estado Democrático de Direito e de Justiça.

109 - O aprofundamento sobre este tópico está sendo desenvolvido pelos mesmos bolsistas através de uma nova pesquisa, orientada pelo mesmo Professor, cujo título é: A Reforma Político-Eleitoral no Brasil: O Desafio da Democracia.

6. BIBLIOGRAFIA

- ACIOLI, Vera Lúcia Costa. **Jurisdição Constitucional: Aspectos Da Administração Colonial**, Recife, Editora Universitária UFPE, 1997.
- BARRETO, Lauro. **Investigação Judicial Eleitoral e Ação de Impugnação de Mandato Eletivo**, 1ª. edição, Bauru-SP, Edipro, 1994.
- BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. **A Cidadania Ativa: Plebiscito, Referendo e Iniciativa Popular**, 2ª. edição, São Paulo, Ática, 1998.
- BISPO, Charles Emerson. **Ação de Impugnação de Mandato Eletivo**, Leme-SP, Editora de Direito, 1988.
- BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**, 11ª. edição, Editora UNB, Brasília, Vol. 2, 1998.
- BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**, 3ª. edição, São Paulo, Malheiros, 1995.
- BRANDI, Paulo. **Vargas: Da vida para a História**, 2ª. edição, Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1985.
- BRINDEIRO, Geraldo. **A Justiça Eleitoral e a Democracia Brasileira**, in: *Revista Consulex*, Ano I, nº. 12, Dezembro de 1997.
- CÂNDIDO, Joel José. **Direito Eleitoral Brasileiro**, 7ª. edição, Bauru-SP, Edipro, 1988.
- COSTA, Tito. **Recursos Em Matéria Eleitoral - Temas de Direito Eleitoral**, 6ª. edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1996.
- DIAS, Eduardo Rocha. **Prestação de Contas à Justiça Eleitoral e Tutela do Sigilo Bancário face à Lei nº. 8.713/93**, in: *Revista Brasileira de Direito Eleitoral*, nº. 08, Multigraf Editora, Fortaleza-Ce, julho de 1994, pp. 7-15.
- FILHO, Francisco Araújo Macedo. **Corrupção Eleitoral e Abuso do Poder Econômico**, artigo ainda não publicado.
- GOMES, Suzana de Camargo. **A Justiça Eleitoral e sua Competência**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**, 26ª. edição, São Paulo, Companhia das Letras, 1995.
- JARDIM, Torquato. **Direito Eleitoral Positivo - Conforme a nova Lei Eleitoral**, 2ª. edição, Brasília - DF, Editora Brasília Jurídica, 1988.
- . **Introdução ao Direito Eleitoral Positivo**, Brasília-DF, 1994.
- JÚNIOR, Caio Prado. **História Econômica do Brasil**, 42ª. edição, São Paulo, Brasiliense, 1994.
- LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, Enxada e Voto**, 3ª. edição, Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1997.
- LEÃO, José Anís. **Direito Eleitoral - Comentários à Lei nº. 8.713/93**, Belo Horizonte, Del Rey, 1994.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **Judiciário e Estado no Brasil - Tribunais Superiores e Juizes na Formação do Estado Brasileiro**, in : Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brasília, ano 3, n°. 6, Jul-Dez. de 1995, pp. 172-199.

MAIA, Maria Eliete. **O Abuso do Poder Econômico no Processo Eleitoral do Ceará (1930-1990)**, atualizado em maio de 1994, Fortaleza-Ce, 1994.

MOTA, Aroldo. **O Direito Eleitoral na Constituição de 1988**, Fortaleza-Ce, 1989.

NISS, Pedro Henrique Távora. **Direitos Políticos - Condições de Elegibilidade e de Inelegibilidade**, São Paulo, Saraiva, 1994.

----- **Ação de Impugnação de Mandato Eletivo**, 1ª edição, Bauru - São Paulo, Edipro, 1996.

QUEIROZ, Maria Isaura Pereira de. **O Mandonismo Local na Vida Política Brasileira**, São Paulo, Publicação do Instituto de Estudos Brasileiros da Universidade de São Paulo, 1969.

QUEZADO, Paulo e LIMA, Rogério. **Quebra de Sigilo Bancário - Uma análise Constitucional (Doutrina e Jurisprudência)**, Fortaleza, ABC Fortaleza, 1999.

RIBEIRO, Fávila. **O Abuso de Poder no Direito Eleitoral**, 3ª edição, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1998.

----- **Pressupostos Constitucionais do Direito Eleitoral: No Caminho da Sociedade Participativa**, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1990.

SADEK, Maria Tereza Aina. **A Justiça Eleitoral e a Consolidação da Democracia no Brasil**, Fundação Konrad Adenauer, Série Pesquisas, n°. 4, São Paulo, 1995.

SANTOS, Antonio Augusto Mayer dos. **Da Ação de Impugnação de Mandato Eletivo - Histórico Evolutivo e Síntese Procedimental**, in: Paraná Eleitoral, Curitiba, n°. 28, Abr-Jun, 1998.

SOUSA, Octávio Tarquínio de. **História dos Fundadores do Império**, 2ª edição refundida, Rio de Janeiro, José Olympio, Vol. 5, 1960.

SOUZA, Daniel Coelho de. **Interpretação e Democracia**, 2ª Edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1979.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva e ROCHA, Cármen Lúcia Annunes (coordenadores). **Direito Eleitoral**, Belo Horizonte, Del Rey, 1996.

ACÇÕES DE IMPUGNAÇÃO DE MANDATO ELETIVO

Juizo Eleitoral da 83ª Zona Eleitoral de Fortaleza.

Processo n°: 96000374.

Tribunal Regional Eleitoral do Ceará

Processos nos: 94017446, 94017447, 94017448, 94017449, 94017450, 94017451, 94017452, 94017453, 94017454, 94017456, 94017457, 94017458, 94017460, 94017461, 94017462, 94017463, 94017464, 94017465, 94017466, 94017467.

ACÓRDÃOS DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

Números: 1130, 12043, 11899, 14811, 13428, 11841, 12244, 12282, 12394, 12577, 11469, 28, 15161, 1136 e 1314.

CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE DE LEI MUNICIPAL FACE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Adauto César Vasconcelos Silva

Advogado,

Especialista em Direito Público pela
Universidade Federal do Ceará - UFC.

SUMÁRIO:

- INTRODUÇÃO. 1. Inexistência de expressa previsão constitucional.
2. Necessidade do controle in abstracto - Insuficiência do controle incidental.
3. Óbices opostos ao controle direto.
3.1. O caráter político e a excepcionalidade.
3.2. A autonomia do Ente Federativo.
3.3. Óbices operacionais. 4. A possibilidade do controle direto.
4.1. Normas de Reprodução - Construção jurisprudencial.
4.2. A extensão, de lege ferenda, da jurisdição constitucional aos TJ's.
4.3. O recurso ao Supremo Tribunal Federal.
4.4. Efeitos da decisão no Supremo Tribunal Federal.
5. Incidente de inconstitucionalidade.

CONCLUSÃO.

BIBLIOGRAFIA.

INTRODUÇÃO

A norma constitucional não trouxe em seu bojo o controle in abstracto da constitucionalidade de Lei ou Ato normativo Municipal frente à Constituição Federal, assunto este que será delineado no transcorrer do nosso estudo, relevando-se, por oportuno, a reflexão sobre a necessidade, possibilidades e óbices impeditivos desse controle.

Há duas espécies de controle de constitucionalidade, quais sejam, o **controle preventivo** (visa evitar o ingresso no ordenamento jurídico de leis inconstitucionais, como é o caso das comissões de constituição e justiça e o veto popular) e o **controle repressivo** (é aquele que visa retirar uma norma já em vigor por entender ferir o texto constitucional). Esse controle repressivo pelo judiciário é **misto**, ou seja, é exercido tanto na forma **difusa**, de inspiração norte americana, quanto na forma **concentrada**, de origem austríaca. No sistema norte americano, a apreciação da arguição de inconstitucionalidade é suscitada na via incidental, invocada para fins de defesa, pela parte a quem aproveita, no âmbito de processo em que se discute caso concreto. Diz-se difuso porque fica a cargo de todo e qualquer órgão jurisdicional singular ou coletivo. A declaração da inconstitucionalidade, tem seus efeitos restritos às partes, permanecendo a lei eficaz e aplicável às demais relações jurídicas não submetidas ao crivo do Judiciário.

O sistema concentrado ou direto, proveniente da concepção de Kelsen e positivado pioneiramente na Constituição Austríaca de 1920, foi introduzido no Brasil pela Emenda Constitucional n.º 16, de 26/11/1965. Neste Sistema, a apreciação da inconstitucionalidade da norma faz-se em tese, por órgão único, constitucionalmente designado, ou seja, é deferido apenas ao tribunal de cúpula do poder judiciário ou a uma corte (o STF). Esse mesmo fator também acontece com o rol de legitimados, já que é constitucionalmente estipulado, é restrito. A declaração de inconstitucionalidade pela via direta produz eficácia erga omnes, tendo o efeito concreto de extirpar do ordenamento jurídico a norma portadora do vício da inconstitucionalidade.

Após essas breves considerações acerca do controle de constitucionalidade, passemos a analisar o **controle de lei ou ato normativo municipal frente à Constituição Federal**.

1. Inexistência de expressa previsão constitucional

Exsurge inquestionável do texto da Lex Legum a competência do Supremo Tribunal Federal para conhecer da ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual em dissonância com a Constituição Federal (art. 102, I, a, da CF) e a competência deferida, no âmbito da unidade federada, ao Contribuinte Estadual para instituir a Representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual e municipal frente a seu próprio Estatuto Político (art. 125, § 2º, CF). Não há,

entretanto, no texto constitucional, menção ao controle direto da constitucionalidade de lei ou ato normativo municipal tendo-se como parâmetro o Estatuto Político Federal.

É de se considerar, no entanto, a possibilidade de, em face da autonomia do Município e de sua capacidade de auto-organização, autogoverno, auto-administração, da qual decorre competência legislativa, suplementar e para assuntos de interesse local (art. 30, I, II da CF), ocorrer o confronto entre a produção normativa municipal e a própria Constituição Federal. Em tal caso, qual o controle possível de ser exercitado? Qual seria o órgão jurisdicional competente para processar e julgar uma eventual Ação Direta de Inconstitucionalidade? Quais os legitimados à ação?

Essa aparente lacuna no texto constitucional fez surgir discussão teórico doutrinária, e, por outro lado, tornado o respectivo assunto bem mais complexo, já que, no atual regime, neste ponto específico, não houve inovação alguma com relação ao ordenamento precedente.

Diante das discussões acerca do tema, a doutrina tem-se dividido da seguinte forma: a) os que vêem, apoiados em uma exegese extensiva do texto constitucional, inclusa a lei ou o ato normativo municipal na expressão "estadual" do artigo 102, I, da CF; b) os que entendem, no permissivo do artigo 125, § 2º, o deferimento ao constituinte estadual da competência para prover um tal controle; c) finalmente, os que enxergam no texto constitucional, não uma lacuna, mas sim um "silêncio eloquente", "interesse dirigido ao fim".

Diante de toda essa controvérsia, o STF tomou o seguinte posicionamento: "Não há ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal, frente à CF" (RE 93.088, 20/05/81, Min. Rel. Soares Muñoz). "Arguição de inconstitucionalidade, em tese, de lei ou ato normativo municipal por contrariedade à Constituição Federal, mediante representação a Tribunal de Justiça do Estado - sua inadmissibilidade em face do sistema constitucional vigente" (RE 94.039, 02/06/81, Min. Rel. Moreira Alves), no voto "Isto ainda, porque se nem o Supremo Tribunal Federal pode julgar a inconstitucionalidade, em tese, da lei ou ato normativo municipal diante da Constituição Federal, como admitir que as Constituições Estaduais, sob pretexto de omissão, dêem esse poder, de natureza eminentemente política, aos Tribunais de Justiça locais e, ao próprio Supremo Tribunal Federal, por via indireta, em grau de Recurso Extraordinário". "A Constituição de 1988, ao

prever o controle concentrado de constitucionalidade no âmbito dos Estados-Membros, erigiu a própria constituição estadual à condição de parâmetro único e exclusivo de verificação da validade das leis ou atos normativos locais" (ADIn 409-3, Min. Rel. Celso de Mello, 06/12/90, RTJ 134, pág. 1066). No mesmo sentido: ADIn's: 1375-1, Min. Rel. Moreira Alves, 23/11/95 e 1536-2, Min. Rel. Marco Aurélio, 14/04/97, para citar apenas alguns arestos.

Assim, em conformidade com os arts. 102, I, a, e 125, § 2º, ambos da Constituição Federal, clara é a ausência do texto no que tange à possibilidade, relacionada à competência para processar e julgar as ações diretas de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos municipais contrários, diretamente, à Constituição Federal.

Nesse contexto explica o professor ALEXANDRE DE MORAIS que "será inadmissível ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal ou perante o Tribunal de Justiça local, inexistindo, portanto, controle concentrado de constitucionalidade, pois o único controle de constitucionalidade de lei e de ato normativo municipal em face da Constituição Federal que se admite é o difuso, exercido incidenter tantum, por todos os órgãos do Poder Judiciário, quando do julgamento de cada caso concreto."

2. Necessidade do controle in abstracto - Insuficiência do controle incidental.

O controle incidental possui escopo bastante diverso do visado pelo controle concentrado. Aquele objetiva a defesa de direitos subjetivos, este, precipuamente a defesa do ordenamento jurídico objetivo.

O controle incidental de inspiração norte americana é, ali, exclusivo, combinando os dois escopos, em virtude e decorrência do stare decisis. Não é esse o nosso caso. Daí, a necessidade da inserção do controle direto, configurando o nosso sistema misto de controle.

O sistema direto no Brasil, segundo informa o Ministro José Carlos Moreira Alves, foi concebido com a finalidade "de diminuir a carga de processos recebidos pelo Supremo Tribunal Federal" e, em razão mesmo dessa finalidade, o controle não se estendeu aos atos normativos municipais,

"dado que em face do grande número de municípios o remédio que se criava poderia piorar o mal que se pretendia minorar". Todavia, certamente, nem em sua inspiração original, nem na forma como passou a ser entendido e utilizado no Brasil, limita-se a modalidade a tão restrito fim, de ordem meramente operacional.

Alguma inter-relação entre os mecanismos concentrado e difuso de controle, certamente, há. Tanto um quanto outro instrumento compartilham mutuamente dos objetivos de defesa da ordem objetiva e de interesses e direitos subjetivos.

Certo que, sob o manto protetor da negação da validade ampla e geral à norma viciada de inconstitucionalidade, abrigam-se múltiplos interesses subjetivos. Interesses esses tão melhor contemplados quanto mais largos os segmentos legitimados à propositura da Ação Direta. Caminho pelo qual, inequivocamente, optou o constituinte de 1988.

Por outro lado, a lei eivada de inconstitucionalidade suscitada incidentalmente e apreciada pelo Supremo pela via do Recurso Extraordinário, pode eventualmente vir a ser suspensa pelo Senado Federal (art. 52, X, CF) conferindo-se assim a eficácia erga omnes à decisão, que a princípio se restringe às partes, conciliando assim, à defesa do direito subjetivo, a defesa da ordem jurídica objetiva.

Porém, se o incremento no rol dos legitimados promovido no Texto Constitucional de 1988, visando certamente dar maior conseqüência e extensão a esta forma de controle, traz, indiretamente, o efeito de tornar a Ação Direta mais permeável à defesa de interesses individualizados, por outro lado, a utilização do Controle Incidental como forma de defesa da ordem jurídica objetiva é amplamente ineficiente, pois que subordinada ao esgotamento dos recursos processuais ordinários, à apreciação do Recurso Extraordinário pelo Supremo e, finalmente, à eventual suspensão de vigência pelo Senado.

Como expressa Gilmar F. Mendes: "A ampla legitimação, a presteza e a celeridade desse modelo processual (o modelo concentrado), dotado inclusive da possibilidade de se suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido de cautelar" (Mendes: 1996) confere ênfase ao Controle Direto, que passa a competir, com vantagem, com o Indireto, como instrumento de defesa de posições subjetivas.

Mais ainda, se o controle incidental no escopo acima descrito não é

satisfatório quando aplicado às normas Federais e Estaduais, que se dirá quando aplicado às normas municipais. Então, a via crucis em direção à decisão do Supremo, é certamente maior e, não podemos esquecer, sempre sujeita a discricionariedade do interesse da parte. A suspensão pelo Senado fica menos provável. Advinda, é de se questionar a legitimidade política do Senado para tanto. Isto considerando que o mote para o cometimento ao Senado de tal mister foi o da natureza política da medida e se a representatividade do Senado é inquestionável nos assuntos da Federação e naqueles dos Estados que representam; o mesmo não se pode dizer tão tranqüilamente quanto aos assuntos municipais.

Apointa o autor citado, dentre as vantagens de tal mecanismo, uma, que interessa particularmente à nossa discussão: o fato de que ensejaria ao Supremo conhecer das questões constitucionais mais relevantes provocados por atos normativos municipais. Conhecimento impraticável na via da Ação Direta frente ao Supremo, dado o grande número de atos normativos comunais; e com os inconvenientes já apontados na via do Recurso Extraordinário.

Não podemos deixar de ver nessa proposta a atribuição de características de controle direto ao controle incidental. Ora, se temos a possibilidade de flexibilização do instrumento puro do controle incidental, atribuindo-lhes características de controle concentrado, pela instituição da "avocação", então seria igualmente assumível a flexibilização do controle concentrado pela atribuição de características do sistema difuso, quer seja, pela previsão de instância recursal visando preservar a autoridade do Supremo e a uniformidade na interpretação dos dispositivos constitucionais, ao possibilitar a revisão da Decisão em Ação Direta pelos Tribunais de Justiça. Seria esta segunda opção mais consentânea com o espírito democrático, na medida em que descentraliza a discussão e permite a construção dialética dentro do próprio judiciário.

A tese, ademais, já foi considerada pelo Eminentíssimo Ministro Carlos Velloso: "O Supremo Tribunal Federal admitiria a possibilidade da interposição do recurso necessário, emprestando, assim, característica de um controle difuso a um controle concentrado,... Nesse sentido seria possível talvez, essa construção. Digamos construir, porque, na verdade, o controle abstrato concentra-se unicamente no órgão incumbido de efetivar o controle." (ADIn 347-SP, Min. Rel. Moreira Alves, 18/08/90).

Se a exclusão do controle incidental não cabe, frente à inafastabilidade da prestação jurisdicional na tutela dos direitos subjetivos, devendo indiscutivelmente estar à disposição do arsenal destinado a defesa de tais direitos; não há dúvida que o controle direto deve ser privilegiado no desiderato da defesa da integridade e coerência do ordenamento jurídico, bem como da eficácia dos princípios garantidores do Estado Democrático de Direito.

3. Óbices opostos ao controle direto.

O problema principal é a ausência da expressa previsão constitucional e a impossibilidade de, in casu, proceder-se a uma interpretação extensiva. A par dessa incontroversa realidade, apontam-se outros impedientes, de natureza estrutural, a uma eventual instauração de um controle direto: a excepcionalidade do controle, a afronta que possa significar a autonomia do ente federativo, óbices operacionais.

3.1 O caráter político e a excepcionalidade.

Objeta-se que o controle por ser eminentemente político deveria ter sua aplicação restringida, não ampliada, atendo-se sempre à letra do permissivo constitucional. Conforme o Eminentíssimo Ministro do STF, Moreira Alves: "... ato de natureza eminentemente política, uma vez que, por ele, se julga, diretamente e em abstrato, a validade de ato dos outros Poderes do Estado (o Legislativo e o Executivo... Por isso mesmo, o controle in abstracto (principalmente em países em que, como o nosso, se admite, sem restrições, o incidental tantum) é de natureza excepcional, e só se permite nos casos expressamente previstos pela própria Constituição..." (em seu voto no RE 91.740-RS, Min. Rel. Xavier de Albuquerque, 12/03/80, RTJ 93/461-2).

Não há que se negar a componente política do Controle de Constitucionalidade, porém, é necessário que separaremos duas realidades: a estritamente política e a técnico-jurídica.

O controle essencialmente político pode ser e é exercido no fórum apropriado, através do controle preventivo, pelo próprio legislativo, nas comissões de Constituição. Na esfera do Poder Executivo, pelo poder de veto a projeto de lei sob argumento da inconstitucionalidade; também admissível, em certos casos, é a não aplicação, ou inexecução da lei inconstitucional. Há ainda a responsabilização perante o Parlamento pelos atos do Poder Executivo havidos como inconstitucionais, a sustação de atos de delegação, etc. A

nota dominante nessa forma de controle é a discricionariedade, a liberdade na escolha da oportunidade e conveniência de ser aplicado, a liberdade no discernimento, que caracteriza a atividade política. Em virtude mesmo dessa liberdade de escolha, pode ocorrer que a opção política se incline no sentido da manutenção do ato inquinado de inconstitucionalidade.

Coisa diversa é a necessidade de coerência e integração lógica do ordenamento jurídico, cujo zelo deve, precipuamente, competir ao Poder Judiciário. Nesse aspecto não há que se falar em teor político do controle, no sentido acima descrito. O caráter político da decisão judiciária poderia residir no fato de que Poder Judiciário estaria, segundo alguns, agindo como legislador negativo, ao negar vigência à lei ou ato normativo e até como legislador positivo ao determinar a interpretação conforme a constituição, aqui, na função de produzir a interpretação autêntica. Vários autores tecem críticas ao que chamam a jurisdicionalização da política (LEAL: 1997). Nesse sentido, também: Geraldo Brindeiro (BRINDEIRO:1994) Feu Rosa (ROSA:1995, pág. 89). Ainda assim, parece-nos que o controle judicial carece de teor político no sentido mais característico do termo, pois que a decisão do Judiciário é, ou ao menos há de ser, sempre, balizada e parametrizada por princípios e regras tanto de caráter material, como de caráter processual. É decisão técnica e não política. É decisão jungida à lei. Onde no Executivo e principalmente no Legislativo, temos a discricionariedade, a escolha relativamente livre do caminho a seguir, temos no Judiciário os estritos trilhos que conformam a prestação jurisdicional.

A excepcionalidade do controle direto, prende-se, a nosso ver, menos ao seu possível teor político e mais ao próprio fato de ser concentrado em órgão único, diversamente da regra geral de multiplicidade de graus de jurisdição. É também excepcional pelas radicais conseqüências jurídicas do decisor. Legítimo é discutir-se formas de limitar tais conseqüências ou suas repercussões no mundo fático. Por exemplo, no que tange à flexibilização dos efeitos ex tunc da declaração de inconstitucionalidade. Nenhum desses fatores de excepcionalidade, no entanto, deve ensejar a pura e simples negação do controle.

Para expungir o controle no nível em que o discutimos, de lei municipal em tese, o argumento da excepcionalidade, por si, parece ainda não ser suficiente, senão conjugado com outro atinente à relevância da norma impugnada. Ora a necessidade que autoriza o excepcional controle ao nível das normas federais ou estaduais, possivelmente com mais razão, pode autori-

za-lo ao nível da norma municipal. Qual a razão de prever-se o controle para aquelas e não para esta? O único argumento plausível seria que esta, por ter eficácia restrita, territorialmente, pela menor extensão de seu objeto, ficaria dispensada de tal controle. Parece-nos, entretanto, o contrário, por sua subordinação a ambas as ordens constitucionais, a Federal e a Estadual, com mais razão, deveria ser submetida a sua obediência.

3.2 A autonomia do Ente Federativo.

O argumento é que a autonomia do Município, haurida diretamente da Constituição Federal não há de sofrer interferência a nível Estadual. Questiona-se se poderia o Poder Constituinte Derivado prover representação de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo municipal frente a ordem nacional, sem estar ingerindo-se no âmbito desta sua específica autonomia. O deferimento do artigo 125, § 2º, sem dúvida constitui preito à autonomia do Ente Federado. Poderia a previsão do controle, no âmbito delineado constitucionalmente significar ameaça a autonomia do Município, também constitucionalmente desenhada?

Um fato fundamental é que o município não está munido de órgãos judiciários próprios. O aparelho judiciário mais próximo é o do Estado Membro. Na verdade, não estaria o constituinte estadual, exatamente, provendo o controle em estudo, mas sim, meramente, dando conseqüência ao comando da Constituição Federal no sentido dessa instituição. Comando que, diga-se, há de ser, por sua natureza, necessariamente exposto.

Ademais a existência do controle milita em favor da efetivação de uma autêntica autonomia municipal. Aquela não só a ser mantida, mas, principalmente, a ser construída. Em favor do controle temos ainda a ponderação o crescimento de importância do Município na Federação promovido pela CF de 1988, guindado ao status de integrante da República (art. 1º, CF).

3.3 Óbices operacionais.

Contra a apreciação diretamente pelo Supremo Tribunal Federal, aparece a impossibilidade prática. Contra a apreciação pelos Tribunais de Justiça é brandida a competência precípua do Supremo para a guarda da Constituição Federal. Sustenta-se o fato de que, transitada em julgado a Decisão do Tribunal de Justiça, vinculado estaria até mesmo o Supremo Tribunal Federal e tolhido da apreciação dos casos concretos que a ele subissem pela via

do Recurso Extraordinário. Coloca-se, ainda, que a interpretação dada pelos distintos Tribunais de Justiça poderia não ser uniforme, gerando uma insustentável desigualdade.

Tais óbices, longe de fazer negar a possibilidade do controle, estão a desafiar a concepção de fórmulas jurídico processuais capazes de afastá-los.

4. A possibilidade do controle direto.

Parece que o único obstáculo efetivo e sério à existência do controle em tese da constitucionalidade de lei ou ato normativo municipal frente à CF, vem a ser a inexistência de expressa previsão constitucional. Felizmente o constitucionalismo evolui. A Constituição pode ser alterada em sua letra e o Supremo não se tem furtado a construir no sentido de suprir a ausência em pauta, conforme veremos no tópico seguinte.

4.1 Normas de Reprodução - Construção jurisprudencial.

De grande relevância, para o assunto discutido neste estudo, é a decisão do Supremo, pelo Tribunal Pleno, na Reclamação 383-SP, relatada pelo Ministro Moreira Alves, onde se fixou o entendimento de que cabe ao Tribunal de Justiça Local exercer o controle direto de constitucionalidade de lei ou ato normativo Municipal sob o parâmetro da Constituição Estadual, mesmo quanto a seus dispositivos que reproduzem aqueles da Carta Federal de observância obrigatória pelos Estados e Municípios (Constituição Total). Sendo a decisão, nesse caso, passível de Recurso Extraordinário quando "a interpretação da norma constitucional estadual, que reproduz a norma constitucional federal de observância obrigatória pelos Estados, contrariar o sentido e o alcance desta." (RCL 383-SP, Min. Rel. Moreira Alves, j. 11/06/92, RTJ 147, 404 a 507).

Em que reside a relevância da decisão? Entendia-se até então, diante do fato de parte dos Dispositivos da Constituição Estadual constituírem reprodução de outros da Carta Federal, de observância obrigatória pelos Estados (Normas de Reprodução na terminologia de Raul Machado Horta (HORTA: 1964, pág. 193)); que no tocante a tais normas, não caberia controle ao nível estadual, pois este não passaria de burla à competência exclusiva do Supremo para apreciar a inconstitucionalidade em face da Carta Federal. Além do que, uma eventual decisão da Corte Estadual em sede de Con-

trole Direto, por sua característica de eficácia erga omnes, vincularia, inclusive, o Supremo nos Recursos Extraordinários futuros dos quais viesse a conhecer em sede de Controle Difuso.

Frente à vedação acima, somente caberia a Representação ao TJ, relativamente aos Dispositivos Autônomos da Carta Estadual. Quando da afronta por lei estadual às Normas Constitucionais Estaduais de Reprodução, restaria a via da Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo, sob o parâmetro direto da Carta Federal. No que tange à lei municipal, a via direta caberia apenas no que tange ao parâmetro das Normas Autônomas da Constituição Estadual. Convenhamos, terreno de exígua extensão, se considerarmos que como jus receptum da Constituição Federal, a Estadual em grande parte a reproduz.

A solução é construir onde não há disposição expressa. Reconheceu o Supremo que norma local tanto pode ser examinada em face da Constituição Estadual como da Constituição Federal e, para citarmos o comentário de Arthur De Castilho Neto ao julgado (1993), "*Admitiu, para o efeito de tornar reversível a decisão do Tribunal local, ... a interposição de Recurso Extraordinário, quando a interpretação daquele Tribunal violasse a Constituição Federal. Na hipótese de não ser interposto o recurso extraordinário, a decisão somente prevaleceria quanto à Constituição estadual, nada impedindo que a questão fosse reavivada quanto à violação de regra constitucional federal.*" Na disciplina atual, portanto, irrecorrido e transitado em julgado o acórdão do Tribunal de Justiça, a eficácia erga omnes fica, obviamente, restrita ao âmbito do Estado Federado, inclusive porque a apreciação se fez apenas em face do parâmetro Carta Estadual. A questão juris federal, permanece invocável perante o Supremo.

Só podemos ver nesta construção do Supremo uma mitigação da dogmática do controle direto, pela atribuição ao mesmo de características do controle difuso, quer seja, a possibilidade de fazer chegar a questão ao Supremo, o legítimo guardião da Constituição Federal, pela via recursal. Tal construção soluciona boa parte do problema considerando a extensão em que as Constituições dos Estados reproduzem a Carta Federal. No entanto sempre haverá aquela porção da Carta Federal não reproduzida na Estadual e que, por tal motivo, não seria alcançada pelo controle direto.

Se aquele passo foi dado no sentido de prover o adequado e completo controle da constitucionalidade na via direta do normativismo municipal, convém considerar a possibilidade de empreender-se outros, como por exemplo a extensão, de lege ferenda, da jurisdição constitucional aos Tribu-

nais de Justiça, para que possam conhecer e julgar a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo municipal frente à Constituição Federal.

4.2 A extensão, de *lege ferenda*, da jurisdição constitucional aos TJ's

Já no Ordenamento Jurídico constitucional precedente propunha-se, de *lege ferenda*, inserção no art. 13 daquela Carta, de parágrafo com previsão da competência na forma que segue: "§ Compete aos Estados argüir, perante o Tribunal de Justiça, a inconstitucionalidade de leis ou atos estaduais e municipais contrários à Constituição estadual, e a inconstitucionalidade de leis ou atos municipais contrários a esta Constituição" (ALMEIDA:1982, pág. 133). Tese em parte acolhida pelo constituinte de 1988 ao introduzir a representação do art. 125, § 2º.

Ora, se aos Tribunais já é deferida a apreciação e possibilidade de pronunciamento da inconstitucionalidade de lei municipal frente a Carta Magna na via incidental, o que está a impedir a mesma apreciação na via direta, preservada a autoridade do Supremo Tribunal Federal na matéria pelo instrumento do Recurso Extraordinário.

Não se pode negar a extensão de tal jurisdição aos TJ's sob o pretexto da precipualidade do Supremo Tribunal Federal na guarda da Constituição e, ao mesmo tempo, negar-se neste o seu exercício pela não factibilidade da apreciação em caráter originário.

Que se reconheça a excepcionalidade que há no controle direto. Que, frente a esse reconhecimento, se defira sua competência a órgãos jurisdicionais centrais ou de cúpula em cada esfera. Que se restrinja o número de legitimados à ação. Por fim, que se esboce constitucionalmente, de outras formas, os limites de tal controle. Porém, não há que se excluir a produção normativa municipal da discussão de sua constitucionalidade por essa via. Dificilmente poderíamos conceber, legitimamente, outros instrumentos processuais para afastar a eficácia geral da norma municipal inconstitucional. Ações outras de caráter coletivo e legitimação ampla (ação civil pública, mandado de segurança coletivo) não implicariam senão em tentativa ilegítima de burlar a lógica que está a vedar a utilização do instrumento apropriado: o controle em abstrato da constitucionalidade da norma.

A atribuição aos TJ's da apreciação da Inconstitucionalidade em tese

de lei ou ato normativo municipal de forma ampla, segundo os parâmetros da Carta Estadual e Federal, mantida a legitimação ativa autorizada e condicionada pelo art. 125 § 2º; teria a vantagem de, ali, antes da sujeição da questão ao STF, escoimá-la da matéria de competência meramente estadual. Os Tribunais de Justiça seriam instância última, sempre que para supressão do vício, suficiente fosse o quanto dispõe o ordenamento constitucional local. A apreciação pelo Supremo, em grau de recurso, estaria a garantir sua autoridade e competência para interpretação, em última instância, da Carta Magna.

4.3 O recurso ao Supremo Tribunal Federal.

Desafia Recurso Extraordinário a decisão que, a teor do art. 102, III, c, julga válida a lei ou ato normativo do governo local contestado e em face da mesma. O controle concentrado exercido pelos Tribunais locais não está a ele imune.

No entanto, como observa o Ministro Carlos Velloso em seu voto na ADIn 347-SP, em sede do controle direto, melhor caberia um "Recurso Necessário", posto que a apreciação da questão pelo Supremo não poderia ficar à mercê da discricionariedade da parte. Diríamos não apenas da discricionariedade, senão da diligência da parte na observância de todos os pressupostos e requisitos exigidos pelo Recurso Extraordinário na forma como constitucionalmente delineado.

A apreciação do Recurso Extraordinário pelo Supremo, conforme salienta José Augusto Delgado (1995) depende do cumprimento dos pressupostos específicos exigidos pelo art. 26, da Lei 8.038/90 e da sujeição aos princípios e regras adotadas para os Recursos Extraordinários como, a título exemplificatório, tempestividade, entrada na Secretaria do Tribunal, esgotamento dos recursos de natureza ordinária, pre-questionamento. Estaria o Recurso sujeito ainda à restrição imposta na súmula 283 do STF. De forma que, em face do interesse público do "Recurso Necessário", inclusive com fins de preservação da uniformidade de interpretação da Constituição Federal, é provável que merecesse disciplina própria, diversa daquela do Recurso Extraordinário.

Na assunção de um "Recurso Necessário", manifestar-se-ia, convenientemente, uma das características do controle direto: a não disponibilidade do processo pela parte. Aquele que desencadeia a ação direta, o faz em defesa da ordem jurídica. "... o autor não persegue aqui interesse próprio,

nem busca a defesa de uma posição jurídica individual" (MENDES: 1995). Não se requer a demonstração de interesse jurídico específico do proponente. Por via de consequência, justifica-se a inclusão, no impulso oficial, do recurso de que cogitamos.

Quanto ao problema operacional da quantidade de processos no Supremo, a assunção do Recurso que discutimos, longe de inflacioná-la, concorreria para sua redução, na medida em que a decisão em sede de controle direto, fazendo coisa julgada material com eficácia erga omnes, aliviaria o Supremo da apreciação dos Recursos Extraordinários que, mais numerosos na via incidental, emergiriam toda vez que os Tribunais locais tivessem que confirmar a validade da lei ou ato normativo municipal frente a uma não sustentável arguição de inconstitucionalidade frente à Constituição Federal (art. 102, III, c).

E quanto à decisão do Tribunal local que, contemplando o pedido do requerente, proscrisse norma comunal impugnada por afronta à CF, estaria sujeita ao recurso voluntário? Não há que se olvidar que o constituinte de 1988, permitiu um certo "contraditório" na via direta ao prever a defesa da norma impugnada pelo Advogado Geral da União (art. 103, § 3º). O Constituinte Estadual, em simetria com o ordenamento Federal, tem, em regra, atribuído a tarefa, no âmbito estadual, ao Procurador Geral do Estado (CE/RS, art. 95, § 4º, CE/SC, art. 85, § 4º, CE/CE, art. 127, § 1º, CE/RN, art. 71, § 5º, CE/SP, art. 90, § 2º, CE/GO, art. 60, § 1º, para citar algumas das Constituições Estaduais).

Há interesse público em que se estabeleça tal "contraditório". Inclusive, em deferência à autonomia do Município, à representatividade de seus órgãos legislativos e normativos, ou ainda, à presunção de legitimidade e legalidade de que goza respectivamente a produção legislativa e a edição normativa do poder executivo. Cabível, em virtude desse interesse, conceder-se o duplo grau de jurisdição ao controle que na ortodoxia de sua dogmática é concentrado.

Questões outras em derredor haveriam de ser discutidas, como, por exemplo, a do efeito em que se receberá o recurso; porém o enfrentamento das mesmas foge ao escopo deste trabalho.

4.4 Efeitos da decisão no Supremo Tribunal Federal.

A eficácia erga omnes, em todo o território nacional, da decisão do Supremo Tribunal Federal em Recurso Extraordinário (próprio de controle

difuso) interposto contra Acórdão de Tribunal de Justiça em sede de controle direto, foi afirmada em recente julgado da Corte Suprema (RE 187.142-RJ, Min. Rel. Ilmar Galvão, 13/08/98). Tal eficácia pode, no entanto, não ser suficiente para viabilizar o controle que preconizamos. O controle direto é em abstrato, porém, da norma concretamente editada. "Inexiste ... em nosso sistema jurídico, a possibilidade de fiscalização abstrata preventiva da legitimidade constitucional de meras proposições normativas pelo Supremo Tribunal Federal" (ADI n 466-DF, Min. Rel. Celso de Mello, RTJ 136-01 pág.-25). É dizer, o controle em tese só pode ser desencadeado em face da existência em concreto de Lei ou Ato normativo. Por outro lado, proscriba a norma comunal concreta por decisão definitiva do Supremo, ainda que tal decisão tenha eficácia geral e em todo o território nacional, os efeitos, do ponto de vista prático, restringir-se-iam ao âmbito da municipalidade onde foi editada.

Face a esta realidade, difícil será escaparmos, na espécie, a alguma forma de efeito vinculatório das decisões emanadas pelo Supremo, se pretendemos evitar a multicitada inflação processual no Órgão de Cúpula.

Difícil também é não admitirmos a utilidade de um tal efeito quando contemplamos a proliferação entre os municípios brasileiros de ilegítimos modelos legislativos como, exempli gratia, é o caso das leis municipais instituidoras das famigeradas "taxas" de Iluminação Pública, Coleta de Lixo, Turismo, etc.; ou das leis que, a pretexto do exercício do poder de polícia, são, no fundo, violadoras de direitos individuais de liberdade e privacidade constitucionalmente garantidos.

O recurso à súmula vinculante, no caso específico, poderia ser, ao lado de outras, uma forma de, por um prisma, limitar-se a subida ao Supremo de questões já repisadas em seus julgamentos, por outro, evitar-se a adoção de soluções mais autoritárias, como pode acontecer com chamada "questão constitucional incidente", cuja conotação advocatória, normalmente atendem mais de perto aos interesses governamentais do que a uma efetiva e real preservação da segurança jurídica e proteção da Constituição.

Nos requisitos para edição das súmulas é onde poderia residir uma instrumentalização do instituto de forma a que, sem que se iniba a sua utilidade prática, não venha a ensejar centralização demasiada das decisões e conseqüente "engessamento" do Poder Judiciário. Poder, diga-se, que tem, em sua formação plural e na dialética entre suas instâncias, a sede de seus atributos democráticos.

5. Incidente de inconstitucionalidade

Pela sua introdução foi acertado na Revisão Constitucional de 1994, que permitiria fosse apreciada diretamente pelo STF controvérsia sobre a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive os anteriores à Constituição.

Foi com o substitutivo apresentado pelo Deputado Jairo Carneiro ao Projeto de EC 96/92 ("Emenda do Judiciário"), que foi proposta a adoção do incidente de inconstitucionalidade, nos seguintes termos:

"Art. 107. (...)

§ 5º. Suscitada, em determinado processo, questão relevante sobre a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição, e concorrendo os pressupostos do art. 98, § 1º, o STF, a requerimento dos órgãos ou entes referidos no caput deste artigo, poderá processar o incidente e determinar a suspensão do processo, a fim de proferir decisão com efeito vinculante exclusivamente sobre a matéria constitucional".

Com esse incidente de inconstitucionalidade, poder-se-ia encontrar a solução adequada para a difícil questão do controle de constitucionalidade da lei municipal em face da Constituição Federal. Isso ocorre, pelo fato de que permitiria ao STF conhecer das questões constitucionais mais relevantes provocadas por atos normativos municipais.

Por fim, a eficácia erga omnes e o efeito vinculante das decisões proferidas pelo STF nesses processos não de fornecer a diretriz segura para o juízo sobre a legitimidade ou a ilegitimidade dos atos de teor idêntico, editados pelas diversas entidades comunais.

CONCLUSÃO

O desenvolvimento histórico do sistema de controle de constitucionalidade permite-nos inferir a regra do progressivo incremento em sua abrangência e extensão; quer pelo aperfeiçoamento, no direito positivado, do instrumental processual necessário, sempre mais específico e eficaz; quer pela construção jurisprudencial ampliadora dos limites aos quais estava, primitivamente, restrito.

Tal fenômeno parece-nos revelar a necessidade prática, para a vida

do Estado, de uma integração lógica, coerente e harmônica do ordenamento jurídico positivo sob a égide da Lei Magna. A garantia de eficácia aos seus princípios constitucionais é, no atual estágio de seu desenvolvimento, a única garantia que possuímos de manutenção do Estado Democrático de Direito. Infelizmente, na história recente de nosso país temos fartos exemplos da descara dos poderes constituídos e do legislador infra-constitucional relativamente a subordinação de seus atos a tais princípios.

Dada a, também progressiva, projeção do Município na comunidade política, faz-se mister circunscrever sua produção normativa autônoma ao âmbito da normalidade constitucional pela via do controle completo e abrangente de sua constitucionalidade; quer sobre o parâmetro da Constituição Estadual; quer, e isto fundamentalmente, sob o parâmetro da Constituição Federal, de onde ao princípio e ao fim vai haurir sua base de validade. Controle esse que há de ser instrumentalizado pela via processual mais adequada.

Em virtude do quanto discutido neste trabalho, parece ser uma direção possível, para a consecução do objetivo acima delineado, a da extensão da jurisdição constitucional dos Tribunais de Justiça, para que, ressalvada a revisão pelo Supremo, venham a conhecer e julgar a Representação de Inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal em face da Carta Política Federal.

Acrescentando o que foi exposto acima, finalizaremos o respectivo estudo, recomendando que se discuta com seriedade e isenção de espírito a proposta constante do "Substitutivo Jairo Carneiro", que, como demonstrado, poderá conferir nova e constitutiva conformação ao sistema de controle de constitucionalidade brasileiro.

BIBLIOGRAFIA

ALVES, JOSÉ CARLOS MOREIRA. O controle de Constitucionalidade no Brasil. Revista da Procuradoria Geral da República, n. 9, jul/dez. 1996.

BASTOS, CELSO RIBEIRO; MARTINS, IVES GANDRA. Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Arts. 92 a 126. São Paulo: Saraiva, 1997. 4 v. t. III

BONAVIDES, PAULO. Curso de Direito Constitucional. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

FERRARI, REGINA DE MACEDO NERY. Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

----- Elementos de Direito Municipal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

----- A Inconstitucionalidade da Lei Municipal. Curitiba: Juruá, 1991.

MENDES, GILMAR FERREIRA. O controle Incidental de Normas no Direito Brasileiro. Arquivos do Ministério da Justiça, Brasília, 49 (188):37-75, jul/dez, 1996.

MORAES, ALEXANDRE DE. Direito Constitucional. 6. ed. rev. ampl. e atual. com a EC nº 22/99. São Paulo: Atlas, 1999.

REVISTA DOS TRIBUNAIS. Ano 88 - Fevereiro de 1999 - v. 760. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ROSA, ANTÔNIO MIGUEL FEU. Inconstitucionalidade de Leis Municipais. Boletim Legislativo ADCOAS, n. 3, Ano XXIX, jan/1995.

SILVA, JOSÉ AFONSO DA. Curso de Direito Constitucional Positivo. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

O Direito Alternativo e a Escola do Direito Livre

Gustavo Tavares Cavalcanti Liberato

Mestrando em Direito - UNIFOR

bolsista da FUNCAP

"Vê-se todos os dias a sociedade reformar a lei; nunca se viu a lei reformar a sociedade" (Jean Cruet. "A VIDA DO DIREITO E A INUTILIDADE DAS LEIS". 1ª Edição, Salvador, Editora Livraria Progresso, 1956).

Tendo, hodiernamente, ganho algum espaço nos meios acadêmicos, o autodenominado "movimento do Direito Alternativo", parece não ser extemporânea uma análise - perfunctória que seja - das sensíveis semelhanças deste movimento com a chamada Escola do Direito Livre.

A causa da devoção a esta tarefa provém das discussões ocorridas nas aulas de Epistemologia Jurídica, do Curso de Mestrado em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza, aulas estas regidas pelo eminente professor Arnaldo Vasconcelos.

Com efeito, se a inquietação é um dos primeiros motores do raciocínio (senão da filosofia¹), esta compraz-se de encontrar em eras tão distintas, preocupações tão presentes ao homem enquanto tal. A correlação entre um e outro objetos desta singela análise, entremostra-se assaz peculiar, nada obstante possa surpreender o espírito dos que crêem piamente na calcificação irreduzível (senão fossilização) das escolas hermenêuticas.

Deste modo, muito proveitoso será caracterizar os objetos que se há de ter em conta, de sorte a distingui-los, sem grandes dificuldades, quando do momento comparativo.

Inicie-se então pelo chamado Direito Alternativo.

O Uso Alternativo do Direito surgiu na Itália, entre o fim da década

1 - Veja-se, a respeito: Buzzi, 1994:165.

de sessenta e o começo da década de setenta, como um processo de crítica ao Direito desenvolvido até então.

A carência de resultados concretos das oposições até então levantadas desencadeou a idealização de um movimento teórico-prático, o qual propugnasse a utilização do ordenamento jurídico vigente e de suas instituições ("Direito Burguês Capitalista") para a consolidação de uma prática judicial emancipadora², eminentemente voltada às classes ou setores sociais menos favorecidos³, valendo-se para tanto do uso da chamada guerra de posição, ou seja, a busca efetiva de saídas e opções concretas ao regime vigente.

O movimento nega o intento de substituição da ciência jurídica positivista, e busca, apenas, uma aplicação diferente da dogmática dominante, explorando para tanto as contradições e crises que lhe são inerentes⁴, de sorte a obter formas mais democráticas que venham superar e substituir a ordem burguesa.

Antônio Carlos Wolkmer aponta que, para os adeptos do modelo alternativo do Direito, duas notas tem singular importância. Eis a passagem: "Apoiando-se em pressupostos do pensamento neomarxista contemporâneo, que explora as fissuras, as antinomias e as contradições da ordem jurídica burguesa, os adeptos do modelo alternativo do Direito consideram a relevância de dois aspectos: a) a estreita relação entre a função política do direito enquanto instrumento de dominação e as determinações socioeconômicas do modo de produção capitalista; b) o Poder Judiciário, que assegura o status quo estabelecido, agindo não só como aparelho ideológico do Estado, mas também como instrumento de repressão e controle institucionalizado" (1995:46).

Observando os pontos assinalados, percebe-se que busca o Uso Alternativo do Direito desmascarar certos postulados da cultura jurídica burguesa, tais como a apoliticidade, a imparcialidade e a independência dos juízes, visto que o Poder Judiciário é instituição de natureza política, puro reflexo da peculiar dinâmica de poder no Estado capitalista.

2 - Por "emancipadora", dentro da ideologia da Teoria Crítica (que abrangia a "Teoria Crítica do Direito" - se é que isto existe), entenda-se a superação da condição humana de alienação, a reconciliação do homem com a natureza não-repressora e com o processo histórico por ele moldado, enfim, retirada do homem de um estado de "reificação", sem que se esteja vinculado a um único modelo político (verbi gratia o socialismo).

3 - Alguns vêem neste ponto (a "opção prática e não apenas retórica pelos pobres") uma das notas inovadoras do Direito Alternativo em relação aos demais movimentos críticos.

4 - Percebe-se aqui a influência do pensamento neomarxista contemporâneo, que busca exatamente explorar as fissuras, antinomias e contradições da ordem jurídica burguesa.

Assim, partindo de um melhor uso desta função política do Direito, o Uso Alternativo do Direito conclama a magistratura a ampliar os espaços democráticos, devendo o ápice do Poder Judiciário limitar-se a ser mero homologador e unificador (reduzindo a um sistema) dos critérios utilizados pelas instâncias inferiores, as quais gozariam de um alargamento do processo hermenêutico para atender às reivindicações dos setores populares, notadamente os mais carentes.

Muito embora ainda hoje não exista uma definição mais precisa do que vem a ser o Direito Alternativo, em terras brasileiras já existia, ao final da década de oitenta, uma disciplina sob esta rubrica, disciplina esta ministrada na Escola da Magistratura do Rio Grande do Sul, tendo por coordenador o juiz Amilton Bueno de Carvalho. Juntamente com Edmundo Lima Arruda Júnior (ambos tidos por "fundadores" e principais representantes nacionais do movimento alternativo) buscaram tais expoentes estruturar cientificamente o movimento - ou, ao menos, dar-lhe uma definição genérica.

Amilton Bueno de Carvalho, citado por Antônio Carlos Wolkmer propõe que o movimento do Direito Alternativo, em seu lato sensu, compreenda as seguintes facetas de atuações combativas: "1. Uso Alternativo do Direito: utilização, via interpretação diferenciada, 'das contradições, ambigüidades e lacunas do direito legislado numa ótica democratizante'. 2. Positivismo de Combate: uso e reconhecimento do direito positivo como arma de combate, é a luta para a efetivação concreta dos direitos que já estão nos textos jurídicos mas que não estão sendo aplicados. 3. Direito Alternativo em sentido estrito: 'direito paralelo, emergente, insurgente, achado na rua, não oficial, que coexiste com aquele emergente do Estado. É um direito vivo, atuante, que está em permanente formação/transformação'" (1995:143-144).

Para Edmundo Lima de Arruda Júnior, igualmente citado por Antônio Carlos Wolkmer, a Teoria dos Usos dos Direitos desdobrar-se-ia em: "1. Dimensão do instituído-sonogado: legalidade sonogada. É a nível da cobrança pela efetividade de normas jurídicas já abarcadas no sistema jurídico, a começar pela Constituição Federal. 2. Dimensão do instituído-revido: legalidade relida. É o nível da releitura hermenêutica, a polissemia, a legislação infraconstitucional. 3. Dimensão do instituinte-negado: legalidade negada. É o nível das lutas e conflitos não institucionalizados, como o dos movimentos dos sem-terra. Trata-se do

Direito alternativo por excelência, sendo também o lugar do pluralismo jurídico" (1995:144)⁵.

Destarte, culminando esta breve caracterização do ideário alternativo, elabora Antônio Carlos Wolkmer um rol de critérios político-axiológicos essenciais ao objeto analisado: "a) o Direito é um instrumento de luta a favor da emancipação dos menos favorecidos e injustiçados, numa sociedade de classe como a brasileira; conseqüentemente, descarta-se o caráter de apoliticidade, imparcialidade e neutralidade dos operadores e das instâncias de jurisdição; b) um dos principais objetivos do 'movimento' é a construção de uma sociedade caracterizada como socialista⁶ e democrática; c) a escolha metodológica de grande parte de seus adeptos é pelo método histórico-social dialético, utilizando-o numa interpretação jurídico-progressista, cujo objetivo é explorar as contradições, omissões e incoerências da legalidade vigente; d) os 'alternativos' privilegiam como parâmetro nuclear, a efetivação da legitimidade das maiorias e a implementação da justiça social" (1995:145).

Cumpra ainda observar que, para João Baptista Herkenhoff, o Direito Alternativo, muito embora possua uma dimensão hermenêutica considerável, não é contido pelas raíais da Hermenêutica, transbordando-as por ser, antes que uma Escola, um movimento. Para o autor em comentário, caso viesse o Direito Alternativo a consolidar-se como Escola, perderia ele seu traço essencial, qual seja, a sua imanente atualidade, resultante esta de sua posição dialética. Diz o respeitável professor da Universidade Federal do Espírito Santo que "virar escola significa 'estabilizar-se', perder o conteúdo dialético. Como Escola, o Direito Alternativo veria esvaziada sua dinâmica

5- É imperioso observar que um tal posicionamento nega o intento professado por Amilton Bueno de Carvalho de aproveitamento do ordenamento jurídico vigente, tendo-se o pluralismo como força revogatória desta. Mostra-se assim apenas uma, das graves contradições intrínsecas do movimento. De fato, a incerteza primária acerca de ser ou não ser o pluralismo jurídico defendido capaz de revogar as normas estatais, já em muito descredencia o movimento, por não ser este capaz de determinar a sua própria ambição. Diga-se ainda que não é desconhecido o fato de que ao Estado (União) compete realizar a Reforma Agrária e implementar uma Política Agrícola. Contudo, se há ilicitudes no curso dos procedimentos para tanto, que sejam estas apuradas e os responsáveis punidos. O que não se pode mais suportar é que a cada desserviço público prestado se intente cogitar de um golpe de Estado, da subversão da ordem jurídica. Com efeito, uma situação similar deu origem ao golpe de 1964. Não mais se pode permitir acreditarmos que o mundo em que vivemos possa existir com absoluta indiferença, verdadeira independência de nós (enquanto indivíduos e enquanto corpo social), sem que em nada possamos nele influir (a respeito desta última idéia veja-se: Vasconcelos, 1998:14).

6- É oportuno, por agora, anotar-se que se nega a inicial isenção ideológica (ou, como queiram, a livre franquia às mais várias ideologias) da "Teoria Crítica", visto que a "Teoria Crítica do Direito" (se é que existe) move-se impregnada e de acordo com a ideologia neomarxista, mal ocultando também seus momentos de saudosismo socialista.

de contestação, crítica, questionamento, tudo isso que dá vigor ao 'Movimento'" (1997:79).

Guardando o devido respeito ao professor da UFES, não pode prevalecer o seu ponto de vista. Que o Direito Alternativo não constitui Escola, não se questiona. Entretanto, atribuir à condição de Escola a inamovibilidade evolutiva, verdadeira fossilização do raciocínio nela contido, não parece ser a melhor postura. De fato, a condição de desenvolvimento do pensamento humano é, precisamente, o fato de haver algo a ser desenvolvido: um rudimento de idéia que seja. Assim, o pensamento originado em dada época, conquanto não mais seja hoje apreciável, serve de contraste limitativo (verdadeiro linde de racionalidade) à evolução dos raciocínios que, ainda hoje, se tem por válidos. O espírito que animou diversas escolas de antanho foi, sem dúvida, marco inicial para a gestação de várias teorias contemporâneas (surgidas, não raro, por um procedimento dialético de tese e antítese, na busca da síntese harmonizadora⁷). Negar a possibilidade de evolução das escolas é, em suma, negar a capacidade do pensamento humano de desenvolver-se a partir de idéias preexistentes.

Como o divino sopro vivificador do Gênesis, o pensamento humano vale-se, incessantemente, de idéias preexistentes e, na medida em que as usa, atualiza e completa, dá-lhes nova conformação com a realidade. Ora, não há óbice à ocorrência disto em se tratando de algumas Escolas mais atuais (as quais, muitas vezes, são evolução dialética das que as precederam).

Assim, feita esta breve digressão, é chegado o momento da análise da alcunhada Escola do Direito Livre.

De forma a melhor compreender a gênese da escola em referência, é de observar-se, por primeiro, a época em que a mesma se desenvolveu e quais foram seus antecedentes teóricos.

Com efeito, superando (não sem dura luta) a velha escolástica, consolidou-se o sistema histórico-evolutivo, propugnando não só a busca pela vontade do legislador quando da edição da norma, mas também a presumível vontade deste, caso vivesse no meio atual e fosse confrontado com a questão a ser dirimida (ou, ainda, caso lhe fosse dado antever a realidade e as necessidades hodiernas quando da elaboração da norma). Destaca-se então, desde já, a nota social caracterizadora deste sistema. Empresta-se, destarte,

ductilidade ao Direito, de forma a garantir-se, tanto quanto possível, a sua adaptação às exigências sociais imprevistas. Como assevera Carlos Maximiliano: "Compete à exegese construtora 'fecundar a letra da lei na sua imobilidade, de maneira que se torne esta a expressão real da vida do Direito'. Mergulhe, profundamente, nas ondas do objetivo, participando da realidade" (1998:47).

Movida por ideais mesológicos, de verdadeira adequação das normas à realidade, saiu-se vitoriosa a Escola Histórico-Evolutiva. Cingia-se esta, contudo, à constatação e adequação do influxo da evolução social sobre o Direito estatal e contentava-se com a contemplação da amplitude do mundo exterior às normas codificadas (v. França, 1998:37).

Entretanto, se era facultado ao julgador plasmar com elastério social a norma regente dos casos concretos que se lhe fossem cometidos, não lhe era permitido afastar-se da norma positivada, mesmo em casos imprevistos (lacunosos), devendo assim, para apresentar resposta ao caso concreto, valer-se de métodos vários, mas sempre fundamentados no Direito positivo.

Na última década do século XIX eclodiu uma nova teoria de aplicação do direito. Mais arrojada do que sua antecessora, por não se contentar apenas com interpretar amplamente os textos normativos, esta nova teoria vem a demarcar novos e vastos horizontes, na medida em que criava direito novo, conduzindo ao limite máximo a capacidade humana de iniciar e colaborar no evoluir das idéias.

No que diz respeito à nomenclatura que designou a novel escola, deve-se anotar que, como esclarece Carlos Maximiliano: "A corrente ultra-adiantada tomou em França por divisa, ou lema, a Livre Indagação (Libre Recherche); na Suíça, Áustria e Alemanha, Direito Justo (Richtiges Recht), ou Livre Pesquisa do Direito (Freie Rechtsfindung). Chamavam-lhe Escola do Direito Livre (Freies Recht) os adversários; e alguns adeptos repetiam, tolerantes, a denominação" (1998:66).

Deve-se aditar que a última nomenclatura, Escola do Direito Livre, foi utilizada indistintamente, quer para designar, de forma abrangente, a teoria em questão, quer para designar, especificamente, um segundo momento

7 - É de ver-se que a dialética não constitui a substância da realidade ou dos pensamentos, senão que, apenas, uma forma de apresentá-los, forma esta que não é objetivamente válida, senão que se presta a refutações. Uma análise por demais interessante da dialética pode ser vista em: Popper, 1982:343-365.

desta, em que sobressaiu o gênio de Kantorowicz⁸. Assim, de sorte dar uma melhor consistência metodológica à presente exposição cuidar-se-á de adotar a nomenclatura Escola do Direito Livre para denotar a visão global da teoria, dividindo-a em extremada (Escola do Direito Justo, Contra Legem) e moderada (Escola da Livre Indagação Científica, Livre Investigação do Direito, Livre Pesquisa do Direito)⁹.

Pois bem, François Géný (apud Magalhães, 1989:72) distingue apuradamente três fases, caracterizadas pela maior ou menor liberdade de atuação do juiz. A primeira (1840-1900) compreende o prelúdio do movimento, fase ainda sem grande apuro sistemático, nada obstante rica em idéias e ações isoladas¹⁰. A segunda (1900-1906) cuida, preponderantemente, da organização das idéias e da colmatação de algumas lacunas teóricas¹¹. Por fim, a terceira é marcada indelevelmente pelo gênio impetuoso e arrebatado de Kantorowicz, e inicia-se com o opúsculo "A Luta pela Ciência do Direito".

No que diz com a primeira fase desta teoria, é registro que não pode passar despercebido o condizente ao lendário "Bom Juiz Magnaud" e sua Jurisprudência Sentimental. Aparentemente um precursor das linhas gerais da Escola do Direito Livre (tanto de suas vertentes extremada e moderada) - anterior, até, a sistematização desta - encontram-se nos julgamentos do modesto Tribunal de primeira instância de Château-Thierry, presididos (e dominados) pelo juiz Paul Magnaud, no período entre 1889 e 1904. Repleto de idéias humanistas avançadas e dominado por um peculiar sentido de solidariedade, o magistrado francês prolatou decisões incomuns tanto pelo modo escorreito e lapidar empregado em sua confecção como pelas idéias vanguardistas defendidas. Propenso à clemência e à misericórdia para com

8 - Vale ressaltar que para Carlos Maximiliano (ob. cit.) a teoria extrema de Kantorowicz não estaria sob o título de Direito Livre, senão sob a significativa denominação de Contra Legem.

9 - No sentido desta distinção vejam-se as obras de Alípio Silveira: *Hermenêutica Jurídica - Seus Princípios Fundamentais no Direito Brasileiro*; e de Maria da Conceição Ferreira Magalhães: *A Hermenêutica Jurídica*.

10 - Desta são: Stampe, Bekker, Kohler, Steinbach, Wundt, Danz e o próprio Géný (vide Magalhães, 1989:72). Deve-se consignar, por um motivo de honestidade científica, que, para alguns, Géný não pertenceria a esta primeira fase, mas tão somente à segunda, e a teoria em questão haveria sido iniciada pelo alemão Eugen Ehrlich. Contudo, outros autores, do porte de Paulino Jacques entendem a teoria de Géný como eclética. Com efeito, é de Paulino Jacques a definição do gênio de Géný como: "as dimensões de seu talento e as profundezas de sua cultura foram tamanhas que Géný não cabia dentro de uma só escola, invadindo o seu espírito criador o domínio de outras, para se colocar, como verdadeiro arco-íris do pensamento filosófico-jurídico, acima de todas elas" (Jacques, Paulino. *Do Conceito de Direito*, p. 142, apud Magalhães, 1989:61).

11 - Desta são: Zitelmann, Mayer, Radbruch, Wutzel, Sternberg (vide Magalhães, 1989:72).

os humildes, entremostrava-se severo e enérgico para com os opulentos e poderosos. Em seus julgamentos, fatores vários (de cunho pessoal das partes) concorriam para moldar-lhe o entendimento.

Movido pelo intuito de concretizar na realidade a igualdade que a natureza e o individualismo subtraem à maioria dos homens, afastava a punição de pequenos furtos, amparava a viúva e os menores e fustigava inclementemente os erros administrativos sem ocupar-se da hermenêutica nem tampouco dos textos legais ou doutrinários. Valia-se de argumentos humanos e sociais, sempre embebidos em fortíssima oratória. Como magistrado de consistente ideologia pessoal, chegou a adotar posturas que causavam espécie mesmo aos mais vanguardistas de sua época. Para muitos, não possuía consistência teórica alguma, sendo nada mais, nada menos do que exteriorização de uma arraigada ideologia pessoal, ideologia esta motivada apenas pelo anelo de realizar uma melhor justiça, nada obstante ser necessário, de quando em vez, insurgir-se contra o Direito Positivo.

Um tal arrebatamento não podia ser contido pela toga. Por fim alcançou a Câmara dos Deputados. Convém anotar ainda que contava Paul Magnaud com a admiração irrestrita dos anarquistas, e com a observação cautelosa (um tanto reservada, é certo) dos socialistas daqueles tempos.

O contributo deste magistrado, se não pode ser expresso com força teórica, torna-se indelével pelo simples fato de fazer evidentes as injustiças contidas nos critérios de certas leis. Se não é possível uma sistematização teórica acerca das soluções por ele adotadas, muito se lhe deve por haver trazido à lume as reais dimensões de um problema que, por vezes, era minimizado em sua abrangência.

Expressamente, parece que a Escola do Direito Livre tenha se iniciado com François Géný, na França, e Eugen Ehrlich, na Alemanha (sendo tarefa difícil determinar quem foi o primeiro a dela cuidar entre os dois - ainda mais quando se vê em Büllow um possível predecessor de ambos). Inicialmente respeitavam-se a lei escrita e o Direito Consuetudinário. Cindida em duas correntes, a primeira, liderada por Ehrlich, desconsiderava a hermenêutica, tendo-a por mero elemento secundário. Para esta corrente, se do exame dos textos não se pudesse, de logo, apreender inequivocamente a solução para o caso em concreto (aplicação do brocardo *In claris cessat interpretatio*), dar-se-ia o espaço para que o juiz criasse uma norma específica para solucioná-lo. A outra corrente, na qual despontavam Géný, Gmür,

Hompell e Brutt, facultava tal expediente apenas se exauridos, improdutivamente, os mecanismos tradicionais da interpretação.

Realizando uma análise geral da postura de François Géný, João Baptista Herkenhoff traça, em linhas gerais, a razão de ser da vertente moderada da Escola do Direito Livre: "Géný combateu o espírito legalista do positivismo jurídico, o abuso das construções sistemáticas da hermenêutica tradicional, o fetichismo da lei e a concepção de sua plenitude lógica, demonstrando que a lei é insuficiente para cobrir todos os fatos sociais. A aplicação de métodos puramente racionais, no campo do direito, tinha conduzido à falsificação da realidade, cuja compreensão global só é possível através de uma operação complementar, de natureza intuitiva. A Escola da Livre Pesquisa Científica surgiu para superar as deficiências da interpretação segundo os métodos da Escola Histórico-Evolutiva" (1997:48).

Esta segunda corrente logrou importante vitória, tendo sido, inclusive, acolhida pelo Código Civil suíço, de 10 de dezembro de 1907, tal como registra Carlos Maximiliano: "Esta corrente obteve ruidosa vitória com a solene consagração dos seus ensinamentos em um repositório legislativo muito apreciado na Europa: o Código Civil suíço, obra do jurista Huber. Reza o art. 1º: 'Aplica-se a lei a todas as questões de Direito para as quais ela, segundo a sua letra ou interpretação, contém um dispositivo específico. Deve o juiz, quando se lhe não depara preceito legal apropriado, decidir de acordo com o Direito Consuetudinário, e, na falta deste, segundo a regra que ele próprio estabelecerá se fora legislador. Inspira-se na doutrina e jurisprudência consagradas'" (1998:67).

Destarte, primeiramente buscar-se-ia a solução para o caso in concreto nos textos positivos, aos quais deveriam ser aplicados os métodos hermenêuticos disponíveis (inclusive o propugnado pela escola histórico-evolutiva, de índole notadamente social). Uma vez persistindo a carência de solução, passar-se-ia ao costume, à jurisprudência da vida cotidiana apregoada por Rudolf von Ihering. Em último caso, guardada esta gradação, o magistrado seria investido, por um momento, dos poderes criativos atribuídos às assembleias, devendo observar, entretanto, as diretrizes traçadas pela jurisprudência firmada e pela doutrina assente.

Em cada estágio descrito encontram-se fontes do direito para Géný. No primeiro, tem-se as normas positivadas, às quais aplica-se (como não poderia deixar de ser) o rico instrumental hermenêutico. Em seguida, tem-se

o costume, o Direito Consuetudinário. Enfim, chega-se ao momento de maior discricção do magistrado, quando deverá ter por fontes orientadoras a Autoridade e a Tradição¹².

Comentando o procedimento adotado pela vertente moderada da Escola do Direito Livre, Maria da Conceição Ferreira Magalhães o expõe: "Como o juiz não pode deixar de julgar num caso concreto, quando as fontes acima descritas são ainda insuficientes para formar o seu convencimento, mergulhará ele na tarefa de livre investigação científica: 'Investigação livre, uma vez que se subtrai à ação própria de uma autoridade positiva; investigação científica, ao mesmo tempo, porque só encontrará bases sólidas, nos elementos objetivos que somente a ciência lhe pode revelar'. E estes elementos objetivos a que Gény aludia eram a natureza das coisas, a razão, a consciência e a analogia. A livre investigação científica a que se referia Gény, não indicava uma liberdade absoluta ao intérprete - cingia-se ela àqueles elementos objetivos revelados pela ciência. A natureza das coisas assenta sobre a noção de equilíbrio que deve estar presente nas relações sociais, razão pela qual se há de penetrar nos fenômenos sociais para descobrir as leis de sua harmonia e os princípios que eles requerem; a justiça e utilidade geral seriam os objetivos diretores da razão e consciência do intérprete; a analogia funda-se no princípio da igualdade jurídica, segundo o qual as mesmas situações de fato reclamam as mesmas sanções jurídicas" (1989:59).

Nada obstante pareça estar por demais vinculado o magistrado, a aplicação prática de uma tal teoria já seria, sem dúvida, avanço primoroso na atividade jurisdicional de qualquer país. Os lindes apontados correspondem à preocupação de não se corromper a liberdade atribuída ao magistrado em arbítrio nocivo à própria existência da sociedade organizada. Com efeito, a intenção destes teóricos foi assegurar a viabilidade prática de uma tal teoria, pois de nada adiantaria traçar-se algo tão utópico que fosse irrealizável no mundo fático.

De fato, como veremos ao cuidar da outra variante desta escola, bastariam alguns julgamentos equivocados, propalados por magistrados descompromissados com suas altaneiras funções, para pôr em risco a exis-

12 - A Autoridade nada mais é do que as opiniões e soluções dadas por pessoas ou corporações competentes, cuja coerência sirva de paradigma para a decisão judicial. Assim são a Jurisprudência e a Doutrina. Uma vez revestidas estas de "certa auréola de prestígio e veneração por sua antiguidade, Gény chama-as Tradição. A diferença entre Autoridade e Tradição reside tão-somente na duração" (vide Magalhães, 1989:58).

tência da forma organizada de sociedade, convertendo a liberdade que alcançaram em intolerável arbítrio, verdadeira ditadura judicial.

Vale consignar, por oportuno, que diferentemente do que possa parecer, Gény, longe de restringir-se apenas à "vontade do legislador"¹³, não nega a possibilidade de buscar-se a revisão (ou mesmo a desconsideração) desta vontade por haver decorrido um dado lapso temporal que abrigue alterações nas condições da realidade social, de sorte a que esta venha a demandar a adaptação dos preceitos normativos. Eis o que diz o mestre: "Todavia, se rejeito em princípio a idéia de que a interpretação da lei deveria variar segundo a época de sua aplicação, creio poder fazer-lhe uma concessão, ou melhor, chego a dar-lhe uma satisfação, na medida legítima, analisando a fundo a noção propriamente jurídica da lei. Esta supõe necessariamente certas relações sociais, certas circunstâncias econômicas, que aparecem como as próprias condições da disposição legal. Estas situações e estes fatos, ora serão previstos pelo próprio texto, ora surgirão, a título de complemento indispensável, da atmosfera social que envolveu a lei em seu nascimento, e que é indispensável ter em conta, para dar à lei todo o seu alcance. Suponhamos que estas condições, expressas ou tácitas, da disposição legal, venham, quer a desaparecer, quer a transformar-se a ponto de perderem toda a sua importância. O preceito legal, que lhes estava subordinado, modificar-se-á, por isso mesmo, e cessará de impor-se ao intérprete, tal como fora primitivamente formulado'. (...) Já que o preceito original da lei se apresenta condicionado por certos elementos essenciais, pode-se dizer que estes mesmos elementos limitam-lhe necessariamente o efeito, no sentido de que a regra, tal como foi querida e formulada, torna-se inaplicável a um estado de coisas absolutamente diferente daquele que o legislador tivera em vista. É somente nesta medida que as circunstâncias posteriores à lei parecer-me-iam, pela própria interpretação dela, poder modificar-lhe a aplicação" (apud Silveira, s.d.:236-237).

A postura adotada pelo mestre francês é objetiva. Reconhece a influência das circunstâncias fáticas elementares, tais como relações sociais e econômicas, no cenário da elaboração da lei e, igualmente, reconhece que as alterações destas circunstâncias no curso dos tempos podem ser bastantes para produzir um entendimento inteiramente diverso do que se sustentava quando da elaboração da norma. É de dizer-se com Karl Engisch que: "As

13 - O que, como visto, não é verdade, pois o mestre francês inaugura um pluralismo racional, o qual combina as mais avançadas técnicas de hermenêutica à pluralidade de fontes do ordenamento jurídico de forma a atender-se aos reclamos da sociedade.

regulamentações jurídicas não raro se tornam posteriormente lacunosas pelo facto de, em razão de fenómenos económicos inteiramente novos (pense-se na inflação) ou de progressos técnicos (aviação, filmes, discos, rádio, televisão, cirurgia do cérebro, inseminação artificial), surgirem questões jurídicas às quais a regulamentação anterior não dá qualquer resposta satisfatória" (1996:287).

Assim, realmente, só se poderia conceber a eterna aplicação de uma norma de acordo com a vontade originária do legislador em caso de aceitarmos a premissa de uma sociedade imutável, estática, imune ao tempo. Como tão onírica sociedade é inalcançável e pura utopia, resta a constatação de que a exceção de François Géný é a regra da existência jurídica. Neste sentido, JEAN CRUET reforça: "Uma lei, pois, não pode conservar indefinidamente o seu alcance primitivo, quando tudo muda ao redor dela: os homens, as coisas, o juiz e o próprio legislador. Novas questões se apresentam, velhas questões não se apresentam já da mesma maneira, e um dia chega em que a aplicação do texto antigo, no seu sentido primitivo, aparece racionalmente como uma verdadeira impossibilidade. Uma lei imutável só pode conceber-se numa sociedade imutável. Explica-se assim como o progresso da jurisprudência tem muitas vezes consistido em esquecer o sentido histórico dum texto para lhe reconhecer um sentido próprio e evolutivo" (1956:49).

Deve-se ressaltar ainda que, consoante o exposto, percebe-se nitidamente, e em toda a sua dimensão, a preocupação do eminente François Géný em dar concretude ao direito, em resguardar, praticamente, o fim social do direito. Neste passo, Maria da Conceição Ferreira Magalhães bem situa a questão: "É de ressaltar que a formação do método concebido por Géný tem em mira assegurar a função social do Direito. Atribuindo à legislação um lugar preeminente na hierarquia das fontes do direito, admite destarte a pesquisa do direito, quando esta fosse insuficiente ou obscura, ao longo da lei, praeter legem, nunca, porém, contra legem. Conclui seu Método parafraseando a célebre frase de Ihering: 'Pelo Código Civil, mas além do Código Civil'. Sua preocupação por um direito mais autêntico, mais consentâneo com a realidade social e que, atendendo às necessidades gerais absorvesse os novos ideais e valores da sociedade, levou muitos estudiosos a classificar sua doutrina dentro do sociologismo jurídico" (1989:60).

Assim, a doutrina da Hermenêutica, em geral, aponta a semelhança entre a da Escola do Direito Livre e a Escola Histórico-Evolutiva, concluindo

do haver apenas uma diferença de grau ou amplitude. Entretanto, não se pode negar a fecundidade, utilidade e atualidade da Escola do Direito Livre. E deve-se ter diante dos olhos, quando da comparação entre uma e outra, que, mesmo com limitações, a vertente moderada da Escola do Direito Livre deu ao magistrado mais liberdade do que as formas mais radicais da Escola Histórico-Evolutiva. Esta, ainda buscava reter o magistrado nos lindes legais (se bem que atualizáveis pelos fatos sociais), enquanto aquela, mesmo que de forma subsidiária, lhe permitia um campo para a livre pesquisa do Direito a aplicar ao caso concreto - campo este, evidentemente, passível de controle dada a sua limitação pela necessidade de fundar-se em bases sólidas, em elementos objetivos revelados pela ciência (natureza das coisas, a razão, a consciência e a analogia).

No Brasil, Clóvis Beviláqua entremostrou-se discreto simpatizante da vertente moderada da Escola do Direito Livre. Eis a passagem da qual se deduz a ilação: "Assim, o intérprete, esclarecendo, iluminando, alargando o pensamento da lei, torna-se um fator de evolução jurídica. É certo que a sua ação é limitada pelo próprio édito da lei, e se este se recusa a aceitar as modificações sociais, o intérprete nada mais tem a fazer, senão esperar que o legislador retome a sua empresa atrasada, e, enquanto esse momento não chega, pedir à razão jurídica lhe revele a norma a seguir. Para que a sua decisão traduza, de fato, o direito imanente às relações sociais, é necessário que o intérprete seja dotado de um critério seguro, de um senso jurídico apurado e de um largo preparo intelectual, não somente nas disciplinas propriamente jurídicas, mas ainda em todas as ciências que se ocupam com o homem e com a sociedade, desde a psicologia até a história, a economia e a sociologia. A lei escrita e ainda a codificação, se restringem, não fazem desaparecer as outras fontes naturais do direito. Se este tem na lei a sua forma principal, continuará sempre a revelar-se, nas absolutas deficiências dela e do costume, pela jurisprudência e pela doutrina, às quais compete extrair da lei todas as suas conseqüências possíveis, e quando, apesar dos seus esforços, a lei se mostra incapaz de dirigir o movimento social, completá-la, descobrindo o direito, que está no equilíbrio dos fenómenos sociais, porém ainda não deles claramente desprendido" (1980:52).

Veja-se agora a corrente extremada da Escola do Direito Livre (Contra Legem). Para muitos de seus adeptos (*verbi gratia* Stammler¹⁴), a denominação não lhes era bem-vinda, eis que estavam a buscar não um direito

livre, mas um Direito Justo, para tanto dilatando os horizontes do juiz, no seu mister de interpretar e aplicar o direito, desvinculando-o do método tradicional de interpretação. De fato, o ideal desta vertente é buscar o Direito Justo onde quer que este se encontre, quer seja dentro ou fora da lei, na sua ausência ou a seu despeito. Decide-se não só praeter mas contra legem.

Despreocupando-se com os textos, desprezando quaisquer construções, ficções, interpretações, analogias etc., cuidavam os corifeus desta corrente de indicar a observância dos dados sociológicos, o determinismo dos fenômenos. Deveria o magistrado tomar por guia os ditames de seu próprio sentimento, de sua vivência profissional, de sua consciência jurídica.

A vertente extremada do Direito Livre teve por início a retumbante monografia de Herman Kantorowicz, intitulada "*A Luta pela Ciência do Direito*", publicada em 1906 sob o pseudônimo de *Gnaeus Flavius*¹⁴. Esta foi seguida de outra "Pela Teoria do Direito Justo", agora verdadeiramente subscrita pelo professor de Friburgo. Ambas (em especial a primeira obra) causaram espécie quando de sua publicação, por expor com coragem e ímpeto, "em linguagem precisa e vibrante, as falhas e estreitezas da prática judiciária contemporânea, bem como do preparo profissional dos futuros magistrados" (Maximiliano, 1998:74). Estes, na visão de Kantorowicz, só ocupavam-se das fórmulas e deduções silogísticas das regras a aplicar aos casos concretos, não estudando a vida nem tampouco as ciências que lhes facultariam a sua compreensão.

Tendo por objetivo a emancipação do Direito da tirania da lei, Kantorowicz vem mostrar que sua novel concepção de Direito constitui uma ressurreição do Direito Natural, contudo, com a característica de possuir este um conteúdo diverso das concepções dos séculos XVII e XVIII, que o viam como um direito imutável. Para Kantorowicz, o direito natural seria mutável e condicionado histórica e individualmente sendo seu conteúdo de fragilidade singular, flutuando ao sabor das eras e dos fatos sociais.

Por ser o Direito Positivo incapaz de satisfazer todos os casos que lhe são apresentados, caberia, para a realização dos fins do Direito (em acepção lata), a colaboração de outras formas jurídicas menos inflexíveis. Neste vasto campo de atuação, esta versão radical da Escola do Direito Livre lembrava

14 - Vide Magalhães, 1989:69.

15 - "Gnaeus Flavius foi o Callidus vir et facundus ('varão eloquente e hábil') do IV século antes de Cristo; atingiu, em Roma, às mais altas honras, e revelou o jus civile repositum in penetralibus pontificum ut quomodo lege agi possit sciretur ('o Direito Civil guardado nos recintos pontificiais, a fim de que se pudesse saber como agir em observância da lei')". Maximiliano, 1998:73, nota 1.

o Direito Natural, dada a sua pretensão de atuar independentemente do poder estatal, e contar com princípios vocacionados a valorar, completar, desenvolver e, até mesmo, derrogar o Direito estatal. Neste sentido podem-se citar o "direito justo" de Rudolf Stammler, o "descobrimento livre do direito" de Eugen Ehrlich¹⁶, as "normas culturais" de Mayer, a "projeção" de Wurzel, a "ponderação dos interesses" de Stampe, ou os "juízos de valor" de Rumelin (Magalhães, 1989:69-70).

Nesta visão, o ordenamento jurídico é algo superior ao Estado, transcendendo-o, constituindo-se em um direito liberto de toda a autoridade positiva, composto, preponderantemente, por concepções predominantes em certos lugar e tempo. Esta idéia de Direito Livre não forma um sistema, assim como, para esta concepção, também não forma o Direito estatal; resultando de diversas épocas culturais e de distintos círculos de vida que se desenvolvem organicamente, tem-se assim conquistada a independência do Estado.

O Direito estatal, este sim, está a depender desta idéia de Direito Livre, o qual lhe constitui a fonte primordial. O influxo desta forma de Direito Livre faz-se sentir no mesmo campo de influência do Direito estatal, sendo o primeiro de todos conhecido, ao passo que o segundo, perversamente, não é de conhecimento geral, senão com base em presunção.

Para a corrente radical da Escola do Direito Livre, a ciência é a fonte primordial do Direito, uma vez que é através desta que o Direito se manifesta. Esta exerce uma função criadora, tal qual a do legislador, não estando a este adstrita. De fato, à ciência não mais cabe o papel servil de porta-voz do legislador. Este é quem deve segui-la de perto. A ciência desnuda o Direito Livre ao decifrar e aplicar o direito da coletividade, ainda mais quando cria e faz valer os direitos individuais.

Como reflexo direto na jurisprudência, esta não poderia furtar-se a reconhecer e fundar-se na ciência, pois esta a alforriaria da condição de mera serva da lei exatamente por ser dotada de força criadora. Em passagem elucidativa, Maria da Conceição Ferreira Magalhães sintetiza: "E relacionando a Ciência do Direito à jurisprudência assim escreveu Kantorowicz: 'Se a

16 - Vale registrar que Ehrlich iniciou seu trato como entusiasta de pensamento um tanto similar ao de Gény, indo logo mais além, achegando-se então do pensamento de Kantorowicz. Um dos fatos preponderantes para esta distinção foi o de a codificação haver surgido cedo e com força na França de sorte a obrigar a jurisprudência vivificadora dos preceitos codificados a socorrer-se de subterfúgios para fazê-lo, ao passo que na Alemanha, o Código Civil só veio a existir bem depois do francês, permitindo aos juizes tudescos consolidar com maior segurança um poder de decisão judicial.

Ciência do Direito reconhece o direito livre, a jurisprudência não pode se fundar somente no direito estatal. Se a ciência jurídica possui força criadora, a jurisprudência não mais será servidora da lei. Se a ciência, em cada momento, leva em conta as lacunas, a prática não poderá resolver juridicamente qualquer suposto. Se a teoria pode admitir valores sentimentais, não se pode exigir sentenças inteiramente fundadas em razões. Se a teoria reconhece o fator individual, a jurisprudência já não pode ser científica'. E conclui nestes termos: 'Os ideais da legalidade, da passividade, do fundamento racional, do caráter científico, de segurança jurídica e da objetividade parecem incompatíveis com o novo movimento'" (1989:70-71).

A professora cearense bem condensa as diretrizes básicas de Kantorowicz neste parágrafo ora transcrito: "Para Kantorowicz todo o progresso de evolução do direito depende, em última análise, da cultura do juiz. Por este motivo propõe, em matéria de interpretação, quatro diretrizes: sendo a jurisdição função do Estado, o juiz é obrigado, por seu juramento, a resolver o caso conforme a lei se o texto dela é unívoco e se sua aplicação não fere os sentimentos da coletividade; o juiz pode e deve prescindir da lei quando ela não lhe oferece solução pacífica insuscetível de ser argüida de injusta, ou quando se convence de que o poder estatal, ante o caso concreto, diria de forma diferente ao estabelecido na lei - nestes casos o juiz ditará a sentença que, segundo sua convicção, o legislador ditaria se tivesse pensado naquele caso concreto; se o juiz não fosse capaz de formar esta concepção, inspirar-se-ia no direito livre, isto é, no sentimento da coletividade; quando, ainda apelando para o direito livre, não encontra solução, decidirá arbitrariamente. Contra os excessos de subjetividade do juiz, lembra Kantorowicz os remédios jurídicos da multiplicidade niveladora dos magistrados nos tribunais e os recursos contra as decisões judiciais" (Magalhães, 1989:71)¹⁷.

Busca-se desta forma a aproximação (senão a concretização) da meta mais alta de toda a juridicidade: a justiça (ou o que por ela se entenda em um dado contexto histórico-social, vez que não se trata de uma definição eterna e objetivamente válida).

17 - Ainda assim não se entremostam tais remédios capazes de deter com eficácia adequada uma decisão arbitrária e virulenta prolatada em um caso concreto. Ora, basta contemplar a morosidade do judiciário brasileiro na apreciação de recursos para se ter uma noção do quanto seria temerário adotar-se, por estas plagas a versão "ultra-adiantada" da Escola do Direito Livre. De fato, a mais salutar ainda parece ser a vertente moderada da Escola do Direito Livre (ou Livre Pesquisa do Direito, como queiram).

Ponto de extrema dificuldade é o de preestabelecer um critério seguro para determinar a partir de quando tornar-se-ia lícito abandonar as normas e criar-se uma nova norma para o caso concreto a ser decidido. Os corifeus desta vertente extremada do Direito Livre não lograram estabelecer tal critério, razão pela qual enfatizaram a necessidade de existir uma magistratura bem escolhida e preparada, composta de homens de valor intelectual. Sem um bom corpo de juízes nenhuma teoria logrará ser bem aplicada. De fato, "na personalidade do juiz está o único perigo do exercício do Direito, mas também na mesma se encerra a garantia real da verdadeira justiça - proclama Ehrlich, o chefe tudesco do grupo moderado" (Maximiliano, 1998:75)¹⁸.

Edgar Bodenheimer, em esforço para transpor a dificuldade dos corifeus desta corrente, entende que a presente não faculta ao magistrado desvincular-se do dever generalizado de fidelidade à lei. Entretanto, dès que o direito positivo seja obscuro, ambíguo ou pareça que o legislador contemporâneo regularia o caso concreto de outra forma, cabe ao juiz decidir a causa calcado nas concepções de justiça predominantes no momento, ou, em sua ausência (ou indeterminação), de conformidade com sua própria consciência jurídica, da qual jamais pode prescindir (apud Magalhães, 1989:72)¹⁹.

Uma vez caracterizados em linhas gerais os objetos deste trabalho comparativo, é oportuno, por agora, o confronto de um e outro, de sorte a averiguar se, de fato, o Movimento do Direito Alternativo vem a acrescentar algo de novo no que toca às teorias de interpretação e aplicação do direito ou se porventura vem a ser tão-somente uma desautorizada cópia de teorias que lhe precederam.

Dificuldade que não pode ser empecilho é o fato de o Direito Alternativo não possuir ainda um conceito formulado. Não que isto não represente dificuldade extrema - possível causa de alguma imprecisão da análise que se pretende realizar. Mas é de se crer poder ser tal óbice superado (ou reduzido) pela observação atenta dos objetivos a que se propõe referido movi-

18 - Consigne-se ainda que "os mais diversos autores da Escola do Direito Livre (Ernest Fuchs, Eugen Ehrlich, Hermann Kantorowicz, Rumpf) destacaram ser o juiz mais importante do que a lei, dependendo a boa administração da justiça, fundamentalmente, das condições de personalidade, competência e cultura dos magistrados". (Herkenhoff, 1997:57).

19 - Mesmo um tal esboço de controle desta atividade parece ser insuficiente para ministrar a segurança jurídica pretendida pelo corpo social. Registre-se ainda que para Carlos Maximiliano "A escola ultra-adiantada liberta de todo o limite ou critério objetivo o aplicador do Direito, o que parece perigosíssimo e destoante da concepção do Estado moderno, sobretudo inconciliável com o regime de freios e contrapesos adotado pelo Brasil, Estados Unidos e República Argentina" (1998:76).

mento. Contudo, pode-se dizer desde já que, enquanto este movimento não puder definir-se, prestar-se-á a albergar toda sorte de devaneios, em franco prejuízo de sua respeitabilidade.

Diga-se ainda que nem de longe se está a propor a busca de uma identificação vernacular perfeita, mas sim, mediante um processo de abstração teórica, constatar se as linhas mestras de ambos os objetos coincidem ou se diferenciam.

Pois bem, isto posto, inicie-se o labor comparativo.

Uma das primeiras notas que, como visto, se sobressai da configuração do Movimento do Direito Alternativo é a referente ao pluralismo das fontes do Direito. Abandonar-se-ia a idéia do Estado como único produtor de normas jurídicas, reconhecendo-se outras instituições e fatos como igualmente geradores de normas jurídicas. De logo surge uma dificuldade já apontada. Para alguns, este pluralismo só teria caráter complementar do Direito estatal, ao passo que para outros este pluralismo seria dotado de força derogatória do Direito estatal. Ora, se bem se observar a exposição supra, ver-se-á que esta segunda concepção de pluralismo (pluralismo derogador) corresponde à idéia dos extremados da Escola do Direito Livre, ao passo que a primeira concepção (pluralismo subsidiário, coexistente ao Direito estatal) corresponde à ideologia da vertente moderada da Escola do Direito Livre²⁰. Neste passo, portanto, tem-se perfeita identidade.

Outro traço que se pretende característico do Movimento do Direito Alternativo é o de viabilizar a concretude e efetividade das normas do Direito Positivo que provém em benefício dos mais necessitados, de sorte a ter, assim, um caráter eminentemente social. Novamente, se bem observar-se, a gênese da Escola do Direito Livre deu-se como forma de evolução sanatória das falhas observadas na Escola Histórico-Evolutiva, a qual já era, em seu bojo, eminentemente social, o que fez esta nota embeber todas as correntes da Escola do Direito Livre, desde os seus precursores aos seus expoentes mais arrebatados. Vê-se então que, em mais este traço, não há sensível distinção entre ambos os objetos desta análise comparativa.

Cabe analisar ainda e especialmente alguns traços que aos mais incautos poderiam parecer estandartes indiscutíveis do Movimento do Direito

20 - Esclareça-se ainda que dentro desta adoção do pluralismo, tanto um como outro objetos desta análise adotam a bandeira do combate ao "positivismo legalista", ao "fetichismo da lei" etc.

Alternativo sem correlatos na Escola do Direito Livre em quaisquer de suas vertentes. Estas notas são: o ideal de concretude da democracia e das normas constitucionais.

De fato, a Escola do Direito Livre não se ocupou especificamente destes pontos. Entretanto não é demais observarmos que esta escola é oriunda do Direito Privado e, nada obstante seu berço, tratou de maneira genérica temas e situações tanto de Direito Privado como de Direito Público. A problemática referente à efetividade das normas constitucionais ainda estava em fase muito incipiente nos países que observaram a ocorrência prática mais vigorosa da Escola do Direito Livre, o que bem explica a ausência de um trato mais específico destas questões mais afeitas ao direito público.

Vê-se então um traço de distinção entre um e outro objetos. Contudo não se pode aceitar a busca da efetivação das normas constitucionais como traço caracteristicamente peculiar ao Movimento do Direito Alternativo, uma vez que desde o célebre caso *Marbury versus Madison*, julgado pelo lendário juiz Marshall, instaurou-se a controvérsia acerca da efetividade das normas constitucionais. O mesmo se dá com o traço da busca pela democracia, busca esta peculiar a vários e vários movimentos anteriores ao do Direito Alternativo, desde a estruturação do período pós-revolucionário francês até os dias de hoje. Assim, no que diz com estes traços, observamos uma justaposição de algumas teorias (já existentes) aos traços básicos da Escola do Direito Livre.

Observa-se então que o traço mais próprio do Movimento do Direito Alternativo seja o anelo por desenvolver seu pretense conteúdo neomarxista na busca de uma sociedade socialista, eis que a Escola do Direito Livre sempre aproximou-se mais do sociologismo. Novamente vê-se que o Movimento do Direito Alternativo mostra-se incapaz de prestar um contributo particularmente seu. Mais parece que dito movimento, ab ovo, não passa de uma verdadeira "colcha de retalhos" de teorias, nem sempre honradas com o grato tributo da lembrança, como é o caso da Escola do Direito Livre. Como já se assinalou alhures, é de ver-se, ainda, que a pretensa isenção ideológica da Teoria Crítica - que serve de motor ao Movimento do Direito Alternativo - encontra-se inexoravelmente impregnada com a ideologia neomarxista, o que já vicia por completo a sua "isenção".

Por fim, cumpre asseverar que, nada obstante engendrem-se teorias e teorias com vistas à, em última análise, realização do bem comum, todas elas

terão o mesmo destino se não houver devidamente consolidada uma magistratura digna da função que exerce, eis que, no plano das idéias, tem-se as mais maravilhosas possíveis (e a inventividade humana não lhes deixa desatualizarem-se ou perecerem infrutíferas), entretanto só com um corpo de julgadores dispostos a utilizá-las é que se terá dado o passo definitivo para a construção de uma sociedade mais justa, mais democrática e mais humana. E é precisamente nesta disposição dos julgadores que reside o ponto axial da concretização de toda teoria e o qual está fora do alcance de todas elas. Esta consciência judicante há de plasmar-se com ímpeto, com gênio, com cultura, mas tão somente a partir da própria vontade²¹.

Bem andou o ilustre professor José de Albuquerque Rocha (1995:43 e 49) quando apontou, corajosamente, a estrutura administrativa escalonada e autocrática do Poder Judiciário como empecilho à independência real do magistrado no exercício de suas funções. Como já visto "na personalidade do juiz está o único perigo do exercício do Direito, mas também na mesma se encerra a garantia real da verdadeira justiça" (Maximiliano, 1998:75). Como se pode ter independência se, não raro, a carreira depende de submissão às diretrizes traçadas pelo ápice da estrutura piramidal? Neste caso, muitos magistrados arrefecem seus ânimos e continuam a proceder de forma conservadora ainda quando assim não desejam. A personalidade do magistrado, como visto, prepondera; se for homem pronto para o embate, com isto não se amedrontará. Ocorre que nem todos são dados ao combate...

Assim consignam-se nestas breves linhas, que já conduzem para longe do objetivo inicial deste trabalho, a necessidade premente de repensar-se a estrutura interna do Poder Judiciário e seus reflexos sobre a independência funcional do magistrado, o que não cabe neste singelo opúsculo.

21 - Vontade esta que, não raro, encontra nos clamores da opinião pública o fermento que a faz crescer e o combustível para alimentá-la.

BIBLIOGRAFIA

- BEVILÁQUA, Clóvis. 1980. Teoria Geral do Direito Civil. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Rio.
- BUZZI, Arcângelo R. 1994. Introdução ao Pensar. 22ª Edição. Petrópolis: Editora Vozes.
- CRUET, Jean. 1956. A Vida do Direito e a Inutilidade das Leis. Salvador: Editora Livraria Progresso.
- ENGISCH, Karl. 1996. Introdução ao Pensamento Jurídico. 7ª Edição. Lisboa: Editora Fundação Calouste Gulbenkian.
- FRANÇA, Rubens Limongi. 1988. Hermenêutica jurídica. 2ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva.
- HERKENHOFF, João Baptista. 1997. Como Aplicar o Direito. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense.
- MAGALHÃES, Maria da Conceição Ferreira. 1989. A Hermenêutica Jurídica. Rio de Janeiro: Editora Forense.
- MAXIMILIANO, Carlos. 1998. Hermenêutica e Aplicação do Direito. 18ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense.
- POPPER, Karl Raymund. 1982. Conjecturas e Refutações. 2ª Edição. Tradução: Sérgio Bath. Brasília: Editora da Universidade de Brasília - UnB.
- ROCHA, José de Albuquerque. 1995. Estudos sobre o poder Judiciário. São Paulo: Editora Malheiros.
- SILVEIRA, Alípio. s.d. Hermenêutica Jurídica - Seus Princípios Fundamentais no Direito Brasileiro. vol. I. s.f. Editora Brasiliense.
- VASCONCELOS, Arnaldo. 1998. Direito, Humanismo e Democracia. São Paulo: Malheiros Editores.
- WOLKMER, Antônio Carlos. 1995. Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico. 2ª Edição. São Paulo: Editora Acadêmica.

REMESSA NECESSÁRIA DAS SENTENÇAS CONTRÁRIAS À FAZENDA PÚBLICA

Inessa da Mota Linhares Vasconcelos.

Advogada. Pós Graduada em Direito Público
pela Universidade Federal do Ceará (UFC).

Professora de Instituições de Direito Público
e Privado da Faculdade do Vale do Jaguaribe (FVJ),
em Aracati - CE.

1. Introdução;
- 1.1. Origem do instituto
2. Natureza Jurídica do reexame necessário
3. Remessa necessária de sentença proferida contra a Fazenda Pública: aplica-se aos entes da Administração Pública Indireta?
4. Do cabimento de embargos infringentes
5. Há proibição da Reformatio in pejus na remessa necessária de sentença contrária à Fazenda Pública?
6. O art. 557 do Código de Processo Civil e a remessa necessária.

1. Introdução.

O duplo grau de jurisdição consiste em submeter o conhecimento e decisão da causa a dois órgãos jurisdicionais, sucessivamente, sendo o segundo, necessariamente, hierarquicamente superior ao primeiro. No entanto, casos há em que o resguardo a determinados interesses de ordem pública obriga o juiz a remeter à instância ad quem as sentenças por ele proferidas em que constem tais relevantes matérias, enumeradas no art. 475, do Código de Processo Civil (CPC). Quando isso acontece, estamos diante do reexame necessário em duplo grau de jurisdição ou, simplesmente, remessa necessária.

1.1 Origem do instituto

O instituto da remessa necessária é tradicional no direito processual pátrio. Sua origem remonta à idade medieval, a partir do século XIV, quando da vigência do processo inquisitório no direito lusitano, aparecendo nas Ordenações Afonsinas (Livro V, Título LIX) a "apelação de ofício para El Rei", limitada ao Processo Penal, com o objetivo de refrear as arbitrariedades do juiz inquisitorial.

No Direito Brasileiro, surgiu através de uma Lei de 4.10.1831, que em seu artigo 90, determinava ao juiz a remessa de ofício à instância superior da sentença proferida contra a Fazenda Pública. A partir de então, tal espécie de controle incorporou-se ao direito processual pátrio ampliando-se para outras hipóteses.

O revogado Código de Processo Civil de 1939 tratava do assunto em seu artigo 822, determinado a "apelação necessária" das sentenças que declaravam a nulidade do casamento; das que homologavam o desquite amigável e daquelas proferidas contra a União, o Estado e o Município. O atual Estatuto Processual Civil, Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973, trouxe diversas inovações, tanto do ponto de vista material, com a disciplina de novas sentenças que passaram a submeter-se ao reexame necessário e com a não disposição de outras que se submetiam e agora não mais se submetem a esse duplo controle, bem como do ponto de vista formal, pois que extirpou do novo texto a terminologia apelação necessária ou ex officio, preferindo dizer que as sentenças enumeradas no art. 475 somente passariam a produzir seus efeitos após confirmadas pelo Tribunal, ainda que não se haja interposto recurso voluntário.

2. Natureza Jurídica do reexame necessário.

No regime do CPC de 1939 tal medida de controle de decisões era denominada apelação necessária ou ex officio, razão pela qual alguns doutrinadores, ao comentar o art. 822 do referido estatuto, entendiam ser sua natureza jurídica a de um verdadeiro recurso. Porém, ainda sobre a égide daquele diploma, a grande maioria da doutrina entendia não se tratar de recurso, pois que o reexame opera-se ex vi legis, citando-se, por todas, a abalizada opinião de Alfredo Buzaid, para quem "(...) a apelação necessária não é um recurso, nem mera providência, ditada por motivo de ordem pública. Os elementos que a definem são: a) a ordem de devolução à instância superior (...); b) a instância superior conhece da causa integralmente. (...)

Decorre daí, portanto, que o característico da apelação de ofício é a ordem de devolução, imposta pela lei, que transfere à instância superior o conhecimento integral da causa."¹

Atualmente, já está praticamente pacificado - raras algumas opiniões em contrário² - o entendimento de que a natureza jurídica da remessa necessária é de condição de eficácia da sentença, e não de recurso, haja vista faltarlhe, para que assim seja reconhecido, os pressupostos de admissibilidade recursal, quais sejam: a) interesse de recorrer: o Magistrado não tem interesse de buscar a reforma da decisão por ele prolatada, haja vista somente quem sofreu algum gravame é que terá o interesse de reexaminar o decisor - princípio da lesividade da decisão recorrida; b) legitimidade: intimamente ligado ao princípio anterior, pois o Magistrado não se inclui no rol dos legitimados a recorrer, segundo dispõe o art. 499, do Estatuto Processual Civil pátrio, pelo fato de faltar-lhe interesse de recorrer; c) voluntariedade: é a vontade de recorrer daquele que tenha legitimidade e também interesse na interposição do recurso; d) não haver fato a obstar ou extinguir o poder de recorrer: esse requisito funda-se na ausência de renúncia ou desistência da ação ou do recurso, além de não ter ocorrido o reconhecimento do pedido pelo réu (art. 269, II, CPC); e) preparo: por não ser exigido tal pressuposto de admissibilidade, mais uma vez resta provado que a remessa necessária não deve ser confundida com um recurso; f) regularidade formal: estrita obediência à forma para interposição bem como à disciplina legal prescrita para os demais atos processuais; g) tipicidade; também carece de tal requisito pois que somente são considerados como recursos aqueles expressamente tipificados do CPC, na Constituição Federal ou em lei federal extravagante; h) dialeticidade: intimamente ligado ao princípio do contraditório, possibilidade às partes apresentarem as razões e contra-razões recursais.

Destarte, em não estando presente os requisitos de admissibilidade supra enunciados, não se pode considerar a remessa necessária um recurso, mas, tão somente, como afirmado alhures, uma condição de eficácia da sentença. Aliás, nesse sentido é o magistério de Alcides de Mendonça Lima³, que chega a essa conclusão após comentar sobre a ausência, nesses casos, de pressupostos recursais. Segundo ele: "o instituto, portanto, é como um complemento insubstituível para a validade e eficácia da decisão, que não vigorará

1 - Alfredo Buzaid. Da apelação "Ex Officio" no Sistema do Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 1951, p. 32/35.

2 - Sérgio Bermudes. Comentários ao Código de Processo Civil, São Paulo: RT, 1975, vol VIII, p. 33.

por si mesma. Sem o controle superior a decisão não produz efeitos". Nesse diapasão também é o entendimento de Nelson Nery Júnior⁴ e Arruda Alvim⁵, dentre outros.

3. Remessa necessária de sentença proferida contra a Fazenda Pública: aplica-se aos entes da Administração Indireta?

Outro questionamento que se faz acerca dessa matéria diz respeito à necessidade ou não de haver remessa necessária à instância ad quem quando a sentença proferida for contrária a entes integrantes da Administração Indireta, isto é, contrária aos interesses das autarquias, fundações (instituídas e mantidas pelo poder público), empresas públicas e sociedades de economia mista.

O art. 475, II, do Código de Processo Civil diz que está sujeita ao duplo grau de jurisdição a sentença proferida contra a União, o Estado e o Município, não se incluindo os entes da Administração Indireta, tendo este entendimento, inclusive, sido cristalizado com a edição da Súmula 620, do STF, além do Enunciado 34 da Súmula do extinto TFR, cujos textos disputam que a sentença proferida contra autarquias não estava sujeita a reexame necessário, salvo quando sucumbente em execução de dívida ativa. No entanto, tal entendimento foi superado com a edição da Medida Provisória nº MP 1.561/97, posteriormente convertida na Lei nº 9.469, de 10.07.97, que em seu art. 10 determina expressamente que se aplicam às autarquias e fundações públicas o disposto nos artigos 188 e 475, caput, e inciso II, do Código de Processo Civil. Nesse sentido, é como vêm decidindo os tribunais nacionais, a exemplo do seguinte aresto do STJ:

"PROCESSUAL CIVIL. NULIDADE DO ACÓRDÃO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. AUTARQUIA. REEXAME NECESSÁRIO. LEI 9.469/97. APLICABILIDADE. 1. É nulo o Acórdão que, sem esclarecer os fundamentos jurídicos da solução adotada, limita-se a transcrever algumas ementas de julgados análogos. 2. As sentenças proferidas contra autarquias e fundações públicas, publicadas posteriormente à edição da MP

3 - Alcides de Mendonça Lima. Sistema de Normas Gerais dos Recursos Cíveis, Rio de Janeiro/São Paulo: Freitas Bastos, 1963, p. 165.

4 - Cf. Nelson Nery Júnior. Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos. 3 edição, revista e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 55.

5 - Cf. Arruda Alvim. Direito Processual Civil - Teoria Geral do Processo de Conhecimento. São Paulo: Saraiva, 1972, vol. I, p. 364 e ss.

1.561/97 - convertida na Lei 9.469/97 -, estão sujeitas ao duplo grau de jurisdição obrigatório. 3. Prejudicado o exame do mérito. 4. Recurso conhecido e provido (RESP 203525/SP; RESP1999/0011206-7. Relator Min. Edson Vidigal. Julgado em 14/09/1999)

No tocante às sentenças contrárias às empresas públicas e sociedades de economia mista, não se sujeitam ao duplo grau obrigatório, pois que não se incluem no conceito de União, Estado e Município, nem foram atingidas pela Lei 9.469/97, o que já vem sendo pacificado pelos pretórios nacionais⁶.

4. Do cabimento de embargos infringentes

É inegável que a remessa necessária e o recurso de apelação guardam similitudes, sobretudo no que diz respeito ao procedimento no tribunal, bem como na atribuição dos efeitos suspensivo e devolutivo pleno, por essa razão, e principalmente considerando-se esse efeito devolutivo pleno, doutrina e jurisprudência vêm solidificando o entendimento de que cabem embargos infringentes de acórdão não unânime proferido em reexame necessário, como se o houvesse sido em apelação não unânime.

Embora entenda que a remessa necessária não pode ser considerada um recurso, José Frederico Marques reconhece a semelhança daquele instituto com a apelação e, por esse motivo, devem ser-lhe ser aplicadas as regras peculiares a esse recurso, por conseguinte, haveria a possibilidade de ingressar-se com embargos infringentes, independente de haver sido proposta apelação voluntária pelo vencido. Na opinião daquele abalizado autor:

*"Esse quase-recurso tem efeito devolutivo e efeito suspensivo. Em relação ao julgamento nele proferido, aplicam-se as regras concernentes à apelação, pois se trata de remédio destinado a rever sentenças de primeira instância. Por isso mesmo, o vencido, ainda que não tenha interposto apelação voluntária, pode entrar com embargos infringentes, se for o caso"*⁷.

Ademais, até por uma questão de justiça deve-se admitir o cabimento de embargos infringentes nas sentenças proferidas em reexame necessário, pois, segundo o ensinamento lógico do mestre Barbosa Moreira,

6 - Cf. TJSC- AC em mandado de Segurança 97.003534-9 - 2ª C.C.Esp, J. 12.06.1997; TARS - REN 27.306 - 1ª CCiv, J. 15.04.1982.

7 - José Frederico Marques. Manual de Direito Processual Civil. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves, vol. III, Campinas: Bookseller, 1997, p. 150.

*"se a pessoa jurídica de direito público apela, e o julgamento de segundo grau vem a favorê-la, sem unanimidade, o adversário dispõe sem dúvida alguma dos embargos; ora, não parece razoável negar-lhe esse recurso na hipótese de igual resultado em simples revisão obrigatória - o que em certa medida, tornaria paradoxalmente mais vantajoso, para a União, o Estado ou o Município, omitir-se do que apelar"*⁸.

Destarte, conclusão outra não se poderia chegar senão aquela de que cabem embargos infringentes, desde que presentes os pressupostos, da decisão em reexame necessário, ainda que não tenha sido interposta apelação voluntária.

5. Há proibição da *Reformatio in pejus* na remessa necessária de sentença contrária à Fazenda Pública?

O princípio da proibição da *reformatio in pejus* impede que se agrave a situação do recorrente quando ausente recurso interposto pela parte contrária ou quando se extrapola o âmbito da devolutividade fixado com a interposição do recurso.

A tradicional doutrina e jurisprudência defendem a impossibilidade de reforma da sentença para a pior, conquanto a remessa necessária foi instituída para proteger os interesses públicos. Outro não é o magistério de Eduardo Perez Salusse, in verbis: "Sabe-se que no reexame pelo Tribunal ad quem, a princípio, é conhecida toda a matéria discutida no curso do processo. Seria incoerente interpretar essa definição, de modo a justificar a piora da situação da parte sucumbente, que representa o interesse público, a favor de quem foi instituída a norma"⁹.

Ressalte-se que o Colendo STJ consagrou essa postura ao editar a Súmula 45, a qual dispõe que "No reexame necessário, é defeso, ao Tribunal, agravar a condenação imposta à Fazenda Pública".

Data venia, esse não nos parece o entendimento mais correto.

A proibição da *reformatio in pejus* está intimamente relacionada ao princípio dispositivo, que significa o interesse de recorrer por parte daquele que sofreu algum prejuízo quando da prolação da sentença. Desta feita,

8 - José Carlos Barbosa Moreira. Comentários ao Código de Processo Civil, vol. V, 5 edição, Rio de Janeiro : Forense, 1985, p. 515.

9 - Eduardo Perez Salusse, Remessa "ex officio" - proibição da "reformatio in pejus" - honorários advocatícios. In Revista de Processo, nº 68, ano 17, outubro/dezembro de 1992.

segundo Nelson Nery Junior, "tecnicamente só se pode falar em *reformatio in pejus* se houver efeito devolutivo do recurso, isto é, manifestação do princípio dispositivo"¹⁰ e, adiante, complementa o mestre:

*"De conseqüência, não se pode falar em reformatio in pejus na remessa necessária, porque a proibição da reforma para pior é decorrência da aplicação do princípio dispositivo, pois não se pode conceder vantagem ao recorrido se este nada pediu ao tribunal ad quem. Na remessa necessária não há pedido de ninguém, mas apenas a translação de toda a matéria constante da sentença para o tribunal superior para que reexamine tudo que foi decidido na instância inferior"*¹¹.

Ressalte-se, ainda, que como já explicitado alhures, a remessa necessária não deve ser confundida com recurso, destarte, não lhe podem ser aplicados os princípios que regem o sistema recursal, pelo que se conclui não haver proibição da *reformatio in pejus* em remessa necessária de sentença contrária à Fazenda Pública. Nesse diapasão, é o magistério de Maria Lúcia L.C. Medeiros¹². Segundo a doutrinadora: "A proibição da *reformatio in pejus*, porém, não se aplica à remessa ex officio. Primeiro porque aquele é um princípio inerente aos recursos e a remessa não é recurso. Segundo porque o reexame necessário não pode ser concebido como um instrumento dirigido a favorecer a Fazenda Pública", entendimento esse acertado, que, inclusive, é corroborado por Nelson Nery Júnior¹³ pois que o instituto da remessa necessária foi criado para obrigatoriamente rever as decisões contrárias à União, Estados e Municípios, e não para proteger excessivamente os entes públicos.

Ressalte-se, ademais, que mesmo não se convencendo o aplicador do Direito dos motivos acima expendidos, entendendo no sentido de não poder haver *reformatio in pejus* da sentença submetida ao duplo grau obrigatório, há um outro argumento que rechaça essa posição, qual seja, as questões de ordem pública reconhecidas por ocasião da remessa necessária - haja vista que sobre tais questões não incide o instituto da preclusão, sendo, pois, passíveis de ser alegadas a qualquer momento - podendo o magistrado, de ofício ou a requerimento das partes, sobre elas pronunciar-se, mesmo que já

10 - Nelson Nery Junior. Princípios Fundamentais - TEORIA GERAL DOS RECURSOS. 3 edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 151.

11 - Op. cit., p. 361.

12 - Maria Lúcia L.C. Medeiros. Recurso "Ex Officio" - "Reformatio in pejus", in Revista de Processo, nº 61, ano 16, janeiro/março de 1991, p. 309.

13 - Cf., Nelson Nery Junior. Princípios Fundamentais - TEORIA GERAL DOS RECURSOS. 3 edição. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 209

o tenha feito anteriormente. Assim, o juízo ad quem pode reconhecer essas questões de ordem pública, por exemplo, reconhecer a decadência, falta de pressupostos processuais ou condições da ação ou quaisquer outras estratufadas no art. 267, IV, V e VI, do CPC, ante o disposto no art. 267, § 3º, do mesmo diploma processual e, deste modo, reformar para pior a situação da Fazenda Pública.

6. O art. 557, do Código de Processo Civil e a remessa necessária

O art. 557, do Código de Processo Civil, com nova redação dada pela Lei nº 9.139, de 30.11.95, modificada pela Lei 9.756, de 17 de dezembro de 1998, dispõe, verbis: "o relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com a súmula ou com a jurisprudência dominante no respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior".

O dispositivo acima transcrito foi criado tendo como desígnio desobstruir as pautas dos tribunais, a fim de que as ações e os recursos que realmente precisam ser julgados por órgão colegiado possam ser apreciados o quanto antes possível. Por essa razão, os recursos intempestivos, incabíveis, desertos e contrários à jurisprudência consolidada no tribunal de segundo grau ou nos tribunais superiores deverão ser julgados imediatamente pelo próprio relator, através de decisão monocrática. No entanto, surge um questionamento: Estende-se tal norma à remessa necessária? As opiniões divergem.

Há entendimentos no sentido de que, embora a remessa necessária não seja propriamente um recurso, o disposto no art. 557, do CPC deve estender-se àquele instituto, pois, do contrário, além de ferir-se os princípios da economia e celeridade processuais, estar-se-ia aviltando o princípio da isonomia ao outorgar-se tamanho privilégio à Fazenda Pública, havendo, inclusive, inúmeras decisões pretorianas que acolhem essa tese¹⁴.

Em que pesem os notáveis argumentos, esta não parece ser, salvo melhor entendimento, a opinião mais acertada.

O relator não poderá, em hipótese alguma, indeferir, por despacho, a

14 - Cf. STJ - REsp 156.311 - BA - 2ª T. - Rel. Min. Adhemar Maciel - DJU 16.03.1998 ; STJ - REsp 190.096 - DF - 6ª T., Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU 21.06.99)

remessa oficial de sentença contrária à Fazenda Pública, pois que os arts. 475, II, do CPC e 1º, V, do Decreto-lei 779/69 estipulam o duplo grau de jurisdição obrigatório, devendo, pois, sempre se proceder ao reexame necessário do decisum, o que só é possível através do órgão colegiado.

Ademais, os defensores dessa corrente, citando por todos Cristiano Paixão Araujo Pinto¹⁵, argumentam que a Súmula 423, do STF obsta o trânsito em julgado da sentença que não se submeteu ao reexame necessário, que se considera interposto ex lege.

Por fim, note-se que o art. 557, caput, do CPC, dispõe sobre indeferimento de recurso e, como é pacificado, doutrinária e jurisprudencialmente, o reexame necessário não é recurso. Por tais motivos, o art. 557, do Código de Processo Civil não se aplica à remessa necessária, a qual, sempre que cabível, deverá ser processada.

15 - Cristiano Paixão Araujo Pinto. AGRADO DE INSTRUMENTO : A NOVA REDAÇÃO DO ARTIGO 557 DO CPC E O PROCESSO DO TRABALHO, in Síntese trabalhista, nº 82 - abril/96, pág. 135

BIBLIOGRAFIA

- ALVIM, Arruda. Direito Processual Civil - Teoria Geral do Processo de Conhecimento. São Paulo: Saraiva, 1972. 1 v.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Comentários ao Código de Processo Civil. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985. 4 v.
- BERMUDES, Sérgio. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 1975. 8 v.
- BUZAID, Alfredo. Da apelação "Ex Officio" no Sistema do Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 1951.
- LIMA, Alcides de Mendonça. Sistema de Normas Gerais dos Recursos Cíveis. Rio de Janeiro/ São Paulo : Freitas Bastos, 1963.
- MARQUES, José Frederico. Manual de Direito Processual Civil. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1997. 3 v.
- MEDEIROS, Maria Lúcia. L.C. Recurso "Ex Officio" - "Reformatio in pejus". Revista de Processo. São Paulo, ano 16, n. 61 p. 309. jan/mar. 1991.
- NERY JUNIOR, Nelson. Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1996.
- NERY JÚNIOR, Nelson e NERY ANDRADE, Rosa Maria. Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor. 5. ed rev. e ampl. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2001.
- PINTO, Cristiano Paixão Araújo. Agravo de Instrumento: a nova redação do artigo 557 do CPC e o Processo do Trabalho. Síntese trabalhista, n. 82. p. 135. abr./96.
- SALUSSE, Eduardo Perez. Remessa "ex officio" - proibição da "reformatio in pejus" - honorários advocatícios. Revista de Processo, ano 17, n. 68, out/dez. 1992.

**PREFEITURA MUNICIPAL DE FORTALEZA
PROCURADORIA GERAL**

**PROCESSO Nº 3468/2001-PGM
INTERESSADO: MÉRCIA MARIA DANTAS DE OLIVEIRA
ASSUNTO: REIMPLANTAÇÃO DA
GRATIFICAÇÃO DE PLANTÃO**

PARECER Nº 409/2001 - CST

EMENTA: Servidor no aguardo de aposentadoria por invalidez permanente terá os seus proventos integrais, ou seja, concedidos com base na integralidade dos vencimentos percebidos à época da expedição do laudo médico que determinou sua incapacidade definitiva.

MÉRCIA MARIA DANTAS DE OLIVEIRA, servidora pública municipal com o cargo de nutricionista, atualmente afastada em razão de aposentadoria por invalidez permanente, vem requerer reimplantação aos seus vencimentos da gratificação de plantão no percentual de 60% (sessenta por cento) retirada em virtude do Ato 4159/2001, datado de 03 de julho de 2001.

Nos autos encontra-se a Portaria nº 15/2001, que determinou novo horário de trabalho para as nutricionistas e outras categorias, passando as mesmas a exercerem suas atividades como diaristas, portaria esta que deu origem às supressões das gratificações de plantão daquelas categorias funcionais. (v. fls. 12 e 07-PGM).

Em primeira análise solicitamos informação sobre o tempo em que a servidora percebia a gratificação de plantão.

Em resposta, obtivemos a Certidão de fls. 20-PGM, constando expressamente:

- a) A servidora foi admitida através de concurso público em 17 de junho de 1996;

b) Percebeu gratificação de plantão nos períodos de agosto/96 a julho/2001, perfazendo um total de 05 (cinco) anos e 1 (um) dia.

Imperioso ressaltar o documento de fls. 05-PGM, Laudo Médico do IPM com parecer do especialista em neurologia, Dr. Flávio Leitão, devidamente aprovado pela Junta Médica daquele Instituto, concluindo pela aposentadoria por invalidez permanente, diagnosticando: "Tumor ependimoma invasivo intra-raquídea da cauda equínea - tumor expansivo inoperante incapacitante".

Os fundamentos legais da aposentadoria da servidora: art. 11, I c/ c art. 12, I da Lei 8.388/99 e art. 15, I c/c art. 16, II, alínea "b" do Decreto 10.826/2000.

É o relatório.

A Constituição Federal em seu artigo 40, § 1º, I dispõe:

"Art. 40 - Omissis

§ 1º - Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos, a partir dos valores fixados na forma do § 3º:

I - Por invalidez permanente, sendo os proventos proporcionais ao tempo de contribuição, exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei." (grifos nossos).

A Lei Municipal 8.388, de 14 de dezembro de 1999, não podia e nem pode ir de encontro à norma constitucional, e com a mesma orientação, em seu artigo 12, I, determina que servidores aposentados por invalidez permanente terão seus proventos integrais nos casos de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei ou regulamento desta Lei. No caso a regulamentação está consubstanciada no Decreto 10.826, de 18 de julho de 2000.

Verifica-se que o Laudo Médico é datado de 07 de maio de 2001, quando então a servidora ainda percebia a gratificação de plantão, portanto, bem anterior ao Ato 4159/2001, de 03 de julho de 2001. (Compare-se os documentos de fls. 05, 07, 08 e 20(verso)-PGM).

A matéria "*sub análise*" não é novidade no âmbito desta Consultoria. Em data de 31 de maio de 1993, foi emitido parecer da lavra da ilustre colega Dra. Fátima Maria Nunes Memória, Parecer nº 130/93-CST, a quem pedimos vênias, para transcrever as citações nele contidas, que caem como uma luva para este caso.

Na lição do Mestre Pinto Ferreira: "A invalidez é a incapacidade para trabalho, do caráter permanente, por motivo pessoal ou profissional", continua: "Destarte, o servidor pode ser aposentado por invalidez permanente, sendo os proventos integrais quando decorrentes de acidente de serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei, ou proporcionais ao tempo de serviço."

Os proventos constituem a remuneração dos aposentados. Em sendo concedida a aposentadoria, será integral o montante dos proventos.

Proventos, define José Celso de Melo Filho (Constituição Federal Anotada, cit. v. I, p. 314) este é o nomen juris que se dá à remuneração paga pelos cofres públicos aos agentes em situação de inatividade (aposentados e os colocados em disponibilidade). As vantagens se acrescem aos vencimentos e se incorporam, algumas vezes, a eles de forma definitiva" (in Comentários a Constituição Brasileira, volume II, Saraiva, SP, 1990, pp. 412/1113). (grifo nosso).

Sobre a matéria, esclarece outrossim o Professor José Afonso da Silva: "a aposentadoria, como a disponibilidade, em qualquer de suas formas, é sempre remunerada, e é a própria Constituição que estabelece os requisitos dessa remuneração, que toma o nome de provento, enquanto a retribuição do servidor em atividade denomina-se vencimento, vencimentos ou remuneração nos termos que já examinamos" (in Curso de Direito Constitucional Positivo), 7ª ed. ERT, SP, 1991, p. 580).

Denota-se do exposto que os proventos devidos quando do ato concessório da aposentadoria por invalidez serão calculados com base na integralidade dos vencimentos, ou seja, na lição sempre percuciente de Hely Lopes Meirelles: "os proventos das inatividade serão sempre integrais quando a aposentadoria se der após trinta e cinco (35) anos de serviço... quando a invalidez decorrer de acidente em serviço, de moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei (art. 40, I)..." (in *Direito Administrativo Brasileiro*, 17ª ed. Malheiros, 1990, SP, p. 387 (grifo nosso)).

Conclui, então a nobre parecerista:

"Assim, pode-se comungar da exegese de que uma vez preconizando a lei devem ser os proventos da inatividade integrais, nos casos da aposentadoria por invalidez, fará jus o servidor à continuidade de percepção do quantum a que fazia jus quando da data de expedição do laudo médico embasador da futura aposentação. Caso disponha este servidor de vantagens ainda não incorporadas, que, por forças albeias à vontade do mesmo escaparam de sua capacidade de açambarcá-las ao patrimônio (via incorporação por decurso de prazo legal), fugiria à Mens legis a exclusão de benefícios passíveis de incorporação, mormente quando relacionados à falência da saúde do servidor".

A gratificação de plantão, por imposição do art. 38, da Lei 7759/95, que cria e implanta o Plano de Cargos e Carreira da Saúde, é gratificação incorporável aos proventos de aposentadoria por decurso de prazo, ou seja, desde que o servidor tenha permanecido nesta atividade por no mínimo 10 (dez) anos.

Em face do exposto e, especificamente por determinação constitucional, a servidora tem o direito a reimplantação da gratificação de plantão que vinha percebendo até o momento da expedição do laudo médico, atestador de sua incapacidade definitiva para o exercício de suas funções.

Sugerimos, portanto, que o processo seja remetido à SER VI para restauração *in totum* da gratificação de plantão excluída, cujo pagamento deve retroagir a julho de 2001. É que a Portaria 15/2001 (fls. 12-PGM) é norma hierarquicamente inferior à Constituição, não

sendo, para o caso específico da requerente, a ela aplicável.

É o parecer. s.m.j.

Fortaleza, 21 de dezembro de 2001.

Maria Carneiro Sanford

Procuradora do Município

*De acordo com o parecer.
A comissão superior.*


LIDUINA OFEILIA D. BARRETO
PROCURADORA-CHEFE DA
COMISSÃO SUPERIOR
MATRÍCULA Nº. 00887.1

DESPACHO

Processo nº 33468/2001-PGM

Interessado: Mércia Maria Dantas de Oliveira

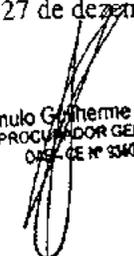
Ref. Parecer nº 409/2001-CST

A matéria tratada no presente processo e matéria regulada pela Lei Municipal nº 8.388/99

De fato, aludido diploma legal comanda que os servidores em processo de aposentadoria por invalidez, fundamentada nos artigos II, I c/c com art. 12,1 da Lei 8.388/99, bem como pelo art. 16, alínea "b" do Decreto 10.826/2000, terão seus proventos integrais, legislação, esta, inteiramente compatível com a Constituição Federal.

Concordamos, portanto com o parecer, pelos fundamentos legais ali expostos: **No entanto é de se resaltar que a Portaria 15/2001, expedida pela Exma. Sra. Secretária da SMDS, à época, se encontra em plena vigência e eficácia, e, somente, a este caso específico não é aplicável à servidora em epígrafe, em face de norma constitucional.**

Fortaleza, 27 de dezembro de 2001.


Rômulo Guilherme Leitão
PROCURADOR GERAL
OAB - CE Nº 3340

PREFEITURA MUNICIPAL DE FORTALEZA
Procuradoria Geral do Município

PROCESSO Nº 02827/2000 - PGM
INTERESSADO: CRECHE CARLOTA TÁVORA E OUTRAS
ASSUNTO: PAGAMENTO DE VALORES EM ATRASO

PARECER Nº 0127/2201 - CST

EMENTA: Pagamento de valores. Concomitância de Processos. Sendo concomitantes processos Judicial e Administrativo, tendo por objeto o mesmo pedido o processo judicial não pode ser deixado à margem. Nessa condição o objeto pleiteado fica sub judice. Inteligência dos artigos 2º, 219 e 262, do Código de Processo Civil.

Ao exame da Procuradoria Geral do Município de Fortaleza, o presente processo no qual o Procurador das instituições: CRECHE CARLOTA TÁVORA, CENTRO EDUCACIONAL MARIA GLEIDES PAIVA, ASSOCIAÇÃO DE APOIO COMUNITÁRIO AOS MORADORES DO HENRIQUE JORGE, CENTRO EDUCACIONAL LÍRIO DOS VALES, ASSOCIAÇÃO BENEFICENTE RKO B HENRIQUE JORGE, ASSOCIAÇÃO DA COMUNIDADE DO MENINO JESUS E COLÉGIO MONTEIRO JUNIOR, requer a Titular da Secretaria Municipal de Desenvolvimento Social - SMDS, o pagamento de valores em atraso decorrentes de convênios firmados ente o Município de Fortaleza e as mencionadas instituições.

O processo encontra-se instruído com vasta documentação e informações nos possibilitando formarmos um juízo de valor acerca da postulação.

Atendendo a uma diligência por nós solicitada As fls. 52, o Procurador Chefe da Procuradoria Judicial, informa que *“os signatários do doc. de fls. 02, ajuizaram ação contra o Município de Fortaleza, junto à 5ª vara da Fazenda Pública (Processo nº 1999.02.48174 - NT2604199), tendo por objeto o mesmo pedido formulado neste procedimento administrativo, tendo sido declarado extinto o processo por decisão data-*

da de 12.05.2000, conforme cópia anexa". (Grifamos). Em tempo, na mesma Informação o Procurador do Município afirma que "A extinção do processo enunciado diz respeito aos autores Escola Paulistinha e Associação dos Artesões e Manufatureiros do Conjunto Ceará, que não são partes requerentes no processo em debate. É dizer, a lide continua em relação aos requerentes". (sic) (Grifamos).

Como se pode observar as instituições acima nominadas ingressaram junto ao Poder Judiciário com ação contra o Município de Fortaleza, no ano de 1999, tendo por objeto o mesmo pedido de que ora se cuida, valendo ressaltar que a postulação pela via administrativa foi formulada em 12 de setembro de 2000 (fls. 02), portanto em data posterior à que ingressaram na Justiça. Na verdade o que as instituições requerentes pretendem no presente processo é que o Município de Fortaleza, antecipando-se ao julgamento do Poder Judiciário, efetue o pagamento dos valores que ainda serão decidido e por aquele Poder. Entendemos, de plano, que tal pretensão não pode efetuar-se administrativamente pelas razões a seguir aduzidas.

As já referidas instituições ao se sentirem prejudicadas pelo não cumprimento, por parte do Município de Fortaleza, das Cláusulas avançadas nos Convênios de fls. 06 a 36, tinham, a nosso sentir, dois caminhos a seguir: ou requeriam o cumprimento da avença administrativamente ou judicialmente. Então o que ocorreu, de fato, elas preferiram, de modo próprio, procurar abrigo no Poder Judiciário e assim o fizeram ajuizando ação competente no ano de 1999, como atesta a Informação de fls. 53. Portanto, desprezaram a via administrativa. Ressalte-se que a escolha da via para ter débito saldado era e é da competência exclusiva das requerentes, mas o fato é que escolheram o caminho do Judiciário.

Nesse tocante o art. 2º. do Código de Processo Civil diz claramente que: "Nenhum Juiz prestará tutela jurisdicional senão quando a parte interessada requerer, nos casos e forma legais". (Grifamos). Como se vê, o entendimento do nosso CPC, consagra a liberdade da parte ou interessado de procurar ou não a tutela jurisdicional. No caso presente os interessados preferiram procurar a prestação jurisdicional do Poder Judiciário. Dissertando sobre o princípio do impulso processual pelas partes. Arruda Alvim, assim pontifica: "(...) o do impulso das partes, contudo, geralmente adotado - só no que tange ao início do procedimento - propositura da ação - porquanto os impulsos posteriores são oficiais. A regra geral constante do art. 262, consagra o princípio citado de que o

processo civil começa pela iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial. Dessa forma, em virtude da atividade jurisdicional, o que ocorre é a substituição de uma atividade privada por uma atividade pública". (Grifamos). (Manual de Direito Processual Civil, V.1, Editora Revista dos Tribunais, Edição 1977, pias. 08 e 74).

Seguindo esse entendimento de que somente por solicitação da parte é que se instaura o processo contencioso, ou seja, o Poder Judiciário só age quando regularmente provocado. É que o art. 219 do Código de Processo Civil diz que a partir da citação válida toma-se prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa. Nesse aspecto cumpre ressaltar que no caso presente foram as instituições que ao provocarem o Poder Judiciário para obter a tutela jurisdicional tornaram litigiosa a coisa, ou seja, o objeto que ora reclamam administrativamente no presente processo já encontra-se ao abrigo da Justiça. Então podemos indicar, como efetivar administrativamente o pagamento de um débito, quando o mesmo débito esta sub judice por iniciativa das próprias instituições? Observa-se que o processo civil iniciou-se não por iniciativa do Município de Fortaleza, e sim pelas ora requerentes, as quais desprezando o processo que tramita no Poder Judiciário, requerem, posteriormente, administrativamente, o mesmo objeto que encontra-se para julgamento no Poder Judiciário, como se esse não existisse sem nem sequer reportar-se no seu requerimento de fls. 02. A propósito o art. 262, do Código de Processo Civil, assim enfatiza: "O processo civil começa por iniciativa da parte, mas desenvolve-se por impulso oficial". (Grifamos).

"Nessas condições, para que seja acionada a jurisdição se faz essencial a atividade da parte ou do interessado no processo civil. Depois desenvolve-se o processo por impulso oficial (art. 262). Isto quer dizer que não é necessário a cada momento a presença da parte para requerer o andamento da causa que se dá oficialmente". (Arruda Alvim, Manual de Direito Processual Civil, V.1, Editora Revista dos Tribunais, Edição 1977, págs. 76 e 77).

A esta altura entendemos que o pagamento requerido no presente processo não pode ser efetuado administrativamente, como se não existisse em tramitação um processo judicial tendo por objeto o mesmo pedido ora formulado. Entendemos que tudo que diga respeito ao pagamento dos convênios de fls. 06 a 43, deve ser tratado e formulado nos autos do Processo nº 1999.02.48174-4 - NT2604/99, que tramita junto a 5ª Vara da Fazenda Pública.

Aliás, esse tem sido o entendimento desta Consultoria nos casos em que a pessoa ingressa com pedido na Justiça e posteriormente requer administrativamente o mesmo pedido formulado judicialmente. Senão vejamos o brilhante entendimento formulado pela ilustrada Procuradora do Município de Fortaleza, Dra. Maria Carneiro Sanford, no Parecer nº 0183/2000-CST: "Uma vez impetrada ação judicial para solução de matéria, não pode haver concomitância de processo judicial e administrativo com a mesma finalidade. (...) não pode excluir o Poder Judiciário de julgar matéria, uma vez requerida a sua apreciação pela parte autora, em ação judicial respectiva". Recentemente a não menos ilustre Procuradora do Município de Fortaleza, Manuela Lourenço Pires Torquato, assim pontificou no Parecer nº 046/2001-CST: "A questão está *sub judice* (...) já que todos os processos administrativos ficam então sub-restados. O que poderia ser respondido aos requerentes, a nosso ver, é que o assunto está sub judice. Do exposto, somos de entender que não cabe à PGM responder administrativamente aos requerentes sobre os fatos alegados, por se encontrarem sub judice (...)".

No caso vertente não se pode esquecer ou deixar de lado que existe e tramita na Vara Especializada um processo versando sobre o mesmo objeto desse processo administrativo, e adotar ou tomar providências de qualquer ordem deixando de escanteio o Poder Judiciário, o qual a essa altura já colocou todo o seu aparato processual e burocrático em andamento para a efetiva prestação jurisdicional requerida pelas próprias instituições, as quais esquecendo o processo judicial em curso, por elas mesmas requerido, enveredaram pelas vias administrativas.

O bom senso, a lógica e a prudência recomendam que o Município de Fortaleza aguarde a decisão serena do Poder Judiciário que fatalmente será prolatada e acate tal decisão quando for efetivada.

Diante de tudo o que foi exposto, somos pelo indeferimento do pedido.

É o parecer.

À consideração superior.

Fortaleza, 28 de março de 2001.

Paulo Barrocas
Paulo de Tarso M. Barrocas
PROCURADOR DO MUNICÍPIO
Matrícula nº 01160.1

De acordo com o parecer
à consideração superior.
Em, 29.02.01

LIQUIDANTE
PROCURADOR-CHefe DA

Releia o entendimento esposado no
Parecer nº 127/2001-CST-PGM.

A existência de litis suscitada inviabiliza
a análise do pleito da interessada, sendo de
DO REVELANDÁVEL QUE SE AGUARDE A DECISÃO JUDICIAL.
PRELIMINARMENTE OS AUTOS A SMOSS.

Em 24/04/2001

(Luiz de A. Cabral)
Luiz de A. Cabral
PROCURADOR GERAL

**PREFEITURA MUNICIPAL DE FORTALEZA
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO**

PROCESSO Nº 0018/01-PGM

**INTERESSADO: SECRETARIA EXECUTIVA REGIONAL II
ASSUNTO: DISPENSA DE LICITAÇÃO PARA CONTRATAÇÃO
DIRETA DOS SERVIÇOS DE VIGILÂNCIA DESARMADA**

PARECER Nº 062/2001-CST.

EMENTA: Dispensa de licitação. Procedimento de exceção. Observância dos princípios da legalidade e da segurança jurídica. Necessidade de que o pedido se enquadre em um dos incisos do art. 24 da Lei nº 8.666/93.

Dirigidos a esta Consultoria - PGM os autos epigrafados oriundos da Secretaria Executiva Regional II, cujo Sr. Secretário requer a contratação direta, através de dispensa de licitação, de empresa prestadora de "serviços de vigilância desarmada para as unidades sociais, de saúde, de educação, para o Ginásio Poliesportivo Paulo Sarasate e para a sede desta Secretaria Executiva Regional II", com fundamento no inciso IV do art. 24 da Lei nº 8.666/93..

No citado documento o Sr. Secretário expõe que a empresa **SS Serviços de Segurança Ltda.** apresentou o menor preço total mensal de **R\$101.324,45** (cento e um mil, trezentos e vinte e quatro reais e quarenta e cinco centavos). Ao final discrimina a Dotação Orçamentária e o Elemento de Despesa destinado a fazer face ao pagamento referido - v. fls. 02-PGM.

O Diretor Regional Administrativo Financeiro da SER II através do Ofício nº 113, de 11.12.2000 justifica o pedido aqui formulado, expondo que:

"Justifica-se o pleito, pela necessidade da execução dos serviços, haja vista, a falta de segurança nas unidades, e mais:

- Esta Secretaria enviou ao Sr. Prefeito, pedido para a contratação de 34 postos de vigilância, sendo o mesmo encaminhado para a SMDS - Secretaria Municipal de Desenvolvimento Social, para licitação única com as demais Secretarias;

- Por motivo de força maior, o edital de concorrência da SMDS nº 011/2000, que tinha como objeto a contratação dos serviços aqui solicitados, foi cancelado" - v. fls. 03-PGM.

No processo encontram-se, ainda, os seguintes documentos:

1. Estimativa de Preços de Serviços - fls. 04-PGM;
2. Proposta da empresa SS Serviços de Segurança Ltda. - fls. 05/10-PGM;
3. Proposta da empresa FortSegurança - fls. 11/14-PGM;
4. Proposta da empresa Commander - Serviços de Vigilância Ltda. - fls. 15/18-PGM;
5. Despacho informativo prestado pela Assessoria Jurídica da SER II - fls. 19-PGM.

É o relatório.

Parecer.

Preconiza o Art. 24 e seu inciso IV, da Lei nº 8.666/93:

"Art. 24 - É dispensável a licitação:

IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada emergência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade vedada a prorrogação dos respectivos contratos".

Como se pode constatar da análise do texto legal antes transcrito, no qual se fundamenta o presente pedido, ocorrerá a dispensa de licitação quando ocorrer uma das hipóteses nele previstas.

Nas justificativas de fls. 02/03-PGM dos autos, está posto que a dispensa de licitação solicitada originou-se por ocorrência de "motivo de for-

ça maior" e por o "edital de concorrência da SMDS nº 011/2000, que tinha como objeto a contratação dos serviços aqui solicitados, foi cancelado:" (sic)

As situações supra alinhadas não constam no inciso IV do art. 24, nem em outro inciso do dispositivo mencionado, razão porque não vemos como deferir o presente pedido, que não se enquadra na norma legal que trata das situações de ocorrência de dispensa de licitação.

Como se isto não bastasse para estancar o pleito em tela, temos que o presente processo está carente de formalidades legais e encontra-se insatisfatoriamente instruído, senão vejamos:

1. O documento nº 1011/GS, iniciador do processo e firmado pela autoridade que deseja os serviços, não se encontra devidamente datado. Este mesmo documento não discrimina quais as unidades sociais, de saúde, de educação que receberão os serviços, função esta que é do órgão interessado no serviço e não das empresas proponentes, observando o art. 3º; parágrafo único do art. 4º e art. 7º, todos da Lei nº 8.666/93.
2. Observa-se que não existe no processo o contrato social da empresa que se pretende contratar.
3. Também não há nos autos os documentos relativos à comprovação de regularidade da empresa, como certidões negativas de débitos Federal, Estadual e Municipal, provas de regularidade com o FGTS, com a Seguridade Social - INSS.
4. Ausente dos autos a minuta do contrato de prestação de serviços a ser firmado.
5. Não há no processo, ainda, o Relatório Conclusivo da Comissão de Licitação, referente à Concorrência Pública nº 011/2000 - SMDS, que segundo informação nos autos teria sido cancelada.

Ademais, cada uma das propostas anota quantitativos referentes a encargos sociais, sem especificá-los. Também, menciona tributos a serem pagos, sem expor quais são esses tributos. É importante mencionar quanto a este fato, que as propostas apresentadas trazem no item "Tributos", valores diferentes, ensejando a que se indague: por que os valores são diferentes, se

são iguais os serviços a serem executados, os quais serão prestados no mesmo município e no mesmo Estado?

Em conclusão, no nosso entender, não restaram caracterizadas nos autos as hipóteses alinhadas nos incisos do art. 24 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, bem assim, o processo em epígrafe encontra-se insatisfatoriamente instruído, sem observância das normas e formalidades legais, que nos impedem de deferir o presente pedido.

É o parecer, salvo melhor entendimento.

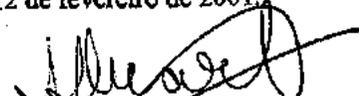
Fortaleza, 05 de fevereiro de 2001.

Eliza Maria Moreira Barbosa

Procuradora do Município

À consideração superior.

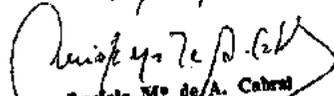
Fortaleza, 12 de fevereiro de 2001.


 LIDUINA OEFÉLIA D. BARRETO
 PROCURADORA-CHEFE DA
 SEÇÃO DE LICITAÇÃO E
 MATRÍCULA Nº. 00827.1

Ratifico o parecer n.º 062/2001-CST-PCM e o
 respeito ao processo.

Encaminham-se os autos a S.M.D.S., n.º 60, SER II.

Em 28/03/2001


 Lucila M. de A. Cabral
 PROCURADOR GERAL

PREFEITURA MUNICIPAL DE FORTALEZA
Procuradoria Geral do Município

PROCESSO Nº:2140/2000-PGM
INTERESSADO:VALDOMIR SALDANHA FONTENELE
ORIGEM:SER II

PARECER Nº: 085/2001-CST

EMENTA: Servidor público. Direito adquirido à aposentadoria quando da edição da E.C. 20 à Constituição Federal. Inexigibilidade, em relação a ele, da contribuição previdenciária. Descontos indevidos, a esse título, a partir de 15 de dezembro de 1998.

- 1- Em requerimento padrão dirigido ao Sr. Titular da Secretaria Executiva Regional II, o servidor VALDOMIR SALDANHA FONTENELE, médico, cujo cargo é lotado na mencionada SER-II e que tem exercício no centro de Saúde Rigoberto Romero, pede o reconhecimento do seu direito à "isenção" da contribuição previdenciária, com a consequente devolução das parcelas indevidamente descontadas.
- 2- Isto fez, porque, segundo alega, na época da publicação da Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98, já contava 67 anos de idade e mais de 39 anos de contribuição (fls. 02). Cópia do seu extrato de pagamento (relativo ao mês de maio de 2000) faz prova do recolhimento feito ao sistema previdenciário municipal (fls. 04).
- 3- Às fls. 21/22v se vê "Certidão de Tempo de Serviço" relativa ao suplicante - cuja segunda página (fls. 22) não se encontra, todavia, devidamente assinada ou autenticada pelo órgão de origem - a qual dá conta de um tempo de serviço superior a 39 anos (trinta e nove anos) por ele prestado.

Ressalte-se que a contagem desse tempo se haveria de fazer, como se fez, à luz do ordenamento legal e constitucional então em vigor (quanto, por exemplo, à contagem em dobro de períodos de licenças-prêmio não gozadas), desconsideradas as vedações contidas na Emenda Constitucional nº 20/98, as quais não têm efeito retroativo. O disposto no art. 3º, §§ 2º e 3º desta norma não deixa dúvidas a respeito.

4- A indagação a merecer resposta, neste caso, é a seguinte: se um servidor público, quando da edição da EC/20, de 15 de dezembro de 1998, contava tempo de serviço bastante à aposentação, deveria ele, permanecendo voluntariamente em atividade ou não, continuar contribuindo para a Previdência?

A resposta me parece demasiado simples. E não apenas pela regra contida no art. 3º, § 1º, da indigitada Emenda (reproduzida, alias pelo art. 58, § 1º, da Lei Municipal nº 8.388, de 14 de dezembro de 1999), segundo a qual "...o servidor .. que tenha completado as exigências para aposentadoria integral e que opte por permanecer em atividade, fará jus à isenção da contribuição previdenciária até completar as exigências para a aposentadoria, contidas no art. 40 § 1º, III, a, Constituição Federal". (negrito nosso)

5- Portanto, se o postulante, naquele instante (o da edição da EC/20) já contava tempo suficiente para requerer a aposentadoria (com vencimentos integrais ou não), esse direito foi definitivamente incorporado ao seu patrimônio jurídico. E não só este, como também correlato e conseqüente, de não mais contribuir para a previdência social.

A rigor, não se trata de mera "Isenção" temporária, concedida como se fora simples "favor" da Emenda 20 a quem, já podendo formalizar seu pedido de inativação, preferiu manter-se no serviço ativo. Cuida-se, sim, de indiscutível direito adquirido a não mais contribuir, em momento algum no futuro, para sistema previdenciário para o qual haja contribuído durante toda a sua vida laboral. A única conseqüência dessa opção (por permanecer em atividade) - e mesmo assim juridicamente contestável, segundo alguns autores - é a de submeter-se às novas exigências para a aposentadoria.

6- Neste sentido, veja-se a opinião de Valmir Pontes Filho, em seu "Curso Fundamental de Direito Constitucional", 2001, São Paulo, Ed. Dialética, ps. 185/186:

"... D) no que respeita ao dever de contribuir para a Previdência, impende reiterar o que já se afirmou, de passagem, na letra

A), retro: o servidor aposentado, ou o que já adquiriu o direito à aposentadoria, não está definitivamente, obrigado a voltar ou continuar a contribuir para a Previdência Social; com efeito, dispõe o art. 3º, § 1º, da referida EC/20, in verbis: "Art. 3º - é assegurada a concessão de aposentadoria e pensão, a qualquer tempo, aos servidores públicos e aos segurados do regime geral de Previdência Social, bem como aos seus dependentes que, até a data da publicação desta Emenda, tenham cumprido os requisitos para a obtenção destes benefícios com base nos critérios da legislação então vigente. - § 1º - O servidor de que trata este artigo, que tenha completado as exigências para a aposentadoria integral e que opte por permanecer em atividade fará jus à isenção da contribuição previdenciária até completar as exigências para a aposentadoria contidas no art. 40, § 1º, III, a, da Constituição Federal", das prescrições transcritas exurgem, límpidas, as seguintes conclusões: 1) a Emenda 20 quis expressamente resguardar o direito adquirido à aposentadoria, até sua promulgação, com base nos critérios da legislação então vigente (cabeça do art. 3º); 2) concedeu ela (no parágrafo primeiro) uma isenção da contribuição previdenciária àquele servidor que, mesmo tendo adquirido direito à aposentadoria, optasse por continuar no serviço ativo, sujeitando-se às novas regras para aposentação futura; mesmo aqueles servidores que tenham, embora com o direito já adquirido a aposentação (segundo as regras antigas), optado por continuar no serviço ativo, não contribuirão para o sistema previdenciário, vindo a aposentar-se apenas quando vierem a satisfazer as novas exigências constitucionais (do art. 40, com a redação que lhe foi dada pela própria EC/20); depois disso, é claro, não teria mais sentido "isentá-los do encargo".

7- Assim, uma vez definitivamente comprovado - o que se há de fazer mediante a juntada de certidão que dê conta do tempo de serviço (e não de contribuição como equivocadamente solicitei anteriormente) do servidor aos 15 de dezembro de 1998 - que ora o suplicante já podia aposentar-se quando da publicação da precitada Emenda Constitucional nº 20, entendo ter ele questionável direito:

a) a não mais contribuir para a Previdência Municipal a partir

de janeiro de 1999, nem mesmo quando, no futuro, formalizar sua aposentadoria;

b) a obter a devolução das quantias indevidamente descontadas de sua remuneração a título de contribuição à Previdência.

É o parecer, que submeto à superior consideração.
Fortaleza, 21 de fevereiro de 2001.

[Handwritten Signature]
Elmy Siqueira Saker Pontes
Procurador do Município

*De acordo com o parecer
da consideração superior.
Em 22.02.01*

[Handwritten Signature]
LIDIANA DOBRYA DO BRASIL
PROCURADORA GERAL DO MUNICÍPIO
MATRICULA Nº. 008891

2
RATIFICO O PARECER Nº 085/2001 - EST. PM e o
respectivo despacho.

ENCLAMINTEM-SE OS AUTOS A SER II.

Em 15/03/2001

[Handwritten Signature]

Luiz de A. Cabral
PROCURADOR GERAL

**Exmo. Sr. Desembargador Presidente do
Egrégio Tribunal de Justiça do estado**

**AÇÃO RESCISÓRIA
CPC ART.- 495, -INCS. IV e V**

O MUNICÍPIO DE FORTALEZA, pessoa jurídica de direito público interno, por seu procurador que a presente subscrive (art. 12, inc.II do CPC), ato de nomeação em anexo (doc. 01), advogado inscrito na OAB-CE sob nº 6.739, com endereço nesta Capital na Av. Santos Dumont, nº 5335, sala 715, onde recebe intimações, vem mui respeitosamente ante a honrosa presença de V. Exa., com fulcro no art. 485, incs. IV e V do Código de Processo Civil, propor contra **JOÃO FIRMINO DE SOUZA** e s/m **ALICE SULINA LEAL DE SOUZA**, brasileiros, casados, residentes e domiciliados nesta Capital na rua Dr. Júnior Rocha, nº 1.082 - Cidade dos Funcionários - a presente **AÇÃO RESCISÓRIA** da sentença de homologação de cálculos proferida pelo MM Juiz da 4ª Vara da Fazenda Pública nos autos da Ação de Desapropriação, Processo nº 00.02.78265-0, bem como o acórdão que a confirmou na Apelação Cível nº 96.04908-6, pelos motivos e fundamentos que passa a expor:

**I- A SENTENÇA RESCINDENDA E A VIOLAÇÃO
DE LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI.**

1. 1)- A contar da Lei nº 8.898 de 29.06.1994, que deu nova redação aos dispositivos do Código de Processo Civil que trata "DA LIQUIDAÇÃO DA SENTENÇA", desapareceu a liquidação por cálculo do contador.
- 1-2)- Consoante a nova sistemática processual: "Quando a determinação do valor da condenação depender apenas de cálculos aritméticos, o credor procedera a sua execução na forma do art. 652 e seguintes, instruindo o pedido com a memória discriminada e atualizada do cálculo".. (art. 604 do CPC).
- 1.3) - Com efeito, não há mais, pois, incidentalmente, liquidação, discussão e decisão do Juiz sobre os cálculos, conforme dispunha o art. 605 do CPC, em sua antiga redação. Assim, compete ao credor, munido da sentença condenatória, proceder de plano a sua execução na forma do art. 652 e

segs/ou art. 730 do CPC, quando contra a Fazenda Pública, instruindo o pedido com a memória discriminada e atualizada do cálculo (art. 614, Inc. 11 do CPC).

- 1.4)- Na Ação do de Desapropriação que teve curso perante o Juízo da 4ª Vara da Fazenda Pública, Processo nº 00.02.78265-0, julgada procedente por sentença (doc. 02): que declarou incorporada ao patrimônio do expropriante a área expropriada, condenando-o no pagamento de indenização no valor arbitrado pelo perito, à data da avaliação 31.08.1990, qual seja Cr\$ 10.173.274,05 (dez milhões, cento e setenta e três mil duzentos e setenta e quatro cruzeiros e cinco centavos), devidamente corrigida e acrescida de juros compensatórios de 12%, devidos a partir da imissão provisória na posse, juros moratórios de 6%, a partir do trânsito em julgado da sentença, e honorários advocatícios à razão de 5% sobre a diferença entre a oferta (depósito inicial) e o valor fixado como indenização.
- 1.5)- Após o trânsito em julgado da sentença, os Promovidos, também réus na presente ação, ingressaram em 25.03.1996, com petição nos autos, acompanhada de memoriais de cálculos (doc. 03, fls. 01/08), requerendo simplesmente: "a expedição de Ofício ao BEC - Banco do Estado do Ceará, para que informe o valor depositado para efeito de levantamento após o ente público ser intimado para proceder o devido complemento".
- 1.6)- Não obstante, pelas novas disposições do art. 604 do CPC, o devedor não mais deve ser intimado para manifestar-se sobre a conta elaborada pelo vencedor, nem deve esta ser homologada por sentença. O MM. Juiz procedeu em desconformidade com a norma processual vigente, terminando por prolatar sentença homologatória dos referidos cálculos, tudo conforme se vê (doc. 04, fls. 01 a 09).
- 1.7)- Dessa decisão interpôs Recurso de Apelação, que tomou nesse Tribunal o nº 96.04908, sendo distribuído à 3ª Câmara Cível, que negou, por unanimidade, provimento ao recurso, conforme acórdão publicado no DJ de 21.11.1997, que já transitou em julgado (doc. 05, fls. 01 a 27), e certidão fornecida pela 4ª. Vara da Fazenda Pública (doc. 06).
- 1.8)- Resta assim, clara e evidente a literal violação de disposição de lei (direito processual). Posto que, a petição dos réus não atendia aos requisitos e formalidades exigidos no procedimento de execução de sentença contra a Fazenda Pública (art. 730 c/c art. 614, Inc. II do CPC), sendo defeso ao juiz conhecer de questões não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a inici-

ativa da parte (art. 128), e além disso não mais cabia o incidente de discussão é decisão homologatória dos cálculos, ante os termos expressos do art. 604 do CPC em sua nova redação dada pela Lei nº 8.898/94.

1.9)- Nesse sentido têm predominado as decisões dos Tribunais:

"... Nos termos do art. 604 do CPC, com a redação que lhe foi dada pela Lei 8.898, de 29.06.1994, quando a determinação do valor da condenação depender apenas de cálculo aritmético, o credor procederá à sua execução na forma do art. 652 et seq., instruindo o pedido com a memória discriminada e atualizada do cálculo. Como assinala Theotonio Negrão - CPC e Legislação Processual em vigor, 27ª. ed., Saraiva, nota 1 ao art. 604, p. 460 - 'do texto decorre que o devedor não é mais intimado para dizer sobre a conta elaborada pelo vencedor, nem esta deve, ser homologada pelo juiz', ficando ressalvada ao devedor, contudo, a possibilidade de alegar excesso de execução, no prazo de embargos" (Ac. un. da 1ª. Câm. do 1º. TACivSP de 13.05.1996, no Ag. 672.938-0, rel. Juiz Elliot Akel; JTACivSP 159/40).

"... Diante da nova sistemática legal, compete agora ao credor apresentar a memória discriminada e atualizada do cálculo - CPC, art. 604 - , sem qualquer necessidade de homologação Judicial, podendo o executado, à evidência, impugnar o valor exequendo através de embargos à execução. Vale dizer, tanto na execução estabelecida pelos arts. 652 et seq. do Código quanto naquela prevista no art. 730, dever-se-a assegurar ao executado a oportunidade para a oposição de embargo, diferindo essas duas vias executivas apenas quanto à exigência, para a primeira, de segurança do Juízo da execução através da prévia constrição de bens do executado e, para a segunda, da expedição de precatório. Toda e qualquer questão envolvendo os atributos do título executivo - certeza, exigibilidade e liquidez - deverá ser suscitada e solucionada através da sede única dos embargos à execução, na medida em que não mais existe a via de

impugnação antecedente, prevista no sistema anterior" (Ac. un. da 7ª. Câm. do 2º TACivSP de 11.03.1997, na Ap 472.765-0, rel. Juiz Antônio Marcato; RT 740/743).

"Consoante a nova. redação conferida pela Lei 8.898/94 ao art. 604 do CPC, o devedor não é mais intimado para impugnar o cálculo formulado pelo credor. Qualquer inconformidade contra a memória apresentada pelo exequente deve ser manifestada mediante embargos do devedor, nos termos do art. 741, V, do CPC" (Ac. un. da 6ª Câm. do TJRS de 22.04.1997, na AP. 597044601, rel. Des. João Freire; RTJRS 183/414).

"A contar da Lei 8.898/94, desaparece no sistema positivo brasileiro, para melhor, a liquidação por cálculo do contador. Muni- do da sentença condenatória, há de o titular do direito de crédito deduzir, de pronto, ação executiva, cuidando de exibir memória discriminada e atualizada do cálculo - art. 604 do CPC - ou, o que dá no mesmo, demonstrativo do débito atualizado até a data da propositura da ação, quando se trata de execução por, quantia certa - art. 614, 11, do CPC. Não há, pois, incidentalmente, liquidação, discussão sobre o cálculo ou mesmo homologação, postergada eventual discussão sobre a memória do cálculo para eventual ação de embargo à execução. Se ignorando a nova sistemática, não só se postula a liquidação, mas, sabre isso, o Magistrado, sem oitiva da parte contrária, de pronto, homologa o cálculo, o caso é de invalidação do procedimento, que deve ser a executivo, previsto pelo art. 652 do CPC" (Ac. un. da 7ª. Câm. do TARS de 28.06.1995, na Ap. 195056783, rel. Juiz Dall'Agnol Junior; Adcoas, de 20.08.1995, n. 1000159).

"Segundo a redação atual do art. 604, do CPC, o devedor não é mais intimado para manifestar-se sobre a conta elaborada pelo vencedor, nem deve esta ser homologada pelo Juiz; ressalva-se-lhe, porém, a possibilidade de alegar excesso de execução por meio de embargos - art. 741, inc. V, do CPC" (Ac. un. da 1ª. Câm. do 2º. TACivSP de 28.05.1995, na. Ap. 436.864-00/9, rel.

Juiz Renato Satorelli; Adcoas, de 10.05.1996, n. 8149759).

"Pela sistemática atual do CPC, o devedor não é mais intimado para se manifestar sobre a conta elaborada pelo vencedor e o Juiz não deve homologá-la. Se houver excesso, a via adequada são os embargos no prazo legal da citação" (Ac. un. da 3ª. T. do TJMS de 07.06.1995, no Ag. 42.860-6, rel. Des. Hamilton Carli - cit. Alexandre de Paula, Código de Processo Civil Anotado, vol 3 pág. 2549150).

"Após o advento da Lei 8.898/94, não mais existe liquidação por cálculo do contador. Assim, inviável a sentença homologatória de liquidação, sob essa forma, cumprindo aguardar-se o novo rito" (Ac. un. da 4ª. Câm. do TJBA de 26.06.1996, na Ap. 28567-8, rel. Des. Paulo Furtado; Adcoas, de 20.11.1996, n. 8151613).

1.10)- Além da literal violação de disposição de lei (Direito Processual), da forma como foram elaborados os cálculos - e por extensão o ato que os homologou - contraria ostensivamente disposições de direito material: o art. 26, § 2º. Do Decreto-lei nº 3.365/41, que alude ao momento da avaliação como marco inicial da correção monetária; e o art. 1.544 do Código Civil, que somente admite a computação de juros compostos (capitalizados) no caso de indenização por ato ilícito. In verbis:

"Art. 26. No valor da indenização, que será contemporâneo da avaliação, não se incluirão os direitos de terceiros contra o expropriado.

§ 1º. ...

§ 2º. Decorrido prazo superior a um ano a partir da avaliação, o Juiz ou Tribunal, antes da decisão final, determinará a correção monetária do valor apurado, conforme índice que será fixado, trimestralmente, pela Secretaria de Planejamento da Presidência da República". (grifamos).

"Art. 1.544. Além dos juros ordinários, contados proporcionalmente ao valor do dano, e desde o tempo do crime, a satisfação compreende os juros compostos".

1.11)- É que, foram computados nos aludidos cálculos (doc. 03, fls. 02 a 04): correção monetária desde a data da imissão provisória de posse (fevereiro/1987) - quando o valor fixado como indenização tomou por base laudo de avaliação datado de 31.08.1990 - e juros capitalizados (juros sobre juros) tanto em relação aos compensatórios à base de 1% ao mês, contados a partir de março/1997, quanto aos moratórios de 0,50% ao mês, contados a partir do trânsito em julgado da sentença (outubro/ 1994).

II - A OFENSA A COISA JULGADA

2.1)- A sentença rescindenda acolheu e homologou cálculos do credor elaborados em desacordo com a condenação estabelecida na sentença que julgou a Ação de Desapropriação (doc. 02), vez que, o valor da indenização foi fixado com base no laudo de avaliação de 31 de agosto de 1990, acrescida de juros simples compensatórios e moratórios; e na conta (doc. 03 fls. 02 a 04) foram computados correção monetária desde a data de imissão provisória de posse, qual seja o mês de fevereiro de 1997, e juros capitalizados (juros compostos).

III - A FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA E LEGAL

3.1)- Com efeito, o MM Juiz a quo e o Tribunal ad quem, data vêniam, deixaram, de observar os termos da sentença que julgou o feito expropriatório, e não seguiram o texto expresso da lei na sua clareza cristalina, quanto ao procedimento para execução da mesma, tendo sido ofendido a coisa julgada e violada expressa disposição legal, conforme o art. - 485, incs. IV e V do Código de Processo Civil.

3.2)- A fundamentação jurídica decorre da demonstrada inobservância do novo ritual do processo de execução de sentença (arts. 604, 614, inc. II e 730, e das disposições do art. 128, todos do CPC), além das disposições do direito material (art. 26, § 2º. do Dec-lei nº 3.365/41, e 1.544 do Código Civil), no que concerne a formulação dos cálculos.

3.3)- A fundamentação legal é a do art. 485, incs. IV e V, e demais normas pertinentes à ação rescisória do CPC.

3.4)- Como assinala a jurisprudência, citada por Theotonio Negrão - in Código de Processo Civil e Legislação em Vigor, 25ª. ed. Malheiros Editores, nota 2 ao art. 469 e nota 23 b ao art. 485, págs. 338 e 353:

"Faz coisa julgada material a sentença que julgar a liquidação por artigos" (SIMP-concl. LXX, em RT 482/273). "Mais amplamente: sentença homologatória de liquidação, por cálculo do contador, por artigos ou por arbitramento, faz coisa julgada e só pode ser desconstituída mediante rescisória (RTJ 101/665, 114/788, RT 619/139, bem fundamentado, RJTJESP 51/250, 75/234, 75/235, 89/254, JTA 73/113, 87/443, 98/252, Bol. AASP 1.374/95)".

"As normas de natureza processual também se sujeitam à regra do inc. V do art. 485, CPC" (STJ - 4ª. Turma, REsp 11.290-0-AM, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 4.5.93, não conheceram, v. u. DJU 7.6.93, p. 11.261, 1ª. col. em) (caso de vício de citação)".

"A violação de literal disposição de lei pode decorrer tanto de 'erro in judicando' como de 'erro in procedendo' (RTFR 164/11; tratava-se de um caso em que o julgamento na ação principal fora feito com violação do art. 522 § 1º. do CPC; o TFR julgou procedente a rescisória)".

IV - O PEDIDO:

4.1)- A desconstituição da sentença de homologação dos cálculos do Juízo da 4ª. Vara da Fazenda Pública e, em consequência, o acórdão que a confirmou unanimemente (docs. 04 e 05)..

V - A PROVA:

5. 1)- A prova da ofensa à coisa julgada e da violação a literal disposição de lei (CPC art. 485, incs. IV e V), tanto em relação ao direito processual, quanto ao direito material, encontra-se comprovada pelos documentos que seguem acostados (docs. 02, 03, 04, 05 e 06), sendo, portanto, dispensável qualquer outra prova.

VI - A CITAÇÃO E DEMAIS REQUERIMENTOS:

À vista do exposto, ressaltando-se a isenção das custas processuais pela Fazenda Pública, REQUER:

- 6.1)- A citação dos réus no endereço indicado acima, ou onde forem encontrados, para responderem, querendo, aos termos da presente AÇÃO RESCISÓRIA, oferecendo a resposta no prazo fixado por V. Exa. (CPC art. 491), tendo curso o procedimento conforme os arts. 485 a 495 e demais normas dos artigos 323 a 331 do diploma processual civil e mais no que dispuser o Código de Organização Judiciária e o Regimento Interno desse Egrégio Tribunal.
- 6.2)- A audiência do Ministério Público para funcionar como custos legis, em obediência ao disposto no art. 82, inc. III do CPC.
- 6.3)- A dispensa do depósito prévio previsto no art. 488 inc. 11, por força do disposto no Parágrafo Único do mesmo dispositivo processual.

VII - O VALOR DA CAUSA:

- 7.1)- Atribui à causa o valor de R\$ 514.551,67 (quinhentos e quatorze mil, quinhentos e cinquenta e um reais, sessenta e sete centavos) valor dos cálculos objeto do acórdão rescindendo (doc. 03, fls. 02/04).

Enfim, distribuída esta inicial de Ação Rescisória, sorteado o relator, proferido por este o despacho de recebimento da ação, que tenha curso o procedimento conforme as disposições legais já mencionadas, para desconstituir a sentença de homologação dos cálculos proferida na Ação de Desapropriação que teve curso na 4ª. Vara da Fazenda Pública (Processo nº 00.02.78265-0) e, em consequência, também o aresto que a confirmou.

Termos em que

Pede e Espeta Deferimento.

Fortaleza, 27 de julho de 1998

Francisco Edonizete Tavares

Procurador do Município

EXMO. SR. DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ Ação Direta de Inconstitucionalidade, com Pedido de Liminar

O Prefeito Municipal de Fortaleza, com fundamento nos arts. 125, § 2º da Constituição Federal; 108, f e 127, V da Constituição do Estado do Ceará; e 111, V do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, vem, com o respeito e acatamento sempre costumeiros, a V. Exa. para propor a presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de liminar, nos termos que adiante se seguem, para declaração, por parte desta Colenda Corte, da inconstitucionalidade in totum e em face do art. da Constituição Estadual, da Lei Municipal nº. 8.441, de 25 de abril de 2000, promulgada pelo Poder Legislativo Municipal e feito publicar no Diário Oficial do Município a 25 de abril de 2000.

I. Da Competência e Legitimidade Ativa

1. Inequivoco é o entendimento sobre a competência para julgamento do controle da constitucionalidade em abstrato de leis e atos normativos municipais: tal controle se acha no âmbito da responsabilidade do Tribunal de Justiça da Unidade da Federação respectiva.

Na verdade, ao assim determinarem tanto Constituição Federal, quanto o entendimento do Supremo Tribunal Federal, se constata a divisão de responsabilidades no tocante à guarda da constitucionalidade de distintos órgãos do Poder Judiciário. Racionalmente, não haveria, então, como deixar a última instância do Poder Judiciário das Unidades da Federação sem participação no controle de constitucionalidade.

2. Por se tratar o controle direto da constitucionalidade de instante excepcional na articulação dos Poderes do Estado é natural que tal atividade seja cercada de maiores cuidados. Exatamente pelo fato de que o controle visa, antes de mais nada, garantir a conservação da Constituição e "a observância das regras e princípios que nela se contém. (...) Nesse contexto

se situa o controle da constitucionalidade, sendo esse o seu "telos" fundamental" (Diniz, Márcio A. Vasconcelos: Controle de Constitucionalidade e Teoria da Recepção, Malheiros, SP, 1995, p. 25).

3. Este objetivo fundamental implica na eventual retirada do ordenamento jurídico de norma elaborada pelo Poder Legislativo. O Poder Legislativo é, segundo a moderna concepção de teoria da democracia, o Poder encarregado de definir o rumo do Estado. E o Estado Brasileiro se constitui sob a forma de um Estado Democrático de Direito, assim definido pela Constituição Federal, quando de seu art. 1º.

Muito mais que ato meramente interpretativo da dogmática jurídica e de simples aplicação do Direito - talvez resida aqui a justificativa da impossibilidade de se aplicar princípios hermenêuticos de direito privado à interpretação constitucional -, é o controle da constitucionalidade uma atividade eminentemente política. Não por acaso é que cortes exclusivamente constitucionais, segundo o modelo implantado na Europa após a Segunda Guerra, possuem composição que traduzem a tensão do Poder Legislativo, ou seja, seus membros são indicados pelos partidos, com mandato temporário, como o caso do Bundesverfassungsgericht da Alemanha, da Corte Costituzionale italiana e do Tribunal Constitucional espanhol.

4. A cautela quando do delineamento que o controle da constitucionalidade das leis e atos normativos recebe envolve a legitimidade ativa.

Evidente que, por se tratar de possibilidade de revisão da presunção de constitucionalidade de norma produzida pelo Poder Legislativo, o constituinte é mais atento e elenca apenas algumas pessoas que podem arguir tal inconstitucionalidade abstratamente. A limitação deste número de pessoas não significa a redução desta vigilância por parte da sociedade.

Na medida em que se constata que entidades representativas estão legitimadas para agir em favor da garantia da Constituição, o que se tem, mais uma vez, é a diluição da responsabilidade pela guarda da Constituição. Em outras palavras: numa perspectiva de democracia, toda a sociedade

de - por meio de todas as suas instituições - é responsável pelo apreço e sucesso desta democracia, consubstanciada num texto constitucionalmente democrático.

5. Uma das pessoas autorizadas a intervir para a guarda da constitucionalidade das leis é o Chefe do Executivo. Obedecendo à simetria constitucional, se tem que o Chefe do Executivo Federal tanto pode arguir diretamente a constitucionalidade, assim como também o podem os Chefes dos Executivos Estadual e Municipal.

No caso em exame, e devidamente autorizado pela Constituição Federal - art. 125, § 2º e pela Constituição Estadual - art. 127, V -, vem o Chefe do Poder Executivo Municipal de Fortaleza, em defesa da Constituição Estadual e da Lei Orgânica do Município de Fortaleza - o que significa a defesa do Estado Democrático de Direito traçado pela Constituição Federal e pela Estadual - requerer declaração de inconstitucionalidade de Lei Municipal nº 8.441, de 25 de abril de 2000.

II. Da Inconstitucionalidade Formal

6. Os motivos da arguição de inconstitucionalidade que aqui se requer são de ordem formal. Neste sentido, um breve relato histórico se faz necessário.

a) a 28 de dezembro de 1998 o Chefe do Executivo Municipal de Fortaleza sancionou o projeto de lei de sua iniciativa sobre propaganda e publicidade no Município de Fortaleza, o qual versa, ainda, sobre limitações urbanísticas e taxas a serem pagas por agências de publicidade, enviando referida sanção ao Presidente da Câmara Municipal, (doc. 01); devidamente sancionado, o projeto foi publicado no Diário Oficial do Município a 28 de dezembro de 1998, recebendo a numeração de Lei Municipal nº 8221, de 28 de dezembro de 1998 (doc. 02);

b) por iniciativa do Poder Legislativo Municipal, através de Exmo. Sr. Vereador Átila Bezerra, foi discutido e apro-

vado projeto de lei que “altera a redação de artigos da Lei Municipal nº 8.221, de 28 de dezembro de 1998”, tendo sido referido projeto de lei, tempestivamente, vetado pelo Chefe do Poder Executivo, aqui Requerente (doc. 03. Razões do veto constituem o doc. 04);

c) a apreciação do veto do Chefe do Poder Executivo se deu em sessão da Câmara Municipal, quando de sua 15ª sessão ordinária do 1º período legislativo do ano 2000, sob a presidência do Exmo. Sr. Vereador José Maria Couto. Como se observa, o veto integral do Chefe do Executivo não foi mantido (doc. 05);

d) assim, o Exmo. Sr. Presidente da Câmara Municipal, fez publicar o referido projeto, agora sob a numeração de Lei nº 8.441, de 25 de abril de 2000, apesar das ponderações do Chefe do Executivo a respeito da constitucionalidade do referido projeto (docs. 06 e 07).

É o resumo histórico dos fatos.

7. A Lei nº 8441/00 possui insanáveis vícios formais que comprometem a sua validade. Isto foi bem demonstrado nas razões do veto do Prefeito Municipal de Fortaleza.

8. O primeiro deles diz respeito à iniciativa. Constata-se que a Lei nº 8221/98 - originalmente apresentada pelo Prefeito Municipal de Fortaleza - versa sobre organização administrativa, matéria tributária, estruturação e atribuição de secretarias e órgãos da Administração Pública Municipal. A competência para a iniciativa do processo legislativo em se tratando de tais matérias é do Chefe do Poder Executivo Municipal, como determina o art. 40, § 1º I, II e IV da Lei Orgânica do Município de Fortaleza e art. 60, II, § 2º, b da Constituição Estadual, todos por simetria constitucional com o art. 61, § 1º, II, a, b, da Constituição Federal, os quais se transcrevem:

a) Lei Orgânica do Município de Fortaleza:

“Art. 40 - A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe

a qualquer Vereador, ao Prefeito e aos cidadãos.

§ 1º - São da iniciativa privativa do Prefeito as leis que dispõem sobre:

I - omissis;

II - organização administrativa, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos;”

b) Constituição do Estado do Ceará:

“Art. 60 - Cabe a iniciativa de leis:

I - omissis;

II - ao Governador do Estado;

§ 1º - omissis;

§ 2º - São de iniciativa privativa do Governador do Estado as leis que disponham sobre:

a) omissis;

b) organização administrativa, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e de pessoal, da administração direta, autárquica e fundacional;”

c) Constituição Federal:

“Art. 61 - A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 1º - São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que :

I - omissis;

II - disponham sobre:

- a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;
- b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e de pessoal da administração dos Territórios." Grifou-se.

9. Para que seja por vez esclarecida a inconstitucionalidade da Lei nº 8441/00, proceder-se-á à enumeração de seus dispositivos em cotejo com os da Lei nº 8221/98, e da relação daqueles com inconstitucionalidade formal aqui atribuída.

- a) o art. 1º da Lei nº 8441/00 altera a redação do art. 5º da Lei nº 8221/98. Este último dispõe sobre a definição dos engenhos de publicidade. É, pois, a partir de tal determinação que serão fixadas as taxas, as quais se relacionam com as dimensões dos engenhos. Portanto, a alteração realizada por iniciativa de Vereador alcança matéria tributária, a qual se constitui em área de competência privativa, para iniciativa de processo legislativo, do Prefeito Municipal;
- b) os art. 2º e 3º da Lei nº 8441/00 alteraram os arts. 9º e 10 da lei nº 8221/98. Estes últimos dispositivos tratam da colocação dos engenhos publicitários em determinados lugares públicos - os cruzamentos viários, passeios etc., a partir de determinada dimensão e observação destas dimensões. Ainda que não se enfrente a oportunidade das alterações promovidas pela Lei nº 8441/00, não há como deixar de citar que, a uma simples leitura do alterado art. 9º da Lei nº 8221/98, por exemplo, se efetivou uma dilatação dos limites urbanísticos em favor dos responsáveis pela publicidade com possível prejuízo do fluir do trânsito. Neste ponto não reside especificamente a inconstitucionalidade. Como se disse os arts. 9º e 10 alterados pela Lei nº 8441/00 tratam da colocação de engenhos em locais públicos. Novamente, tal competência é do Chefe do poder Executivo, por força do art. 76, I, XXVI, XXVIII, XXXIV da Lei Orgânica do Município de Fortaleza, o que torna a nova redação que foi a dada aos dispositivos citados, inválida, por que inconstitucional. A competência constitucional do Chefe do Poder Executivo não pode ser usurpada;
- c) os arts. 4º, 5º, 6º da Lei nº 8441/00 alteram os arts. 11, 12 e 13 da Lei nº 8221/98. Os dispositivos alterados tratam igualmente de instalação de

engenho de publicidade na via pública, de instalação de engenhos de publicidade em área contígua de rodovias, bem como de instalações de painéis. Novamente, percebe-se que o Representante do Poder Legislativo, num primeiro instante, e o próprio Poder Legislativo Municipal, num momento posterior, extrapolaram sua competência, legislando autonomamente sobre uma competência material do Chefe do Poder Executivo Municipal. Aqui se tem o mesmo do item anterior: o dispositivo da Lei Orgânica invocado para aferir competência privativa na execução de determinadas tarefas é o art. 71 com seus incisos I, XXVI, XXVIII e XXXIV. Estas competências são materiais, de execução. Portanto, se acham fora da competência do Poder Legislativo, Este possui competências legislativas, as quais podem ser privativas e exclusivas. Suas competências materiais (de execução, como também se diz) se limitam à sua administração e funcionamento. Nada mais. Este entendimento é igualmente resultado da simetria constitucional. A Constituição Federal explicita no art. 21 a competência material da União Federal. A execução do elenco de matérias ali constante é indelegável e exclusiva. Igualmente material é a competência do art. 24, comum a União, Estados-Membros e Municípios.

- d) As competências da Constituição Estadual elencadas do item anterior nada possuem de legislativas. Assim é a competência do art. 71 da Lei Orgânica: material e não legislativa, o que impede a Câmara Municipal de exercer a iniciativa de processo legislativo;
- e) o art. 7º da Lei nº 8441/00 altera o art. 32 da Lei nº 8221/98, que versa sobre instrução de pedido de licença junto ao órgão público competente pela autorização de publicidade. Constata-se que novamente foi invadida a competência material do Chefe do Poder Executivo Municipal em função de ser esta matéria de organização administrativa. Neste sentido, a competência para iniciar o processo legislativo é do Prefeito Municipal, de acordo com o art. 40, II da Lei Orgânica do Município;
- f) o art. 8º da Lei nº 8441/00 altera o art. 46 da Lei nº 8221/98. O caput do art. 46 alterado já denuncia o seu teor: "estão isentos do pagamento da TFA [Taxa de Fiscalização de Anúncios]". A partir daí, elenca o citado artigo os casos de isenção. Elementar que a iniciativa de lei que concede isenção é atribuição exclusiva do Chefe do Poder Executivo, conforme o art. 61, § 1º, II, a, b, e, da Constituição Federal, os quais foram - por imposição do comando do art. 29 da mesma Constituição Federal - em obediência à simetria constitucional recepcionados pelo art. 40, § 1º, II e

IV da Lei Orgânica do Município de Fortaleza;

g) os arts. 9º e 10 da Lei nº 8441/00 alteram as disposições do arts. 53 e 58 da Lei nº 8221/98. As disposições alteradas redefinem valores de multa (art. 53, alterado pelo art. 9º), bem como a solidariedade, perante o Município de Fortaleza dos responsáveis pelo engenho de publicidade (art. 58, alterado pelo art. 10). Novamente, constata-se tratar de matéria de organização administrativa, cuja iniciativa do processo legislativo não acode à Câmara Municipal de Fortaleza.

10. O respeito à formalidade do processo legislativo se constitui em motivo de inconstitucionalidade não por acaso. Tem-se que processos de decisão - sejam eles judiciais ou não, mas todos contendo em diferentes gradações aspectos políticos - nas democracias modernas é que são os caracterizadores do Estado Democrático de Direito, princípio sobre o qual se constitui a República Federativa do Brasil, e, conseqüentemente, o Estado do Ceará e o Município de Fortaleza. Quanto mais democráticos forem os processos, mais consolidada se acha a democracia numa sociedade. Quanto menos democratizado, mais centralizado, maior será o déficit democrático de uma sociedade.

Este embate pela democratização dos processos consiste mesmo na disputa que travam desde o Iluminismo democratas e conservadores. O Liberalismo conseguiu absorver exigências de democratização, como divisão do governo com o Poder Legislativo, maior intervenção do Estado na economia etc. Este mesmo Liberalismo, porém, resiste tenazmente à incorporação efetiva, por exemplo, da definição de diretrizes políticas impositivas pelos instrumentos do que hoje se denomina de "democracia direta" (instrumentos tais quais plebiscito, referendo, iniciativa popular, recall etc.), insistindo que a democracia representativa sozinha tudo legitima. Como é claro, a decisão sobre a implantação de uma diretriz política que tenha se sujeitado à apreciação da sociedade por meio dos instrumentos de democracia direta possui uma inegável qualidade que não se compara àquela que foi produto apenas dos representantes, embora não se deva descredenciar esta última.

11. Tal encadeamento de idéias é apenas confirmador da importância do processo, o qual tem que ser, em nome da defesa do Estado Democrático de Direito, mantido. Exatamente isto é o que se almeja neste pedido de declaração de inconstitucionalidade.

12. Tanto é assim que autores diversos já discorreram fartamente sobre a necessidade de se observar o processo legislativo, não apenas por capricho, mas como um pressuposto de validade das normas.

13. Neste sentido, assim se manifesta Raul Machado Horta:

"Kelsen, que destacou as dificuldades e embaraços existentes no reconhecimento dos princípios da constitucionalidade, pois o problema da regularidade da legislação, isto é da criação do direito, suscita aspectos ignorados na simples regularidade da execução, que o da conformidade à lei, ofereceu com a Sufentheorie, a fundamentação doutrinária mais rigorosa para situar o controle da constitucionalidade das leis. Para Kelsen, a ordem jurídica não é: "um sistema de normas de Direito coordenadas, colocadas ao lado umas das outras, por assim dizer, mas uma série escalonada de diferentes zonas normativas, que, em esquema, podemos apresentar da forma seguinte: o grau supremo de uma ordem jurídica estatal é formado pela Constituição, cuja função consiste em determinar os órgãos e o processo de criação das normas jurídicas gerais, criadas pelo processo legislativo, cuja função consiste não só em determinar os órgãos e o processo, mas também, em essência, o conteúdo das normas individuais, criadas ordinariamente pelos tribunais e autoridades administrativas" (...) A elevação das normas do processo legislativo ao plano da Constituição confere a essas a rigidez e a supremacia da norma constitucional (...) Os atos legislativos se aperfeiçoam no percurso de procedimento complexo, desdobrado em várias faces - iniciativa, preparatória, deliberativa, controle e comunicação -, que a Constituição unifica no processo legislativo" (Estudos de Direito Constitucional, Del Rey, Belo Horizonte, 1995, pp146/147 e 546/547). Sublinhou-se.

Como se observa, a obediência ao processo legislativo consiste mesmo num dos pontos sustentadores da validade constitucional das normas. Claro fica que a iniciativa do processo é um dos momentos a construir esta validade e que foi, no caso, o da Lei nº 8441/00.14. Alexandre de Moraes também lembra que:

“Como garantia de respeito a este princípio básico [ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa se não em virtude de lei] em um Estado Democrático de Direito, a própria Constituição prevê regras básicas na feitura das espécies normativas. Assim, o processo legislativo é verdadeiro corolário do princípio da legalidade, como analisado no capítulo sobre direitos fundamentais, que deve ser entendido como, ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de espécie normativa devidamente elaborada de acordo com as regras do processo legislativo constitucional (art. 59 a 69, da Constituição Federal). Assim sendo, a inobservância das normas constitucionais de processo legislativo tem como consequência a inconstitucionalidade formal da lei ou do ato normativo produzido, possibilitando pleno controle repressivo de constitucionalidade por parte do Poder Judiciário, tanto pelo método difuso quanto pelo método concentrado” (Direito Constitucional, 7ª edição, Atlas, São Paulo, 2000, pp. 555/556).

15. Regina Neri Ferrati destaca que

“Desta forma, enquanto as leis consideradas constitucionais só perdem sua validade quando surgir uma lei que as revogue, as inconstitucionais só a perderão por um processo especial de invalidação previsto na própria Constituição. A inconstitucionalidade pode advir da não observância do processo previsto para a elaboração normativa, ou seja, da não observância da forma prescrita pela Constituição para a elaboração, caso em que estaríamos frente a uma inconstitucionalidade formal” (Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade, 4ª edição, Revista do Tribunais, São Paulo, 1999, p. 58).

16. Por fim, resta oportuno que se traga jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito do problema específico da inconstitucionalidade formal, quando por inobservância de matéria que se localiza no âmbito da iniciativa privativa do Chefe do Executivo.

Já se discorreu aqui sobre a simetria constitucional que teve sua recepção materializada pela Lei Orgânica do Município em virtude, como não poderia deixar de ser, de determinação do art. 29 da Constituição Federal.

Na qualidade de componente desta simetria, surgem as imposições que devem ser transcritas necessariamente do texto da Constituição Federal para os textos das Constituições Estaduais e, conseqüentemente, para os das Leis Orgânicas municipais.

17. No que envolve a iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo, assinala Luís Roberto Barroso:

“O STF acolheu, em medida cautelar (ADIn 290), a tese de que o princípio da iniciativa reservada impede que o legislador estadual, mesmo no exercício do poder constituinte decorrente, dê origem a processo legislativo para disciplinar matéria cuja iniciativa situa-se, em face da CF, no âmbito da competência do chefe do Poder Executivo (STF, RDA, 188/139). “As regras básicas do processo legislativo federal - incluídas as de reserva de iniciativa - são de absorção compulsória pelos Estados, na medida em que substantivam prisma relevante do princípio sensível da separação e independência dos poderes; o princípio - que diz com as relações entre os poderes constituídos -, não obstante, é oponível à validade de normas constitucionais locais que, ao invés de disciplinar questões atinentes às bases do regime jurídico do pessoal do Estado, ocupa-se de temas pontuais de interesse de setores específicos do funcionalismo e cuja inserção, na Constituição local, representa fraude inequívoca à reserva de iniciativa do Governador para a legislação ordinária sobre a matéria” (STF, RTJ, 159/736). A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal inclinou-se no sentido da observância compulsória pelos Estados-membros das regras básicas do processo legislativo federal, como, por exemplo, daquelas que dizem respeito à iniciativa reservada (CF, art. 61, § 1º) e aos limites do poder de emenda parlamentar (CF, art. 63) (STF, RDA 199/173 e 191/194)” (Constituição da República Federativa do Brasil Anotada, Saraiva, São Paulo, 1998, pp. 177/178).

18. A promulgação da Lei nº 8441/200, muito além do que a constatação de uma inconstitucionalidade formal, em virtude da violação à reserva de iniciativa do Chefe do Poder Executivo do processo legislativo, é atentatória em si à Constituição Federal. Observe-se que o art. 40, § 1º, II e IV da Lei Orgânica do Município de Fortaleza repete o art. 61, § 1º, II, a, b, e, da Constituição Federal.

A recepção das normas pela Lei Orgânica do Município de Fortaleza se dá, como se viu por força de imposição constitucional. Se ao Estado-Membro é obrigatória a inclusão das normas atinentes ao processo legislativo e se o Município organizar-se-á segundo os parâmetros das Constituições Federal e Estadual respectiva, outra não poderá ser a conclusão senão a de que a recepção operada pela Lei Orgânica do Município de Fortaleza era absolutamente impositiva, não podendo dela, normas, a Lei Orgânica de afastar.

Neste sentido, a inobservância ao processo legislativo no âmbito do Poder Legislativo Municipal de Fortaleza atinge também tanto a Constituição Federal quanto a Estadual. Inobservância que deve ser de pronto corrigida pelo Poder Judiciário.

III. Do Pedido

Diante do que exposto foi, requer o Prefeito Municipal de Fortaleza:

- a) a distribuição com urgência da presente ação direta de inconstitucionalidade a um dos eminentes Desembargadores. Membros deste Tribunal de Justiça;
- b) o deferimento de medida liminar, para que seja suspensa, de imediato, a vigência da Lei Municipal nº 8441, de 25 de abril de 2000, em todo o seu teor, sendo devidamente comunicado da decisão o Exmo. Sr. Presidente da Câmara Municipal de Fortaleza para, se assim o desejar, manifestar-se sobre a decisão desta Corte de Justiça;
- c) uma vez deferida a liminar, seja intimado o Procurador Geral do Estado, nos termos do art. 127, § 1º da Constituição do Estado do Ceará;
- d) declare procedente o pedido de declaração definitiva de inconstitucionalidade da Lei nº 8441, de 25 de abril de 2000, confirmando a liminar, na forma do art. 128 da Constituição do Estado e do art. 34, I do Código de Divisão e Organização Judiciária do Estado do Ceará.

E. Deferimento.

Fortaleza, 17 de maio de 2001.

JURACI VIEIRA DE MAGALHÃES

Prefeito Municipal de Fortaleza

Assistido por:

Rômulo Guilherme Leitão

OAB-Ce. 9350

Procurador Geral do Município.

Martônio Mont'Alverne Barreto Lima

OAB-Ce. 6840

Procurador do Município.

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2001.03503-5

Relator: Desembargador José Cláudio Nogueira Carneiro

O Exmo. Sr. Des. Relator concedeu a liminar requestada (DJ do Estado do Ceará nº 154, de 15.08.2001, p. 6, Sessão Ordinária do Tribunal Pleno de 21.06.2001).