

REVISTA JURÍDICA “9 DE JULHO”

“Publicação comemorativa do
70º aniversário da Revolução
Constitucionalista de 1932”

PROCURADORIA DA
ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA
SÃO PAULO, JULHO DE 2002

REVISTA JURÍDICA “9 DE JULHO”

(Publicação comemorativa do 70º Aniversário da Revolução Constitucionalista de 1932)

Título de responsabilidade da:

Procuradoria da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo
(Palácio "9 de Julho" – Av. Pedro Álvares Cabral, 201 – Bairro do Ibirapuera – São Paulo – SP
– CEP 04097-900 – Fone: 3886-6800 - Fax: 3884-2383)

EXPEDIENTE

CONSELHO EDITORIAL:

Alexandre Issa Kimura
Carlos Roberto de Alckmin Dutra
Juliano Henrique da Cruz Cereijido

COORDENAÇÃO:

Juliano Henrique da Cruz Cereijido

REVISÃO:

Irene Kojo Alcaro

AGRADECIMENTOS:

José Pólíce Neto
Diretoria da Imprensa Oficial do Estado de São Paulo

CAPA:

Robson Minghini

FOTOLITOS E IMPRESSÃO:

Imprensa Oficial do Estado

**ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA
DO ESTADO DE SÃO PAULO**

MESA

Walter Feldman
PRESIDENTE

Hamilton Pereira
1º SECRETÁRIO

Dorival Braga
2º SECRETÁRIO

Celino Cardoso
1º VICE-PRESIDENTE

Roberto Morais
3º SECRETÁRIO

Edmir Chedid
2º VICE-PRESIDENTE

Gilberto Nascimento
4º SECRETÁRIO

PROCURADORIA

Carlos Roberto de Alckmin Dutra
PROCURADOR-CHEFE

Alexandre Issa Kimura
CORREGEDOR

Diana Coelho Barbosa
COORDENADORA DA ÁREA
CONTENCIOSO GERAL

Maria Eliza Visenta Olmos Serrador
COORDENADORA DA ÁREA DE CONSULT.
DO ADMINIST. DE LICIT. E CONTRATOS

Juliano Henrique da Cruz Cereijido
COORDENADOR DA ÁREA DE ADMINIS
E SERVIÇOS GERAIS

Rosa Maria dos Santos Nacarini
COORDENADORA DA ÁREA DE CONSULT.
ADMINIST. DE PESSOAL E DE ASS.
INTERNOS

PROCURADORES

Alexsandra Katia
Ana Lúcia Ferreira de Carvalho
Dallaverde
Antônio Silvio Magalhães Júnior
Iris Kammer
Jorge Luiz Galli
José Roberto Caglia
Marco Antônio Hatem Beneton

Marcelo de Carvalho
Maria de Fátima Bassoi
Maurílio Maldonado
René Luiz Moda
Tatiana Maria Ometto Casale
Yuri Carajelescov

Sumário

PREFÁCIO Walter Feldman, Hamilton Pereira e Dorival Braga	5
INTRODUÇÃO - PROCURADORIA Maurílio Maldonado	6
A DEMOCRACIA ANTIGA NÃO RECONHECE DIREITOS HUMANOS. A MODERNA NÃO PODE ABRIR MÃO DELES Juliano Henrique da Cruz Cereijido	8
ALGUMAS PALAVRAS ACERCA DAS PROPOSTAS DE ADOÇÃO DA PENA DE MORTE, DA PRISÃO PERPÉTUA E DA REDUÇÃO DA IMPUTABILIDADE PENAL PARA 14 ANOS DE IDADE Yuri Carajelescov	37
ASPECTOS DOS DIREITOS POLÍTICOS Alexandre Issa Kimura	43
BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO CONTROLE DO PROCESSO LEGISLATIVO Rosa Maria dos Santos Nacarini	65
COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO: SUA COMPETÊNCIA INVESTIGATÓRIA: ABRANGÊNCIA E LIMITAÇÕES DAS CPI'S ESTADUAIS Carlos Roberto de Alckmin Dutra	74
DA REALIZAÇÃO DE PERMUTA DE BENS MÓVEIS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ESTADUAL Maria Eliza Visenta Olmos Serrador e Tatiana Maria Ometto Casale	90
INCOMPATIBILIDADES PARLAMENTARES Alexsandra Katia Dallaverde e Iris Kammer	102
O DECRETO REGULAMENTAR COMO ATIVIDADE LEGISLATIVA DO PODER EXECUTIVO Marcelo de Carvalho	117
O DIREITO DE SUPERFÍCIE NO NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO Diana Coelho Barbosa	129
O IDEAL DA REVOLUÇÃO PAULISTA DE 1932 NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 - O ESTADO DEMOCRÁTICO E DE DIREITO E A MORALIDADE ADMINISTRATIVA José Roberto Caglia	144
UM NOVO ESTADO? PRIVATIZAÇÃO DO ESTADO VERSUS PUBLICIZAÇÃO DO SETOR PRIVADO Juliano Henrique da Cruz Cereijido	153

PREFÁCIO

É com grande satisfação que apresentamos e lançamos, como parte das comemorações ao septuagésimo aniversário da Revolução Constitucionalista de 1932, episódio marcante da resistência heróica dos brasileiros desse Estado à intolerância e ao autoritarismo, a mais nova publicação do cenário jurídico nacional.

Nascida sob o símbolo emblemático do 9 de Julho, foi idealizada para ser o palco dos debates de temas jurídicos contemporâneos, ligados ou não à atividade do Legislativo, exteriorização de uma das várias facetas que integram o contínuo esforço deste Poder em ampliar e fortalecer os canais de comunicação com a sociedade, representada por seus mais diferentes segmentos.

Parabenizamos, por fim, a Procuradoria desta Casa, que no quinto aniversário de sua criação, encarregou-se e desincumbiu-se tão bem da tarefa de dar vida e substância a esta revista, que esperamos, venha a prestar valiosa contribuição à cultura jurídica do país, pautada no pluralismo de idéias e na tolerância às diferenças, dentro do espírito democrático que sempre caracterizou este Parlamento, erigido como panteão permanente e memória daqueles que tombaram na defesa do Estado de Direito.

**WALTER FELDMAN
HAMILTON PEREIRA
DORIVAL BRAGA**

INTRODUÇÃO - PROCURADORIA

Maurílio Maldonado (*)

É com imenso júbilo que trazemos a público, e em especial ao conjunto das senhoras Deputadas e senhores Deputados desta Casa, dignas e dignos representantes das brasileiras e brasileiros que vivem neste Estado de São Paulo, destinatários de nossos esforços, enquanto agentes da atividade-meio que busca auxiliar os membros da Assembléia Legislativa no trabalho desenvolvido em prol da sociedade paulista, esta revista.

A publicação, comemorativa do septuagésimo aniversário da Revolução Constitucionalista de 1932, acaba por brindar também os cinco anos de existência da Procuradoria da Assembléia Legislativa, instalada no mês de fevereiro de 1997, providos os seus cargos através de concurso público de provas e títulos.

Da representação judicial deste Poder destacamos as informações prestadas e o acompanhamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade, propostas em face das soberanas decisões políticas do povo de São Paulo. Essas ações podem ser acompanhadas pela internet no site da Assembléia (www.al.sp.gov.br), num banco de dados atualizado praticamente on line pela Procuradoria.

Foi do contencioso da Procuradoria, bem como do resultado da experiência acumulada no assessoramento das Comissões Parlamentares de Inquérito – CPIs, o primeiro caso no Brasil, que se tem notícia, onde uma CPI estadual obteve o reconhecimento da prerrogativa de diretamente, sem a mediação do Judiciário, determinar a quebra de sigilo bancário junto ao Banco Central (Mandado de Segurança, 4ª Vara da Justiça Federal em Brasília, feito nº 2000.34.00.007945-7).

Já o assessoramento jurídico e a consultoria técnico-jurídica, nossa advocacia preventiva, envolvendo a elaboração e exame de minutas de contrato, convênios e instrumentos de igual natureza, emissão de pareceres em procedimentos administrativos, inclusive licitatórios e, ainda, estudos jurídicos, quando solicitados pela Mesa, pela Secretaria Geral Parlamentar e pela Secretaria Geral de Administração, registrou a marca de mais de dois mil e quinhentos pareceres em cinco anos, período esse em que este Poder não teve nenhuma de suas contas rejeitadas pelo Tribunal de Contas do Estado.

O processo legislativo registra ainda o assessoramento de onze das doze últimas CPIs desta Casa, auxiliando, através da consultoria jurídica, os senhores deputados, no sentido de se evitar vícios formais que possam comprometer o andamento dos seus trabalhos e, garantindo em juízo o

cumprimento de suas deliberações, sendo exemplo a cassação de liminares obtidas para evitar depoimentos ou a oitiva de testemunhas. Destacamos como resultados deste assessoramento a publicação do primeiro Caderno de Estudos da Procuradoria sobre o tema.

Este órgão participou, em parceria com a Secretaria Geral Parlamentar, da elaboração da Constituição Estadual Anotada, em comemoração aos 10 anos de sua promulgação; da organização do "I Seminário de Direito Eleitoral", em conjunto com o Departamento de Recursos Humanos, onde conseguiu, sem quaisquer ônus aos cofres públicos e esgotando a capacidade do Auditório Teotônio Vilela, proporcionar ao conjunto dos Senhores Deputados e Lideranças desta Casa e suas respectivas assessorias, importantes esclarecimentos acerca da novel legislação eleitoral, prestados por alguns dos maiores especialistas do País no assunto. Ainda, em auxílio à política de Recursos Humanos e de Qualidade desta Casa, ministrou para os funcionários recém ingressos, sem quaisquer custos, treinamento em Direito Administrativo, com ênfase nas legislações de licitações e contratos administrativos e de pessoal.

A contribuição da Procuradoria também alcança a gestão dos recursos humanos da Casa, visto que, por força do Estatuto dos Funcionários Públicos, a Presidência da Comissão Processante Permanente é de responsabilidade de um(a) Procurador(a).

Para concluir, em sua busca constante do aprimoramento dos serviços prestados, a Procuradoria foi inserida com êxito no sistema de qualidade da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo, tornando-se, assim, à esteira do que ocorreu com esta, em seu ramo de atividade, a primeira procuradoria jurídica pública com certificação ISO 9002 que, por sinal, abrange integralmente as suas atividades.

Por último, cumprimento e agradeço à brilhante equipe de procuradoras e procuradores deste órgão, de cuja amostra da competência os leitores e leitoras poderão certificar-se através desta revista.

(*) O autor ocupou o cargo de Procurador-Chefe de março de 1997 a março de 2002, presidindo atualmente o recém criado Instituto do Legislativo Paulista.

A DEMOCRACIA ANTIGA NÃO RECONHECE DIREITOS HUMANOS. A MODERNA NÃO PODE ABRIR MÃO DELES (*)

Juliano Henrique Da Cruz Cereijido

1. Introdução. 2. A cultura jônica e sua influência no espírito dos cidadãos: a gênese democrática. 3. A democracia na visão dos filósofos: o embate entre o realismo filosófico e o sofismo. 4. Roma antiga. 5. A idade das trevas e as luzes fugazes. 6. Os pensadores jusnaturalistas: o ser humano enquanto indivíduo. 7. O iluminismo: razão e revolução. 8. As revoluções francesa e americana e sua influência na ruptura do sistema de privilégios. 9. O advento do moderno Estado democrático e a proteção dos direitos fundamentais. 10. Democracia e direitos humanos: possibilidades de conflito e critérios de solução. 11. Pluralismo e democracia: a dicotomia do público e do privado na moderna democracia e sua influência na construção dos direitos. 12. A internacionalização dos direitos humanos e a questão da soberania. 13. A situação brasileira. 14. Conclusão. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

"A democracia antiga não reconhece direitos humanos. A moderna não pode abrir mão deles": com esta frase pontuamos o início do desenvolvimento de um trabalho que não poderia abrir mão do contexto histórico, que é inerente ao tema, ou mesmo fundamental para a compreensão dos conceitos de democracia e direitos humanos, e sua possível correlação na construção do Estado Democrático de Direito, respeitador das garantias e direitos fundamentais.

A reflexão que se segue leva em conta a seguinte assertiva, que serviu de diretriz para a sua elaboração: "a democracia é tradicionalmente concebida como o poder do povo, enquanto os direitos humanos nascem historicamente como direitos dos indivíduos". Efetivamente a democracia, concebida na Grécia sob o signo do "governo do povo", dele retira sua força enquanto os direitos humanos nascem, sem embargo de esporádicos precedentes históricos, a partir da Revolução Francesa, que amparada no pensamento jusnaturalista, proclamava o valor do indivíduo considerado em si mesmo.

As matérias foram alocadas de forma a que, não obstante a preocupação com os critérios histórico-culturais, estes fossem pontilhados pelas observações proferidas por especialistas a respeito de cada um dos

temas, de forma a fornecer uma visão crítica dos institutos tratados e dos acontecimentos relativos a cada um dos períodos abrangidos por este estudo.

2. A CULTURA JÔNICA E SUA INFLUÊNCIA NO ESPÍRITO DOS CIDADÃOS: A GÊNESE DEMOCRÁTICA

A civilização grega, relacionada por muitos como o berço da civilização ocidental, sempre foi considerada o mais extraordinário exemplo já concebido de exercício direto de poder. Como anota ESTHER BUENO SOARES¹, para os gregos, cidadãos da cidade-Estado, inicialmente, as relações do Estado e indivíduo eram unas, sendo que o Estado tinha por finalidade promover o bem:

"O desenvolvimento da democracia grega, e a própria democracia, iniciou ao se tornarem todos os cidadãos iguais perante a lei e que essa lei que os reconhecia como iguais, também seria a expressão da vontade desse povo que ela igualava.

O Estado através da democracia, era visto como um todo, não sendo possível sua administração ser realizada tendo em vista alguns grupos dominantes, mas, sim como a totalidade que era."

Continua a referida autora, explicando que a democracia grega, trabalhada pelo povo, que decidia tudo diretamente, era viabilizada pela própria dimensão da Atenas da época. Por outro lado, a aprovação das medidas tomadas pelo governo através do voto direto e a direta vivência e participação dos cidadãos com problemas públicos, conscientizava-os naturalmente a participar. Essa participação, quase que um dever do cidadão, tornava-o responsável pelo destino da cidade e do seu próprio:

"O que atualmente conhecemos por cidadania, inata ao cidadão, na Grécia, era conquistada através da atuação do cidadão perante o Estado, na sua participação ativa ao votar e atuar nas resoluções que eram dirigidas a todos os demais".²

No entanto, não obstante o idealismo e virtuosismo vislumbrado por certos doutrinadores, no que se refere à Grécia Antiga, é certo que a democracia não tinha para os gregos o sentido a ela hoje devotado.

Em bem lançada crítica, observa CARROL QUIGLEY³ que a cultura jônica, adotada como própria pelo mundo de língua grega e vestida como um traje pelo mundo de língua latina, nunca foi a cultura de toda a bacia mediterrânea, porque era apenas a cultura das classes superiores e alfabetizadas. E estas seriam a minoria, dona de escravos, que sabia ler e

¹ Esther Bueno Soares, Democracia, da Grécia à Unidade Européia, p.14.

² Ibid., p.15.

³ Carrol Quigley, A evolução das civilizações, p.198-199.

escrever, tinha ócio e usava esse ócio para ler HOMERO, PLATÃO, CÍCERO e VIRGÍLIO:

"A grande massa dos trabalhadores do mundo mediterrâneo não compartilhava essa cultura. Êstes nasciam, trabalhavam, tinham filhos e morriam. Esta grande massa compreendia os habitantes rurais sempre e até mesmo a maioria dos habitantes urbanos a maior parte das vezes".

Em outras palavras, segundo este autor, a cultura clássica que tanto estimamos foi a cultura de uma pequena minoria de habitantes urbanos em Atenas, salvo no período compreendido entre os anos 480 a 330 a.C. Nesse breve lapso temporal seria possível que a maioria dos habitantes dessa cidade tivessem alguma idéia daquilo comumente denominado cultura clássica.

Como já podemos perceber, não obstante tenha sido implantado um sistema em que os cidadãos participam efetivamente e diretamente da vida do Estado, tomando por si próprios, e no bem de toda a coletividade, as decisões necessárias à sobrevivência e à manutenção deste mesmo Estado, é certo que o modelo grego era excludente e formado por uma minoria dos assim denominados cidadãos.

Por outro lado, se os gregos tiveram o mérito, indiscutível, de fazer nascer um modelo, com as devidas adaptações, tido atualmente como desejável em qualquer sistema que tenha como base o respeito ao cidadão e o combate à opressão, cumpre aqui trazer em relevo uma observação que entendemos de capital importância para uma maior compreensão da democracia ali praticada: o sacrifício do individualismo face à vontade soberana do Estado.

Para os gregos, a vontade do Estado deveria sempre prevalecer sobre a vontade individual. Não se cogitava na civilização grega falar em direitos e garantias individuais, enquanto a vontade soberana do Estado indicasse, grosseira e genericamente o que é melhor para todos.

Esse ponto de vista é partilhado por FUSTEL DE COULANGES, que no título do capítulo XVIII de sua obra assevera que os antigos não conheceram a liberdade individual. Para este autor, nada no homem havia de independente, o seu corpo pertencia ao Estado e estava votado à sua defesa, mesmo a vida privada sofria severas restrições:

"A cidade havia sido fundada sobre uma religião e constituída como uma igreja. Daí a sua força; daí também a sua onipotência e império absoluto que exercia sobre os seus membros. Em sociedade organizada sobre tais bases, a liberdade individual não podia existir. O cidadão estava, em todas as suas coisas, submetido, e sem reserva alguma, à cidade, pertencia-lhe inteiramente. A religião que tinha gerado o Estado, e o Estado que conservava a religião, apoiavam-se mutuamente e formavam um só corpo; estes dois poderes associados e confundidos formavam um poder quase

sobre-humano, ao qual a alma e o corpo se achavam igualmente submetidos".⁴

Os antigos não conheciam, portanto, nem a liberdade da vida privada, nem a de educação, nem liberdade religiosa.

Embora mesmo Platão reconhecesse que melhor seria que o homem político não fizesse leis, visto que a lei, sendo geral, não poderia descrever com precisão o que é bom para cada um, a sua observância seria fundamental para garantir a sobrevivência do Estado. Ou seja, a ruína da lei, pela sua não observância, significaria, em último plano, também a ruína do Estado.

Contudo, essa construção não se fez sem contestações, segundo acreditam muitos dos estudiosos da cultura greco-romana. O embate a essa sistemática existiu, partindo sobretudo dos sofistas, e durante algum tempo criou um estado de tensão entre estas duas formas antagônicas, como veremos a seguir.

3. A DEMOCRACIA NA VISÃO DOS FILÓSOFOS: O EMBATE ENTRE O REALISMO FILOSÓFICO E O SOFISMO

Para Platão, como informa NICOLA ABBAGNANO⁵, as três formas de governo historicamente existentes, monarquia, aristocracia e democracia, distinguir-se-iam da correspondente forma degenerada, precisamente pela observância das leis.

Assim, o governo de um só é monarquia se regidos pelas leis; é tirania se não tiver leis. O governo de poucos é aristocracia quando governado pelas leis; oligarquia quando não houver leis. E a democracia poderia ser regida por leis ou governada contra as leis. Dessa forma, para Platão, que elege a monarquia como o melhor governo, a democracia somente seria a melhor dentre os tipos de governo privados de leis.

Entretanto, talvez Aristóteles seja quem melhor traduz o espírito de conjunto predominante nos cidadãos gregos da cidade-Estado de Atenas. Para este esse grande filósofo, a virtude (que Sócrates identificava com a felicidade) não seria realizável fora da vida social.

Por sua vez, a origem da vida social estaria em que o indivíduo não se bastaria a si próprio: não só no sentido de que não poderia por si só prover às suas necessidades, como também não poderia, fora da disciplina imposta pelas leis e pela educação, alcançar a virtude.

⁴ A cidade antiga, tradução de Fernando de Aguiar, 10.ed., Lisboa: Livraria Clássica Editora, [s.a.p.], p.278-279.

⁵ História da filosofia, p.175.

Por conseqüência, o Estado seria uma comunidade que não tem em vista apenas a existência humana, mas a existência materialmente e espiritualmente feliz. É por este motivo que nenhuma comunidade política poderia ser constituída por escravos ou por animais, já que estes não poderiam participar da felicidade ou de uma vida livremente escolhida.⁶

Aristóteles, como Platão, distingue três tipos fundamentais de governo, monarquia, aristocracia e democracia, com as suas respectivas variações e degenerações, sendo que estas últimas ocorreriam quando o governo descuidasse do bem comum em favor do bem próprio. Todavia, é curioso observar que Aristóteles qualifica a democracia (ou governo da multidão) na espécie degenerada, quando visa o bem dos que nada possuem.

Dessa forma, para Aristóteles, a própria democracia transforma-se numa espécie de tirania quando prevalece o arbítrio das multidões em detrimento das leis, devendo, para evitar tal mal, que esta seja reservada tão somente aos cidadãos dotados de requisitos especiais.

Essa corrente, denominada **realismo filosófico**, atraiu, segundo esclarece CARROL QUIGLEY⁷, os conservadores e os defensores da oligarquia, que dela extraíram três idéias básicas: a) que a mudança era má, superficial, ilusória e fundamentalmente impossível; b) que todas as coisas materiais eram enganosas, ilusórias, perturbadoras e não valia a pena serem procuradas; c) que todas as distinções racionalmente demonstráveis, inclusive as da posição social (especialmente a escravidão), se baseavam em diferenças reais e imutáveis e não em distinções acidentais ou convencionais.

Estas idéias juntas, serviriam, por fim, para deter todos os esforços no sentido da mudança social, da reforma econômica ou da igualdade política. Além disso, insistindo na realidade das distinções de grupo, reduzia a atração do individualismo e **justificava o domínio do grupo sobre o indivíduo**.

Em contraposição a estas idéias, o **nominalismo** pregava o reconhecimento da **existência de indivíduos**, negava a existência real de grupos e, desse modo negava que as desigualdades econômicas e sociais fossem algo mais do que aspectos acidentais e mutáveis. Para os nominalistas, os grupos eram apenas coleções convencionais de indivíduos aos quais era dado um nome comum. Tal nome era arbitrário e temporário, capaz de mudança e até mesmo de completa reversão.

Os sofistas, sejam os partidários da idéia, ou simplesmente os que dela se aproveitavam, já escreviam, com incrível desembaraço para a mentalidade da época, sobre o tema, como nos conta, mais uma vez, CARROL QUIGLEY:

⁶ Nicola Abbagnano, op. cit., p.237-238, nota 5.

⁷ Op. cit., p.226, nota 3.

"Dêste modo, o sofista HÍPIAS, segundo PLATÃO, contestava a realidade do grupo (o Estado), dizendo: 'Eu creio que todos os homens são parentes, amigos e concidadãos, não por lei, mas por natureza; pois, por natureza, semelhante é afim de semelhante, mas a lei é o tirano da humanidade e freqüentemente nos obriga a fazer muitas coisas que são contra a natureza'. E o sofista LÍCOFRON contestava as distinções de classe com a afirmação de que 'A superioridade do nobre nascimento é imaginária, e suas prerrogativas são baseadas apenas em uma palavra.' A existência real de uma natureza escrava em escravos convencionais era contestada por pensadores como ALCIDAMO, que dizia: 'Deus fez todos os homens livres; nenhum homem é escravo por natureza'. E EURÍPIDES, que escreveu: 'Só o nome dá vergonha a um escravo, que pode ser excelente em todos os sentidos e verdadeiramente igual ao homem livre de nascimento'."

Não obstante tais testemunhos, é certo que a minoritária sociedade grega construiu um ideal político baseado no sacrifício do indivíduo, assim considerado, mas fortalecido enquanto parte de um corpo único responsável pela sobrevivência do que se convencionou denominar Estado.

4. ROMA ANTIGA

Muito embora na época da grande expansão do Império Romano a cidade-Estado grega já estivesse em franco declínio, podemos datar, segundo ESTHER BUENO SOARES⁸, em 509 a reação patricia em Roma que fez com que logo após surgisse a democracia.

A democracia romana, instalada dentro de um governo totalmente aristocrático, diferenciava-se muito da democracia de Atenas, que era vivida e discutida por cidadãos que desempenhavam com grande zelo a sua cidadania. Em Roma, os aristocratas eram os que tinham os cargos elevados, cargos esses distribuídos conforme a situação dos membros, mais ou menos ricos.⁹

Como anota FUSTEL DE COULANGES¹⁰, nessa nova aristocracia, não pondo de lado a religião hereditária, não havia outro elemento de distinção social senão o de riqueza: "Fez-se, pois, da riqueza elemento de distinção para a fixação das classes, por as inteligências não admitirem que, desde logo, a igualdade devesse ser absoluta."

Por isso, os direitos políticos, que na época precedente eram inerentes ao nascimento, passaram a estar, durante algum tempo, inerentes à fortuna.

⁸ Democracia, da Grécia à unidade européia, p.17.

⁹ Ibid., p.17.

¹⁰ A cidade antiga, p.395.

O certo é que, ter direitos políticos para o homem da civilização greco-romana, nunca o fez livre, pelo contrário, o tornava cada vez mais parte dos grilhões que desde a mais tenra idade denominava "Estado".

5. A IDADE DAS TREVAS E AS LUZES FUGAZES

Com o fim das cidades-Estado, e da *pax romana*, a prática democrática, assim como as discussões em torno do tema foram relegadas ao ostracismo, com a total e absoluta abolição de direitos que caracterizaram boa parte da Idade Média.

A criação da sociedade na Idade Média, identificada por uma caótica mistura de elementos culturais e influenciada pelo **fator religião**, serviu, segundo CARROL QUIGLEY¹¹, para divorciar a fidelidade do povo da cultura clássica e para focalizá-la em uma nova ideologia, à qual os homens estavam dispostos a sacrificar sua riqueza, seu ócio e sua segurança.

Por sua vez, uma sociedade cristã somente poderia manter-se caso seus membros pudessem defender-se contra intrusos não-cristãos. Dessa forma, a **tecnologia militar** demandava guerreiros e uma organização muito dispendiosa, voltada para o exclusivo exercício nas artes da guerra. A sociedade dividiu-se entre os que combatiam (e ofereciam proteção) e aqueles, esmagadora maioria, que cultivavam os alimentos: estava criada assim a *summa divisio*, entre servos e nobres, e que viria a ser o grande traço marcante da sociedade feudal.

Esta complexa organização nos níveis militar, político, social e econômico, que denominamos **feudalismo**, atingiu o seu desenvolvimento completo no século XI, quando o elemento tempo entre as duas necessidades, do camponês a proteção e do cavaleiro a comida, tornou-se amplamente favorável ao segundo, que podia usar seu poder contra o primeiro a qualquer momento (para obrigar à obediência), desde que não prejudicasse a sua capacidade de produzir alimentos:

"Esta diferença de poder entre cavaleiro e servo era tão grande que permitia aos cavaleiros forçarem os servos a contribuírem para a sua manutenção acima da quantidade necessária e exclusiva para as despesas de proteção. Havia, assim, um fluxo de artigos de primeira necessidade, produzidos pelos servos, para posse dos cavaleiros. E assim o cavaleiro feudal se tornou um **instrumento criador de excedente**, a par de um instrumento de defesa, uma potência política e a classe superior no sistema social".¹² (g.n.)

É curioso notar que embora no **mundo terreno**, a sociedade fosse extremamente estratificada, **dividida entre senhores e servos**, existia a idéia

¹¹ A evolução das civilizações, p.252-254.

¹² Carrol Quigley, op. cit., p.254, nota 12.

de um **mundo divino**, inspirado no Cristianismo, onde todos os **homens seriam iguais perante Deus**.

Contudo, a realidade na Terra definitivamente impedia qualquer modificação ou ascensão social da classe inferior. Neste plano, todos ocupavam os seus lugares, sendo importante observar que **não existia distinção entre o público e o privado, e as pessoas não eram tidas como indivíduos**, mas como membros de uma classe social.

Não obstante este quadro social extremamente desfavorável à democracia, dada a supremacia das armas, que conservava o poder nas mãos de uma minoria, foi nesse contexto que surgiu o primeiro precedente daquilo que modernamente viriam a ser os assim denominados direitos fundamentais do homem.

Foi sob o solo inglês que, em 1.215, pressionado por seus barões, o rei João Sem-Terra outorgou a Magna Carta, que previa que nenhum homem seria detido ou preso, declarado "fora-da-lei", exilado, ou retirados seus bens sem um julgamento por seus pares, de acordo com as normas vigentes à época.

Este ato, que embora não possa ser tido propriamente como uma imposição das classes populares, mas da nobreza insatisfeita, constituiu um marco referencial para todos os estudiosos da evolução dos direitos, embora existam aqueles que vão buscar ainda mais longe os precedentes históricos dos direitos humanos.

Efetivamente, para FERNANDO BARCELLOS DE ALMEIDA¹³, o Código de Hamurabi, monarca da antigo reino babilônico, que conquistou e unificou a Mesopotâmia, deve ser lembrado como um exemplo histórico claro da outorga de direitos, quando colocava a lei acima de todos, inclusive do rei, do clero e da aristocracia, num ato de auto-limitação dos próprios poderes.

Entretanto, sem embargo dos precedentes históricos apontados, alerta NORBERTO BOBBIO¹⁴, que uma verdadeira e própria doutrina dos direitos naturais aparece pela primeira vez com os escritores do século XVII, como veremos a seguir.

6. OS PENSADORES JUSNATURALISTAS: O SER HUMANO ENQUANTO INDIVÍDUO

À medida que o surgimento e o fortalecimento do Estado Absolutista eliminava os últimos focos de poder que outrora estavam concentrados nas mãos das antigas oligarquias feudais, surgia, com a Idade Moderna,

¹³ Teoria geral dos direitos humanos, p.43-44.

¹⁴ Carrol Quigley, op. cit., p.254, nota 12.

sobretudo através da visão dos chamados pensadores jusnaturalistas, uma nova forma de entender o mundo e o homem, que viria a trazer profundas marcas na evolução do ser humano, enquanto tal.

O ser humano, visto apenas como parte integrante do "coletivo" na Grécia e como parte de sua respectiva classe social na Idade Média, passa a ser representado enquanto indivíduo, com liberdade e igualdade de direitos, como bem observa ESTHER BUENO SOARES¹⁵:

"A grande luta dos anônimos cidadãos dos séculos foi para se firmar, em primeiro lugar como ser portador de personalidade e possuidor de direitos e deveres. As guerras de conquistas realizadas nas épocas de antanho, tinham em mira aprisionar os cidadãos."

A doutrina jusnaturalista, para justificar a existência dos direitos pertencentes ao homem, enquanto tal, independentemente do Estado, partia da hipótese do estado de natureza. Neste estado, os direitos do homem eram poucos e essenciais: o direito à vida e à sobrevivência, que inclui também o direito à propriedade e o direito à liberdade, que por sua vez compreende algumas liberdades essencialmente negativas.¹⁶

Isso nos permite afirmar que, não obstante as limitações próprias da época, a doutrina dos direitos do homem teve a sua gênese no pensamento jusnaturalista.

Para HOBBS, o primeiro dos grandes pensadores jusnaturalistas, existiria um estado de natureza, formado de indivíduos iguais e desejosos dos mesmos bens, o que os deixaria em permanente e constante guerra - o homem é o lobo do homem. Dessa forma, o Estado surgiria como forma de proteção do coletivo contra possíveis ataques individuais.

Ou seja, os homens transfeririam o direito de autodefesa a outro ente, o Grande Leviatã (Estado), que se encarregaria de evitar que a ânsia da satisfação das necessidades egoísticas de cada um dos indivíduos acabasse por destruir a todos.

Embora todos sejam ligados a este pacto, o soberano a nada é ligado, o que fez com que HOBBS fosse qualificado como defensor do despotismo e do absolutismo.

Já para LOCKE, considerado o precursor do liberalismo burguês, no estado natural os homens sempre sentiram benevolência uns pelos outros, ajudavam-se mutuamente e viviam segundo a lei estabelecida por Deus. Os homens seriam iguais, independentes e governados pela razão.

O Estado somente teria sido criado como forma de evitar que os eventuais conflitos colocassem em perigo a vida, a liberdade, a igualdade e

¹⁵ Teoria geral dos direitos humanos, p.43-44.

¹⁶ Norberto Bobbio, op. cit., p.119, nota 15.

os bens dos indivíduos. O perigo seria caracterizado pela possível inclinação humana de beneficiar-se a si próprio ou a seus amigos.

E foi para evitar a concretização dessas ameaças, que o homem abandona o estado natural e cria a sociedade política através de um contrato. Este contrato tem como base acordo não entre governantes e governados, mas entre homens igualmente livres.

Ao contrário do que pregava HOBBS, LOCKE acreditava que os homens não renunciavam aos seus direitos naturais em favor do poder dos governantes. Conseqüentemente, o abuso de poder por parte das autoridades justificaria o direito de resistência e insurreição. Se o poder dos governantes é outorgado pelos participantes do pacto social, pode ser naturalmente revogado.

O Estado, por sua vez, daria a seus membros a maior liberdade possível, numa teoria evidentemente individualista, de forma a reduzir as suas funções praticamente à justiça e à polícia, sempre com o objetivo de resguardar a liberdade e a propriedade individuais.

Para outro dos grandes filósofos iluministas, ROUSSEAU, a sociedade deveria se aproximar ao máximo do estado natural. Para este autor, a sociedade é um "mal necessário", promove a desigualdade enquanto assegura a liberdade civil e a propriedade dos bens. A lei surgiria como a única forma de corrigir esta desigualdade.

Para este autor, o problema fundamental daquilo que denomina contrato social, estaria em encontrar uma forma de associação que defendesse e protegesse de toda força comum a pessoa e os bens de cada associado, e pela qual cada um, se unindo a todos, obedeça apenas, portanto, a si mesmo, e permaneça tão livre quanto antes. A solução viria da seguinte forma:

"Enfim, cada um se doando a todos não se dá a ninguém, e como não há um associado sobre o qual não se adquire o direito que se cede sobre si mesmo, ganha-se o equivalente de tudo quanto se perde e mais força para conservar o que tem".¹⁷

NORBERTO BOBBIO observa que o jusnaturalismo tem tido a fundamental e permanente função histórica de pôr limites ao poder do Estado:

"Ahora bien, la teoría de los derechos naturales, que se sostiene con el iusnaturalismo moderno, representa la afirmación de los límites del poder estatal, considerados no solo desde el punto de vista del exclusivo deber de los gobernantes, sino también desde el punto de vista de los derechos de los gobernados".¹⁸

¹⁷ Do contrato social, tradução de Márcio Pugliesi e Norberto de Paula Lima, São Paulo: Hemus, [s.a.p.], p.27.

¹⁸ El tiempo de los derechos, p.42.

Aduz finalmente este mesmo autor, que o estado de natureza era uma mera ficção doutrinal, que deveria servir para justificar como direitos inerentes à natureza mesma do homem e, como tais, invioláveis por parte dos detentores do poder público, inalienáveis por parte dos mesmos titulares destes direitos, e imprescritíveis por maior que fosse a duração das suas violações ou alienações; demandas de liberdade provenientes daqueles que combatiam o dogmatismo das igrejas e contra o autoritarismo dos Estados.¹⁹

7. O ILUMINISMO: RAZÃO E REVOLUÇÃO

Segundo ESTHER BUENO SOARES²⁰, o Iluminismo, corolário do Racionalismo e Empirismo, veio para desenvolver o raciocínio humano, a consciência de existir e ter obrigação de não só reconhecer sua existência, mas saber-se parte integrante da humanidade da qual participa de forma una.

Os seres humanos começavam a ver na razão a potência que finalmente permitiria que estes se sentissem capazes de “entender a natureza e a sociedade, explicar a própria religião, libertar o homem de seus terrores seculares, desvendar todos os mistérios, reformar tudo,” como nos recorda JOSÉ DAMIÃO DE LIMA TRINDADE.²¹

O certo é que o Iluminismo, com seus filósofos e profetas da razão e do jusnaturalismo, trouxe às novas gerações, nascidas da opressão, uma noção do que antes não havia sido experimentado nem mesmo pelos gregos, com seu original modelo democrático: a sensação de ser alguém, individualmente considerado, intelectualmente liberto e em posição de igualdade com os seus semelhantes, de forma que todo privilégio seria antinatural.

Fruto da mentalidade que começava a se espalhar neste período, em 1688 a Inglaterra decreta o descabimento da *inquisitio* em solo inglês, o que vale como direito e não simplesmente como privilégio, de forma que alguns autores vêem neste ato o nascimento dos modernos direitos fundamentais do homem. Cumpre recordar ainda a *Bill of Rights*, em que os direitos declarados, por terem valor em si próprios, não podem ser revogados, e a instituição do *habeas corpus*.

Foi exatamente sob esse clima libertário que seriam lançadas as sementes daquelas que foram, enfim, **a ponte entre a volta da democracia e os direitos fundamentais do homem, vistos não mais de forma isolada, como se dera até aquele momento, mas de maneira integrada,** culminando com o surgimento do moderno conceito de Estado: as Revoluções Francesa e Americana.

¹⁹ Ibid., p.120.

²⁰ Democracia, da Grécia à unidade europeia, p.27.

²¹ Anotações sobre a história social dos direitos humanos, p.43.

8. AS REVOLUÇÕES FRANCESA E AMERICANA E SUA INFLUÊNCIA NA RUPTURA DO SISTEMA DE PRIVILÉGIOS

Como lembra BOBBIO²², a Revolução Francesa têm sido exaltada e amaldiçoada, julgada como obra divina para uns, para outros diabólica. Tem sido justificada e injustificada de várias maneiras: justificada, porque, em que pese a violência que a acompanhou, transformou profundamente a sociedade européia; injustificada, porque incluir um bom fim não justifica todos os meios, ou pior, quando o fim mesmo não é bom, ou ainda quando não obstante bom, não foi nunca alcançado.

Nessa atmosfera turbulenta, é aprovada em 26 de agosto de 1789 a "Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão", que marcou definitivamente o fim do Antigo Regime e o retorno da democracia, em um Estado cada vez mais nacionalista.

No entanto, sem embargo de tudo o que significou para a história da humanidade, a Revolução Francesa não foi poupada de ferozes críticas. Como bem observa ERIC HOBBSBAWN²³, a Declaração dos Direitos do Homem "era um manifesto contra a sociedade hierárquica de privilégios nobres, mas não era um manifesto a favor de uma sociedade democrática e igualitária". Em geral, o burguês liberal clássico de 1789 (e o liberal de 1789-1848) não era um democrata, mas um devoto do constitucionalismo, um Estado secular com liberdades civis e garantias para a empresa privada e um governo de contribuintes e proprietários.

Por sua vez, como adverte JOSÉ DAMIÃO DE LIMA TRINDADE, sob o prisma de uma história social dos Direitos Humanos, esse período não suscitaria mais interesse senão pelo que passaria a representar de negativo:

"A Revolução Francesa – e suas extensões militares por quase todo o continente – já havia esgotado o que tinha a oferecer neste terreno: igualdade civil e liberdade individual – uma e outra muito relativizadas pela desigualdade social que se consolidaria no capitalismo. Isso não foi pouco, se comparado com o modo de vida na sociedade feudal, mas deixava muito a desejar para a maioria da população que, como visto, sonhara mais alto. Os anseios de igualdade social ou, ao menos, de algo que se aproximasse disso, foram ferozmente frustrados pelos revolucionários burgueses que, malgrado sua aliança com o campesinato e com as massas populares urbanas, sempre conservaram a hegemonia política e, por isso, imprimiram ao processo de transformações a marca dos seus interesses de classe".²⁴

²² El tiempo de los derechos, p.171-172.

²³ A era das revoluções, 9.ed., São Paulo: Paz e Terra, 1996, p.77.

²⁴ Anotações sobre a história social dos direitos humanos, p.81.

Hoje, não tanto pelo que foi efetivamente realizado em termos de democracia e de direitos humanos, o certo é que a **Revolução Francesa**, sob a inspiração jusnaturalista, passará à História como o **grande momento de ruptura** de um sistema que não reconhecia os direitos fundamentais, ou mesmo a existência dos indivíduos, considerados em si mesmos e iguais em direitos e liberdade, e não simplesmente enquanto parte de algo maior denominado coletividade, Estado ou mesmo classe social.

Nesse íterim, não podemos deixar de reconhecer a grande contribuição da **Revolução Americana**, com a **adoção do regime republicano democrático**.

A Declaração de Independência Americana, firmou os pontos democráticos fundamentais para o ser humano e a igualdade de todos os homens, possuidores dos direitos inalienáveis da vida e da liberdade, como bem lembra ESTHER BUENO SOARES²⁵:

"Reportando-se à 'Virginia Bill of Rights' de 1776, e enunciada através dos séculos como a representante que pela primeira vez traduziu a declaração do povo, o que foi feito a favor não só de uma ou algumas liberdades, mas, a todas as liberdades e forma atribuídas a todos os cidadãos sem qualquer distinção. Foi sem dúvida um marco significativo para os direitos humanos por ter provindo de um povo que ainda lutava pela sua liberdade, para o povo em busca de liberdade total".

Como lembra esta autora²⁶, "somente a partir das revoluções americana e francesa é que os direitos humanos são declarados ao serem postulados os direitos à liberdade, à igualdade de todos, tornando-se o corolário da democracia nascente, isto é, onde os direitos humanos são ressaltados como pertencentes a todos e a cada um em particular".

Ao lado das revoluções francesa e americana, não poderíamos deixar de recordar a **revolução puritana**, influenciada pelo protestantismo, relevante para a configuração da moderna democracia, com os seus postulados da Constituição escrita, poder constituinte, separação dos poderes e garantia dos direitos e liberdades fundamentais.

Por fim, não poderíamos fechar este tópico sem nos recordar ainda de KANT, para quem a ruptura dos regimes anteriores significou antes de tudo, a visão do ser humano enquanto adulto, e não mais como criança, com o fim da paternalização, pelo rei, dos súditos. Era o advento do voto universal e da democracia moderna, como veremos a seguir.

²⁵ Democracia, da Grécia à unidade europeia, p.28.

²⁶ Ibid., p.28.

9. O ADVENTO DO MODERNO ESTADO DEMOCRÁTICO E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A experiência clássica empreendida pelos gregos deixara uma série de impressões, que não passaram despercebidas aos filósofos do Iluminismo.

MONTESQUIEU, em célebre frase, afirmou que "o povo era excelente para escolher, mas péssimo para governar". ROUSSEAU, por sua vez, considerava a democracia contra a ordem natural:

"Tomando o termo em sua acepção rigorosa, jamais existiu verdadeira democracia e jamais existirá. É contra a ordem natural que o grande número governe e o pequeno seja governado. Não se pode imaginar que o povo permaneça em Assembléia permanente para se ocupar dos negócios públicos e vê-se facilmente que ele não saberia instituir comissões para tanto, sem que a forma da Administração mudasse".²⁷

Não obstante a primeira impressão que poderia assaltar ao leitor mais afoito, certamente não poderíamos qualificar ROUSSEAU ou MONTESQUIEU como ícones do movimento antidemocrático. Pelo contrário, se prestarmos atenção às palavras de ROUSSEAU, veremos que este se reporta à **democracia direta** praticada na Grécia, e que até então constituía o único modelo conhecido desta forma de governo.

MONTESQUIEU, por sua vez, de forma intencional ou não, inaugura as bases da moderna democracia, denominada representativa, quando observa que o povo, considerado na sua coletividade, "é bom para votar", mas é péssimo quando exerce diretamente o governo, conforme já adiantamos no início deste capítulo.

Como adverte JAIR EDUARDO SANTANA²⁸, a investigação que dispensa os chamados antecedentes clássicos se justificaria no fato de que a democracia antiga possuía elementos conformadores e funcionais muito distintos da época correspondente em relação àquela principiada nos séculos XVII e XVIII:

"Tanto a democracia grega como a romana tiveram conceitos de liberdades diversos daqueles experimentados no período moderno e contemporâneo. Basta, para assim se concluir, lembrar-se das bases econômicas e sociais então existentes. No entanto é bom consignar-se, a democracia antiga pode ser considerada arquetipo. Porém não há correspondência com os fenômenos ocorridos depois dela".

Segundo BOBBIO²⁹, a insuficiência da democracia direta fica clara quando se considera que os seus institutos, no sentido próprio da palavra, são dois: a assembléia dos cidadãos deliberantes sem intermediários e o

²⁷ Do contrato social, op. cit., p.76, nota 18.

²⁸ Democracia e cidadania, in: O referendo como instrumento de participação política, Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p.31.

²⁹ O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo, p.52-53.

referendum: "nenhum sistema complexo como é o de um estado moderno pode funcionar apenas com um ou com outro, e nem mesmo com ambos conjuntamente".

Ora, sendo impraticável, como já antevia MONTESQUIEU, a democracia direta, o governo democrático no Estado Contemporâneo acontece por meio de representantes do povo, por ele eleitos. Assim, os cidadãos, neste conceito compreendidos aqueles em condição de votar, elegem os seus representantes que, por sua vez, defenderão os interesses de seus eleitores junto ao governo.

Na lição de JANICE HELENA FERRERI³⁰, a concepção de regime de governo democrático atual seria aquela em que todos os cidadãos, desde que em gozo de seus direitos, de nacionalidade e cidadania, participem do processo democrático por meio da representação:

"A esfera da representação desenvolve-se pela articulação da própria sociedade, que coloca regras que permitem a um grupo de cidadãos separarem-se dos demais, para se dedicarem exclusivamente às tarefas de representação política da gestão da sociedade".

A estruturação desse sistema político, por sua vez, daria lugar ao nascimento dos partidos políticos, em razão da constatação de que seria impossível a prática da democracia direta nos Estados modernos, dotados de considerável contingente populacional. Dessa forma, buscou-se o instituto da representação como o único capaz de viabilizar a idéia do "governo do povo, para o povo e pelo povo".³¹

BOBBIO³², com a perspicácia que lhe é peculiar, busca encontrar no sistema democrático caracterizado pela existência de representantes substituíveis uma aproximação com a democracia direta:

"Um sistema democrático caracterizado pela existência de representantes substituíveis é, na medida em que prevê representantes, uma forma de democracia representativa, mas *aproxima-se da democracia direta na medida em que admite que estes representantes sejam substituídos*".
(g.n.)

Chegamos, nesse ponto, a um momento em que a ampliação dos direitos políticos a todos os cidadãos, neste conceito inserido o maior número possível de pessoas, e não simplesmente uma minoria privilegiada, como ocorria na democracia direta ateniense, acaba por pressionar os governos, eleitos democraticamente, a atender gradualmente às reivindicações dos

³⁰ Democracia e partidos políticos, in: Democracia hoje, um modelo político para o Brasil, São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, Celso Bastos Editor, 1997, p.104-105.

³¹ Ibid., p.105.

³² Op. cit., p.52, nota 30.

eleitores, terminando por ampliar consideravelmente o elenco dos direitos humanos, inclusive no que tange às chamadas "conquistas sociais".

Surge então o Estado-providência, o "Welfare State", que assume para si todos os níveis do bem-estar social, prevendo a previdência social, a saúde e a assistência social ou mesmo o Estado intervencionista, que objetiva ora conter a "fúria devoradora" dos mercados e regular a economia, ora fomentar e desenvolver por conta própria determinados setores produtivos.

Todavia, existirão as situações em que a democracia e o próprio Estado poderão vir a se encontrar em rota direta de colisão com os direitos humanos. É o que veremos no capítulo seguinte.

10. DEMOCRACIA E DIREITOS HUMANOS: POSSIBILIDADES DE CONFLITO E CRITÉRIOS DE SOLUÇÃO

A democracia e os direitos fundamentais do homem, que nunca chegaram a se encontrar de forma efetiva, durante toda a história da evolução da humanidade, vislumbram um momento de interdependência e correlação ímpar, que virão a se constituir vitais para a progressão das conquistas humanas, tanto no campo político, como social, levando os povos a um desenvolvimento global nunca antes alcançado ou mesmo sonhado por qualquer civilização que tenha se desenvolvido anteriormente neste planeta.

Poderemos observar que uma sociedade montada em função de um princípio democrático, com direito de voto extensivo a todos, acaba tendo multiplicada a oportunidade das grandes transformações.

Ora, se o voto é franqueado às classes menos favorecidos, é natural que estas (desde que tenham consciência de seu papel e de suas reivindicações) venham a lutar por uma maior igualdade, seja na distribuição de renda, acesso à educação, etc., o que as classes dominantes, guardiãs do *status quo*, certamente não fariam por si próprias. Por outro lado, a própria democracia chega a um ponto em que não pode sobressair-se em face dos direitos humanos, já que estes precederiam toda e qualquer organização política.

Se a regra da maioria é fundamental ao Estado Democrático de Direito, em tese uma maioria marginalizada teria nas mãos o instrumento para a mudança, e o que é mais importante, legitimado por um processo democrático, que é o voto universal. Vale, nesse mister, transcrever as palavras de CELSO FERNANDES CAMPILONGO³³, a respeito da regra da maioria:

³³ Direito e democracia, p.41.

"O ideal democrático do governo de todo o povo tem, na regra da maioria, a ferramenta capaz de torná-lo mais próximo da realidade. Nas condições de fragmentação, dissenso e complexidade do mundo contemporâneo, o princípio da maioria, por suas não discriminatórias e igualitárias, transforma-se na condição necessária, quando amplamente extensivo a todo o povo, para a aproximação entre governantes e governados".

Mas, por via inversa, o maior número poderia decidir pela supressão do direito de uma minoria ? Feito o questionamento, devemos retornar ao que foi dito anteriormente, os direitos humanos precedem a organização política, ou ainda, como salienta o mesmo CELSO FERNANDES CAMPILONGO³⁴, incorporam o instrumental de proteção de indivíduos e grupos minoritários:

"Ridículo submeter os direitos fundamentais ao escrutínio do maior número. A regra da maioria tem um limite claro: não é legítima – nem ela nem nenhuma outra -, para condicionar, suprimir ou reduzir os direitos essenciais da pessoa humana. Aliás, os direitos humanos, na tradição revolucionária liberal, possuíam essa mesma conotação: instrumento de proteção de indivíduos e grupos minoritários contra os abusos do Estado. Hoje, além dessa dimensão, os direitos humanos são os direitos sociais, igualmente incorporados à tradição da democracia social".

Ou ainda, como pretende RICARDO AMARAL³⁵, os direitos humanos são ligados a um núcleo de valores antecedentes ao próprio Estado:

"Os direitos fundamentais, por serem fundantes, são prévios, isto é, ligados a um núcleo de valores antecedentes ao próprio Estado. Por mais que se esforce o hermeneuta não conseguirá, apenas com o ferramental clássico, dar a significação do direito à liberdade, sua extensão e campo de limitação. Outrossim, porque prévios ao ordenamento, tais direitos têm pequena relevância no momento legislativo, voltando-se primordialmente para as situações concretas. Contudo, não há a total exclusão dos métodos clássicos, mas uma inadequação, no comum das vezes, sem prejuízo do emprego em dadas situações".

Nesse ponto, estariam evidenciadas as insuficiências da concepção de democracia identificada exclusivamente com a regra da maioria. A democracia representaria também a **proteção às minorias**, e essa proteção, como já mencionava Kelsen³⁶, seria "função essencial dos chamados direitos e liberdades fundamentais, os direitos do homem e do cidadão". No **Brasil** a questão da **proteção das minorias** assume **importância**

³⁴ Ibid., p.53.

³⁵ A interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre poderes, in: Teoria dos direitos fundamentais, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.99-100.

³⁶ Essenza e valore della democrazia, Bologna: Il Mulino, 1984, p.94, apud Celso Fernandes Campilongo, op. cit., p.52, nota 34.

secundária, como lembra CELSO FERNANDES CAMPILONGO, reportando-se à FABIO KONDER COMPARATO³⁷:

"O desrespeito seria tão grande que na verdade atingiria a maioria da população. Proteger as minorias, ainda que fundamental e indispensável, seria secundário em um contexto em que os direitos fundamentais são negados à própria maioria".³⁸

Sob outra ótica, e já numa visão positivista da problemática dos direitos humanos, o autor alemão HÖFFE³⁹ observa que para um efetivo reconhecimento dos direitos humanos, os mesmos não poderão ficar adstritos às constantes mudanças políticas e de entendimento próprias dos regimes democráticos. O lugar jurídico adequado à proteção dos direitos humanos seria a Constituição. Os direitos humanos, que seriam padrões morais em sua visão mais pura, não se submetem à ordem jurídica, esta é que deve submeter-se a eles, iniciadores e guardiães do homem:

"Seu lugar jurídico, sistematicamente adequado é a constituição (escrita ou não-escrita) e em seu âmbito, aquela parte que está protegida contra as decisões da maioria das colisões que se sucedem. A positivação dos direitos humanos, própria do ponto de vista da teoria da legitimação, não acontece na democracia, mas somente no estado democrático constitucional."

É certo, contudo, que a garantia constitucional, pela própria limitação da soberania, nem sempre é o instrumento mais eficaz para a proteção dos direitos humanos, como veremos adiante.

O que se observa claramente na atualidade é que, além da proteção conferida pelas Constituições, **os direitos humanos tendem cada vez mais a se internacionalizarem**, como atesta FERNANDO BARCELLOS DE ALMEIDA⁴⁰: "Os Direitos Humanos estão inseridos no contexto de Estado nacional, embora aos poucos venham se tornando internacionais. Por isso eles tendem a estar expressamente inseridos nas Constituições nacionais e nos grandes documentos internacionais".

Dessa forma, a internacionalização das garantias fundamentais, nos leva ao grande debate a respeito da legitimidade do uso da força, a despeito da soberania, em defesa dos direitos humanos, a que dedicaremos o capítulo 12 deste estudo.

³⁷ Por que não a soberania dos pobres?, p.105, in: Constituinte e democracia no Brasil hoje, São Paulo: Brasiliense, Emir Sader Organizador, 1985, p.105, apud Celso Fernandes Campilongo, op. cit., p. 52, nota 34.

³⁸ Celso Fernandes Campilongo, op. cit., p.52, nota 34.

³⁹ Fundamentação de uma filosofia crítica do Direito e do Estado, in: Justiça política, Tradução de Ernildo Stein, Petrópolis: Vozes, 1991, p.370, apud Esther Bueno Soares, Democracia, da Grécia à unidade europeia, p.29.

⁴⁰ Teoria geral dos direitos humanos, p.19.

11. PLURALISMO E DEMOCRACIA: A DICOTOMIA DO PÚBLICO E DO PRIVADO NA MODERNA DEMOCRACIA E SUA INFLUÊNCIA NA CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS

Em conferência proferida no dia 23 de março de 1999, no auditório da Escola Superior do Ministério Público paulista, sob o tema "Divergências e Convergências da Teoria Democrática e dos Direitos humanos", deixou o Professor RENATO JANINE RIBEIRO assentado que modernamente quase todas as ações estão na vida privada.

Para este professor, cujo magistério deu azo a este pequeno trabalho, a dimensão pública é muito limitada na vida moderna, o bem privado impera sobre o bem público. O bem privado se torna a tal ponto preponderante que para lidarmos com a coisa pública precisamos "contratar" alguém, que seriam os representantes.

Ao contrário do que ocorria na democracia ateniense, onde existia o entusiasmo pela coisa coletiva, a democracia moderna, ou representativa não consegue ativar este sentimento na população.

Dessa forma, seria lícito fazer o seguinte paralelo: se na democracia direta tínhamos a noção de que "todos são tripulantes no navio do Estado", na democracia representativa teríamos que "a nau do Estado é formada, em sua maioria, por passageiros".

Somente em determinados momentos a situação se inverteria, como no momento do voto: "se estou numa sociedade democrática, tenho de ficar durante um determinado momento como tripulante".

A noção de cidadania, torneada por esta mentalidade, seria pensada a partir das relações de consumo, com os direitos humanos voltados para a consecução de benesses pessoais, e não como integração a um movimento coletivo.

A respeito do tema, é interessante transcrever passagem de NORBERTO BOBBIO⁴¹, quando este diferencia a democratização do Estado e da sociedade:

"Percebe-se que uma coisa é a democratização do Estado (ocorrida com a instituição dos parlamentos), outra coisa é a democratização da sociedade, donde se conclui que pode muito bem existir um estado democrático numa sociedade em que a maior parte de suas instituições – da família à escola, da empresa à gestão dos serviços públicos – não são governados democraticamente".

⁴¹ O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo, p.53.

Dessa forma, chegamos ao ponto de identificar, nas preocupações demonstradas e expressadas pelo ilustre conferencista acima citado, a problemática que BOBBIO vê a detectar no **pluralismo**:

"O deslocamento do ângulo visual do estado para a sociedade civil nos obriga a considerar que existem outros centros de poder além do estado. Nossas sociedades não são monocráticas mas policráticas.

Uma coisa porém é certa: tão logo abandonamos o ponto de vista restrito do sistema político e ampliamos a visão para a sociedade subjacente devemos fazer as contas com centros de poder que estão dentro do estado, mas que não se identificam imediatamente com o estado. Inevitável, neste ponto que o problema da democracia encontre e por assim dizer englobe o problema do pluralismo".⁴²

Para BOBBIO, o pluralismo nos permitiria apreender uma característica fundamental da democracia dos modernos em comparação com a democracia dos antigos: a **liberdade (ou liceidade) do dissenso**. Por outro lado, somente numa sociedade pluralista o dissenso seria possível. Da mesma forma que é possível somente no pluralismo, a existência do dissenso é fundamental para a sobrevivência da democracia.

O que o mestre italiano tenta com isso explicar, é que muitas o que parece ser um preocupante sintoma da crise do sistema democrático, caracterizado pela apatia política, é na verdade um sinal da sua perfeita saúde: "basta interpretar a apatia política não como recusa ao sistema, mas como benévola indiferença".⁴³

Este fenômeno, ligado de certa forma à capacidade de discordar, poderia ser denominado, por sua vez, de separação da política, renúncia à política e recusa à política, que BOBBIO denomina **fenomenologia do refluxo**.

A primeira, **separação da política**, encontraria sua expressão mais incisiva na fórmula "nem tudo é política", de forma que a vida das pessoas comuns desenvolver-se-ia, na maior parte dos casos, em espaços diversos, que estão fora do espaço ocupado pela política.

A segunda atitude, **renúncia à política**, seria resumida na fórmula "a política não é de todos", ou seja, a política, feita para poucos, é uma realidade não desmentida nem mesmo nas sociedades ditas democráticas, sendo melhor a sociedade que na qual exista uma certa divisão do trabalho e a maior parte das pessoas estejam livres do empenho cotidiano de ocupar-se dos negócios públicos (diz respeito aos limites dos sujeitos chamados a participar desta atividade).

⁴² Ibid., p.57-58.

⁴³ Ibid., p.70.

Observe-se que enquanto a "primeira atitude" diria respeito aos limites da atividade política, a "segunda atitude" seria própria aos limites dos sujeitos chamados a participar desta atividade.

Por fim, a terceira atitude, de **recusa à política**, que melhor caracterizaria o fenômeno do refluxo, implicando sempre em um juízo de valor, de condenação à política, seria feita de dois diferentes modos: o primeiro, "predominantemente egoístico, particularista e economicista", seria própria da indiferença pequeno-burguesa, segundo o qual sábio seria aquele que cuida do próprio "particular" e quem se ocupa da política é alguém que dela tira proveito; o segundo, ético-filosófico, seria próprio de quem não consegue ver na política mais do que o "vulto demoníaco do poder".⁴⁴

Certamente não é fácil compreender como a indiferença poderia ser benéfica ao regime democrático (ou mesmo a qualquer outro tipo de governo). Por outro lado, o que BOBBIO chama de fenomenologia do refluxo, certamente está relacionado, sem embargo das formas contidas acima, também à idéia de ente autônomo que o Estado imprime aos seus cidadãos, como bem lembrou o Professor RENATO JANINE RIBEIRO em sua profícua exposição.

Os cidadãos, efetivamente, não se reconheceriam como parte do Estado, o que também contribuiria, e muito, para a apatia generalizada, no que tange à cultura do bem público e do bem comum. Dessa forma, nada mais restaria a fazer senão apelar à filantropia, à ação das ONG's e mesmo às boas intenções.

Como alerta o ilustre professor e conferencista, existe a necessidade premente de reassumir o enfoque democrático, no que concerne à ativa participação política nas decisões, ou então os direitos humanos não se concretizarão. Se a democracia é um valor, deve então se expandir a outras esferas, mesmo da vida privada e no ambiente de trabalho, por exemplo.

Em outras palavras, não só o Estado, mas também a sociedade deve se democratizar, para então, a partir daí, iniciar o rumo das novas conquistas no terreno dos direitos humanos. Passos nesse sentido parecem estar sendo dados, como por exemplo, com o advento dos chamados orçamentos participativos.

12. A INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E A QUESTÃO DA SOBERANIA

Embora a Revolução Francesa, conforme lembrado pela maior parte dos doutrinadores, tenha marcado o retorno da democracia e o advento dos

⁴⁴ Norberto Bobbio, O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo, p.76-80.

direitos humanos, foi somente após o fim da 2ª Guerra Mundial que estes últimos foram efetivados.⁴⁵

Os direitos humanos, que estavam inicialmente inseridos no contexto do Estado nacional, foram paulatinamente incorporados às Constituições a partir do século XIX, em meio ao movimento denominado "constitucionalismo", o que significou, em última análise, uma maior garantia de respeito a estes preceitos.

Contudo, se o constitucionalismo, por um lado, trouxe uma maior garantia da observância dos direitos humanos, por outro, expôs a fragilidade de um sistema adstrito aos Estados singularmente considerados, que não era capaz de evitar que outros seres humanos, parte de outro Estado que esse sistema não reconhecia, ou que em determinado momento histórico passasse a ignorar os direitos humanos, agisse contrariamente a estes.

O advento do nazismo e seu catastrófico saldo de atrocidades, especialmente entre a população de origem judaica, com as contínuas violações a todos os direitos da pessoa humana ocasionadas no Holocausto, forçou os governos a adotarem uma série de medidas que viessem, definitivamente, a tornar efetivas as garantias já explicitadas anteriormente na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, mas desta vez de uma forma que envolvesse uma espécie de proteção que, extrapolando os limites de cada Estado, oferecesse uma proteção de âmbito internacional.

Inicia-se então o processo de internacionalização dos direitos humanos, que acaba por culminar na responsabilização do Estado que se mostre falho ou omissivo na proteção destes direitos.

A respeito, FLÁVIA PIOVESAN, com base em CELSO LAFER⁴⁶, observa que:

⁴⁵ Sob o ponto de vista histórico de seu surgimento, os doutrinadores costumam classificar os direitos humanos em três gerações. A primeira geração seria constituída pelos direitos civis e políticos, direitos clássicos e negativos que exigem uma abstenção por parte do Estado. Conquista de uma classe emergente, a burguesia, durante a Revolução Francesa, esses direitos foram explicitados no Pacto Internacional dos Direitos Civis de 1966. A segunda geração seria constituída pelos direitos econômicos, sociais e culturais. São conquistas das classes dominadas, que não têm o poder político, mas lutam por ele. Surgem em meados do século XIX, com a Revolução Industrial e são explicitados no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, também de 1966. Por fim, em sua terceira geração, surgem os direitos humanos de solidariedade internacional, "nos quais os beneficiários são, não só os indivíduos, mas também os povos", após a 2ª Guerra Mundial, consubstanciados na Carta das Nações Unidas, de 1945. É a internacionalização dos direitos humanos, que vimos anteriormente, com a repressão à escravidão, ao genocídio, à tortura, às discriminações e mais recentemente em defesa das práticas democráticas, da paz, do meio ambiente, do desarmamento, do desenvolvimento, etc. (cf. Fernando Barcellos de Almeida, teoria geral dos direitos humanos, p.55). Surge a proteção supra-nacional e a soberania é relativizada.

⁴⁶ Celso Lafer, a reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt, São Paulo: Companhia das Letras, 1988, apud Flávia Piovesan, op. cit., p.140, nota 49.

"No momento em que os seres humanos se tornam supérfluos e descartáveis, no momento em que vige a lógica da destruição, em que cruelmente se abole o valor da pessoa humana, torna-se necessária a reconstrução dos direitos humanos, como paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável. A barbárie do totalitarismo significou assim a ruptura do paradigma dos direitos humanos, através da negação do valor da pessoa humana como fonte do Direito. **Diante desta ruptura, emerge a necessidade de reconstrução dos direitos humanos, como referencial e paradigma ético que aproxime o direito da moral.** Neste cenário o maior direito passa a ser, adotando a terminologia de Hannah Arendt, o direito a ter direitos, ou seja, o direito a ser sujeito de direitos". (g.n.)

Nesse passo, é criada, em 1945, a Organização das Nações Unidas, que demarcaria o surgimento de uma nova ordem internacional, com preocupações que incluem a proteção internacional dos direitos humanos.

Surge então, em 1948, já sob a égide de uma nova mentalidade, a **Declaração Universal dos Direitos do Homem**, que veio a consolidar o movimento que propugnava pela internacionalização dos direitos humanos.

RENÉ CASSIN⁴⁷, que participou da elaboração da Declaração, faz uma análise da suas características primordiais:

"Esta Declaração se caracteriza, primeiramente, por sua **amplitude**. Compreende um conjunto de direitos e faculdades sem as quais um ser humano não pode desenvolver sua personalidade física, moral e intelectual. Sua segunda característica é a **universalidade**: é aplicável a todas as pessoas de todos os países, raças, religiões e sexos, seja qual for o regime dos territórios nos quais incide. Ao finalizar os trabalhos, a Assembléia Geral, graças à minha proposição, proclamou a Declaração Universal (...) Ao fazê-lo conscientemente, a comunidade internacional reconheceu que o indivíduo é membro direto da sociedade humana, na condição de sujeito direto do Direito das Gentes. Naturalmente, é cidadão de seu país, mas também é **cidadão do mundo**, pelo fato mesmo da proteção internacional que lhe é assegurada". (g.n.)

Segundo FLÁVIA PIOVESAN⁴⁸, que estudou a fundo a problemática dos direitos humanos, a Declaração de 1948 introduz extraordinária inovação, ao conter uma linguagem de direitos até então inédita: "Combinando o discurso liberal da cidadania com o discurso social a Declaração passa a elencar tanto direitos civis e políticos, como direitos sociais, econômicos e culturais".

A par da grande contribuição que a Declaração Universal de 1948 impôs aos direitos humanos, cumpre lembrar os seus precedentes, que da mesma forma, contribuíram para a redução da soberania absoluta emprestado à

⁴⁷ El problema de la realización de los derechos humanos en la sociedad universal, in: veinte años de evolución de los derechos humanos, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974, p.397, apud Flávia Piovesan, op. cit., p.155, nota 49.

⁴⁸ Direitos humanos e o direito constitucional internacional., p.61-62.

noção de Estados, ou seja, a Liga das Nações, o Direito Humanitário e a Organização Mundial do Trabalho:

"Vale dizer, o advento da Organização Internacional do Trabalho, da Liga das Nações e do Direito Humanitário registra o fim de uma época em que o Direito internacional era, salvo raras exceções, confinado a regular relações entre Estados, no âmbito estritamente governamental. Através destes institutos, não mais se visava proteger arranjos e concessões recíprocas entre Estados. Visava-se sim ao alcance de obrigações internacionais a serem garantidas ou implementadas coletivamente que, por sua natureza, transcendiam os interesses exclusivos dos Estados contratantes. Estas obrigações internacionais voltavam-se à salvaguarda dos direitos do ser humano e não das prerrogativas dos Estados. Estes institutos rompem, assim, com o conceito tradicional que concebia o Direito Internacional apenas como a lei da comunidade internacional dos Estados e que sustentava ser o Estado o único sujeito de Direito Internacional. Rompem ainda com a noção de soberania nacional absoluta, na medida em que admitem intervenções no plano nacional, em prol da proteção dos direitos humanos".⁴⁹

Como existiam discussões acerca da existência de força jurídica vinculante na Declaração Universal, visto esta ter assumido a forma de Declaração e não Tratado, o processo de fortalecimento jurídico dessa Carta Internacional de Direitos veio após dezoito anos, com a proteção internacional dos direitos humanos acrescida de dois tratados distintos: Pactos das Nações Unidas de Direitos Cívicos e Políticos, e Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de forma que ANTONIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE⁵⁰, a respeito, assevera que:

"O corpus normativo do direito internacional dos direitos humanos é hoje bastante vasto, compreendendo uma multiplicidade de tratados e instrumentos, a níveis global e regional, com âmbitos variáveis de aplicação e cobrindo a proteção de direitos humanos de diversos tipos e em domínios distintos da atividade humana".

Dessa forma, vão surgindo novos instrumentos que, a par da crescente internacionalização da proteção dos direitos humanos, começam a criar sistemas normativos que possibilitam a responsabilização do Estado, quando seus órgãos internos se fazem falhos ou omissos neste mister, inclusive através de sistemas regionais de proteção, como por exemplo aquele formado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Estes sistemas de proteção específicos fazem com que os seres sejam vistos não só em sua generalidade e abstração, como detentores de direitos, mas também concretamente, como são os casos, por exemplo, das

⁴⁹ Ibid., p.137-138.

⁵⁰ Direitos humanos e meio ambiente: paralelos dos sistemas de proteção internacional, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p.39-40.

Convenções contra Tortura e contra o Genocídio, sobre o Meio Ambiente, Desenvolvimento dos Povos, etc.

Cumpramos lembrar ainda a atual preocupação demonstrada nas legislações com a proteção das minorias, que refletem parcela da vontade geral, embora não se alinhem com o grupo predominante, conforme já comentamos rapidamente no capítulo 10. deste trabalho:

"A multiplicidade das relações sociais permite, num Estado Democrático, a existência de inúmeros segmentos que, de alguma forma, não se enquadram no conceito majoritário presente em determinado tempo e espaço. Os interesses que definirão essa participação dissidente são de gama variada. Podem desde ser de ordem política, religiosa, de preferência sexual, determinantes de um ato de vontade ou mesmo procedimentos de base involuntária, como no caso das pessoas portadoras de deficiência etc".⁵¹

Outra tendência verificada no sistema de proteção dos direitos parece ser a da discussão da legitimidade da **intervenção** de um país em outro, ou de uma aliança militar sobre um país, numa espécie de "policimento global" **capaz de transpor os próprios limites da soberania.**

Se observarmos o confronto militar ocorrido na província de Kosovo, naquele momento sob o controle sérvio, veremos, excluindo é claro eventuais e inconfessáveis razões de natureza política ou mesmo econômica, que as tropas da Organização do Tratado do Atlântico Norte, intervêm sob o poderoso argumento da proteção aos direitos fundamentais do homem (representado pelos albaneses étnicos, que sofriam reiteradas violações aos seus direitos fundamentais) expressados nas anteriores Cartas Internacionais de Direitos.

13. A SITUAÇÃO BRASILEIRA

Como não podia ser diferente, não poderíamos abordar a questão dos direitos humanos e sua correlação com a democracia, sem antes fazer uma breve menção à situação brasileira em relação à proteção desses direitos.

No Brasil, os direitos civis não antecederam os direitos políticos, sendo reconhecidos formalmente e conjuntamente pela Constituição do Império, sofrendo uma evolução gradual sujeita a retrocessos (décadas de 30 e 70), até culminar na Carta de 1988, que elegeu os valores da dignidade humana como princípio informativo. Segundo FLÁVIA PIOVESAN⁵², a Constituição de 1988 elevando à condição de cláusula pétrea os direitos e garantias

⁵¹ Luiz Alberto David Araújo, a questão das minorias no sistema constitucional brasileiro: estudo de um caso, in: democracia hoje um modelo político para o Brasil, São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, Celso Bastos Editor, 1997, p.198.

⁵² Direitos humanos e o direito constitucional internacional, p.61-62.

fundamentais, inova ainda ao incluir no catálogo de direitos fundamentais não apenas os direitos civis e políticos, mas também os direitos sociais:

"Trata-se da primeira Constituição brasileira a integrar, na declaração de direitos, os direitos sociais, tendo em vista que nas Constituições anteriores as normas relativas a estes direitos encontravam-se dispersas no âmbito da ordem política e social, não constando do título dedicado aos direitos e garantias. Nesta ótica, a Carta de 1988 acolhe o princípio da indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, pelo qual o valor da liberdade se conjuga ao valor da igualdade, não havendo como divorciar os direitos de liberdade dos direitos de igualdade".⁵³

Esta nova sistemática trouxe, além dos aspectos apontados acima pela autora citada, uma disposição no trato das questões internacionais nunca vista, que se traduziu nos incisos II, III, VIII e IX, do artigo 4º da Constituição Federal, entre eles a **prevalência dos direitos humanos**.

Ao romper a sistemática das Cartas anteriores, a Constituição de 1988 imediatamente consagraria o primado do respeito aos direitos humanos como paradigma propugnado para a ordem internacional. Este princípio invocaria a abertura da ordem jurídica interna ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos. A prevalência dos direitos humanos, como princípio a reger o Brasil no âmbito internacional, não implicaria apenas no engajamento do país no processo de elaboração de normas vinculadas ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, mas também na busca da plena integração de tais regras à ordem jurídica interna brasileira:

"A partir do momento em que o Brasil se propõe a fundamentar as suas relações com base na prevalência dos direitos humanos, está ao mesmo tempo reconhecendo a existência de limites e condicionamentos à noção de soberania estatal. Isto é, a soberania do Estado brasileiro fica submetida a regras jurídicas, tendo como parâmetro obrigatório a prevalência dos direitos humanos. Rompe-se com a concepção tradicional de soberania estatal absoluta, reforçando o processo de sua flexibilização e relativização, em prol da proteção dos direitos humanos. Este processo é condizente com as exigências do Estado Democrático de Direito constitucionalmente pretendido".⁵⁴

FLÁVIA PIOVESAN por fim observa que, em conformidade com o parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição brasileira, propõe-se uma nova classificação dos direitos fundamentais. Por ela, estes direitos seriam organizados em três grupos distintos: a) o dos direitos expressos na Constituição; b) o dos direitos expressos em tratados internacionais de que o Brasil seja parte; c) o dos direitos implícitos, que estariam subentendidos nas regras de garantias, bem como o dos direitos decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição. E continua:

⁵³ Ibid., p.68-70.

⁵⁴ Ibid., p.317-318.

"Se os direitos implícitos apontam para um universo de direitos impreciso, vago, elástico e subjetivo, os direitos expressos na Constituição e nos tratados internacionais de que o Brasil seja parte compõem um universo claro e preciso de direitos. Quanto a estes últimos, basta examinar os tratados internacionais de proteção aos direitos humanos ratificados pelo Brasil, para que se possa delinear e definir o universo dos direitos internacionais constitucionalmente protegidos". (opt. cit., p.318, nota 53).

Não obstante a real evolução constitucional da proteção aos direitos humanos no Brasil, estabelecida na Constituição Federal de 1988, o certo é que longo caminho resta ainda para que todos sejam efetivados e concretizados, enquanto algo palpável que seja percebido pelo povo, e não simplesmente uma previsão formal não posta em prática, como adverte JOSÉ DAMIÃO DE LIMA TRINDADE:

"Se, no plano jurídico, a antiga contradição entre a liberdade (individualista) e a demanda de igualdade real encontrou caminhos para ser conceitualmente superada, é fácil constar que nem mesmo no plano jurídico essa "superação" foi incorporada – basta olhar para os compêndios de doutrina que insistem em qualificar os direitos sociais como meramente "programáticos" (não exigíveis), ou para as normas legais que os tratam efetivamente dessa maneira ou, ainda, para os tribunais que, quase sem exceções, acatam esse entendimento. Não é sem motivos que aquela contradição, malgrado superada conceitualmente, persiste com tanta força no interior do próprio Direito: é que ela não foi ainda superada no terreno mais palpável e mais sensível da vida. Aquela contradição persiste na sociedade. A solução jurídico-conceitual concebida não corresponde à sua efetividade social".⁵⁵

Se observamos que o processo de redemocratização do país foi iniciado no ano de 1985, e que a Constituição brasileira de 1988 foi fruto dessa abertura, teremos que a sociedade brasileira no curto período de três anos, foi capaz de elaborar uma das mais avançadas constituições do mundo, no que tange à proteção e à garantia dos direitos fundamentais. Contudo, certamente muito ainda há que ser feito nesse sentido: como converter em ação as boas intenções demonstradas pela Carta Magna outorgada em 1988?

Entendemos que a adição de novas conquistas ou mesmo a manutenção daquelas já incorporadas ao rol dos direitos humanos, passa necessariamente pelo fortalecimento da sociedade civil, organizada ainda de forma incipiente no Brasil, e não simplesmente pela solidez institucional proporcionada pela Constituição.

14. CONCLUSÃO

⁵⁵ Anotações sobre a história social dos direitos humanos, p.160-161.

Se os cidadãos, como já mencionamos anteriormente, não se preocupam em assumir como "tripulantes a nau do Estado", seja pelos motivos apontados por BOBBIO, ou mesmo por esta falta de identificação com o coletivo, teremos a construção de uma teoria dos direitos humanos voltada exclusivamente, como já observou RENATO JANINE RIBEIRO, para a satisfação das benesses pessoais, e não como necessária integração aos movimentos sociais.

Por outro lado, se o pluralismo é condição essencial para a sobrevivência da democracia, o dissenso não deve ser direcionado para a trilha da omissão ou mesmo da indiferença. Entendemos, ao contrário de BOBBIO, que tal procedimento não deve ser visto como "benéfico", mas sim "cúmplice" do conformismo e corolário da desigualdade. Cremos que o dissenso, se orientado para o caminho do engajamento político e social, terá a condição de assumir sua verdadeira vocação, como "centro de pressão" dos cidadãos a respeito de atos que estes, enquanto partes integrantes do Estado, entendam que devem ser tomados.

BIBLIOGRAFIA

ABBAGNANO, Nicola. *História da Filosofia*. Tradução de Antonio Borges Coelho e outros. 4.ed. Lisboa: Editorial Presença., [s.a.p.]. 256p.

ALMEIDA, Fernando Barcellos de. *Teoria Geral dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1996. 212p.

BOBBIO, Norberto. *El Tiempo de Los Derechos*. Tradução de Rafael de Asís Roig. Madrid: Editorial Sistema, [s.a.p.]. 256p.

_____. *O Futuro da Democracia*. Uma Defesa das Regras do Jogo. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. 171p.

_____. *Estado, Governo, Sociedade. Para uma Teoria Geral da Política*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 4.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995. 173p.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e Democracia*. São Paulo: Max Limonad, 1997. 141p.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 3.ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 3.ed. São Paulo: Max Limonad, 1997. 487p.

QUIGLEY, Carrol. *A Evolução das Civilizações*. Tradução de João Távora. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1963. 307p.

SOARES, Esther Bueno. Democracia, da Grécia à Unidade Européia. In: Celso Bastos Editor. *Democracia Hoje, Um Modelo Político para o Brasil*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997. p.11-40

TRINDADE, José Damião de Lima. *Anotações sobre a História Social dos Direitos Humanos*. Direitos Humanos: Construção da Liberdade e da Igualdade. In: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado. São Paulo: C.E. da P.G.E., 1998. 523p.

* Tema proposto pelo Professor Doutor Renato Janine Ribeiro, durante aula ministrada no Curso de Especialização em Interesses Difusos e Coletivos da Escola Superior do Ministério público de São Paulo, no ano de 1999.

"ALGUMAS PALAVRAS ACERCA DAS PROPOSTAS DE ADOÇÃO DA PENA DE MORTE, DA PRISÃO PERPÉTUA E DA REDUÇÃO DA IMPUTABILIDADE PENAL PARA 14 ANOS DE IDADE."

Yuri Carajescov

1. Introdução. 2. A pena de morte e a prisão perpétua. 3. A diminuição da idade de imputabilidade penal. 4. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

É fato notório que a violência decorrente da atividade criminosa, principalmente nas grandes cidades brasileiras, tem assumido contornos endêmicos. As estatísticas, todos os dias publicadas nos jornais, estão a retratar essa realidade.

Recentemente, o relator da ONU sobre Direito à Alimentação, Jean Ziegler, diagnosticou, não sem causar grande polêmica, que o Brasil vive uma guerra social. Segundo ele, "são 40 mil assassinatos por ano, de acordo com as estatísticas do Ministério da Justiça. Para a ONU, 15 mil mortos são indicador de guerra".

A população amedrontada, diz recente pesquisa realizada pelo DATAFOLHA (jornal Folha de São Paulo, 10.03.02), clama por urgente solução a essa problemática, mesmo que ao arrepio dos cânones constitucionais. O referido levantamento nacional demonstra que 51% dos brasileiros são a favor da pena de morte; 72% são a favor da prisão perpétua e 84% pela convocação do exército para combater a violência urbana.

Já em 1991, o ilustre ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal EVANDRO LINS E SILVA, em entrevista à revista Veja, de 22.05.91, p. 90, avaliava a situação da criminalidade no país de modo a tornar o diagnóstico de outrora de todo aplicável à realidade dos dias atuais, sendo, por isso, de valia a reprodução de algumas de suas palavras:

"Toda vez que a violência aumenta, as pessoas tendem a clamar por medidas punitivas mais rigorosas para os transgressores das leis. Pedem a pena de morte para os mais perigosos e cadeia para todos quantos saiam do trilho da conduta determinada pela legislação em vigor. Essa é uma reação instintiva e nada racional. Ninguém ignora que hoje no Brasil a prisão não regenera nem ressocializa as pessoas que são privadas da liberdade por terem cometido algum tipo de crime. Ao contrário, é de conhecimento geral que a cadeia perverte, corrompe, deforma, avilta e

embrutece. É uma universidade às avessas, onde se diploma o profissional do crime."

Sobre a mesma temática, ponderou o eminente ALBERTO SILVA FRANCO, citando o mestre ANTÔNIO GARCIA-PABLOS DE MOLINA:

"(...) em muitos casos significa desconfiança para com o sistema e suas instituições, fomenta a autoproteção da vítima à margem da lei com risco de notórios excessos defensivos, modifica os estilos de vida de amplos setores da população gerando contínuos comportamentos assolidários para com outras vítimas e desencadeia, logicamente, uma política criminal passional, baseada num rigor desmerecido no apelo à pena, que põe em perigo as conquistas racionais e humanitárias de nosso tempo. Em tempos de crise, o medo ao delito costuma ser manipulado por opções políticas concretas, capazes de instrumentar, a seu serviço, conhecidos mecanismos psicossociais."¹

Com o objetivo claro de tirar algum proveito eleitoral da escalada da violência criminoso, os demagogos de sempre dirão que a polícia deve agir sem as amarras da lei, jogando às traças o princípio da legalidade administrativa (artigo 37, caput, da CF); que os direitos humanos não devem valer para aqueles classificados como "bandidos", aliás, dirão que são, os direitos humanos, os grandes responsáveis pelo aumento vertiginoso da criminalidade; que o Estado deve, sim, poder dispor da vida dos cidadãos. De outra parte, os demagogos de turno, à espreita de algumas migalhas ou votos, farão, sem o mesmo talento dos outros, ecoar esse ideário, como se deles fosse.

No pacote de propostas repressivas para deter a violência costumeiramente apresentado em épocas eleitorais há de tudo. Da adoção da pena capital à prisão perpétua, passando pela redução da idade de imputabilidade penal para 14 anos, ou menos, já que parte dos crimes são cometidos por menores.

Com efeito, os tais antídotos aos males da violência não passam de mistificações, porque são inadmitidos no Estado Democrático de Direito, o qual se pretende o brasileiro.

2. A PENA DE MORTE E A PRISÃO PERPÉTUA

Até mesmo os menos avisados sabem que a ordem constitucional vigente não autoriza a adoção da pena de morte, salvo em caso de guerra declarada (ex vi do artigo 5º, inciso XLVII, alínea "a"), nem a prisão perpétua (ex vi do artigo 5º, inciso XLVII, alínea "b"), tampouco admite emendas constitucionais a esse respeito (ex vi do artigo 60, §4º, inciso IV, da C.F.).

¹ Crimes hediondos, p.24.

É certo que o dispositivo que veda a adoção da pena capital, salvo em caso excepcionalmente autorizado pelo constituinte originário, constitui-se em garantia fundamental do indivíduo, oponível contra o Estado, a tutelar o direito à vida (artigo 5º, caput, da C.F.) e a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da C.F.). Da mesma forma a determinação constitucional impeditiva do cárcere perpétuo.

Sobre o tema, há de enriquecer o debate os ensinamentos do ilustre professor PAULO BONAVIDES:

"Quanto ao caminho de emenda, a proposta que intentasse estabelecer a pena de morte não poderia sequer ser objeto de deliberação em virtude do inciso IV do art. 60 da Constituição, visto não haver direito e garantia mais altos e fundamentais para o indivíduo do que o direito e a garantia à própria vida. A proposta, se recebida, violaria, assim, a natureza de uma proteção absoluta e intangível de que o Constituinte de primeiro grau - aquele que faz as Constituições no ato decisório concentrador de todos os poderes de soberania - rodeou os direitos e garantias individuais. Salvaguardados numa cláusula pétreia, ficaram eles, portanto, fora do alcance do Constituinte de segundo grau, a saber, aquele que, sendo titular do poder de reforma constitucional, se acha, todavia, sujeito a limitações invioláveis decretadas pela vontade constituinte primária, que é a vontade dos autores da Constituição. A proposta da pena de morte não pode, dessa maneira, prosperar; nem por via legislativa ordinária, nem por via de alteração do texto constitucional."²

3. A DIMINUIÇÃO DA IDADE DE IMPUTABILIDADE PENAL

Nessa esteira, porque também objeto de debate intenso, afigura-se conveniente questionar, à luz da ordem constitucional em vigor, se teria o constituinte derivado o poder de alterar o artigo 228 da Constituição Federal para reduzir de 18 para 14 anos a idade de imputabilidade penal.

Ao lado da total inconveniência e inoportunidade de se relegar adolescentes³ em formação ao cárcere, tal qual adultos, o que se daria através da diminuição da idade de imputabilidade penal, vislumbra-se a existência de obstáculo de índole constitucional a empecer tal medida.

O artigo 228 da C.F., inserido no Capítulo VII "DA FAMÍLIA, DA CRIANÇA, DO ADOLESCENTE E DO IDOSO", prescreve que: "São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial."

² A Constituição aberta, p.160.

³ O Estatuto da Criança e do Adolescente classifica como criança os cidadãos entre 0 e 12 anos incompletos e adolescentes aqueles entre 12 e 18 anos.

É de se notar que a norma inscrita no citado dispositivo constitucional encerra garantia fundamental dos cidadãos menores de 18 anos face o *ius puniendi*, isto é, a "faculdade atribuída ao Estado de qualificar crimes, cominar penas e sanções afins e aplicá-las".⁴

Importa, a título de esclarecimento, estabelecer a exata distinção entre direitos e garantias fundamentais, eis que institutos diferentes. Para tanto, recorre-se aos ensinamentos do insigne RUY BARBOSA:

"Separando as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos; estas, as garantias; ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito." (destaques do original)⁵

Com efeito, a norma prevista no artigo 228 da C.F. está a garantir o direito fundamental dos cidadãos menores de 18 anos à liberdade, previsto especificamente no caput do artigo 227 e genericamente no caput do artigo 5º, todos da Lei Maior.

A regra do artigo 228 tutela direito de 1º geração à liberdade de ir, vir e ficar, que, segundo a sua própria redação, somente pode ser limitado pelo Estado segundo regras de "**legislação especial**".

Face à configuração constitucional vigente, não é dado ao Estado impor sanções de índole penal às crianças e aos adolescentes infratores, limitadoras desse valor supremo (liberdade) em sua faceta que revela o direito de ir, vir e ficar, mas tão-somente medidas sócio-educativas (cf. estabelece o ECA - Lei Federal nº 8.069/90) que com aquelas não se confundem, diferenciando-se em sua essência por imperativo constitucional.

Importa trazer à baila a distinção axiológica entre as medidas punitivas de caráter penal e as sócio-educativas, tomando como norte valioso pronunciamento da Associação Juízes para a Democracia (in Revista da Associação nº 23 ano 5 jan/mar2001):

"O limite fixado para a maioria penal não pode ser confundido com a idéia de desresponsabilização da juventude: a inimputabilidade não é sinônimo de impunidade. **O critério de fixação da idade penal é essencialmente cultural e político, revelando o modo como uma sociedade lida com conflitos e as questões da juventude, privilegiando uma lógica vingativo-repressiva ou uma lógica educacional.**" (grifo nosso)

⁴ Galdino Siqueira, Tratado de direito penal, p. 17.

⁵ República: teoria e prática (textos doutrinários sobre direitos humanos e políticos consagrados na primeira Constituição da República), Petrópolis/Brasília, Vozes/Câmara

Há se reconhecer que o constituinte originário não apenas deixou de outorgar ao Estado o *ius puniendi* aos menores de 18 anos, segundo os critérios sancionatórios do Direito Penal, como também impediu que o constituinte derivado o fizesse.

Sendo a regra do artigo 228 da C.F., garantia de um direito fundamental de 1º geração (direito à liberdade), lícito concluir, à luz do artigo 60, §4º, inciso IV, da C.F., pela inadmissão até mesmo de emenda constitucional veiculadora da redução da idade de imputabilidade penal.

Ainda que sob um olhar meramente topográfico da constituição federal não se pode dizer que os direitos e garantias fundamentais encontram-se apenas elencados no artigo 5º da C.F. O parágrafo segundo do mesmo dispositivo é cristalino em sentido contrário, ao estabelecer: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte."

No mesmo sentido, cumpre trazer à colação a opinião do ilustre Promotor de Justiça OLYMPIO DE SÁ SOTTO MAIOR NETO, exposta em tese apresentada no IV Congresso da Associação dos Magistrados e Promotores da Infância e Adolescência, por sinal, aprovada por unanimidade e citada pelas nobres Promotoras de Justiça do Distrito Federal e Territórios CLEONICE MARIA RESENDE e HELENA RODRIGUES DUARTE em artigo publicado na Revista de nº 23 da Associação Juízes para a Democracia:

"O primeiro ponto que deve ser ressaltado – e que importa, na prática, fulminar com qualquer proposta de emenda constitucional direcionada à redução da imputabilidade penal – contemplada a conclusão de que a imputabilidade penal somente a partir dos dezoito anos, trazida à condição de cânone constitucional pela Assembléia Nacional Constituinte de 1988, corresponde a cláusula pétrea e, por isso mesmo, insuscetível de modificação por via de emenda, conforme comando do artigo 60, §4º, da Constituição Federal (...). Embora topograficamente distanciada do art. 5º, da Constituição Federal (pois, afinal, pela primeira vez em nossa história constitucional destinou-se um capítulo exclusivo para tratar da família, da criança, do adolescente e do idoso), não há dúvida de que a regra do art. 228, da Constituição Federal, apresentou natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias (como anota Gomes Canotilho, 'os direitos de natureza análoga são direitos que, embora não referidos no catálogo dos direitos, liberdades e garantias, beneficiam de um regime jurídico constitucional idêntico ao destes' ou, na observação de Alexandre de Moraes, 'a grande novidade do referido art. 60 está na inclusão, entre as limitações ao poder de reforma da Constituição, dos direitos inerentes ao exercício da democracia representativa e dos direitos e garantias individuais, que por não se encontrarem restritos ao rol do art. 5º, resguardam um conjunto mais amplo de direitos constitucionais de caráter individual disperso no Texto da Magna Carta'). Vale dizer, os menores de dezoito anos a quem se atribua a prática de um comportamento previsto na

legislação como crime ou contravenção têm o direito fundamental (que se traduz também em garantia decorrente do princípio constitucional da proteção especial) de estar sujeito às normas do Estatuto da Criança e do Adolescente (recebendo se for o caso e como resposta à sua conduta ilícita, as medidas sócio-educativas) e afastados, portanto, das sanções do Direito Penal. É este, inclusive o pensamento do Forum DCA (Forum Nacional de Defesa da Criança e do Adolescente)"

De outra parte, releva destacar que a proposta de redução da idade de imputabilidade penal afronta o próprio espírito do constituinte originário expresso no preâmbulo da Constituição Federal, à medida que não se coaduna com o valor supremo da fraternidade a ser sempre perseguido pela sociedade brasileira.

4. CONCLUSÃO

Assim, todas as propostas que buscam solucionar os problemas da criminalidade através da adoção da pena capital, da perpétua ou da redução da imputabilidade penal, poderão até ser boas peças de marketing político, render bons votos, mas jamais serão toleradas pelo ordenamento constitucional em vigor.

BIBLIOGRAFIA

BONAVIDES, Paulo. *A Constituição Aberta*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, [s.a.p.].

SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de Direito Penal*. [s.l.p.]: José Konfino, 1947, tomo I.

SILVA FRANCO, Alberto. *Crimes Hediondos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

ASPECTOS DOS DIREITOS POLÍTICOS

Alexandre Issa Kimura(*)

1. Introdução. 2. Direito de sufrágio, voto e escrutínio. 2.1. Sufrágio universal e restrito. 2.2. Características do voto. 3. Elegibilidade. 3.1. Elegibilidade do militar. 3.2. Magistrados, membros de Tribunais de Contas e membros do Ministério Público. 4. Inelegibilidade. 4.1. Inelegibilidades constitucionais. 4.2. Inelegibilidades legais. 5. Reeleição e desincompatibilização. 5.1. Reeleição e a situação do Vice-Presidente, Vice-Governador e Vice-Prefeito. 6. Perda e suspensão dos direitos políticos. 6.1. Perda dos direitos políticos. 6.2. Suspensão dos direitos políticos. 7. Institutos da democracia semidireta: plebiscito, referendo e iniciativa popular. 8. Partidos políticos. 8.1. Criação e registro dos partidos políticos. 8.2. Os sistemas de partidos. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO¹

Os direitos políticos estão previstos, basicamente, nos arts. 14, 15 e 16 da Constituição da República. São direitos fundamentais que caracterizam o regime democrático, destacando a participação popular na formação da vontade do Estado.

Consoante SAMPAIO DÓRIA, "são políticos os direitos de participar na constituição e no exercício do poder. São, pelo menos dois, irredutíveis: o de votar e o de ser votado, o sufrágio e a elegibilidade".²

Para PONTES DE MIRANDA "direito político é o direito de participar da organização e funcionamento do Estado".³

Enfim, os direitos políticos são aqueles que possibilitam a participação popular na formação da vontade do Estado, conferindo ao cidadão a capacidade de votar (direito político ativo) e de ser votado (direito político passivo)⁴. Em outras palavras, o direito político pode ser ativo ou passivo.

¹ Vide Lei n. 4.737, de 15-07-1965 (Código Eleitoral); Lei n. 9.096, de 19-09-1995 (Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal); Lei n. 9.709, de 18-11-1998 (Regulamenta a execução do disposto nos incisos I, II e III do art. 14 da Constituição Federal).

² Comentários à Constituição de 1946, p. 324.

³ Comentários à Constituição de 1967, p. 567.

⁴ "L'altro grande gruppo di diritti pubblici soggetti, proprio dei regimi liberi, la cui esistenza costituisce elemento caratteristico dello Stato democratico, trova il fondamento nella potestà riconosciuta al cittadino di partecipare attivamente alla vita politica ed eventualmente al reggimento dello Stato influenzando sulla formazione dei suoi organi rappresentativi e della sua volontà" (Carlo Cereti, *Diritto Costituzionale Italiano*, 7ª edição, Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1966, p. 232).

Lembra JOSÉ AFONSO DA SILVA que "não se deve confundir os conceitos de direito político ativo e direito político passivo com direitos políticos positivos e direitos políticos negativos, pois 'os primeiros dizem respeito às normas que asseguram a participação no processo político eleitoral, votando ou sendo votado, envolvendo, portanto, as modalidades ativas e passivas (...)'. O segundo grupo constitui-se de normas que impedem essa atuação e tem seu núcleo nas inelegibilidades"⁵.

O alistamento é condição essencial para o exercício dos direitos políticos ativos e passivos. Alistamento é o ato pelo qual a pessoa se inscreve junto à Justiça Eleitoral, adquirindo o título de eleitor e habilitando-se para o pleno exercício dos direitos de cidadania.

Averba THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTE: "Ato preliminar do voto é o alistamento, isto é, a inscrição do cidadão como eleitor. Por este meio organiza-se a lista dos que podem votar"⁶.

Nos termos do art. 14, § 1º, CF, o exercício do direito político ativo (direito de votar) surge para os brasileiros natos ou naturalizados da seguinte forma:

a) alistamento e voto facultativo:

- maiores de 16 e menores de 18 anos;
- analfabetos;
- maiores de 70 anos.

b) alistamento e voto obrigatório:

- maiores de 18 anos e menores de 70 anos.

A Constituição Federal determina que não ostentam direitos políticos ativos (direito de votar) os estrangeiros e os brasileiros natos ou naturalizados conscritos⁷ durante o serviço militar obrigatório. De outra parte, a Constituição elenca diversas condições para que o brasileiro nato ou naturalizado possa exercer o direito político passivo (direito de ser votado).

Para o exercício dos direitos políticos passivos é essencial a caracterização de conceitos relacionados às condições de elegibilidade e inelegibilidade.

Os pressupostos de elegibilidade configuram os requisitos necessários para que o cidadão possa concorrer a cargo eletivo. As inelegibilidades obstam que certos cidadãos sejam eleitos por estarem sujeitos a determinadas situações elencadas na Constituição Federal ou em lei

⁵ Curso de direito constitucional positivo, p. 347.

⁶ A Constituição Federal comentada, p. 34.

⁷ Conscritos são aqueles convocados para o serviço militar obrigatório, em caráter temporário.

complementar. Ambos (pressupostos de elegibilidade e inelegibilidades) geram o efeito de impossibilitar a candidatura de uma pessoa a cargo eletivo (seu cerne encontra-se nas inelegibilidades, ou seja, nos direitos políticos negativos).

O Ministro MOREIRA ALVES, em trabalho intitulado Pressupostos de Elegibilidade e Inelegibilidade, ainda sob a égide da Constituição Federal de 1967, com a redação da Emenda Constitucional n. 01/69, aduziu:

"Não há que confundir, em face do nosso sistema constitucional, pressupostos (ou condições) de elegibilidade e inelegibilidades, embora a ausência de qualquer daqueles ou a incidência de qualquer destas impeça alguém de poder de candidatar-se a eleições municipais, estaduais ou federais. Pressupostos de elegibilidade são requisitos que se devem preencher para que se possa concorrer a eleições. Assim, estar no gozo de direitos políticos, ser alistado como eleitor, estar filiado a Partido Político, ter sido escolhido como candidato do Partido a que se acha filiado, haver sido registrado, pela Justiça Eleitoral, como candidato por esse partido. Já as inelegibilidades são impedimentos que, se não afastados por quem preencha os pressupostos de elegibilidade, lhe obstam concorrer às eleições, ou – se supervenientes ao registro ou se de natureza constitucional – servem de fundamento à impugnação de sua diplomação, se eleito. Não podem eleger-se, por exemplo, os que participam de organização cujo programa ou ação contraria o regime democrático; os declarados indignos do oficialato ou com ele incompatíveis; os que tiverem seus bens confiscados por enriquecimento ilícito. Portanto, para que alguém possa ser eleito precisa de preencher pressupostos (requisito positivo) e não incidir em impedimentos (requisito negativo). Quem não reunir essas duas espécies de requisitos – o positivo (preenchimento dos pressupostos) e o negativo (não incidência em impedimentos) – não pode concorrer a cargo eletivo. Tendo em vista, porém, que o resultado da inoccorrência de qualquer desses dois requisitos é o mesmo – a não elegibilidade – o substantivo inelegibilidade (e o mesmo sucede com o adjetivo inelegível) é geralmente empregado para significar tanto os casos de ausência de pressuposto de elegibilidade quanto os impedimentos que obstam à elegibilidade. (...)"⁸.

2. DIREITO DE SUFRÁGIO, VOTO E ESCRUTÍNIO

O direito de sufrágio corresponde ao direito de votar e de ser votado. O voto exprime o exercício do direito de sufrágio. O escrutínio é a forma pela qual o direito de sufrágio é exercido.

LUIZ ALBERTO DAVID DE ARAÚJO e VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR observam que "sufrágio é o direito de votar e de ser votado. Voto é o

⁸ in Estudo de direito público em homenagem a Aliomar Baleeiro, p. 228.

ato pelo qual se exercita esse direito, o escrutínio é a forma do voto (público ou secreto)"⁹.

2.1. Sufrágio Universal e Restrito

Sufrágio universal é o direito de votar e ser votado, reconhecido indistintamente a todos os nacionais. De outra parte, sufrágio restrito corresponde ao direito de votar e ser votado conforme as exigências assentadas em riqueza (sufrágio censitário), instrução (sufrágio capacitário), classe social (sufrágio aristocrático) ou raça (sufrágio racial)¹⁰.

Afirma PAULO BONAVIDES que "a rigor todo sufrágio é restrito. Não há sufrágio completamente universal"¹¹. Logo adiante salienta que "define-se sufrágio universal como aquele em que a faculdade de participação não fica adstrita às condições de riqueza, instrução, nascimento, raça ou sexo"¹².

Isto, porque se reconhecermos a inexistência de restrições de riqueza e capacidade, já estamos diante do sufrágio universal que, "não se estendendo indiferentemente a todas as pessoas, comporta limitações"¹³. "Essas limitações feitas à capacidade do leitor, em regime de sufrágio universal, se prendem mais às condições de nacionalidade, residência, sexo, idade, capacidade física ou mental, grau de instrução (o voto do analfabeto), indignidade, serviço militar e alistamento"¹⁴.

2.2. Características do Voto

Conforme mencionamos anteriormente, o voto exprime o exercício do direito de sufrágio por parte dos cidadãos, que, desta forma, participam da vida política do Estado.

Nesta circunstância, o caput do art. 14 da Constituição Federal dispõe que o voto é direto, secreto e com valor igual para todos.

O voto possui as seguintes características:

- direto - o eleitor vota diretamente na escolha de seu candidato, sem intermediação;

⁹ Curso de direito constitucional. 4ª edição. São Paulo: Saraiva. 2001. p. 185.

¹⁰ Paulo Bonavides, ciência política, p. 232.

¹¹ Ibid., p. 233.

¹² Ibid., mesma página.

¹³ Ibid., mesma página.

¹⁴ Ibid., mesma página.

- secreto – as autoridades públicas não podem revelar a escolha feita pelo eleitor¹⁵;
- igual – o voto tem valor igual para todos os cidadãos¹⁶.
- livre – o eleitor tem o direito de livremente escolher o seu candidato, anular o voto ou não votar em qualquer candidato. Subsiste a obrigatoriedade de comparecer ao local de votação (voto é formalmente obrigatório) ou, se for o caso, o dever de justificar o não-comparecimento, exceptuando-se para (a) os analfabetos, (b) maiores de 70 anos e (c) maiores de 16 e menores de 18 anos.
- personalíssimo – o eleitor não pode delegar seu direito de votar a outra pessoa.

3. ELEGIBILIDADE

A capacidade eleitoral passiva (direito de ser votado) pode ser exercida, a princípio, com o preenchimento de certos requisitos (condições de elegibilidade) fixados pela Constituição.

O art. 14, § 3º, CF, elenca as condições de elegibilidade:

- a nacionalidade brasileira (inc. I) – podem concorrer às eleições os brasileiros natos ou naturalizados e português equiparado. Convém ressaltar que a Constituição estatuiu que o exercício de determinados cargos públicos é privativo de brasileiro nato (art. 12, § 3º);
- o pleno exercício dos direitos políticos (inc. II) – não incidência de qualquer hipótese contida no art. 15 da CF que dispõe sobre a perda ou suspensão de direitos políticos;
- o alistamento eleitoral (inc III);
- o domicílio eleitoral na circunscrição (inc. IV) – o caput do art. 9º da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, dispõe que "para concorrer às eleições, o candidato deverá possuir domicílio eleitoral na respectiva circunscrição pelo prazo de, pelo menos, um ano antes do pleito e estar com a filiação deferida pelo partido no mesmo prazo". Salienta JOEL J. CANDIDO que "não havendo

¹⁵ Art. 103 do Código Eleitoral:

"O sigilo do voto é assegurado mediante as seguintes providências:

I – uso de cédulas oficiais em todas as eleições, de acordo com o modelo aprovado pelo Tribunal Superior;

II – isolamento do eleitor em cabine indevassável para o só efeito de assinalar na cédula o candidato de sua escolha e, em seguida, fechá-la;

III – verificação da autenticidade da cédula oficial à vista das rubricas;

IV – emprego de urna que assegure a inviolabilidade do sufrágio e seja suficientemente ampla para que não se acumulem as cédulas na ordem em que forem introduzidas".

¹⁶ Deriva do princípio "one man, one vote" (um homem, um voto), de inspiração norte-americana.

lei especial, aplicar-se-á, automaticamente, o art. 55 do Código Eleitoral, resultando em cem dias antes do pleito o prazo que os candidatos terão que observar como período mínimo de domicílio eleitoral, a fim de preencher esta condição de elegibilidade. Isso porque, depois desses cem dias, não é mais possível nenhuma inscrição ou transferência eleitoral"¹⁷.

- a filiação partidária (inc. V) – nos termos do caput do art. 9º da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, para concorrer às eleições, o candidato deverá estar com a filiação deferida pelo partido pelo prazo de, pelo menos, um ano antes do pleito. O parágrafo único do mesmo artigo estipula que "havendo fusão ou incorporação de partidos após o prazo estipulado no caput, será considerada, para efeito de filiação partidária, a data de filiação do candidato ao partido de origem". JOEL J. CANDIDO afirma que "quanto à filiação, com o advento da Constituição Federal de 1988 e, principalmente, com a edição da Lei nº 9.096/95 (LPP), ela passou ser matéria afetas aos partidos políticos. Operou-se a extinção da ingerência da Justiça Eleitoral para este e outros assuntos partidários. Assim, filiado estará, para a Justiça Eleitoral, aquele nome que constar das listagens remetidas à Zona Eleitoral pelo partido político, sendo *juris tantum*, a princípio, a presunção de correção do respectivo processo de filiação"¹⁸.

- a idade mínima de (inc VI):

- a) trinta e cinco anos para Presidente e Vice-Presidente da República e Senador;

- b) trinta anos para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal;

- c) vinte e um anos para Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e juiz de paz;

- d) dezoito anos para Vereador.

3.1. Elegibilidade do Militar

O art. 14, § 8º da Constituição da República estabelece que o militar alistável é elegível, atendidas as seguintes condições:

- a) se contar menos de 10 anos de serviço, deverá afastar-se da atividade;

¹⁷ Direito eleitoral brasileiro, p. 122.

¹⁸ *Ibid.*, p. 385.

b) se contar mais de 10 anos de serviço, será agregado¹⁹ pela autoridade superior e, se eleito, passará automaticamente, no ato da diplomação, para a inatividade²⁰.

Assim, nos termos do art. 142, CF, os membros das Forças Armadas (Marinha, Exército e Aeronáutica) e os membros das Políticas Militares e Corpos de Bombeiros Militares dos Estados-membros, Distrito Federal e Territórios (art. 42, caput, CF) sujeitam-se à regra contida no art. 14, § 8º, CF.

Por fim, cabe ressaltar que os militares não são dispensados da filiação partidária (art. 14, § 3º, inciso V, CF), que é condição de elegibilidade. Tendo em vista a existência de vedação da filiação partidária enquanto em efetivo serviço (art. 42, § 6º, CF), firmou-se a jurisprudência no sentido de que esta exigência constitucional pode ser cumprida após o afastamento da atividade (art. 14, § 8º, incisos I e II, CF). Neste caso, o prazo de filiação partidária, nas hipóteses de vedação constitucional de filiação partidária simultânea ao exercício de funções institucionais, deverá ser o mesmo da desincompatibilização²¹.

3.2. Magistrados, Membros dos Tribunais de Contas e Membros do Ministério Público

Ao tratar da situação de magistrados e membros dos Tribunais de Contas, o Tribunal Superior Eleitoral salientou que "em relação aos magistrados e membros dos Tribunais de Contas que, de acordo com a Constituição estão impedidos de filiar-se a Partidos Políticos enquanto em atividade, isto é, no exercício de suas funções, para poder satisfazer a exigência constitucional de filiação partidária (condição de elegibilidade), devem primeiramente se aposentar ou exonerar-se de seus cargos. A situação é assim, quanto à questão, do ponto de vista constitucional, exatamente a mesma dos militares. Logo, sob pena de violação do princípio constitucional da isonomia, não é possível adotar-se tratamento diverso dos militares, exigindo-se o cumprimento de prazo de filiação partidária, fixado em lei ordinária, que não é exigido dos militares. O que importa é que a condição de elegibilidade seja cumprida a partir da desincompatibilização, no prazo de

¹⁹ Agregação "é a situação na qual o militar da ativa deixa de ocupar vaga na escala hierárquica de seu Corpo, Quadro, Arma ou Serviço, nela permanecendo sem número" (art. 80 da Lei n. 6.880, de 09-12-1980 – Estatuto dos Militares). Para fins de elegibilidade, a agregação só é possível se o militar contar com mais de dez anos de serviço.

²⁰ No STF: "É admissível a concessão de licença remunerada ao militar, candidato a cargo eletivo, quando conte de mais de dez anos de serviço, não constituindo tal ato afronta ao art. 14, § 8º, II, da CF" (Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 189.907-2-DF, j. 29-09-1997, 2ª T. do STF, Relator: Ministro Marco Aurélio, RT 749/202).

²¹ A respeito, vide Resoluções do TSE nº 8.688, 10.424 e 11.197.

seis meses antes da realização do pleito, conforme dispõe a Lei de Inelegibilidades (art. 1º, inciso II, alínea a, nº 8 e 14)"²².

De outra parte, o membro do Ministério Público não sofre "vedação absoluta à filiação partidária. No entanto, a filiação só se pode dar se e enquanto afastado do exercício do cargo, mediante licença, nos termos da lei"²³.

4. INELEGIBILIDADE

As hipóteses de inelegibilidades estão contempladas na Constituição da República e na Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990²⁴. A inelegibilidade representa a impossibilidade de determinados cidadãos concorrerem às eleições face sua peculiar condição (funcional ou de parentesco) ou ainda por estarem presentes certas circunstâncias.

PEDRO HENRIQUE TÁVORA NIESS salienta que a elegibilidade é "pressuposto do exercício do regular mandato político, a inelegibilidade é a barreira que desautoriza essa prática, com relação a um, alguns ou todos os cargos cujos preenchimentos dependam de eleição"²⁵.

Lembramos que o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que "as restrições constitucionais inerentes ao exercício do mandato parlamentar não se estende ao suplente"^{26 27}.

As inelegibilidades podem ser absolutas ou relativas.

As inelegibilidades absolutas estão previstas no art. 14, § 4º, CF. Desta forma, são inelegíveis, isto é, não podem concorrer a qualquer mandato eletivo (a) os inalistáveis e (b) os analfabetos.

²² Resolução do TSE nº 19.978, Consulta nº 353, j. 25-9-1997, Relator: Ministro Costa Leite, DJ de 21-10-1997.

²³ Resolução do TSE nº 20.836, Consulta nº 687, j. 7-8-2001, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 29-10-2001, p. 141.

²⁴ Alterada pela Lei Complementar nº 81, de 13 de abril de 1994.

²⁵ Direitos políticos, p. 23.

²⁶ Mandado de Segurança n. 21.266-DF, j. 22-05-1991, TP do STF, Relator: Ministro Célio Borja, DJU de 22-10-1993.

²⁷ "Suplente não é titular de mandato eletivo e, assim, sendo, situa-se fora da ressalva inscrita na parte final do § 7º do art. 14 da Constituição de 1988. Tal ressalva contém norma de natureza excepcional, não se podendo, por isso mesmo, lançar mão da determinação de seu sentido e alcance, para considerar-se abarcada, na expressão "titular de mandato eletivo", a figura de quem eventualmente o substituiu (Acórdão n. 11.916, Recurso n. 11.916 – Classe 4ª - Almirante Tamandaré – PR, 09-05-1995, TSE, Relator: Ministro Torquato Jardim, Jurisprudência do TSE, vol. 7, número 3, p. 36, maioria de votos). Nesta decisão, foi ressaltado pelo Ministro Relator que "titular de mandato é a pessoa eleita para exercê-lo, qualidade que o suplente não ostenta, até porque, enquanto mero substituto, não pode encontrar-se na mesma posição do substituído, com iguais prerrogativas e restrições a este dirigidas pela Lei Fundamental.

As inelegibilidades relativas são previstas pela Constituição Federal e pela Lei Complementar nº 64/90²⁸ (inelegibilidades legais). São limitações constitucionais ou legais, em razão da peculiar condição do cidadão, que impedem a participação no pleito eleitoral para concorrer a determinados cargos.

4.1. Inelegibilidades Constitucionais

Podem ser:

a) Absolutas (art. 14, § 4º)

- inalistáveis;
- analfabetos.

b) Relativas:

b.1) inelegibilidade do Presidente da República, dos Governadores, dos Prefeitos e de seus sucessores e substitutos para o mesmo cargo, por mais de um período subsequente (art. 14, § 5º, CF).

A Constituição Federal permite apenas uma reeleição para o período subsequente para os cargos de Chefe do Executivo (Presidente da República, Governador e Prefeito e seus respectivos vices). Do mesmo modo, aqueles que tiverem sucedido ou substituído os titulares também não poderão se candidatar para o mesmo cargo.

b.2) inelegibilidade, para outros cargos, do Chefe do Executivo que não renuncia ao mandato até seis meses antes do pleito (art. 14, § 6º, CF).

A Constituição Federal impõe, como condição, uma delimitação temporal de seis meses (desincompatibilização) para que os Chefes do Executivo possam concorrer para outros cargos.

Diante desta regra, se por hipótese, o Prefeito pretender candidatar-se a deputado estadual, deverá renunciar ao mandato até seis meses antes do pleito. Mas se sua intenção for candidatar-se à reeleição²⁹ para o período subsequente, não se faz necessária a renúncia.

b.3) inelegibilidade do cônjuge e parentes do Chefe do Executivo, no território de jurisdição do titular (art. 14, § 7º. CF)³⁰.

²⁸ Vide, também, a Lei Complementar n. 81, de 13 de abril de 1994.

²⁹ Como se viu, a reeleição é permitida apenas para um único período subsequente.

³⁰ O Tribunal Superior Eleitoral proferiu as seguintes súmulas:

6 - É inelegível para o cargo de Prefeito, o cônjuge e os parentes indicados no § 7º do art. 14 da Constituição, do titular do mandato, ainda, que este haja renunciado ao cargo há mais de seis meses do pleito.

7 - É inelegível para o cargo de Prefeito a irmã da concubina do atual titular do mandato.

Pela regra do § 7º do art. 14, CF, "são inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consangüíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição".

Lembra PEDRO HENRIQUE TÁVORA NIESS que "a situação descrita comporta exceção, não prejudicando os cônjuges e parentes já possuidores de mandato eletivo que se pretendam reeleger; relativamente à disputa de mandato diverso do que já detém, sofrem essas pessoas os efeitos da regra, por exemplo: um irmão de um Deputado Federal pode disputar a Presidência da República, pois não é alcançado pelo impedimento; já ao irmão do Presidente da República, que é Deputado Federal, não é lícito pretender mandato eletivo que não o reconduza à Câmara dos Deputados, logo após o término do mandato que exerce"³¹.

Vale ressaltar que esta hipótese de inelegibilidade é restrita à circunscrição do titular, isto é, o propósito da norma é afastar a influência exercida pelo Chefe do Executivo³².

A interpretação do § 7º do art. 14, CF, deve ser feita à luz de duas situações: a) no território de jurisdição do titular e b) candidato à reeleição.

A elegibilidade "é irrestrita, no território da respectiva jurisdição, desde que o candidato, cônjuge ou parente, seja titular de mandato eletivo e pretenda a reeleição, bem assim para qualquer cargo eletivo, se candidato ou não à reeleição, desde que fora do território de jurisdição do titular"³³. Na Resolução nº 12.284, de 30 de maio de 1989, o TSE pronunciou que a expressão "candidato à reeleição", diz respeito somente ao mandato da mesma natureza do possuído.

Acerca da inelegibilidade por parentesco, o Supremo Tribunal Federal decidiu:

- "A vedação do § 7º do art. 14 da Constituição Federal não alcança a irmã da concubina do Prefeito" (Recurso Extraordinário n. 157.868-8-PB, j.

12 - São inelegíveis, no município desmembrado, e ainda não instalado, o cônjuge e os parentes consangüíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do prefeito do município-mãe, ou de quem o tenha substituído, dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo.

³¹ Direitos políticos, p. 113.

³² Ibid., mesma página.

³³ Resolução do TSE nº 15.120, de 21-3-1989; Resolução nº 15.170, de 6-4-1989 e Resolução nº 15.284, de 30-5-1989.

02-12-1992, TP do STF, Relator: Ministro Marco Aurélio, maioria de votos, RT 700/244)³⁴.

- "É inelegível para o cargo de Prefeito de Município resultante de desmembramento territorial o irmão do atual Chefe do Poder Executivo do Município-mãe. O regime jurídico das inelegibilidades comporta interpretação construtiva dos preceitos que lhe compõem a estrutura normativa. Disso resulta a plena validade da exegese que, norteadas por parâmetros axiológicos consagrados pela própria Constituição, visa a impedir que se formem grupos hegemônicos nas instâncias políticas locais. O primado da idéia republicana - cujo fundamento ético-político repousa no exercício do regime democrático e no postulado da igualdade - rejeita qualquer prática que possa monopolizar o acesso aos mandatos eletivos e patrimonializar o poder governamental, comprometendo, desse modo, a legitimidade do processo eleitoral" (Recurso Extraordinário n. 158.314-PR, j. 15-12-1992, 1ª T. do STF, Relator: Ministro Celso de Mello, RTJ 144/970)³⁵.

De outra parte, o Tribunal Superior Eleitoral pronunciou:

- "O filho de prefeito falecido não pode concorrer nas eleições subseqüentes ao mesmo cargo ocupado pelo seu pai. Se o falecimento tiver ocorrido antes dos seis meses anteriores ao pleito, o filho poderá concorrer a qualquer outro cargo, no mesmo âmbito de circunscrição. Se o filho já é ocupante de cargo eletivo, poderá candidatar-se à reeleição" (Resolução nº 20.747-A, Consulta nº 522, j. 21-9-1999, Relator: Ministro Edson Vidigal, DJ de 17-11-1999).

- "Em caso de morte do prefeito, seus parentes, até segundo grau, consangüíneos ou afins, são inelegíveis para o mesmo cargo, nas eleições subseqüentes. Se a morte ocorrer antes dos seis meses anteriores ao pleito, os parentes são elegíveis para cargo diverso daquele ocupado pelo falecido. Sendo os parentes ocupantes de cargo eletivo, poderá se candidatar à reeleição, incondicionalmente" (Resolução nº 20.604, Consulta nº 608, j. 25-4-2000, Relator: Ministro Edson Vidigal, DJ de 12-5-2000).

- "Poderá concorrer ao cargo de Prefeito ou Vice o ex-genro do atual prefeito, desde que devidamente divorciado" (Resolução nº 20.588, Consulta nº 582, j. 28-3-2000, Relator: Ministro Nelson Jobim, DJ de 24-4-2000).

4.2. Inelegibilidades Legais

O parágrafo 9º do art. 14, CF, determina que "Lei Complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a

³⁴ Vide, também, Recurso Extraordinário n. 100.220, Relator: Ministro Néri da Silveira, RTJ 119/21 e Súmula 7 do TSE.

³⁵ Vide Súmula 12 do TSE.

fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta".

Em cumprimento ao dispositivo constitucional, foi editada Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990 que estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º, da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências. Posteriormente, a LC 64/90 foi alterada pela Lei Complementar nº 81, de 13 de abril de 1994.

Convém remarcar que o Tribunal Superior Eleitoral lançou a Súmula 13 salientando que "não é auto-aplicável o § 9º do art. 14 da Constituição, com a redação da Emenda Constitucional de Revisão n. 4/94"³⁶.

Por fim, acerca do tema, é interessante observar que o Supremo Tribunal Federal decidiu que "o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta que é causa de inelegibilidade é o que contém a nota de improbidade exigida pelo § 4º do art. 37, da Constituição, para que se cogite da suspensão dos direitos políticos, tal como prevista na alínea g, do inciso I do art. 1º da Lei Complementar n. 64/90 (CÉLIO BORJA): entendimento acolhido pelo TSE que não ofende as únicas normas constitucionais invocadas pelo recorrente (CF, arts. 15, V e 37, § 4º)"³⁷.

5. REELEIÇÃO E DESINCOMPATIBILIZAÇÃO

Reeleição é a recondução de um político para exercer no período subsequente o mesmo cargo público já ocupado por ele. Noutras palavras, reeleição é a continuidade no mesmo cargo público.

É preciso consignar que a Constituição Federal adota dois critérios que disciplinam a reeleição.

Pelo primeiro, o membro do Poder Legislativo não sofre qualquer limite à reeleição, podendo se candidatar, de forma sucessiva, nos períodos subsequentes³⁸.

³⁶ "O art. 14, § 9º, da Constituição Federal, na redação que resultou da Emenda Revisional n. 4, não cria hipótese de inelegibilidade por falta de probidade e moralidade administrativa constatada pelo exame da vida pregressa do candidato, mas determina que lei complementar o faça, integrando o regime de inelegibilidades da ordem constitucional" (Agravo de Instrumento n. 165.332-MG, 1ª T. do STF, Relator: Ministro Ilmar Galvão, RTJ 162/759).

³⁷ Recurso Extraordinário n. 129.392-SE, j. 17-06-1992, TP do STF, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, maioria de votos, RTJ 149/201.

³⁸ "Como exercentes de funções legislativas, estão dispensados da desincompatibilização para concorrerem a qualquer cargo eletivo salvo se, nos seis meses anteriores ao pleito, houverem

De outra parte, os Chefes do Poder Executivo e quem os houver sucedido ou substituído no curso dos mandatos, segundo a regra do art. 14, § 5º, CF, somente poderão ser reeleitos para um único período subsequente.

Desincompatibilização é o afastamento do titular de cargo ou função pública que ocupa para que ele possa novamente participar de um pleito eleitoral.

Como regra geral, a Constituição Federal não impõe a necessidade de desincompatibilização como requisito a ser cumprido pelo cidadão para que possa participar de pleito eleitoral. Esta assertiva é válida, indistintamente, para membros dos Poderes Legislativo e Executivo.

Entretanto, o art. 14, § 6º, CF, determina que "para concorrerem a outros cargos, o Presidente da República, os Governadores do Estado e do Distrito Federal e os Prefeitos devem renunciar aos respectivos mandatos até seis meses antes do pleito". Assim, como regra dirigida aos Chefes do Poder Executivo, o § 6º do art. 14, CF, configura a única previsão constitucional que imprime a necessidade de desincompatibilização³⁹.

5.1. Reeleição e a situação do Vice-Presidente, Vice-Governador e Vice-Prefeito

A possibilidade de reeleição dos vices deve ser tratada à luz do § 5º do art. 14 da Constituição. Sendo assim, os respectivos Chefes do Executivo e quem os houver sucedido ou substituído no curso dos mandatos (art. 14, § 5º, CF) somente poderão ser reeleitos para um único período subsequente.

Consagra-se o entendimento de que o vice, que substituiu ou sucedeu (hipótese de vacância) o titular no semestre anterior às eleições, somente poderá disputar a reeleição: reeleição ao cargo do titular em caso de sucessão, e reeleição ao cargo de vice, em caso de substituição.^{40 41}

substituído ou , em qualquer época, sucedido o respectivo titular do Poder Executivo" (CF, art. 14, § 5º, in fine). Inexistência , tanto na Constituição Federal de 1988, quanto na Lei de Inelegibilidades (Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990), de restrição à plena elegibilidade dos titulares de cargos legislativos, sem necessidade de desincompatibilização, nos três níveis de Poder - federal, estadual e municipal". (Resolução do TSE nº 19.537, na Consulta nº 117-DF, Rel. Min. Walter Medeiros). Vide, também, Resolução do TSE nº 20.579, j. 21-3-2000, Relator: Ministro Edson Vidigal, DJ de 11-4-2000.

³⁹ Releva notar que o TSE entendeu que "está no § 6º do art. 14 da Carta Magna, que, para concorrer a outros cargos, o Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos devem renunciar aos respectivos mandatos até seis meses antes do pleito. A hipótese prevista não é, aí, de reeleição, que pressupõe recondução ao mesmo cargo eletivo ocupado, ou de elegibilidade para o mesmo cargo, mas, sim, de desincompatibilização para disputar cargo diverso" (Resolução do TSE nº 20.114, j. 10-3-1998, DJ de 3-6-1998, Relator: Ministro Néri da Silveira).

⁴⁰ Vide Resoluções do TSE nº 20.148 e 20.462.

Na Resolução nº 20.462, de 31 de agosto de 1999, o Tribunal Superior Eleitoral entendeu que na Lei Complementar nº 64, "a proibição que existe, para os vices, é de candidatar-se a outros cargos, se houverem substituído ou sucedido o titular. Não ao mesmo". Desta forma, "em casos de sucessão ao cargo de Governador, o Vice-Governador que o tiver sucedido poderá reeleger-se para o cargo de governador, para um único período subsequente".

6. PERDA E SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS

A perda dos direitos políticos é definitiva, ao passo que a suspensão é temporária. Consoante PINTO FERREIRA "é a privação dos direitos políticos, isto é, de votar e de ser votado, pode ser absoluta (perda) ou relativa (suspensão)"⁴².

A Constituição Federal veda a cassação de direitos políticos e estabelece as hipóteses na qual se dará a perda ou a suspensão.

Desta forma, diz o art. 15 da Constituição que a perda ou suspensão dos direitos políticos só se dará nos casos de:

- cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado (inc. I);
- incapacidade civil absoluta (inc. II);
- condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos (inc. III);

⁴¹ Segundo a Resolução do TSE nº 19.952/97, "não é possível deixar de entender que, no âmbito de compreensão do § 5º do art. 14 da Constituição, na redação da Emenda Constitucional nº 16/1997, enquadram-se os titulares de cargo de Vice-Prefeito, bem assim, pela simetria federativa existente, dos cargos de Vice-Governador e de Vice-Presidente da República. Quando esse dispositivo afastou a inelegibilidade do Presidente, dos Governadores de Estado e do Distrito Federal e dos Prefeitos, para o mesmo cargo no período subsequente, por força de compreensão, em cada uma das esferas administrativas, o respectivo vice, por igual, pode concorrer ao mesmo cargo, para o período subsequente, uma única vez. Essa capacidade eleitoral passiva, assim resultante da norma aludida, estende-se ao Vice-Presidente, aos Vice-Governadores e aos vice-Prefeitos, por sua íntima vinculação aos correspondentes titulares da Chefia do Poder Executivo. Nem seria, ademais, possível ver inelegibilidade emanada de norma que, por sua nova redação, dispõe sobre elegibilidade e na qual, de explícito, se prevêem os que hajam sucedido ou substituído os titulares, no curso dos mandatos, vale dizer, inclusive nos seis meses anteriores ao pleito. Podem, destarte, o Vice-Presidente da República, os Vice-Governadores de Estado e do Distrito Federal e os Vice-Prefeitos concorrer, ao mesmo cargo, para o período subsequente, tal como sucede, de referência ao Presidente da República, aos Governadores de Estado e do Distrito Federal e aos Prefeitos, com apoio no § 5º do art. 14 da Constituição, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 16/1997" (Resolução nº 19.952, Consulta nº 327, j. 2-9-1997, Relator: Ministro Néri da Silveira, DJ de 21-10-1997).

⁴² Comentários à Constituição Brasileira, p. 316.

- recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII (inc. IV);
- improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º (inc. V).

6.1. Perda dos Direitos Políticos

Ocorrerá a perda dos direitos políticos nas hipóteses descritas no art. 15, I e IV:

a) cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado (art. 15, I). O cancelamento da naturalização, por sentença transitada em julgado, ocorrerá quando o naturalizado exercer atividade nociva ao interesse nacional (art. 12, § 4º, I, CF). Esta situação deflagra a perda da nacionalidade brasileira, requisito fundamental para o exercício dos direitos políticos.

Consoante PEDRO HENRIQUE TÁVORA NIESS, "como se trata de cancelamento, a sentença que o determinar produzirá efeitos ex nunc, isto é, desde quando passar em julgado, pois o título foi validamente concedido"⁴³.

b) recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII (art. 15, IV) - Como já anteriormente mencionado, o art. 5º, VIII, da Constituição trata da denominada "escusa de consciência". É o direito de justificar a recusa ao exercício de determinadas ações por alguém, por violação de sua convicção filosófica, religiosa, política, pessoal, etc⁴⁴.

Havendo recusa ao cumprimento de determinada obrigação por escusa de consciência, manifesta-se a possibilidade de prestação alternativa.

Com o descumprimento da obrigação e posteriormente da prestação alternativa, haverá a perda dos direitos políticos. Nesta hipótese, JOSÉ AFONSO DA SILVA realça que a competência para decidir sobre a perda dos direitos políticos, diante da omissão da atual Constituição que, ao contrário da anterior, não fixa competência ao Presidente da República, é do Poder Judiciário, "único que tem poder para dirimir a questão, em processo suscitado pelas autoridades federais em face do caso concreto"⁴⁵.

6.2. Suspensão dos Direitos Políticos

⁴³ Direitos políticos, p. 38.

⁴⁴ A Lei nº 8.239, de 04 de outubro de 1991 "regulamenta o artigo 143, §§ 1º e 2º da Constituição Federal, que dispõe sobre a prestação de Serviço Alternativo ao Serviço Militar Obrigatório". O § 2º do art. 3º dispõe que entende-se por Serviço Alternativo o exercício de atividades de caráter administrativo, assistencial, filantrópico ou mesmo produtivo, em substituição às atividades de caráter essencialmente militar. Esta Lei foi regulamentada pela Portaria nº 2.681 – Cosemi, de 28 de julho de 1992.

⁴⁵ Curso de direito constitucional positivo, p. 387.

As hipóteses de suspensão dos direitos políticos estão insculpidas no art. 15, incisos II, III e V, CF⁴⁶.

a) incapacidade civil absoluta (art. 15, II) - A incapacidade civil absoluta causadora da suspensão dos direitos políticos é a decorrente de processo de interdição. Assim, sentença judicial que decretar a interdição, enquanto durarem seus efeitos, gera a suspensão dos direitos políticos.

b) condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos (art. 15, III) - Diz a Súmula 9 do Tribunal Superior Eleitoral:

"A suspensão de direitos políticos decorrente de condenação criminal transitada em julgado cessa com o cumprimento ou a extinção da pena, independentemente de reabilitação ou de prova de reparação dos danos".

Convém observar que no caso de sursis e livramento condicional o Supremo Tribunal Federal, em face do disposto no art. 15, III, da Constituição Federal, decidiu que "a suspensão dos direitos políticos se dá ainda quando, com referência ao condenado por sentença criminal transitada em julgado, esteja em curso o período da suspensão condicional da pena"⁴⁷. Nessa linha, PEDRO HENRIQUE TÁVORA NIESS, no parecer n. 567/96 proferido nos autos do processo n. 10574/96-Recurso, opinou pela privação dos direitos políticos do condenado, ainda que beneficiado pela concessão de sursis^{48 49}.

c) improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º (inc. V) - Diz o art. 37, § 4º, CF que "os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível".

Portanto, a decisão judicial condenatória por ato de improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º, CF, resultará na suspensão dos direitos políticos.

⁴⁶ "O indeferimento de registro de candidato por deficiência de documentação exigida por lei não implica suspensão de direitos políticos, pois a titularidade plena dos direitos políticos não dispensa o partido ou coligação em que sua candidatura foi registrada de apresentar prova documentada dos pressupostos de elegibilidade, entre eles o pleno exercício dos mesmos direitos políticos (art. 14, § 3º, II, da CF)". (Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 231.917-7-SE, j. 02-12-1998, TP do STF, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, RT 763/153).

⁴⁷ Recurso Extraordinário n. 179502-6-SP, j. 31-05-1995, TP do STF, Relator: Ministro Moreira Alves.

⁴⁸ Pareceres da Procuradoria Regional Eleitoral de São Paulo, Cadernos de direito constitucional e eleitoral n. 35/73.

⁴⁹ Em sentido contrário: "A suspensão dos direitos políticos do condenado somente se concebe quando o cumprimento da pena privativa de liberdade em estabelecimento penal torne inviável o exercício de tais direitos, ou quando houver limitações que impliquem horários de recolhimento ao cárcere, não se aplicando às hipóteses de sursis e livramento condicional" (Apelação n. 247.926-3, 1ª Câmara do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, Relator: Juiz Rosauo Júnior, RT 754/713).

7. INSTITUTOS DA DEMOCRACIA SEMIDIRETA: PLEBISCITO, REFERENDO E INICIATIVA POPULAR⁵⁰

A democracia direta, nos moldes em que foi praticada no Estado-cidade da Grécia, atualmente constitui uma tarefa inexecutável.

Consoante PAULO BONAVIDES, "a Grécia foi o berço da democracia direta, mormente Atenas, onde o povo, reunido no Ágora, para o exercício direto e imediato do poder político, transformava a praça pública 'no grande recinto da nação'⁵¹.

Entretanto, a dimensão que atingiu o Estado moderno inviabiliza a participação direta dos cidadãos em suas atividades.

Com o intuito de tornar acessível aos cidadãos a tomada de decisões fundamentais do Estado, a Constituição Federal (art. 14, I, II e III) fixou alguns instrumentos de exercício direto da soberania popular.

Trata-se do plebiscito, do referendo e da iniciativa popular: *institutos da democracia semidireta*.

O plebiscito constitui uma consulta ao eleitorado sobre determinada matéria, que a aprovará ou não, para posterior discussão pelo Poder Legislativo. Referendo é a submissão ao eleitorado de uma proposta governamental já discutida, para que a ela seja fornecida validade. Frise-se que, enquanto no plebiscito a consulta popular é prévia, no referendo a consulta ao eleitorado é posterior à discussão da proposta governamental.

Segundo MARCOS ANTÔNIO STRIQUER SOARES, referendo é "manifestação popular que ratifica ou rejeita uma proposta dentro do processo de criação normativa, cuja solução delimita a competência das autoridades governamentais"⁵².

Nos termos do art. 49, XV, da Constituição, compete ao Congresso Nacional autorizar referendo e convocar plebiscito.

A iniciativa popular pode ser exercida, no âmbito federal, mediante a apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles (art. 61, § 2º, CF).

Do mesmo modo, a iniciativa popular de projetos de lei pode ser exercida nos municípios e nos Estados-membros. Nos termos do art. 29, XIII, CF, a iniciativa popular de projetos de lei de interesse específico do município,

⁵⁰ Vide Lei nº 9.709, de 18 de novembro de 1998, regulamenta a execução do disposto nos incisos I, II e III do art. 14 da Constituição Federal.

⁵¹ Ciência política, p. 268.

⁵² O plebiscito, o referendo e o exercício do poder, p. 62.

da cidade ou de bairros, será efetivada mediante a manifestação de, pelo menos, cinco por cento do eleitorado. No Estado-membro, cumpre à respectiva Constituição estadual estabelecer o exercício da iniciativa popular, respeitada a simetria que deve guardar com a Constituição Federal.

8. PARTIDOS POLÍTICOS⁵³

A Constituição Federal dedicou o Capítulo V do Título II para traçar as linhas fundamentais de criação, funcionamento e estrutura dos partidos políticos.

Segundo o artigo 17 da Constituição Federal, "é livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:

- caráter nacional (inc. I);
- proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes (inc. II);
- prestação de contas à Justiça Eleitoral (inc. III);
- funcionamento parlamentar de acordo com a lei (inc. IV).

Dispõe o mesmo dispositivo que os partidos políticos têm:

- autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento, devendo seus estatutos estabelecer normas de fidelidade e disciplina partidárias (§ 1º);
- necessidade, após adquirirem personalidade jurídica, na forma da lei civil, de registro de seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral (§ 2º);
- direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei (§ 3º);
- vedada a utilização pelos partidos políticos de organização paramilitar (§ 4º).

Em suma, partidos políticos são organizações incumbidas pelos eleitores de encaminhar as orientações programáticas, propostas e rumos dos negócios políticos de um Estado. Assevera JOSÉ AFONSO DA SILVA que "o partido político é uma forma de agremiação de um grupo social que se propõe a organizar, coordenar e instrumentar a vontade popular com o fim de assumir o poder para realizar seu programa de governo"⁵⁴.

⁵³ Vide a Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995 (Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal).

⁵⁴ Curso de direito constitucional positivo, p. 395.

No dizer da lei são "pessoas jurídicas de direito privado, destinados a assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos fundamentais definidos na Constituição"⁵⁵.

8.1. Criação e Registro dos Partidos Políticos

As normas relacionadas com a criação e o registro dos partidos políticos estão consignadas na Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995. Frise-se que os dispositivos infraconstitucionais não podem vulnerar os preceitos relacionados na Constituição Federal (v.g., liberdade de criação, fusão, incorporação e extinção; caráter nacional).

Assim, devem ser observadas as seguintes etapas para a criação de partido político:

a) o requerimento de registro de partido político, dirigido ao cartório competente de Registro Civil das Pessoas Jurídicas, da Capital Federal, deve ser subscrito pelos seus fundadores, em número nunca inferior a cento e um, com domicílio eleitoral em, no mínimo, um terço dos Estados, e será acompanhado de:

- cópia autêntica da data da reunião do partido (art. 8º, I);
- exemplares do Diário Oficial que publicou, no seu inteiro teor, o programa e o estatuto (art. 8º, II);
- relação de todos os fundadores com o nome completo, naturalidade, número do título eleitoral com a Zona, Seção, Município e Estado, profissão e endereço da residência (art. 8º, III);
- o requerimento indicará o nome e função dos dirigentes provisórios e o endereço da sede do partido na Capital Federal (art. 8º, § 1º);
- satisfeitas todas as exigências do art. 8º da Lei nº 9.096/95, o Oficial do Registro Civil efetua o registro no livro correspondente, expedindo certidão de inteiro teor.

b) adquirida a personalidade jurídica na forma do art. 8º, o partido promove a obtenção do apoio mínimo de eleitores a que se refere o § 1º do art. 7º e realiza os atos necessários para a constituição definitiva de seus órgãos e designação dos dirigentes, na forma do seu estatuto (art. 8º, § 3º).

c) só é admitido o registro no Tribunal Superior Eleitoral do estatuto do partido político que tenha caráter nacional, considerando-se como tal aquele que comprove o apoio de eleitores correspondente a, pelo menos, meio

⁵⁵ Art. 1º da Lei nº 9.096/95.

por cento dos votos dados na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, não computados os votos em branco e os nulos, distribuídos por um terço, ou mais, dos Estados, com um mínimo de um décimo por cento do eleitorado que haja votado em cada um deles (art. 7º, § 1º).

- a prova de apoio mínimo de eleitores é feita por meio de suas assinaturas, com menção ao número do respectivo título eleitoral, em listas organizadas para cada Zona, sendo a veracidade das respectivas assinaturas e o número dos títulos atestados pelo Escrivão Eleitoral (art. 9º, § 1º);

- o Escrivão Eleitoral dá imediato recibo de cada lista que lhe for apresentada e, no prazo de quinze dias, lavra o seu atestado, devolvendo-a ao interessado (art. 9º, § 2º).

d) feita a constituição e designação, referidas no § 3º do art. 8º (item "b" acima), os dirigentes nacionais promoverão o registro do estatuto do partido junto ao Tribunal Superior Eleitoral, através de requerimento acompanhado de:

- exemplar autenticado do inteiro teor do programa e do estatuto partidários, inscritos no Registro Civil (art. 9º, I);

- certidão do registro civil da pessoa jurídica, a que se refere o § 2º do art. 8º (art. 9º, II);

- certidões dos cartórios eleitorais que comprovam ter o partido obtido o apoio mínimo de eleitores a que se refere o item 3 (art. 9º, III).

e) protocolado o pedido de registro no Tribunal Superior Eleitoral, o processo respectivo, no prazo de quarenta e oito horas, é distribuído a um Relator, que ouvida a Procuradoria-Geral, em dez dias, determina, em igual prazo, diligências para sanar eventuais falhas do processo (art. 9º, § 3º).

f) se não houver diligências a determinar, ou após o seu atendimento, o Tribunal Superior Eleitoral registra o estatuto do partido, no prazo de trinta dias (art. 9º, § 4º).

g) as alterações programáticas ou estatutárias, após registradas no Ofício Civil competente, devem ser encaminhadas, para o mesmo fim, ao Tribunal Superior Eleitoral (art. 10, caput).

h) o partido comunica à Justiça Eleitoral a constituição de seus órgãos de direção e os nomes dos respectivos integrantes, bem como as alterações que forem promovidas para anotação (art. 10, parágrafo único):

- no Tribunal Superior Eleitoral, dos integrantes dos órgãos de âmbito nacional (art. 10, parágrafo único, I);

- nos Tribunais Regionais Eleitorais, dos integrantes dos órgãos de âmbito estadual, municipal ou zonal (art. 10, parágrafo único, II).

8.2. Os Sistemas de Partidos

O Estado pode adotar três sistemas de partidos: os sistemas monopartidário, o bipartidário e o pluripartidário.

- Sistema monopartidário – sistema típico nos Estados totalitários, caracteriza-se pela existência de apenas um partido no Estado.

- Sistema bipartidário – formado pela existência de apenas dois partidos em condições de disputar o poder no Estado. É engano afirmar no sistema bipartidário figuram apenas dois partidos. A caracterização do sistema bipartidário ocorre com uma rigorosa estrutura do sistema possibilitando que apenas dois partidos tenham condições de disputar o poder, apesar da existência de vários outros partidos na disputa eleitoral.

- Sistema multipartidário ou pluripartidário – formado pela existência de três ou mais partidos políticos no Estado em condições de disputar o poder no Estado. PAULO BONAVIDES salienta que "os adeptos do pluralismo partidário amplo louvam-no como a melhor forma de colher e fazer representar o pensamento de variadas correntes de opinião, emprestando às minorias políticas o peso de uma influência que lhes faleceria, tanto no sistema bipartidário como unipartidário"⁵⁶. A Constituição Federal, nos termos do art. 17, adotou o sistema pluripartidário.

BIBLIOGRAFIA

ALVES, José Carlos Moreira. Pressupostos de Elegibilidade e Inelegibilidades.. In: *Estudo de Direito Público em Homenagem a Aliomar Baleeiro*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1976.

ARAÚJO, Luiz Alberto David, NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CÂNDIDO, Joel José. *Direito Eleitoral Brasileiro*. 8.ed. Bauru: Edipro, 2000

CAVALCANTE, Themístocles Brandão. *Constituição Federal Comentada*. 3.ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1958, Vol. III.

DÓRIA, Sampaio. *Comentários à Constituição de 1946*. São Paulo: Max Limonad Editor, 1960, Vol. II.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989, Vol. 1.

⁵⁶ Ciência política, p. 363.

KIMURA, Alexandre Issa. *Constituição Federal de 1988: Apontamentos Doutrinários e Jurisprudenciais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

NISS, Pedro Henrique Távora. *Direitos Políticos*. 2.ed. Bauru: Edipro, 2000.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano, ARAÚJO, Luiz Alberto David. *Curso de Direito Constitucional*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, Tomo IV.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 18.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOARES, Marco Antônio Striquer. *O Plebiscito, o Referendo e o Exercício do Poder*. São Paulo: Celso Bastos Editor, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998.

* O autor é professor de direito constitucional da Universidade Cruzeiro do Sul – Unicsul e autor dos livros *CPI: teoria e prática* e *Constituição Federal de 1988: apontamentos doutrinários e jurisprudenciais*, ambos publicados pela editora Juarez de Oliveira.

BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO CONTROLE DO PROCESSO LEGISLATIVO

Rosa Maria Dos Santos Nacarini

1. Introdução. 2. Espécies de controle do processo legislativo. 3. Controle repressivo da constitucionalidade. 3.1. Modalidades de controle judicial. 4. Controle dos atos do processo legislativo, durante a tramitação da lei. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O controle do processo legislativo é amplo, consiste na fiscalização exercida sobre a elaboração da lei.

Quando da elaboração da lei, tal controle consiste na avaliação quanto aos aspectos da juridicidade, relevância, interesse público, conveniência e oportunidade em aditar a lei; é realizado pelo próprio Poder Legislativo, tanto na fase de exame da propositura pelas comissões, como também na fase deliberativa. É de outro modo, realizado pelo Poder Executivo, no momento da sanção, ou veto.

Uma vez positivada a lei, o processo de formação da lei viciado, por mácula à Constituição Federal, tanto no que se refere ao aspecto formal pelo descumprimento de regra do processo legislativo estampada na CF, como também no que concerne ao aspecto material, isto é, quando seu conteúdo violar princípios e normas constitucionais, sujeitar-se-á ao controle repressivo da constitucionalidade levado a cabo, via de regra, pelo Poder Judiciário, excepcionalmente, realizado pelo Poder Legislativo (Congresso Nacional), na hipótese ventilada pelo artigo 49, V da Constituição Federal.

2. ESPÉCIES DE CONTROLE DO PROCESSO LEGISLATIVO

O controle do processo de formação das leis comporta três classificações.

A primeira no que se refere ao momento em que é realizado, bipartindo-se em:

a) prévio ou preventivo, se dá na fase de elaboração da lei; tem, por objetivo, impedir que norma inconstitucional ingresse no ordenamento jurídico.

b) repressivo, ocorre após a promulgação da lei, este, a cargo tão somente do Poder Judiciário. Excepcionalmente realizado pelo Congresso

Nacional – art. 49, V, da CF. Seu desiderato é banir do sistema a norma inconstitucional.

A segunda, de acordo com o órgão que exerce o controle, subdivide-se em:

a) *interno*, ou autocontrole, realizado pelo Poder Legislativo, inicialmente, frente às comissões agrupadas com esta atribuição, na fase de exame da propositura. Posteriormente, realizado em plenário, na fase deliberativa;

b) *externo*, quando efetuado por outro Poder, que não o Legislativo, isto é, realizado pelo Poder Executivo, no momento em que o chefe deste poder, sanciona, ou veta o projeto de lei. Ou, ainda, realizado pelo Poder Judiciário, na modalidade repressiva.

A terceira no que tange ao âmbito de incidência, isto é, no que concerne à matéria a ser analisada, pelo órgão controlador, dividir-se-á em:

a) controle jurídico, de juízo objetivo, com o escopo de verificar se o processo legislativo obedeceu à ordem jurídica; neste caso, será prévio, ou repressivo. Hipótese em que, a propositura será analisada tão somente, quanto aos aspectos da sua juridicidade, isto é, verificar-se-á se a propositura está em harmonia com o sistema jurídico como um todo, tendo em conta o respeito aos princípios gerais de direito, à legalidade e constitucionalidade. Este controle é realizado preventivamente pelos Poderes Legislativo e Executivo.

O *controle jurídico* do processo legislativo dar-se-á especificamente quanto à constitucionalidade; seu desiderato é obstar que norma padecente do vício de inconstitucionalidade ingresse no ordenamento jurídico, realizado preventiva e repressivamente.

b) controle político possui natureza subjetiva e preventiva, vez que seu desiderato é o juízo político quanto à edição da lei, isto é, quanto à conveniência e oportunidade do conteúdo do projeto de lei. Desse modo, é realizado por órgãos parciais; será interno, quando efetuado pelo próprio legislativo; será externo, quando realizado pelo Chefe do Executivo, no momento da sanção, ou veto ao projeto de lei.

3. CONTROLE REPRESSIVO DA CONSTITUCIONALIDADE

O controle repressivo da constitucionalidade das leis e por consequência do processo legislativo destas leis, tem por propósito, fiscalizar a validade formal e material das normas jurídicas. É realizado, em regra, pelo Poder Judiciário, como decorrência de um sistema de normas em que a

Constituição ocupa a cúspide do escalonamento hierárquico, do que resulta a validade das leis, desde que em conformidade com a Constituição.

Registre-se que a validade material se concretiza com a total submissão do conteúdo da espécie normativa aos ditames (preceitos, regras e princípios) insertos na CF. Já a validade formal consiste na observância das regras de elaboração das leis previstas constitucionalmente, pois estas são superiores a todas as normas, por se tratar de norma sobre normas.

Neste sentido, leciona MARIA HELENA DINIZ:

"A *validade constitucional*, intimamente relacionada com a eficácia constitucional, indica que a disposição normativa é conforme às prescrições constitucionais; assim, nesse sentido, válida é a norma que respeita um comando superior, ou seja, o preceito constitucional.

A *validade formal* ou técnico-jurídica (vigência em sentido amplo), de uma norma significa que ela foi elaborada por órgão competente em obediência aos procedimentos legais. Logo a norma formalmente válida é a promulgada por ato legítimo da autoridade, de acordo com o trâmite ou processo normativamente estabelecido¹.(...)"

Leciona, também, CELSO BASTOS:

"(...) A inconstitucionalidade de uma lei, é pois, a circunstância de uma determinada norma infringir a Constituição, quer quanto ao processo a ser seguido pela elaboração legislativa, quer pelo fato de, embora tendo a norma respeitado a forma de criação da lei, desrespeitar a Constituição quanto ao conteúdo adotado²."

Do exposto, infere-se que o controle repressivo da constitucionalidade da lei, exercido pelo Poder Judiciário, abrangerá, sem sombra de dúvida, o controle do processo legislativo formal, disciplinado pela CF. Igualmente, infere-se, que seu objetivo maior é a garantia da aplicabilidade do princípio da legalidade e observância do princípio da separação e equilíbrio das funções estatais, vez que embora realizado o controle prévio da constitucionalidade pelos poderes Legislativo e Executivo, positivada a lei, presumidamente constitucional, resta ainda, ao Judiciário, a possibilidade de afastar do sistema a norma padecente de vício de inconstitucionalidade, que passou despercebido no momento do controle prévio, por descumprimento à regra constitucional de tramitação. Tal fato se dá como decorrência da supremacia das normas constitucionais, coexistindo em harmonia com a autonomia parlamentar.

Oportuno ressaltar que o controle da constitucionalidade do processo legislativo levado a cabo do Poder Judiciário, mediante ajuizamento das ações pertinentes, não tem prazo limite para seu ajuizamento. Logo, a mácula

¹ Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada, p. 48.

² Curso de Direito Constitucional, p. 388.

de inconstitucionalidade de espécie legislativa é imprescritível e inconvaleável.

Assim sendo, a infringência à regra de tramitação abrange, tanto o vício decorrente de inobservância de requisito formal subjetivo, isto é, produção de normas por autoridades incompetentes, ou seja, descumprimento de iniciativa privativa (usurpação de poder de iniciativa), como também a ocorrência de vício formal objetivo, isto é, a infringência à regra constitucional de tramitação. A título de ilustração, exemplifique-se: 1) quanto a primeira hipótese: a) projeto de iniciativa privativa do chefe do executivo iniciado por parlamentar; 2) quanto à segunda hipótese: a) usurpação de competência legislativa por ente da federação; b) a inobservância de quorum de aprovação (aprovação de lei complementar pelo quorum da maioria simples); c) aprovação de emenda constitucional em um só turno de discussão e votação.

Nesta linha de raciocínio, destaque-se o escólio de Alexandre de Moraes, de que o descumprimento do processo legislativo de elaboração das leis previsto na CF, é suscetível ao controle repressivo da constitucionalidade pelo Poder Judiciário:

"(...) 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* (arts. 59 a 69, da Constituição Federal).

Assim sendo, a inobservância das normas constitucionais de processo legislativo tem como conseqüência a inconstitucionalidade formal da lei ou ato normativo produzido, possibilitando pleno controle repressivo de constitucionalidade por parte do Poder Judiciário, tanto pelo método difuso quanto pelo método concentrado.³" (destacado no original)

Vale repetir que embora o controle repressivo da constitucionalidade da lei esteja a cargo do Poder Judiciário, cujo desiderato é banir, do sistema legal, espécie normativa contrária à CF, atipicamente, o Poder Legislativo Federal exercerá o controle constitucional repressivo do processo legislativo, ao coibir o excesso de delegação do Poder Executivo, nos termos em que preceituado na segunda parte do inciso V do artigo 49 da CF, verbis:

"Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

V – sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;" (destacamos)

Frise-se que não há que se falar em controle da constitucionalidade em relação às espécies legislativas vigentes anteriormente à nova Constituição

³ Direito Constitucional, p. 559/560.

Federal, pois, neste caso, estamos diante de normas recepcionadas ou não pela nova ordem constitucional.

No que tange aos atos e tratados internacionais, aprovados pelo Congresso Nacional, por meio de decreto legislativo e devidamente ratificados pelo Presidente da República, nos termos do art. 49, I da CF, sujeitar-se-ão ao controle repressivo de constitucionalidade difuso e concentrado, realizado pelo Poder Judiciário, vez que tais espécies normativas, formalmente incorporadas, ao ordenamento jurídico nacional, qualificam-se como atos normativos infraconstitucionais de mesma hierarquia das leis ordinárias.

Quanto às medidas provisórias, saliente-se que, apesar de não obedecerem ao processo legislativo padrão, o Colendo STF⁴ já entendeu que, embora editadas por um período determinado, agora 60 (sessenta) dias – EC nº 32/01, serão passíveis do controle direto da constitucionalidade.

O mandado de segurança, o *habeas corpus*, a ação civil pública, são meios idôneos para a defesa de direito subjetivo violado em face de ato administrativo inconstitucional, ou relação jurídica pautada em lei inconstitucional. Contudo, tais ações não se prestam para declarar a inconstitucionalidade da lei.

3.1. Modalidades de Controle Judicial

O controle judicial repressivo da constitucionalidade da lei, portanto de seu processo de formação, desdobrar-se-á em controle difuso, ou aberto e abstrato ou concentrado.

O controle difuso será exercido por via de exceção ou defesa, nos termos do artigo 97 da CF; é exercido pelos juízos e tribunais. Caracteriza-se pelo julgamento *intra partes*, vez que é levado ao crivo do Judiciário, em caso concreto, a análise sobre a constitucionalidade de espécie legislativa. Tem, por finalidade, assegurar direitos subjetivos, ou seja, assegurar ao interessado a não incidência de lei inconstitucional.

Nesta modalidade de controle, os efeitos da declaração da inconstitucionalidade dar-se-ão, *incidenter tantum*, isto é entre as partes, retroativamente, *ex tunc*, desconstituindo as relações, ou atos jurídicos constituídos sob a égide de lei declarada inconstitucional, tornando-os nulos em relação às partes que ingressaram em juízo. Em relação às partes que não ingressaram em juízo, caso haja decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, em sede de julgamento de recurso ordinário ou extraordinário, pela inconstitucionalidade da lei, com posterior edição de resolução pelo Senado Federal, suspensiva da execução da lei, os efeitos desta decisão de

⁴ [ADIN(MC) nº 295-3/DF, j. 22.06.90, rel. Min. Paulo Brossard].

inconstitucionalidade não retroagirão, serão *ex nunc*, a contar da edição da Resolução expedida pelo Senado Federal.

No que concerne ao *controle concentrado* da constitucionalidade, é atribuição constitucional do Supremo Tribunal Federal, exercido por via de ação direta de inconstitucionalidade. Uma vez declarada a lei inconstitucional pelo STF, tal decisão terá efeitos *erga omnes*, isto é, para todos, atingindo aqueles que não foram parte no processo. Quanto à eficácia desta decisão, será retroativa, desfazendo, desde sua origem, o ato declarado inconstitucional. Contudo, a Lei nº 9.868 de 1999 inovou, neste aspecto, já que seu artigo 27 permitiu ao STF, limitar os efeitos retroativos da decisão definitiva pela inconstitucionalidade proferida em sede de Ação Direta.

Com efeito, a CF contemplou as seguintes modalidades de controle concentrado da constitucionalidade:

- 1) ação direta de inconstitucionalidade de ato normativo federal e estadual (art. 102, I, "a");
- 2) ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º);
- 3) ação declaratória de constitucionalidade de ato normativo federal (art. 102, I, "a").

As ações direta de inconstitucionalidade de ato normativo federal e estadual, bem como a ação declaratória de constitucionalidade de ato normativo federal prestam-se ao controle da constitucionalidade do processo legislativo. Quanto a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, cujo requisito é a inércia do Poder Legislativo, impossibilitará o controle da constitucionalidade do processo de formação da lei, por não haver espécie normativa suscetível do controle da constitucionalidade.

Destaque-se que em todas estas três ações declinadas é obrigatória a audiência do Procurador Geral da República, por se tratar de ações de competência originária do STF – art. 103, § 1º. Quanto ao Advogado Geral da União, defenderá a constitucionalidade das leis, mesmo que estaduais, nas ações declatórias de constitucionalidade e inconstitucionalidade. Porém, não participará da ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão, já que, nesta hipótese, não há lei a defender.

CELSO BASTOS deu o exato enfoque, quanto à aplicabilidade da ação declaratória de constitucionalidade em matéria tributária, ao aduzir que:

"De fato não há negar-se que não causa espécie alguém ir ao Supremo Tribunal Federal para que seja declarado o que toda lei presuntivamente já possui, qual seja, a constitucionalidade. Seria tão estranho quanto ir a juízo para declarar a validade de um documento que ninguém pôs em dúvida. Para nós, a razão de ser dessa ação é evitar a aplicação de uma lei cujos efeitos mais tarde terão de ser anulados. Por exemplo, constantemente,

temos notícia de inúmeras ações em andamento em nossos Tribunais em que a constitucionalidade de lei em matéria tributária é impugnada. Não é conveniente arrecadarem-se grandes somas com fundamento numa lei sobre a qual começam a pairar dúvidas sobre a sua adequação à Constituição. O maior lesado acabaria sendo o Fisco, porque teria que devolver o que recebeu sem ter a oportunidade de criar uma nova lei para tributar aquele período em que vigorou a lei inconstitucional. Essa é uma controvérsia que justifica a propositura da ação declaratória de constitucionalidade.⁵ (destacamos)

Destaque-se que o procedimento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal foi esmiuçado pela Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999.

4. CONTROLE DOS ATOS DO PROCESSO LEGISLATIVO, DURANTE A TRAMITAÇÃO DA LEI

A questão do controle da constitucionalidade dos atos do processo legislativo pelo Poder Judiciário tem gerado polêmica, tanto na doutrina, como na jurisprudência, não há uniformidade quanto a sua possibilidade, ou não.

Os atos do procedimento legislativo, uma vez considerados atos *interna corporis*, tornam-se insuscetíveis de controle judicial.

Com efeito, entende-se por atos *interna corporis*: como aquelas questões, ou assuntos que tratem direta e imediatamente com a economia interna da corporação legislativa e também com a formação da lei (justificativa do projeto de lei e votação), isto é, assuntos que por sua natureza, são reservados à exclusiva apreciação e deliberação de um Poder Legislativo autônomo. Tais são os atos de escolha, por meio de eleição interna, do órgão diretivo da Casa Legislativa (da Mesa); os atos administrativos de interesse dos parlamentares, por exemplo, verificação de poderes e incompatibilidades, concessão de licenças, etc.; os julgamentos internos de cassação de mandatos parlamentares; os atos de administração da casa, horário de expediente, modo de funcionamento das sessões, elaboração do Regimento Interno, constituição de comissões, organização de serviços auxiliares etc. Todos os citados atos são insuscetíveis de controle judicial.

Contudo, quanto aos atos de formação da lei, não podemos perder de vista o fato de que podem confrontar o processo legislativo constitucional, caso em que é cabível o controle jurisdicional, efetuado por meio de Mandado de Segurança impetrado por parlamentar. Neste sentido, já decidiu o STF, ao julgar o MS nº 20.471 (RTJ 112/1023-1027).

Nesta linha, é o entendimento de HELY LOPES MEIRELLES:

⁵ Curso de Direito Constitucional, p. 412.

"Daí não se conclua que tais assuntos afastam, por si sós, a revisão judicial. Não é assim. O que a Justiça não pode é substituir a deliberação da Câmara por um pronunciamento judicial sobre o que é da exclusiva competência discricionária do Plenário, da Mesa, ou da Presidência. Mas pode confrontar sempre o ato praticado com as prescrições constitucionais, legais ou regimentais que estabeleçam condições, forma ou rito para seu cometimento."⁶

NELSON DE SOUZA SAMPAIO aduz que os atos *interna corporis* das casas legislativas são insuscetíveis ao controle judicial, nos seguintes termos:

"(...) todo o exame judicial do processo legislativo deve cingir-se à atividade dos órgãos legiferantes que deixa rastros documentais, desde os autógrafos até as publicações oficiais. Não pode o Judiciário descer além, para escrutinar outros aspectos da elaboração legislativa, fazendo investigações de outras espécie, como a tomada de depoimentos. A nosso ver, não pode sequer perquirir gravações das sessões, acaso existentes nos arquivos dos órgãos legislativos. Tudo isso representa manifestações da gestação legislativa, sobre as quais a justiça não deve lançar seus olhos. São atos da vida interna dos órgãos legisladores, iura interna corporis."⁷

Neste sentido, há vários julgados do STF; a título de ilustração, reproduzimos a seguinte ementa:

"Processual e constitucional. Mandado de segurança. Processo Legislativo. Desrespeito ao regimento interno da Assembléia Legislativa. Conceito de questão *interna corporis*. Controle judicial. Dispositivo constitucional dependente de regulamentação.

O princípio do *due process of law* estende-se à gênese da lei. Uma lei mal formada, vítima de defeitos no processo que a gerou, é ineficaz; a ninguém pode obrigar. Qualquer ato praticado à sombra dela, expor-se-á ao controle judicial.

Não cabe mandado de segurança para desconstituir dispositivo de constituição estadual, cuja eficácia depende de regulamentação." (RMS nº 7.313-RS, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, decisão unânime datada de 20 de março de 1997 – BDA/jan. 98-p.54/56)

Do exposto, concluímos que nos filiamos ao entendimento de que atos *interna corporis* das casas legislativas não se sujeitam ao controle do Poder Judiciário. Entretanto, as regras constitucionais de elaboração das leis, uma vez descumpridas, poderão sujeitar-se ao controle jurisdicional da constitucionalidade, tanto no momento de tramitação do projeto de lei, mediante ajuizamento de mandado de segurança por parlamentar, bem como, ulteriormente, por meio de controle repressivo da constitucionalidade da lei positivada.

⁶ Direito Administrativo Brasileiro, p. 610.

⁷ O Processo Legislativo, p.192.

BIBLIOGRAFIA

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e seus Efeitos*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. 6ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

SAMPAIO, Nélson de Sousa. *O Processo Legislativo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO: SUA COMPETÊNCIA INVESTIGATÓRIA: ABRANGÊNCIA E LIMITAÇÕES DAS CPI'S ESTADUAIS

Carlos Roberto De Alckmin Dutra

1. – Introdução. 2. Investigação parlamentar. Função típica. 3. Objeto de investigação da CPI. 3.1. Competência legislativa. 3.2. Competência legislativa e administrativa. 3.3. Inviabilidade do critério da competência. 4. - Critério proposto: peculiar interesse da unidade federativa (devidamente motivado no requerimento de criação da CPI)

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objeto examinar o âmbito de atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito em relação à matéria a ser investigada.

Sabe-se que as Casas Legislativas das três esferas de poder, Federal, Estadual e Municipal, podem criar comissões parlamentares de inquérito, estipulando prazo certo para a sua duração, com a finalidade de investigar fato determinado.

Intrigante questão surge, assim, no tocante à área de atuação de cada Legislativo, ou seja, quais seriam as matérias que poderiam ser objeto de CPI municipal, estadual, ou federal. E mais, qual o critério para que determinada matéria possa ser objeto de investigação em cada um dos Legislativos destas unidades federativas.

Cumprir buscar um critério razoável que impeça ao mesmo tempo o abuso de poder parlamentar e o amesquinamento da investigação pelo Legislativo, revelando-se esta como potente instrumento democrático e de atuação das minorias.

2. INVESTIGAÇÃO PARLAMENTAR. FUNÇÃO TÍPICA.

As Comissões Parlamentares de Inquérito possuem previsão constitucional, inseridas tanto na Carta Federal, como em Constituições dos Estados-membros e em Leis Orgânicas Municipais.

Constituição de 1988 prevê o instituto em seu artigo 58 (verbis):

Artigo 58 - O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação.

(...)

§ 3º - As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo as suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.

Também a Constituição do Estado de São Paulo, em seu artigo 13, institui as referidas comissões em âmbito Estadual (verbis):

Artigo 13 - A Assembléia Legislativa terá Comissões permanentes e temporárias, na forma e com as atribuições previstas no Regimento Interno.

(...)

§ 2º - As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos no Regimento Interno, serão criadas mediante requerimento de um terço dos membros da Assembléia Legislativa, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo as suas conclusões, se for o caso, encaminhadas aos Órgãos Competentes do Estado para que promovam a responsabilidade civil e criminal de quem de direito.

As atribuições investigatórias são inerentes ao Poder Legislativo e consideradas função típica deste Poder, constitucionalmente previstas, como se pode ver.

Em um sistema de democracia representativa, na verdade, quando o Legislativo investiga, pode-se deduzir que é o próprio povo, através de seus representantes quem atua na investigação de órgãos públicos ou mesmo particulares, sempre em resguardo de um interesse público.

JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO ensina, lembrando que a investigação parlamentar não afeta o princípio da divisão dos poderes, o seguinte:

A missão do Poder Legislativo, por força das disposições constitucionais e de Teoria do Estado Democrático, está ligada à sua responsabilidade política de vigilância sobre os fatores que contribuem para que a máquina do Estado não seja objeto de negligência, desonestidade, incompetência e prepotência.

(...)

A faculdade de investigação das Câmaras que formam o Legislativo é um privilégio ou prerrogativa essencial para que este órgão cumpra eficazmente suas funções. A origem etimológica da palavra investigar está no latim *investigare*, que significa fazer diligências para descobrir os fatos ocorridos em determinadas circunstâncias. A investigação parlamentar é

toda investigação ordenada pela Câmara, com o objetivo de obter elementos necessários para chegar-se a um certo fim. **É um instrumento eficaz, através do qual a Câmara exerce sua função específica.** Esta investigação não afeta o princípio da divisão dos poderes, desde que as Comissões de Investigação não exerçam funções distintas das correspondentes Câmaras Legislativas. (grifo nosso)¹

Também assim se manifesta JORGE MIRANDA, ao comentar os inquéritos parlamentares, que assumem o mesmo papel de nossas Comissões Parlamentares de Inquérito:

Os inquéritos inserem-se na actividade informativa ou cognoscitiva do Parlamento e na sua função geral de vigiar pelo cumprimento da Constituição e das leis e de apreciar os actos do Governo e da Administração [art. 162.º, alínea a) da Constituição, art. 255.º do Regimento e art. 1.º, n. 1 da Lei 5/93].

Podendo ter por objecto qualquer matéria de interesse público relevante para o exercício da competência da Assembléa (art. 1.º, n. 2 da Lei 5/92), têm implicações, primeiro que tudo, no âmbito do Governo, responsável politicamente perante ela (arts. 190.º e s. da Lei Fundamental). Não têm, no entanto, de ficar aí circunscritos: nada impede que possam atingir as esferas do Presidente da República, dos tribunais e de outros órgãos constitucionais embora não de órgãos das regiões autónomas - à luz desse princípio geral de vigilância, fiscalização ou controlos.

Expressão imediata de um *pouvoir d'empêcher* ou de um mecanismo de *checks and balances*, não põem em causa a regra da separação de poderes (arts. 2.º e 111.º). Com os inquéritos, a Assembléa não se sub-roga na prática de actos do Governo ou de qualquer órgão: exteriores a esses actos, eles se esgotam em si mesmos ou são instrumentais em face de outras competências da Assembléa, como a legislativa ou a de votação de moções de censura ao Governo.²

ALEXANDRE DE MORAIS vislumbra que:

"O exercício da função típica do Poder Legislativo consistente no controle parlamentar, por meio de fiscalização, pode ser classificado em *político-administrativo e financeiro orçamentário*. Pelo primeiro controle, o Legislativo poderá questionar os atos do Poder Executivo, tendo acesso ao funcionamento de sua máquina burocrática, a fim de analisar a gestão da coisa pública e, conseqüentemente, tomar as medidas que entenda necessárias. Inclusive, a Constituição Federal autoriza a criação de comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, e serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo

¹ Teoria geral das comissões parlamentares: comissões parlamentares de inquérito, p. 03.

² Sobre as comissões parlamentares de inquérito em Portugal, Revista de direito constitucional e internacional, p.62- 63.

Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros (...)”³

A comissão parlamentar de inquérito é por excelência o instrumento voltado à investigação por parte do corpo Legislativo.

3. OBJETO DE INVESTIGAÇÃO DA CPI.

3.1. Competência Legislativa

- O regime federativo, como o adotado pelo Brasil⁴, caracteriza-se pela distribuição de competências legislativas e materiais aos entes da Federação (que para nós são a União, os Estados e Distrito Federal e os Municípios), que possuem autonomia (mas não soberania) na gestão destas competências.

Para circunscrever as matérias que podem ser objeto de apuração pelas comissões de inquérito, tanto federais, como estaduais ou municipais, parte de nossa doutrina utiliza-se como critério delineador a sua competência legislativa.

Nesse sentido, o MINISTRO JOSÉ CELSO DE MELLO FILHO assevera, referindo-se às Assembléias estaduais:

No Brasil, a função de controle e fiscalização, pelo Legislativo, teve sua origem na fase imperial, muito embora o seu expresso reconhecimento só tenha formalmente ocorrido a partir a Constituição Federal de 1934 (artigo 36).

As Assembléias Legislativas, que exercem, no âmbito dos Estados-membros, o Poder Legislativo, têm competência para criar e instituir comissões de inquérito, destinadas a apurar e investigar fatos determinados que se insiram na esfera de suas atribuições normativas. Não se pode olvidar, neste passo, que **a competência para investigar é limitada pela competência para legislar**, de tal sorte que será abusiva a utilização do inquérito parlamentar para elucidar fatos que refujam às atribuições legiferantes do órgão investigante. (grifo nosso)⁵

Vislumbra-se que o eminente Ministro informa ser o limite ao qual se circunscreve a competência de criação e funcionamento das CPIs estaduais a competência que os Estados-membros possuem para legislar, vale dizer, aquelas matérias previstas nos parágrafos 1º e 3º do artigo 25 da Carta Magna (competência legislativa residual) e, talvez, a competência complementar ou suplementar prevista no artigo 24 daquele diploma legal.

³ Direito constitucional, p.376.

⁴ Constituição Federal, artigo 1º.

⁵ Investigação parlamentar estadual: as comissões especiais de inquérito, in Justitia, p.155.

Em trabalho muito bem fundamentado em doutrina e jurisprudência americanas, JOÃO CARLOS MAYER SOARES, magistrado federal, reafirmando que o poder de investigar é inerente ao de legislar, alerta que "o *congressional power of investigation* não é onipotente, irrestrito e absoluto, possuindo limitações, que são o nosso ponto de maior interesse, porque ali residem as questões de maior indagação."⁶

Expõe, então, quais seriam as limitações a este poder:

As limitações podem ser divididas em formais e materiais. As primeiras dizem respeito à necessidade de apuração de fato determinado em prazo certo, à apresentação de requerimento de um terço dos membros da Casa e à proporcionalidade da representação partidária. As segundas cuidam do **chamado propósito Legislativo válido, da competência para legislar sobre a matéria objeto da investigação**, da separação entre os Poderes e da inviolabilidade dos direitos e garantias individuais e coletivos. (grifo nosso)⁷

A parte que nos interessa no presente trabalho restringe-se à limitação material, que diz respeito à necessidade de existência ou não de um propósito Legislativo válido ou de competência para legislar sobre a matéria objeto da investigação.

Referido autor entende imprescindível à criação de uma CPI que o seu objetivo seja a elaboração de uma medida legislativa, isto é, lei, *lato sensu*, bem por isso, ser necessário que a matéria a ser investigada encontre-se entre as competências legislativas do ente federativo que promove a investigação. De fato, afirma:

A finalidade de uma CPI é a coleta de informações para fins da elaboração de norma legislativa, presente ou potencial. Nesse sentido, em *Barsky v. United States* (334 U.S. 843) e *Barenblatt v. United States* (360 U.S. 109), respectivamente, o Pretório Excelso Americano assentou que:

It is clear that the power of inquiry is coextensive with the power of legislation and is not limited to the scope or the content of contemplate legislation. Potentiality, not actuality, of legislation is the measurer of the investigatory power.

The scope of the power of inquiry, in short, is as penetrating and far-reaching as the potencial power to enact and appropriate under the Constitution.⁸

Na mesma linha de raciocínio, entende o magistrado federal ser também requisito para que a investigação seja válida que "o fato determinado, que esteja sendo objeto de exame pelo inquérito, deva obrigatoriamente estar inserido na esfera de competência legiferante do órgão investigador. Neste

⁶ Poder sobre a informação: comissões parlamentares de inquérito e suas limitações, in *Juris Sintese*, p.2.

⁷ *Ibid.*, mesma página.

⁸ *Ibid.*, p.03.

contexto, fica evidente que, sob pena de maltrato ao princípio federativo, as investigações não podem desdobrar do plano institucional do ente que as impulsiona. À União, aos Estados Federados e aos Municípios é vedado invadir o campo de atuação legislativa exclusiva de cada entidade federativa, nos moldes enumerados pela Carta Política de 1988. No caso *Hammer v. Dagenhart* (247 U.S. 251), a Suprema Corte norte-americana assentou que o Governo Federal fere o sistema federativo quando invade os poderes reservados aos Estados. Seguindo essa orientação, no caso *United States v. Owlett* (M. D. Pa. 1936), decidiu-se que as CPIs devem permanecer circunscritas ao seu campo de ação legislativa:

The attempt (...) to investigate a purely federal agency is an invasion of the sovereign powers of the United States of America (...) The investigatory power of a legislative body is limited to obtain information on matters which fall within its proper field of legislative action.⁹

Apesar da profunda fundamentação, entendemos não ser possível a aplicação integral da doutrina norte-americana em nosso ordenamento jurídico.

Os EUA possuem história constitucional sensivelmente diversa da nossa. Enquanto naquele país os Estados independentes abriram mão de parcela de seu poder para a formação da federação (fenômeno conhecido como federalismo por agregação ou centrípeto), no Brasil, como se sabe, nunca houve Estados independentes, mas sim um estado unitário que abriu mão de algumas competências, muito poucas, para a criação do estado federado. É notório que, em nosso país, os Estados-membros possuem competência legislativa muito restrita, pois devido ao extenso rol de competências da União (C.F., art. 22) e a cláusula aberta de competências municipais (art. 30, inciso I) não resta quase nada para o Estado-membro; ao contrário do que ocorre nos EUA, onde os estados federados reservaram para si uma significativa parcela de competência legislativa.¹⁰

Desse modo, a adoção pura e simples do modelo americano para fins de fixação do critério norteador à criação de CPIs tenderia a amesquinhar e, eventualmente, inviabilizar por inteiro a utilização desse valioso instrumento democrático.

3.2. Competência Legislativa e Material -

Uma segunda corrente, composta entre outros pelo eminente professor FÁBIO KONDER COMPARATO entende que "a atividade fiscal ou investigatória das comissões de inquérito há de desenvolver-se no âmbito de

⁹ João Carlos Mayer Soares, op. cit., p.05, nota 06.

¹⁰ Nesse sentido, vide José Afonso da Silva, curso de direito constitucional positivo, p.417.

competências do órgão dentro do qual elas são criadas."¹¹ Todavia, não esclarecem se a competência a que se referem é a legislativa ou a material, aí entendida a competência para implementar políticas administrativas.

Outros, ainda, circunscrevem a possibilidade de investigação do Estado-membro não só pelo âmbito de sua competência legislativa, mas também de sua competência administrativa. Assim, argumenta ALEXANDRE ISSA KIMURA:

Podem ser criadas comissões de inquérito respeitando-se as competências legislativas e administrativas que a Constituição conferiu à União, aos Estados-membros, ao Distrito Federal e aos Municípios.¹²

Desde logo cabe registrar que entendemos, como já esboçado acima e ousando discordar de tão conceituados mestres, não ser possível tomar apenas a competência legislativa como parâmetro para fixar o âmbito de atuação das CPIs. De início, cabe asseverar que também as competências materiais devem permitir a criação de Comissões Parlamentares de Inquérito para a aferição da implementação correta das políticas públicas.

Realmente, é princípio constitucional conhecido aquele segundo o qual ao conferir determinada competência, a Constituição atribui, ainda que não expressamente, todos os poderes necessários para a sua implementação. Não pode haver poder sem a correspondente faculdade de investigar a correta implementação deste poder. Portanto, ao conferir ao Estado-membro determinada competência administrativa, a Constituição deve munir o respectivo Poder Legislativo do correspondente poder para a fiscalização do exercício daquela competência.

A investigação parlamentar não deve ter como fim exclusivo a elaboração de legislação acerca de determinada matéria, mas, de igual forma, de angariar subsídios para que os órgãos públicos melhor realizem as suas funções, de modo a que possam tomar as medidas administrativas, de controle, fiscalização etc.

Nesse sentido, veja-se a lição de JOÃO DE OLIVEIRA FILHO:

São investigáveis todos os fatos que possam ser objeto de legislação, de deliberação, de controle, de fiscalização, por parte de quaisquer órgãos do Poder Legislativo federal, estadual ou municipal.¹³

Nesse primeiro passo, portanto, extravasamos o limite de competência das CPIs para além do âmbito de sua competência legislativa, incluindo aí a sua **competência administrativa**. (i.e. a competência material comum prevista no artigo 23 da C.F.)

¹¹ Comissões parlamentares de inquérito: limites, direito público: estudos e pareceres, p.91.

¹² "CPI-Teoria e Prática", Editora Juarez de Oliveira, 2001, p. 47,

¹³ Comissões parlamentares de inquérito, Revista Forense, nº 151: 9-12, apud Alexandre Issa Kimura, CPI: teoria e prática, p.39-40.

3.3. Inviabilidade do Critério da Competência -

Todavia, pretendemos ir mais além. Na verdade, as competências do ente federado revelam-se como critério insuficiente e falho para a fixação da atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito.

O aspecto da competência, vista de forma exclusiva como elemento limitador da atuação das CPIs, possui deficiências incontornáveis. De fato, inicialmente caberia indagar qual competência deve ser levada em conta para tanto: a competência legislativa exclusiva dos Estados-membros (C.F., art. 25, §§ 1º e 3º); a competência concorrente entre União e Estados-membros (C.F., art. 24); a competência privativa, passível de delegação pela União aos Estados (art. 22 e seu parágrafo único); ou, ainda, as competências materiais comuns (C.F. art. 23)?

Assim, a simples prerrogativa para legislar, ainda que acrescida da competência administrativa, não parece ser critério confiável para delimitar o espectro de atuação das CPIs.

De mesma opinião, FREDERICO AUGUSTO D'ÁVILA RIANI, para quem o critério da competência não satisfaz, esclarece em artigo específico sobre o tema:

Críticas podem ser feitas a estes critérios interpretativos (vinculação do objeto da CPI à competência do órgão Legislativo). Qual o critério para determinação da competência do órgão Legislativo que vai delimitar os possíveis objetos de uma CPI? São as competências legislativas privativas? São as competências legislativas concorrentes? São as competências privativas de cada Casa, em se tratando de Congresso Nacional? São competências materiais? São todas elas?

Não nos parece seja esse (competência do órgão Legislativo) um bom critério delimitador do objeto de uma CPI. Principalmente porque grande parte de nossa legislação está dentro do que a doutrina chama de competência concorrente –art. 24, CF. E mais, os municípios podem legislar sobre tudo aquilo que se referir a legislação federal e estadual (art. 30, II, CF). Como, então, se delimitar o objeto da CPI pela competência legislativa? Se o fator determinante para a sua criação, ou não, for a competência para a criação de normas gerais, teremos, praticamente, só CPI's federais, devido à peculiaridade de nosso federalismo, que concentra poderes na União.

Outro aspecto é que **o parlamento é, pelo menos em tese, o órgão estatal mais representativo da sociedade. É um órgão plural por excelência. Por isso, não se pode fazer uma interpretação restritiva no que diz respeito a suas atribuições.** (grifos nossos)¹⁴

¹⁴ Comissão parlamentar de inquérito: requisitos para criação, objeto e poderes, Revista de direito constitucional de internacional, p.188-189.

Propõe o autor como critério para a fixação da atuação das CPIs a identificação da existência ou não de interesse público local. Em suas palavras:

Pensamos que a resposta adequada é o interesse público local. Em primeiro lugar, é primordial, imperativo, que o fato investigado seja realmente de interesse público. Em segundo lugar, é preciso que esse fato afete a vida dos indivíduos que estejam na circunscrição do órgão Legislativo que esteja instalando a comissão.

Pode-se argumentar que sempre que houver interesse de um município haverá também do estado no qual ele se insere. E que se for interesse do estado também será da União. Entretanto, o critério proposto é baseado na inteligência do art. 30, I, da CF, quando é atribuída competência aos municípios para legislarem sobre interesse local. Esse interesse deve se compreendido como peculiar interesse, interesse preponderantemente local. Assim, o critério estabelecido do possível objeto da CPI é que o fato certo tenha interesse público. E depois, que ocasione lesão (ou pelo menos indícios) aos indivíduos da circunscrição do órgão Legislativo criador da Comissão Parlamentar.

Para melhor compreender, podemos tomar como exemplo a CPI criada para investigar a queda na qualidade da telefonia fixa no Estado de São Paulo. Pelo critério da competência legislativa, só a União poderia criar uma CPI para investigar a qualidade do serviço de telefonia, sendo qualquer outra, que não criada em nível federal, inconstitucional. Isto porque o art. 22, IV, da CF dispõe que compete privativamente à União legislar sobre telecomunicações, e, principalmente, porque o art. 21, XI, confere competência à União para explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações.

Entretanto, a baixa qualidade do serviço no Estado de São Paulo não interessa ao restante do país. Levando-se em conta o critério ora proposto, seria perfeitamente viável (e mais, constitucional) a criação de uma CPI pela Assembléia Legislativa de São Paulo para investigar tal fato.

Vamos além. Caso a ALESP não tivesse criado a "CPI da Telefonica", seria possível a criação de uma CPI pela Câmara de Vereadores do Município de São Paulo, haja vista a deterioração da qualidade de serviço de telefonia, existente naquela época, neste município. Este é um fato de relevante interesse público, que afeta diretamente a cidade de São Paulo. (grifos nossos)¹⁵

Realmente, apenas tomando como exemplo a Assembléia Legislativa de São Paulo, podemos verificar que houve inúmeras Comissões Parlamentares de Inquérito instauradas para investigar matérias insertas não só no campo de competência legislativa federal, mas de competência administrativa dos Estados-membros e, de igual modo, de assuntos de seu peculiar interesse, dentro da faculdade investigatória do parlamento que lhe é inerente. Vejam-se as seguintes CPIs:

¹⁵ Frederico Augusto D'Ávila Riani, op. cit., p.188-189, nota 14.

- a) CPI criada pelo Requerimento de nº 332, de 1995, com a finalidade de investigar o **crime organizado no Estado**, nas suas diversas formas e manifestações, e apurar as razões de seu incremento, inclusive as que se devem à corrupção de agentes públicos que participam ou lhe dão proteção;
- b) CPI criada pelo Requerimento de nº 2.219, de 1992, com a finalidade de apurar, no prazo de 180 dias, fatos relacionados à **violência e à discriminação contra a mulher**, no mercado de trabalho do Estado de São Paulo;
- c) CPI criada pelo Requerimento de nº 3.951, de 1987, para investigar as **questões relativas à aplicação de energia nuclear no Estado de São Paulo**;
- d) CPI criada pelo Requerimento de nº 2.867, de 1977, para apurar as **irregularidades que estariam ocorrendo nas concessionárias de serviço telefônico do Estado de São Paulo**, principalmente nas cidades que compõem a Região do ABC;
- e) CPI criada pelo Requerimento de nº 3.208, de 1999, para apurar **as organizações que atuam no narcotráfico no Estado de São Paulo**, suas relações com roubo de cargas, assassinatos, lavagem de dinheiro e demais atividades criminosas relacionadas como o narcotráfico, assim, como o envolvimento, a participação ou colaboração de agentes públicos e órgãos estatais nas ações do tráfico de drogas.
- f) CPI criada pelo Requerimento de nº 776, de 1999, com a finalidade de apurar a real situação em que se encontra o **serviço de telefonia fixa** no Estado de São Paulo, ora praticado, sob concessão, pela empresa denominada Telefonica, assim como o cumprimento das cláusulas contratuais objeto da referida contratação.

Vislumbra-se serem todas as matérias tratadas nas CPIs acima citadas, em princípio, de competência legislativa da União, pois trataram de crime (C.F., art. 22, I), proteção ao trabalho (C.F., art. 22, I), telefonia (C.F., art. Art. 22, IV) e energia nuclear (C.F., art. 22, IV). Nem por isso, foi impedido o Parlamento paulista de realizar a sua valorosa atuação na elucidação de assuntos de grave importância para a sociedade local, encaminhando as suas conclusões, quando fosse o caso, para os órgãos competentes para a prática das medidas necessárias.

Apenas a título de elucidação, o Estado-membro não tem competência legislativa acerca de serviço de telefonia (C.F., art. 22, IV), todavia, não há dúvida de que tenha o parlamento interesse em investigar eventuais irregularidades na prestação deste serviço existentes apenas em seu território, de modo a que possa encaminhar as suas conclusões aos órgãos competentes.

Também a política bancária e de cartões de crédito, praticada no Estado de São Paulo, o maior pólo industrial e financeiro do Brasil, é inegavelmente diversa daquela praticada nos demais estados da Federação. Assim, os

problemas existentes em cada Estado são **regionais**, e típicos da unidade federada, não existindo necessariamente interesse da União para esclarecer tais questões. O interesse é específico do Estado-membro, daí a competência de sua Assembléia para investigar os fatos ocorridos.

Seria impossível e inviável a criação de CPIs federais para a elucidação de fatos ocorridos em âmbito estadual. A própria existência da Federação brasileira, com 26 Estados e um Distrito Federal já evidencia, por si só, a inviabilidade de o Congresso Nacional investigar, por meio de CPI, fatos de interesse dos Estados-membros. Se forem levados em consideração os Municípios, então a inviabilidade de investigação federal é ainda mais patente.

Quantas CPIs podem existir concomitantemente em cada Casa do Congresso: em média, 04 a 05 CPIs em trâmite na Câmara Federal e por volta de 03 no Senado? A existência de uma simples irregularidade por Estado-membro, hábil a gerar uma CPI, já levaria à necessidade de 27 CPIs no Congresso.

A Assembléia Legislativa de São Paulo possui uma média de 05 a 06 CPIs em andamento. Ainda que se admitisse existir uma média nacional de apenas 02 CPIs por Estado-membro que envolvessem direta ou indiretamente matéria federal, resta evidente que o Congresso Nacional não poderia, jamais, ter em andamento 54 CPIs.

A tese da competência legislativa é, assim, evidentemente inaceitável e praticamente inviável. Se aplicada, teria como único efeito o de alijar o parlamento estadual e o municipal - dadas as características da distribuição de competência em nosso país, privilegiando a União com um rol quase exaustivo delas-- de uma de suas funções típicas mais importantes, subtraindo da população um valioso instrumento democrático.

Nesse sentido parece ser também o entendimento do eminente MINISTRO PAULO BROSSARD, adotado no julgamento do *Habeas Corpus* nº 71.039-RJ, em 7.4.94, no qual averbou que "A possibilidade de criação de CPI se não duvida, nem discute; é tranqüila, sobre todo e qualquer assunto? Evidentemente, não; mas sobre todos os assuntos de competência da Assembléia... O mesmo vale dizer em relação às CPIs estaduais; **seu raio de ação é circunscrito aos interesses do Estado**".

É este, também, o sentir do Ministério Público de São Paulo, esposado em parecer oferecido no Mandado de Segurança nº 81.792.0/6 – TJ/SP¹⁶,

¹⁶ Trata-se de mandado de segurança impetrado pela ACREFI – Associação Nacional das Instituições de Crédito, Financiamento, Investimento e outras, contra ato do presidente da Assembléia Legislativa de São Paulo e contra o presidente da "CPI das Financeiras" ou da "usura", instituída pelo requerimento nº 2.883/2000. Referida CPI tinha como objeto a apuração de denúncias de prática de crime de usura contra a economia popular e contra o consumidor,

ainda não julgado, onde abordou-se com maestria o tema da vinculação entre investigação e função legislativa. Assim se manifestaram seus ilustres membros, Dra. REGINA ZAQUÍA CAPISTRANO DA SILVA e Dr. JOSÉ JESUS CAZETTA JÚNIOR, citando uma gama enorme de doutrina estrangeira:

Um requerimento parlamentar não é uma peça literária: sua finalidade é política, o que recomenda a máxima flexibilidade na sua interpretação e o respeito às práticas e precedentes da própria Casa Legislativa.

Quanto à estreita vinculação entre a CPI e a função legislativa –tese insinuada na petição inicial -, trata-se de um equívoco, que está em contradição com o perfil moderno do Parlamento nas democracias ocidentais, pelo qual este se converteu no "foro de debate por antonomásia" (Cf. Alfonso Arevalo Gutierrez, "Las Comisiones de Investigación de las Cortes Generales y de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas", Revista Española de Derecho Constitucional, ano 15, num. 43, enero-abril 1995, págs. 127/132).

Na verdade, a comissão parlamentar de inquérito é um dos principais instrumentos de controle político, notadamente da Administração e, quando haja interesse público, até mesmo dos centros privados de poder. Estudando esse problema no direito italiano –que, de certo modo, é mais restritivo do que o nosso (Cf. Constituição da Itália, art. 82) – Renato Moretti destacou a possibilidade de inquéritos parlamentares tendentes à determinação da responsabilidade política de pessoas ou grupos, inclusive privados, cuja atividade seja suscetível de gerar um relevante perigo para as instituições. Nas palavras desse autor:

"Quando l'inchiesta, come spesso accade, so rivolge all'accertamento di responsabilità politiche, è facile constatare che essa non há per oggetto soltanto comportamenti riconducibili al governo-amministrazione od a centri istituzionali del potere político. Nella frantumazione del processo di decisione política che si osserva nel nostro paese, l'inchiesta si piega pertanto anche non istituzionali del potere político ed econômico, in una prospettiva l'indagine aperta a 360 gradi su tutta la realtà sociale" (Cf. "Inchiesta Parlamentare" in "Novissimo Digesto Italiano", Appendice, vol. IV, Torino: UTET, 1983, pág. 133).

De resto, essa função política, sobretudo quando exercida pela oposição, tem um relevo autônomo, pois consiste em "hacer públicos los problemas (crítica), potenciar los intereses postergados (propaganda) y demostrar una voluntad política alternativa (contraste)" (Cf. H. P. Schneider, "El Régimen Parlamentario", in Benda, Mihofer, Vogel, Hesse e Heyde (org.), "Manual de Derecho Constitucional", tradução para o espanhol de Antono López Pina, Madrid: Instituto Vasco de Administración Pública e Marcial Pons, 1996, pág. 363).

enriquecimento ilícito, cobrança de juros abusivos e sonegação fiscal, praticados pelas administradoras de cartão de crédito, financeiras, empresas e escritórios que operem com "factoring" e empresas de comércio varejista com financiamento próprio.

É que, na realidade, "il controllo politico della opposizione non può costruirsi secondo lo schema della funzione accessoria rispetto a quella principale offerta dall'indirizzo di governo", porque "è una funzione autonoma che há finalit  antitetice, non cooperative, rispetto a quelle di indirizzo governativo" (Cf. Giuseppe De Vergottini, "Diritto Costituzionale Comparato", 5^a ed. Padova: Cedam, 1999, p g. 578). Da  porque "nella pratica parlamentare gli stessi strumenti possono essere utilizzati in modo da unire nello stesso procedimento il momento del controllo (tramite la valutazione critica o favorevole del precedente operato governativo) e quello dell'indirizzo (tramite la delibera che tende ad orientare futuri comportamenti)." (Cf. Giuseppe De Vergottini, ob. E loc. Cit.).

Portanto, ainda que não se pudesse cogitar de nenhuma medida normativa, de competência da Augusta Assembléia Legislativa, isso não a tornaria incompetente para exercer o controle parlamentar, por meio de CPI, tendente a verificar como vem sendo cumpridas neste Estado, as leis penais e as normas de prote o ao consumidor, em tudo quanto possa concernir às atividades econ micas que os filiados às impetrantes realizam.

Não custa lembrar que, embora a União legisle sobre direito penal, são os Estados, por suas Polícias e pelo Ministério Público, que atuam na investiga o dos crimes e na persecu o dos infratores, sendo tais assuntos  sitos, por conseguinte,   Administra o Estadual. Este  , a toda evidência, mais um aspecto do federalismo cooperativo, ao qual se filia a atual Constitui o brasileira por inspira o, sobretudo, do modelo alemão (Cf. FÁBIO KONDER COMPARATO, "A expropria o de bens dominicais de outras entidades federadas pela União Federal" in Revista dos Tribunais, ano 85, vol. 273, janeiro de 1996, págs. 111/115).

Como se sabe, a coopera o federal na Alemanha não se d , propriamente, no plano normativo: onde ela realmente se realiza   no terreno administrativo, mesmo porque a execu o das leis federais compete, em princípio, aos Estados (Lei Fundamental de Bonn, art. 83), que são, nesse sentido, o braço executivo da legisla o central. Trata-se, portanto, de um "federalismo de execu o", segundo a inteligente fórmula proposta por GIOVANNI BOGNETTI (Cf. "Federalismo", in "Digesto delle Discipline Pubblicistiche", VI, Torino, Utet, 1991, págs. 286/287) e que, em matéria de prote o ao consumidor e de repressão aos delitos,   inteiramente extensível ao ordenamento brasileiro." (grifos nossos)

Por fim e como argumento definitivo, resta lembrar que **a própria Constitui o Federal informa deverem ser as "conclusões (da CPI), se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil e criminal dos infratores"**. E a Constitui o do Estado de São Paulo determina o encaminhamento das conclusões "aos órgãos competentes do Estado para que promovam a responsabilidade civil e criminal de quem de direito" (art. 13,   2 ).

Também no âmbito infraconstitucional, tanto no nível federal como estadual, a legisla o determina o encaminhamento do relatório aprovado

pela CPI “aos chefes do Ministério Público da União ou dos Estados, ou ainda às autoridades administrativas ou judiciais com poder de decisão, conforme o caso, para a prática de atos de sua competência” (Lei federal nº 10.001, de 04 de setembro de 2000).

A novel legislação bandeirante (lei nº 11.124, de 10 de abril de 2002) também contém dispositivo similar:

Artigo 18 - O presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito encaminhará o relatório da Comissão, aprovado na forma regimental, ao Procurador-Geral de Justiça e ao Presidente do Tribunal de Justiça e, ainda, conforme o caso, a outras autoridades administrativas ou judiciais com poder de decisão, para a prática dos atos que lhe competirem.

Assim, é inegável que as CPIs não têm como finalidade única a de dar subsídio a medidas legislativas, pois estas são elaboradas no próprio seio do Legislativo, sem necessidade de encaminhamento de suas conclusões a quaisquer outros órgãos.

Por própria disposição constitucional fica claro que outras medidas além, das legislativas, podem ser tomadas. Desta forma, indubitável que o âmbito de atuação das comissões de inquérito não pode ser estipulado pela competência legislativa que é atribuída ao Parlamento da qual emanam.

A previsão constitucional atesta uma maior abrangência na atuação parlamentar, por meio de comissões de inquérito, e não aceita interpretação limitadora, dada a própria essência do parlamento, casa representativa dos interesses da população.

4. CRITÉRIO PROPOSTO: PECULIAR INTERESSE DA UNIDADE FEDERATIVA (DEVIDAMENTE MOTIVADO NO REQUERIMENTO DE CRIAÇÃO DA CPI)

A importância das Comissões Parlamentares de Inquérito é enfatizada por JOSÉ DE OLIVEIRA BARACHO nos seguintes termos:

Como instrumento de fiscalização da própria autenticidade do regime democrático, as Comissões Parlamentares de Inquérito devem ser examinadas no seu contexto institucional democrático, para que possam conciliar os pressupostos da liberdade, dos direitos fundamentais, da moral e de todas as formas que atentam contra o funcionamento do sistema de governo e a seriedade da administração pública.¹⁷

Vislumbra-se aí a importância desse instrumento democrático, cuja previsão em sede constitucional, por critério de hermenêutica, não pode sofrer limitações em sua interpretação para efeito de estipulação do critério autorizador da criação da CPI em cada ente federativo.

¹⁷ Teoria geral das comissões parlamentares, p.226.

Desse modo, concluímos que onde houver matéria relacionada a assunto de peculiar interesse (público) do Estado-membro, evidenciado pormenorizadamente no requerimento de criação da CPI, é possível a sua instituição, de modo que o parlamento possa diligenciar, legislativamente, ou solicitando práticas administrativas e outras a quem de direito, para a implementação das medidas necessárias ao suprimento daquele interesse público.

O critério a ser observado para a verificação da legitimidade ou não de determinada CPI é, portanto, ao nosso ver, a **existência de peculiar interesse da unidade federativa à qual pertença o parlamento na matéria objeto da almejada investigação**, devendo o requerimento de instauração desta fundamentar objetivamente a existência desse interesse peculiar e sempre de caráter público.

A motivação deve necessariamente constar do requerimento de criação da CPI e, por sua vez, serve de garantia para que não haja abuso do poder parlamentar, mediante a escolha que não revele peculiar interesse da unidade federativa em questão.

Com essas singelas considerações, pretendemos trazer uma visão mais próxima das dificuldades dos parlamentos estaduais, especialmente, na realização de uma das tarefas que nos parece ser de suma importância e caráter eminentemente democrático, sempre com a esperança de que possa auxiliar os mais doutos a melhor elucidar a matéria.

BIBLIOGRAFIA

BARACHO, José de Oliveira. *Teoria Geral das Comissões Parlamentares: Comissões Parlamentares de Inquérito*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BULOS, Uadi Lammego. *Comissão Parlamentar de Inquérito: Teoria e Prática*. São Paulo: Saraiva, 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. *Comissões Parlamentares de Inquérito: Limites*. In: *Direito Público: Estudos e Pareceres*, São Paulo: Saraiva, p.85-98, 1996.

KIMURA, Alexandre Issa. *CPI: Teoria e Prática*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

MELLO FILHO, José Celso de. *Investigação Parlamentar Estadual: As Comissões Parlamentares de Inquérito*, *Justitia*, [Procuradoria Geral de Justiça - SP]. São Paulo: Imesp, 45 (121): 155-160, abr./jun. 1983.

MIRANDA, Jorge. *Sobre as Comissões Parlamentares de Inquérito em Portugal*, *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: RT, nº 33: 61-67, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 10.ed. São Paulo: Jurídico Atlas, 2001.

RIANI, Frederico Augusto D'Ávila. Comissão Parlamentar de Inquérito: Requisitos para Criação, Objeto e Poderes, *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: RT, nº 36: 185-204, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

SOARES, João Carlos Mayer. Poder Sobre a Informação: Comissões Parlamentares de Inquérito e suas Limitações, *Juris Sintese*, Porto Alegre: Síntese Divisão e Sistemas, nº 23, mai./jun. de 2000.

DA REALIZAÇÃO DE PERMUTA DE BENS MÓVEIS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ESTADUAL

Maria Eliza Visenta Olmos Serrador
Tatiana Maria Ometto Casale

1. Introdução. 2. Da análise técnico-jurídica. 3. Dos requisitos gerais para realização da permuta de bens móveis. 3.1. Da existência de interesse público. 3.2. Da avaliação prévia. 4. Outras considerações acerca da permuta. 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O tema objeto de análise trata da possibilidade jurídica da Administração Pública utilizar-se do instituto da "permuta", de bens móveis usados, como forma de pagamento total ou parcial em contratações para fins de fornecimento de bens.

Desta forma, a Administração estaria se utilizando de um mesmo procedimento administrativo, para aquisição, bem como desfazimento de determinado bem móvel, quando, p.e., presente a necessidade de substituí-lo por outro mais atual, mais desenvolvido, ou então quando deixasse de ter proveito para a Administração, como forma de contraprestação total ou parcial.

Entretanto, na realização de certame licitatório para contratação, a adoção do precitado procedimento pela Administração estaria condicionada à prática dessa forma de ajuste por um número razoavelmente considerável de empresas fornecedoras de bens, razão pela qual haveria de ser realizada ampla pesquisa, a fim de se detectar os ramos de mercado em que se verifica tal prática, assim como o nível de aceitação dentre as respectivas empresas.

2. DA ANÁLISE TÉCNICO-JURÍDICA

Prefaciando, cabe obtemperar que o instituto jurídico da troca (permuta) está disciplinado no Direito Civil Pátrio, preceituando o artigo 1.164 do Código Civil aplicar-se a ele as disposições referentes à compra e venda, observadas as modificações de que tratam os incisos I e II do referido diploma legal.

O preclaro exegeta civilista WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO¹, analisando o dispositivo supra, assentou entendimento de que "*troca é o*

¹ Curso de Direito Civil, São Paulo: Saraiva, 1988, p.113, vol.5.

*contrato pelo qual as partes se obrigam mutuamente a dar uma coisa por outra. Também, **denominada de permuta pelo legislador** (por exemplo, pelo antigo Cód. Proc. Civil, art. 842, nº XVII), ou de escambo (Cód. Comercial, arts. 221 a 225), tem ela grande analogia com a compra e venda, com a qual mantém estreito parentesco (grifamos)."*

Citando ainda DE PAGE², o emérito tratadista do direito civil assevera que "*a troca encerra dupla venda, mas, em vez de comportar alienação de coisa contra certo preço, como na compra e venda, compreende a alienação de uma coisa contra outra coisa.*"

Outro aspecto a ser abordado, nos termos ainda do mestre civilista³, é que qualquer coisa ou objeto *in commercium* é suscetível de troca: móveis por imóveis; imóveis por imóveis; coisa por coisa, coisa por direito, direito por direito. Enfim, tudo aquilo que pode ser objeto de venda pode ser trocado ou permutado, consoante inclusive restou expressamente preceituado no artigo 221 do Código Comercial. Confira-se:

"Art. 221 O contrato de troca ou escambo mercantil opera ao mesmo tempo duas verdadeiras vendas, servindo as coisas trocadas de preço e compensação recíproca (art. 191). Tudo o que pode ser vendido pode ser trocado."

No entanto, se além da coisa dada em troca resultar da negociação significativa prestação em dinheiro a ser retornada, a natureza jurídica do contrato não poderá ser tida como permuta total, cheia, parecendo mais acertada nesse caso a ocorrência de *permuta apenas parcial*.

No âmbito da **Administração Pública Federal**, a possibilidade de oferecimento de bem móvel como parte de pagamento em contratações, é disciplinada através do Decreto federal nº 99.658, de 30 de outubro de 1990, que regulamenta o *reaproveitamento, a movimentação, a alienação e outras formas de desfazimento de material*, dispendo o seu artigo 14, que "**A permuta com particulares poderá ser realizada sem limitação de valor, desde que as avaliações dos lotes sejam coincidentes e haja interesse público**", estabelecendo, ainda, o seu parágrafo único que "**No interesse público, devidamente justificado pela autoridade competente, o material disponível a ser permutado poderá entrar como parte do pagamento de outro a ser adquirido, condição que deverá constar do edital de licitação ou do convite.**"

Pela possibilidade de permuta entre bens de valores díspares, ou seja, oferecidos como parte de pagamento em que se insere também prestação pecuniária, tal como prevê o sobredito decreto federal, é o entendimento do

² Traité Elémentaire de Droit Civil, 4^o vol, p. 445, apud Washington de Barros Monteiro, Curso de Direito Civil, op. cit., p. 113, nota 1.

³ Op. Cit., p. 113, nota 1.

publicista JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES⁴, Procurador Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Distrito Federal, ao lançar comentário sobre a permuta de **móvel** por **imóvel**. Vejamos:

"A rigor, em tese seria possível permutar um bem móvel por outro de natureza diversa, como imóvel.

Admite-se, também aqui, diferença substancial de valores que poderá ser objeto de pagamento em dinheiro ou outro bem, vez que seria quase impossível obter permuta de bens com valores idênticos (grifamos)."

O fato é que o legislador ordinário previu a possibilidade de realização de permuta pela Administração Pública através da Lei federal de Licitações e Contratos, como forma de alienações de bens imóveis e móveis, segundo infere-se de seu artigo 17, inciso I, alínea "c" e inciso II, alínea "b". Confira-se:

"Art. 17 – A alienação de bens da Administração Pública, **subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação** e obedecerá às seguintes normas (grifamos):

I – quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, **dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, dispensada esta nos seguintes casos** (grifamos):

(...)

c) **permuta, por outro imóvel que atenda aos requisitos constantes do inciso X do art. 24 desta Lei** (grifamos);

(...)

II – quando móveis, dependerá de avaliação prévia e de licitação, dispensada esta nos seguintes casos (grifamos):

(...)

b) **permuta, permitida exclusivamente entre órgãos ou entidades da Administração Pública;** (grifamos)

(...)"

Da exegese literal dos preceptivos supra, deduz-se, pois, pela possibilidade de permuta na alienação de bens imóveis, bem como de bens móveis pertencentes ao Poder Público, hipótese esta em exame, **em princípio, permitida exclusivamente entre órgãos ou entidades da própria Administração Pública**. É o que está contido na alínea "b" do inciso II do art. 17, suso transcrito.

Em realidade, o preceptivo supra reproduz a redação dada pelo Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986 (revogado pela Lei federal

⁴ Contratação direta sem licitação, procedimentos para a contratação direta, modalidades, dispensa e inexigibilidade de licitação, 4ª ed., Brasília: Brasília Jurídica Editora, 1999, p.204.

nº 8.666/93), *ex vi* do seu artigo 15, inciso II, alínea "b", salvo que, originalmente, a permuta de bens móveis era permitida sem as restrições introduzidas pela atual legislação.

A despeito da condicionante da legislação atual, retromencionada, importa registrar que o Governo do Estado do Rio Grande do Sul ingressou com ação direta de inconstitucionalidade, a **ADIn nº 927-3**, tendo o STF concedido liminar em medida cautelar, cujo acórdão, em seu inteiro teor, publicado no DJU de 10.11.1993, cumpre ora transcrever:

"Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, **deferir, em parte, a medida cautelar**, para suspender, até a decisão final da ação, quanto aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, a eficácia da expressão 'permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera de governo', contida na letra b do inciso I do artigo 17 da Lei Federal nº 8.666, de 21.6.93, vencido o Ministro Paulo Brossard, que a indeferia; **para suspender os efeitos da letra c do mesmo inciso, até decisão final da ação, por maioria de votos, deferir a medida cautelar, vencidos os Ministros Relator, Ilmar Galvão, Sepúlveda Pertence e Néri da Silveira, que a indeferiam**; no tocante à letra a do inciso II do mesmo artigo, por maioria de votos, indeferir a medida cautelar, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Celso de Mello, Sydney Sanches e Moreira Alves, que a deferiam; **com relação à letra b do mesmo inciso, por unanimidade, deferir a medida cautelar, para suspender, até a decisão final da ação, a eficácia da expressão 'permitida exclusivamente entre órgãos ou entidades da Administração Pública', quanto aos Estados, ao Distrito Federal e Municípios**; e, finalmente, por maioria de votos, deferir a medida cautelar, para suspender, até a decisão final da ação, a eficácia de todo o § 1º do art. 17, vencido o Ministro Relator, que a indeferia. Votou o Presidente (grifamos)".

Depreende-se, pois, das linhas do acórdão supra, relativamente aos dispositivos do artigo 17 da Lei de Regência em enfoque, a suspensão dos efeitos da letra "c" do inciso I do artigo 17. Já, no tocante à letra "b" do inciso II do artigo em referência (que efetivamente interessa de perto), a suspensão da eficácia da expressão "permitida exclusivamente entre órgãos ou entidades da Administração Pública", **quanto aos Estados, ao Distrito Federal e Municípios.**

De sorte a tornar claro o posicionamento de nossa Corte Máxima, cumpre, nesse passo, reproduzir parte do voto do Relator, Ministro CARLOS VELLOSO. Confira-se:

"(...) Referentemente à permuta de bem móvel — art; 17, II, b — que a lei estabelece que será "permitida exclusivamente entre órgãos ou entidades da Administração Pública", parece-me que o legislador federal se excedeu. O que se disse relativamente à doação de bens imóveis — art. 17, I, b — tem aplicação aqui. **A interpretação conforme, no ponto, é esta: a**

norma mencionada — "permitida exclusivamente entre órgãos ou entidades da Administração Pública", inscrita no art. 17, II, b — somente tem aplicação no âmbito federal (grifamos) (...)."

Releva consignar, que a decisão em sede de liminar ora referida, até ulterior julgamento quanto ao mérito da sobredita ADIn, possibilita que as permutas de bens móveis da Administração Pública no âmbito dos Estados, Distrito Federal e Municípios, de que trata o inciso II, alínea "b" do artigo 17, **sejam realizadas, sem licitação, também com pessoa física ou jurídica de direito privado, sendo este o entendimento esposado por intérpretes de renome do Estatuto federal Licitatório.**

Em realidade, a questão não é de interpretação de texto legal, mas de acatamento de determinação judicial, consoante, inclusive, asseriu o insigne Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, ANTONIO ROQUE CITADINI, ao lançar comentário sobre este dispositivo, remetendo a matéria à decisão inserta na mencionada ADIn, enfatizando que "*sobre a permuta, deve-se atentar para a restrição legal de só poder ser feita entre órgãos ou entidades da Administração Pública, e, em função do decidido pelo Supremo Tribunal Federal só se aplicar aos bens da União, **uma vez que suspensa sua aplicação para os Estados***" (grifamos).⁵

No mesmo sentido, é o emérito administrativista MARÇAL JUSTEN FILHO, ao abordar o mencionado acórdão, aduzindo que:

"O STF, em decisão cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 927-3/RS, promovida pelo Governador do Estado do Rio Grande do Sul, suspendeu a vigência (...) c) quanto a Estados, Distrito Federal e Municípios e respectivas administrações indiretas da expressão 'permitida exclusivamente entre órgãos ou entidades da Administração Pública', contida no inc. II, al. 'b'; (...) Ainda que a decisão tenha sido adotada em medida cautelar, os termos da discussão envolveram o próprio mérito da questão (...)"⁶

3. DOS REQUISITOS GERAIS PARA REALIZAÇÃO DA PERMUTA DE BENS MÓVEIS

Não se pode olvidar, todavia, que a fim de tornar factível a alienação de bem móvel pela Administração Pública dos Estados, Distrito Federal ou dos Municípios, utilizando-se do instituto jurídico da permuta, mister se faz a observância dos requisitos gerais para a alienação de que trata o *caput* e o inciso II do art. 17 do Estatuto federal Licitatório, quais sejam: a existência de

⁵ Comentários e Jurisprudência sobre a Lei de Licitações Públicas, São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 104-105.

⁶ Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, 5.ed., São Paulo: Dialética, 1998, p.163.

interesse público expressamente justificado, bem como a realização de avaliação prévia do respectivo bem.

3.1. Da Existência De Interesse Público

JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES, publicista anteriormente citado, traça interessantes considerações acerca do conceito de interesse público. Vejamos:

(...)

"é a finalidade única da Administração Pública, decorrendo daí que todo ato de gestão visa ao interesse público imediato ou mediato, sob pena de anulação, por via judicial ou administrativa. O interesse público encontra na Lei uma das suas principais fontes, vez que essa não deixa de ser um instrumento da vontade coletiva que alcança o patamar de normatização; se o interesse público é um objetivo da coletividade vista como um todo, vários outros princípios decorrem desse postulado, como a 'transparência' ou publicidade que devem estar presentes na sua elaboração e execução; impessoalidade, pois a atividade administrativa não pode estar dirigida à satisfação do interesse particular."⁷

Ainda, segundo o escólio do memorável administrativista HELY LOPES MEIRELLES, "*em última análise, os fins da Administração consubstanciam-se na defesa do interesse público, assim entendidas aquelas aspirações ou vantagens lícitamente almejadas por toda a comunidade administrada, ou por parte expressiva de seus membros. O ato ou contrato administrativo realizado sem interesse público configura desvio de finalidade.*"⁸

Com efeito, o interesse público se exterioriza em toda atividade administrativa que busca o interesse geral, coletivo, diversamente, pois, do que ocorre com o interesse do particular, que está voltado à própria satisfação.

O interesse público deve, portanto, observar dentre outros princípios, o da *economicidade*, relacionado à obtenção da melhor proposta para a administração, evitando-se, destarte, medidas administrativas que se apresentem antieconômicas ao erário.

Neste aspecto, impende valer-se dos ensinamentos valiosos do mestre em direito administrativo, MARÇAL JUSTEN FILHO, que, com a clareza que lhe é peculiar, aborda a matéria. Vejamos:

"Em princípio a economicidade se traduz em mero aspecto da indisponibilidade do interesse público. Quando se afirma que a licitação destina-se a selecionar a melhor proposta, impõe-se o dever de escolher segundo o princípio da economicidade (...) No entanto, a questão exige

⁷ Op. cit., p.165, nota 4.

⁸ Direito administrativo brasileiro, 18.ed., São Paulo: Malheiros, 1993, p.82.

maior aprofundamento, especialmente em face da explícita referência ao postulado da 'eficiência', agregado ao caput do art. 37 da CF/88 em virtude da EC nº 19/98." (...) A Administração Pública está obrigada a gerir os recursos financeiros do modo mais razoável. O princípio da economicidade pode reputar-se também como extensão do princípio da moralidade. Significa que os recursos públicos deverão ser administrados segundo regras éticas, com integral respeito à probidade. O administrador público não pode superpor eventuais e egoísticos interesses privados ao interesse público. Não se respeita o princípio da economicidade quando as decisões administrativas conduzem a vantagem pessoal do administrador antes do que ao benefício de toda coletividade.

Mas economicidade significa, ainda mais, o dever de eficiência. Não bastam honestidade e boas intenções para validação de atos administrativos. A economicidade impõe adoção da solução mais conveniente e eficiente sob o ponto de vista da gestão dos recursos públicos. Toda atividade administrativa envolve uma relação sujeitável a enfoque de custo-benefício. O desenvolvimento da atividade implica produção de custos em diversos níveis. Assim, há custos relacionados com o tempo, com a mão-de-obra etc. Em contrapartida, a atividade produz certos benefícios – também avaliáveis em diversos âmbitos (grifamos).⁹

3.2. Da Avaliação Prévia

De outro turno, considerando-se a regra geral da necessidade de licitação prévia para contratações por parte do Poder Público inserta no art. 37 da Constituição Federal de 1988, tem-se que qualquer contratação pretendida pela Administração apresenta como *conditio sine qua non* a elaboração de uma estimativa dos custos envolvidos, na medida em que tal estimativa é que possibilitará a determinação legal da modalidade de licitação aplicável, bem como o atendimento de certas formalidades indispensáveis relacionadas com contratos de grande valor, além de, por óbvio, ser a única forma a viabilizar o atendimento do art. 167, incisos I e II da Carta Magna, o qual estabelece que todas as despesas deverão estar previstas no orçamento, somente podendo ser assumidos compromissos e deveres com fundamento na existência de receita prevista.

Tratando-se, pois, a estimativa de custos do objeto pretendido um dos pressupostos de instauração da fase externa da licitação, apresentando-se como exigência legal tendente a impedir a instauração arbitrária de licitações e dificultar contratações inexecutáveis, concretizando, assim, os mandamentos legais constantes do art. 3º do Estatuto federal de Licitações, não há dúvida de que a observância do elemento da motivação em sua elaboração, **indicando-se a fonte das informações prestadas, é condicionante de sua validade.**

⁹ Op. cit., p.66, nota 6.

A motivação constitui, na verdade, garantia de legalidade, que diz respeito tanto ao interessado como à própria Administração Pública, uma vez que permite a verificação, a qualquer momento, da legalidade do ato, mesmo por parte dos demais Poderes do Estado, tendo sido mencionada expressamente pela Constituição Bandeirante de 1989, em seu art. 111, entre os princípios norteadores da Administração Pública.

Desta feita, pode-se dizer, ainda, reforçando a afirmação quanto à necessidade da indicação da fonte utilizada pelos agentes públicos na elaboração da estimativa de custos, que sua importância é depreendida não só pelo aspecto da sua necessidade legal, mas também como meio de viabilizar os interessados, eventualmente, a impugnarem antecipadamente as estimativas elaboradas, evitando-se futuras desclassificações de propostas por preço excessivo e até a possível perda de todos os esforços dispensados na condução do procedimento licitatório, por impossibilidade de aproveitamento das propostas apresentadas.

Desta forma, não há qualquer identidade quanto à finalidade de uma mera apuração estimada de custos relativos a uma certa contratação, aferida a partir de pesquisa de preços junto ao mercado, pela sua média, com a avaliação do valor efetivo de um determinado bem, para fins de alienação.

Na verdade, enquanto a apuração estimada de custos refere-se a algo provisório, na medida em que seu *quantum* apenas serve de referencial de valor a ser efetivamente definido *a posteriori*, ou seja, na conclusão do procedimento licitatório ou de contratação direta, a avaliação, por sua vez, destina-se à fixação do valor real, efetivo dos bens avaliados, consideradas todas as suas peculiaridades e circunstâncias, retratando o valor final representativo da respectiva parcela do patrimônio envolvido.

Assim sendo, considerando-se a avaliação em si, entendida esta como precedente e indispensável, conforme prevista na Seção VI do Capítulo I da Lei federal nº 8.666/93, para qualquer alienação de bens da Administração Pública, ou seja, qualquer forma de transferência de domínio de bens públicos a terceiros (art. 6º, inciso IV, do Estatuto federal de Licitações), importa observar que, por tratar-se de meio técnico que visa a apuração do valor real de quaisquer bens, inclusive direitos e obrigações, correspondendo a uma atividade de natureza técnica, deverá ser sempre consubstanciada em um laudo, em regra, realizado por técnico devidamente habilitado para tal, especializado no ramo de avaliação, uma vez que o avaliador é quem ficará pessoalmente responsável pela idoneidade de suas conclusões.

Tal afirmação decorre do fato de a avaliação estar incluída entre as provas periciais, ao lado do exame e da vistoria, conforme dispõe o artigo 420 do Código de Processo Civil brasileiro, sendo certo que, na medida em que é considerada "perícia", sua utilidade e validade pressupõem o conhecimento

técnico ou científico do perito avaliador, configurando motivo de substituição do mesmo a ausência de tais qualidades, conforme preceitua o inciso I do artigo 424 do CPC, dado que o objetivo precípua de qualquer avaliação é a apuração de um valor que corresponda à realidade, apoiando-se em dados objetivos, comprovados e ponderados tecnicamente no laudo.

Quanto à competência do agente avaliador, dado à vinculação da Administração Pública ao princípio da legalidade, deve esta, em regra, decorrer da própria lei, como ocorre, por exemplo, no caso de avaliação imobiliária, cuja competência é atribuída a profissionais ligados à área de engenharia, segundo dessume-se de uma interpretação combinada do artigo 7º, letra "c" da Lei federal nº 5.194/66, a qual regulamenta as profissões de engenheiro, arquiteto e agrônomo, com o disposto na Resolução nº 218/73, do Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia.

Tratando-se de bens outros, que não imóveis, no caso de inexistir profissão regulamentada por lei que absorva a função de aferição técnica do bem a ser avaliado, o laudo de avaliação deverá ser elaborado por um avaliador ou grupo de avaliadores, conforme a complexidade dos bens a serem avaliados, com capacidade técnica para tanto, cuja habilitação deverá restar demonstrada documentalmente nos autos do processo administrativo, através de quaisquer outros títulos que demonstrem de forma inequívoca a sua capacitação para referido desempenho.

A rigor, o perito ou peritos, no caso da necessidade de a avaliação ter de ser concluída através de parecer coletivo, podem ser, ou não, servidores da Administração Pública. No caso de ser necessária a contratação de um profissional ou entidade profissional especializada para proceder à avaliação exigida, muito comum no caso de avaliação de bens imóveis, *se o contratado for de notória especialização e o objeto da avaliação apresentar complexidade que exija um profissional ou empresa com tal gabarito, a licitação será inexigível*. Considerando-se bens móveis, os quais, no mais das vezes, não podem ser avaliados por profissionais específicos, nesta hipótese, a contratação de técnicos para tanto habilitados deverá necessariamente ser precedida de procedimento licitatório, *sob pena de nulidade do ajuste*¹⁰, observados, por óbvio, os limites de valores licitatórios de que trata a Lei de Regência.

4. OUTRAS CONSIDERAÇÕES ACERCA DA PERMUTA

Estabelecidas as premissas supra, outro ponto a ser trazido a lume está relacionado com a prática hoje de mercado existente em determinados ramos

¹⁰ Diógenes Gasparini, direito administrativo, São Paulo: Saraiva, 1995, p.326.

de atividade mercantil, que tem evoluído no sentido de admitir-se bem usado como parte de pagamento em aquisições. **É de notar-se, nesse trilho, que a própria Lei de Regência estabelece que as compras, sempre que possível, deverão submeter-se às condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado, nos precisos termos do art. 15, inciso III.**

Alguns intérpretes da Lei federal nº 8.666/93, inclusive, já se posicionaram no sentido da possibilidade de oferecimento de bem como parte de pagamento em aquisições celebradas pela Administração Pública, muito embora sem qualquer alusão ao instituto da permuta, de que trata o artigo 17, inciso II, alínea "b" do diploma legal em referência, mas tão somente com embasamento no suso mencionado art. 15, inciso III.

Em artigo publicado no Informativo de Licitações e Contratos – ILC, periódico este que conta com a colaboração de célebres administrativistas, **analisou-se a possibilidade da Administração dar como parte de pagamento veículo usado de sua propriedade, quando da aquisição de veículo novo.** Confira-se:

"Inicialmente, destaque-se que a Lei de Licitações não traz nenhuma vedação quanto à possibilidade de a Administração, em um único procedimento licitatório, adquirir um bem novo, oferecendo outro (usado) como parte de pagamento da despesa, pelo contrário, com fundamento no inciso III do art. 15 da Lei de Licitações tal dispositivo permite à Administração a submissão às condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado. Por esse motivo, é possível oferecer um bem (veículo) usado como forma de pagamento em procedimento licitatório que vise à aquisição de um novo, notadamente por serem os bens da mesma espécie" (...).

"Note-se que, via de regra, recomenda-se que a alienação de bens móveis servíveis (usados) ocorra pela realização do devido procedimento licitatório, na modalidade leilão. Não obstante exista tal recomendação, temos que a Administração Pública, analisando a oportunidade e conveniência existentes, poderá optar pela realização de tal procedimento, oferecendo um bem usado como parte do pagamento (alienação) de um bem novo (aquisição) (grifamos)."¹¹

Sobremais, em Boletim de Licitações e Contratos - BLC, composto, também, por corpo de notáveis consultores especialistas em direito administrativo, publicou-se artigo que aborda matéria similar. Senão, vejamos:

"Tratando-se de hipótese de aquisição de veículos novos com parte do pagamento feito em veículos usados e parte em moeda, não obstante a existência de posicionamentos no sentido de que os 'bens usados' devem ser avaliados e alienados previamente, não devendo, pois, integrar o pagamento na forma avençada, nada obsta que a Administração se utilize

¹¹ Informativo de licitações e contratos, São Paulo: Zênite, nº 76, junho, 2000, p.514-515.

dos referidos bens usados, como parte de pagamento a ser efetuado na compra de novos. Tal assertiva fundamenta-se, principalmente, no fato de a Lei nº 8.666/93 não conter dispositivo que vede tal possibilidade e, também, por parecer ser esta a solução mais econômica e razoável para determinados casos. (...) Registre-se, ainda, que o julgamento das propostas deverá ater-se ao menor preço ofertado, posto que o valor obtido pelos referidos bens móveis usados será aproveitado tão-somente como parte do pagamento e valerá igualmente para todos os licitantes, devendo ser indicado no edital. Ademais, cumpre frisar que o edital e o contrato deverão prever de forma expressa essas condições de pagamento, visto que configuram exceção à regra do pagamento em dinheiro."¹²

5. CONCLUSÃO

Sobreditas considerações, permitem inferir pela possibilidade jurídica da Administração Pública dos Estados, Distrito Federal ou dos Municípios, nas contratações celebradas para fins de aquisição de bens, utilizar-se de bem móvel como forma de pagamento, mesmo parcial, através do instituto da permuta, lídima tanto com pessoas de natureza pública como privada, disciplinada no artigo 17, inciso II, alínea "b" da Lei federal nº 8.666/93, em face da liminar concedida pelo STF, na ADIn nº 927-3, impetrada pelo Governo do Estado do Rio Grande do Sul, possibilidade esta cingida ao ulterior julgamento do mérito desta ação, e ainda com fulcro no artigo 15, inciso III do precitado diploma legal.

Não obstante tal possibilidade, a dispensa de licitação é de utilização facultativa pela Administração, ou seja, ela apenas é excepcionada nos casos elencados na Lei de Regência, dentre eles o previsto no artigo 17, inciso II, alínea b, desde que reste plenamente configurada a satisfação do interesse público sem a abertura de competição entre os possíveis particulares capazes de concorrer entre si.

Contudo, constatando-se, no caso concreto, que a licitação é recomendável à Administração, deverão ser assegurados, dentre outros, os princípios da isonomia, impessoalidade e moralidade, norteadores das relações da Administração com terceiros, insculpidos no artigo 37, *caput* da CF/88, na realização de regular procedimento licitatório, como regra imposta ao Poder Público na escolha do melhor negócio, segundo estabelece o inciso XXI do preceptivo constitucional em comento e o art. 2º da Lei federal de Licitações e Contratos.

De uma forma ou de outra, havendo interesse da Administração Pública dos Estados, Distrito Federal ou dos Municípios na realização de contratação com a utilização da permuta, mesmo parcial de bens

¹² Boletim de licitações e contratos, São Paulo: NDJ, nº 6, junho, 1999, p.312.

móveis, segundo noutra parte já aduzido, necessário se fará a instrução do processo administrativo correspondente, com informações indicadoras de que o interesse público será melhor satisfeito com esta forma de ajuste, bem como com a avaliação prévia e idônea do bem a ser dado como parte de pagamento na aquisição de bem, de forma a obter-se o seu real valor de mercado.

Ademais, por afigurar-se exceção à regra de pagamento em espécie, e na hipótese de realização de certame licitatório, este sempre recomendável, mister se faz que o Edital e o Instrumento de Contrato contenham alusão expressa a essa forma de pagamento, possibilitando plena ciência aos interessados na licitação, a fim de que não sejam induzidos a apresentar propostas viciadas, por desconhecimento das condições reais do certame, ensejando, desta sorte, a sua anulação.

INCOMPATIBILIDADES PARLAMENTARES

Alexsandra Katia Dallaverde
Iris Kammer

1. Introdução. 2. Das incompatibilidades na legislação vigente. 3. Das espécies de incompatibilidades. 3.1. Incompatibilidades negociais. 3.2. Incompatibilidades profissionais. 3.3. Incompatibilidades funcionais. 3.4. Incompatibilidades políticas. 4. Das incompatibilidades aplicáveis aos vereadores. 5. Conclusão. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

No âmbito da organização do Poder Legislativo e das garantias asseguradas aos seus membros, encontram-se as chamadas incompatibilidades, estabelecidas com a finalidade de preservar a autonomia e independência entre os Poderes, bem como evitar o uso da autoridade para benefício pessoal dos detentores de mandato eletivo, em plena consonância ao princípio constitucional da moralidade administrativa.

Isto porque, a magnitude da função pública exercida por Senadores, Deputados Federais, Deputados Estaduais e Vereadores, torna os titulares de mandatos legislativos pessoas detentoras de prestígio no cenário político. Neste aspecto, visam as incompatibilidades evitar a prática de desvio de poder em razão do prestígio alcançado.

Da mesma forma, em decorrência da relevância assumida pelas funções cometidas aos membros do Poder Legislativo, não se afigura conveniente seu exercício simultaneamente a outras atividades, que viriam também a exigir dedicação por parte do parlamentar, e que poderiam comprometer a plenitude do exercício do mandato legislativo para o qual foi eleito.

Assim, diante da importância do tema no contexto da separação e independência entre os poderes, a matéria mereceu expressa previsão constitucional, estabelecida no artigo 54 da Constituição Federal, e reproduzida pelo artigo 15 da Carta Estadual.

2. DAS INCOMPATIBILIDADES NA LEGISLAÇÃO VIGENTE

Constituem as incompatibilidades regras proibitivas incidentes sobre a conduta do titular de mandato eletivo, vedando-o da prática de determinados atos negociais, ou do exercício de certas atividades, que comprometeriam sua

autonomia enquanto membro do Poder Legislativo. Para melhor elucidação, tem-se as palavras do Professor JOSÉ AFONSO DA SILVA, que apresenta a seguinte definição de incompatibilidades, em sua obra “Curso de Direito Constitucional Positivo”, pág. 507, *verbis*:

São regras que impedem o congressista de exercer certas ocupações ou praticar certos atos cumulativamente com seu mandato. Constituem, pois, impedimentos referentes ao exercício do mandato. Referem-se ao eleito. Não interditam candidaturas, nem anulam a eleição de quem se encontre em situação eventualmente incompatível com o exercício do mandato. São estabelecidas expressamente no art. 54, determinando umas *desde a expedição do diploma do eleito*, outras apenas *desde a posse no mandato*.

O instituto também foi definido por PINTO FERREIRA, em seus “Comentários à Constituição Brasileira” (3º volume, pág. 3), da seguinte forma:

...incompatibilidade é o impedimento do parlamentar para acumular o seu mandato legislativo com outras situações que ele possuía antes do pleito. Destarte, ocorrendo a incompatibilidade, o cidadão eleito abandona o cargo incompatível para exercer o seu mandato ou então perde o seu mandato para continuar no cargo.

As incompatibilidades podem se dar a partir de dois momentos distintos: por ocasião da diplomação do candidato eleito ou desde a posse do parlamentar, estando as hipóteses devidamente configuradas constitucionalmente.

Assevere-se que a inobservância das vedações impostas acarretará a perda do mandato legislativo, tal como estatuído pelo artigo 55, inciso I da Constituição Federal e 16, inciso I da Carta Estadual.

É unânime na doutrina o entendimento segundo o qual as hipóteses configuradoras das incompatibilidades constituem rol taxativo, não comportando interpretações extensivas e nem tampouco ampliações pela legislação infraconstitucional.

Antes de adentrarmos à análise das hipóteses configuradoras das incompatibilidades, cabe, nesse passo, tecer algumas diferenciações entre esse instituto e a figura da inelegibilidade, sem as quais poderiam surgir equívocos em sua caracterização.

Assim, tem-se que as inelegibilidades situam-se no âmbito dos direitos políticos, relacionando-se ao exercício da própria cidadania, na medida em que suas causas são aferidas em momento anterior às eleições, inviabilizando a disputa do pleito, enquanto que as incompatibilidades se dão em momento posterior às eleições, seja por ocasião da diplomação ou da posse.

A diferenciação torna-se mais clara diante das palavras de PINTO FERREIRA (op. cit., pág.3):

A inelegibilidade é anterior à eleição; a incompatibilidade é posterior.

Inelegibilidade é a inaptidão legal para fazer parte do Congresso ou do Parlamento. É inelegível todo aquele que não pode ser eleitor; a inelegibilidade constitui impedimento à eleição, tornando nulos os votos dados ao cidadão sufragado.

Já incompatibilidade é o impedimento do parlamentar para acumular o seu mandato legislativo com outras situações que ele possuía antes do pleito.

Segundo a melhor doutrina, algumas espécies de inelegibilidade, designadas *inelegibilidades relativas*, são passíveis de afastamento pelo candidato, tornando viável a disputa do pleito, por meio da chamada *desincompatibilização*, termo este também utilizado para a situação em que o eleito se desvencilha da incompatibilidade que o atinge.

Cabe, ainda, aduzir que a Constituição Federal, em seu artigo 27, § 1º, determinou a extensão, dentre outras regras, das concernentes à perda de mandato e impedimentos dos parlamentares federais aos Deputados Estaduais, bem como estabeleceu, em seu artigo 29, inciso IX, que a Lei Orgânica do Município deve observar, para o exercício da vereança, proibições e incompatibilidades similares, no que couber, ao disposto para os membros do Congresso Nacional e da Assembléia Legislativa.

3. DAS ESPÉCIES DE INCOMPATIBILIDADES

De acordo com a classificação doutrinária, quatro são as espécies de incompatibilidades previstas constitucionalmente: negociais, profissionais, funcionais e políticas.

3.1. Incompatibilidades Negociais

A incompatibilidade negocial configura-se como a impossibilidade do membro do Legislativo contratar ou manter em andamento contratos com determinadas entidades, e vem inserta no artigo 54, inciso I, “a” da Constituição Federal e no artigo 15, inciso I, “a” da Constituição Estadual, abaixo transcritos:

Artigo 54- Os Deputados e Senadores não poderão:

I - desde a expedição do diploma:

a)firmar ou manter contrato com pessoa jurídica de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público, salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes;

...

Artigo 15 - Os Deputados não poderão:

I - desde a expedição do diploma:

a) firmar ou manter contrato com pessoa jurídica de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público, salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes;

...

É importante ressaltar que as incompatibilidades negociais, como as demais incompatibilidades existentes em nosso ordenamento jurídico, são *numerus clausus*, ou seja, no caso da incompatibilidade em tela, não atinge familiares do parlamentar, nem abrange a possibilidade de contratação com pessoas jurídicas de direito privado não elencadas nos dispositivos constitucionais analisados.

A existência da incompatibilidade em questão, justifica-se pela própria natureza da função parlamentar e lastreia-se na obediência a alguns princípios norteadores da administração pública, quais sejam, da moralidade, da impessoalidade e da transparência na administração.

Note-se que ao impor limites aos membros do Legislativo em contratar com determinadas entidades públicas, desde a sua diplomação, o legislador constituinte buscou preservar o interesse público, baseado na igualdade de oportunidades de todos perante a administração pública, posto que o parlamentar, devido à sua condição, tem, teoricamente, maior facilidade para, com base em seu prestígio e influência, obter a contratação ou manter em melhores condições o contrato em andamento.

Ademais, é intrínseca à função parlamentar a fiscalização das entidades relacionadas pelo imperativo constitucional, e em consequência disto, seria uma incoerência a contratação do próprio parlamentar com tais entidades, na medida em que estaria fiscalizando a si próprio.

Saliente-se que a contratação em questão foi permitida, excepcionalmente, em apenas um caso, aquele em que o contrato a ser firmado contenha cláusulas uniformes. Se assim não o fosse, o próprio legislador estaria criando uma situação injusta e proibindo o parlamentar de contratar com a administração pública em igualdade de condições e de concorrência, posto que, os contratos com cláusulas uniformes, muitas vezes denominados pela doutrina pátria de contratos de adesão, caracterizam-se por serem aqueles com requisitos e elementos predeterminados e idênticos para todos os contratantes por não apresentarem variedades em suas cláusulas.

É sabido que a doutrina encontra dificuldade na conceituação e exemplificação deste tipo de contrato, conforme se depreende dos ensinamentos do mestre JOSÉ AFONSO DA SILVA (ob. cit., pág. 508), verbis:

A caracterização de contrato de cláusulas uniformes, não alcançado pelas incompatibilidades, é controvertida em doutrina; típicos são os chamados contratos de adesão, tais como o de seguro, o de transporte, o de fornecimento de gás, luz e força, o de prestação de serviços de telefones, certos contratos bancários e alguns de direito marítimo;

Também trataram do tema os notáveis juristas PONTES DE MIRANDA (“Comentários à Constituição de 1967”, pág.35) e JOSÉ CRETELLA JÚNIOR (“Comentários à Constituição de 1988”, pág.2647), cujos comentários seguem transcritos:

No fim do art. 34, I, a, há a ressalva: ‘salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes’. O deputado ou senador pode contratar com a União, com o Estado-membro, com o Território ou com o Distrito Federal, se o contrato é, por exemplo, de empréstimo, em que todas as cláusulas são iguais, em forma única (uniforme), para todos os que quiserem contratar (emprestar ou tomar de empréstimo).

Para que se tenha idéia clara do que pretendeu dizer o legislador constituinte com a frase “contrato que obedece a cláusulas uniformes”, é preciso esclarecer que as cláusulas são inseridas, no contrato, de modo geral e impessoal, em bloco, pela pessoa jurídica pública *política* (União, Estado-membro, Distrito Federal, Município), ou *administrativa* (autarquia), pela empresa pública, pela sociedade de economia mista ou pela concessionária, e aceitas, sem discussão, pelos Deputados e Senadores, que a elas aderem. Desse modo, qualquer contrato de adesão ou por adesão, imposto pelo econômica ou politicamente *mais forte*, e aceito pelas partes *aderentes*, como os contratos de seguro, os contratos de espetáculos e os contratos de transporte.

Por derradeiro, cumpre informar que, no caso da incidência sobre o membro do Legislativo da incompatibilidade negocial, esta não acarretará a rescisão contratual e, sim, a perda do mandato parlamentar.

3.2. Incompatibilidades Profissionais

A incompatibilidade prevista no artigo 54, inciso II, alínea “a” da Constituição Federal, e reproduzida pela Carta Estadual no artigo 15, inciso II, alínea “a”, tem sido classificada pela maior parte da doutrina constitucional como causa de incompatibilidade profissional.

Assim, por meio da incompatibilidade dita profissional, prevista nos dispositivos mencionados, o parlamentar fica impedido, desde o momento da posse como Deputado ou Senador, de ser proprietário, controlador ou diretor de empresa que goze de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público, ou de nela exercer função remunerada.

O dispositivo mencionado merece algumas considerações, na medida em que envolve conceitos que devem estar melhor delimitados, a fim de que se viabilize sua devida aplicação.

Primeiramente, a expressão “empresa” nos parece deva ser entendida em seu caráter elementar, com destaque ao aspecto econômico que a caracteriza. A restrição se torna bastante relevante na medida em que afasta do âmbito de incidência da norma as entidades beneficentes ou filantrópicas, amplamente consideradas, sem finalidades lucrativas, que contam, por vezes, com benefícios concedidos pelo Poder Público, ante a própria natureza das atividades que desenvolvem.

Dessa forma, não é vedada ao parlamentar a presidência ou direção de mencionadas entidades, posto que a vedação alcança apenas as empresas propriamente ditas, com finalidades lucrativas.

Outra questão que surge da leitura do dispositivo constitucional em foco, refere-se à expressão “favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público”.

Qual seria o alcance do termo “favor”?

Em seu artigo “Notas à margem das decisões do Tribunal de Contas da União sobre o alcance da incompatibilidade do art. 54, II, “a”, da Constituição Federal”, publicado pela Revista de Informação Legislativa n.º123(pág. 207), RUY CARLOS DE BARROS MONTEIRO fornece importante contribuição para o esclarecimento do tema, ao comentar algumas decisões do Tribunal de Contas da União sobre a matéria.

Para a elucidação da questão, traz as palavras de PONTES DE MIRANDA que, ao analisar o texto da Constituição de 1967, assim tratou a matéria:

A expressão “favor”, no artigo 36, II, a, deve ser entendida em sentido *assaz largo*. *Subvenção* é favor, e garantia de juros é favor. Concessão especial é favor. O empréstimo pela União é favor, porque constitui ato *estranho* às funções públicas e, firmado, de ordinário, em crédito, a empresa havia de obtê-lo nos lugares próprios, como no banco, na casa bancária, ou particular capitalista. *Favor não é só liberalidade, é o que se faz a um, sem ser obrigado a fazer a todos.*

Nesse sentido, seu entendimento nos parece se aproximar daquele esposado pelo Professor IVES GANDRA DA SILVA MARTINS, citado no

mesmo trabalho, segundo o qual “*qualquer* empresa que obtenha privilégios fiscais do poder público, por força de *lei geral* e aplicável a todos os cidadãos e residentes, *não* obstaculiza a permanência de seus dirigentes e acionistas em cargos eletivos”.

Dessa forma, se o benefício concedido se revestir do caráter de generalidade, constituindo fator secundário a individualidade da empresa beneficiada, a hipótese não estaria abarcada pela vedação contida no artigo 54, II, “a” da Constituição Federal.

Resta, no entanto, perquirir acerca do caráter contratual de certas relações fiscais, a fim de se concluir pela submissão ou não da hipótese à aplicação constitucional.

É relevante registrar decisão do TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, proferida no Processo TC-500.304/89, ao enfrentar questão relativa à natureza do vínculo que se estabelecia entre a Sudene e os beneficiários de investimentos realizados com recursos provenientes de incentivos fiscais do Finor (Fundo de Investimento do Nordeste).

Referida decisão, ao adotar os fundamentos aduzidos pela Procuradoria Geral junto ao Tribunal de Contas da União, entendeu que a subscrição prévia de títulos de capital dos beneficiários dos incentivos do Finor reveste-se de índole contratual, sendo inegável, aí, que o poder público, através da Sudene/BNB, é uma das partes contratantes.

Da mesma decisão, extrai-se que:

É de reconhecer-se que a *subscrição*, em tal caso, configura negócio com formalidade própria, distinta -é certo- do *contrato administrativo* tal como hoje é regido pelo Estatuto Jurídico instituído pelo Decreto-Lei n.º 2.300-86, tendo, no entanto, como *característica* comum a participação de *ente público*, sem perder, outrossim, algo da índole contratual. Poder-se-ia dizer que se trata de *contrato atípico*, visando atender interesses novos, oriundos da crescente complexidade da vida econômica.

Contudo, mesmo diante da decisão proferida, ainda pairam dúvidas quanto à natureza contratual ou não da concessão de benefícios fiscais, amplamente considerados. No trabalho já citado, de autoria de RUY CARLOS DE BARROS MONTEIRO, a decisão é amplamente contestada, dispendo mencionado autor:

...a exegese *adequada* da expressão “favor”, contida no art. 54, II, a, da Constituição da República, conduz a que, pela *própria natureza* da vedação, *só se possa compreendê-la* como condição “especial”(ou “favorável”), contraposta às “normais” (ou “habituais”) dos *contratos* celebrados pela *mesma* pessoa jurídica de direito público. (Manoel Gonçalves Ferreira Filho).”

E conclui, afirmando que “não se afigura plausível caracterizar como ‘favor’ - condição ‘especial’ - a concessão de incentivos fiscais, de caráter *geral* e resultante de *lei*. (Ives Gandra)”.

Diante das correntes que se contrapõem, parece-nos salutar a verificação da generalidade e impessoalidade com que se opera a concessão dos benefícios fiscais, a fim de se aferir a incidência ou não da vedação imposta pelo artigo 54, II, “a” da Constituição Federal.

Concluimos, portanto, inobstante a r. decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União, no sentido de que se os termos de concessão dos benefícios fiscais forem uniformes e abertos a qualquer interessado, com a imposição de requisitos genéricos, em condições de serem preenchidos de forma eqüânime por diversos interessados que atuem em um determinado segmento, não há que se falar em “*favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público*”, não incidindo, dessa forma, a vedação constitucionalmente imposta.

Em relação ao mencionado dispositivo, cabe ainda atentar ao fato de que a redação constitucional remete aos contratos celebrados com pessoa jurídica de direito público, abrangendo, assim, União, Estados, Distrito Federal, Municípios e as Autarquias, muito embora o Código Civil, em seu artigo 14, ao elencar as pessoas jurídicas de direito público interno, não faça previsão expressa acerca das autarquias.

No entanto, é unânime o entendimento doutrinário no sentido de classificá-las e definí-las enquanto pessoa jurídica de direito público, o que as submete à abrangência do dispositivo constitucional.

Quanto às fundações, a doutrina diverge em relação à sua natureza de direito público ou privado, existindo opiniões em ambos os sentidos. Para HELY LOPES MEIRELLES, mesmo quando criada e mantida pelo Poder Público, a fundação não perderia sua personalidade de direito privado, de acordo com a natureza que lhe foi dada pelo Decreto-lei n.º 200, com a alteração introduzida pela Lei n.º 7.596, de 10 de abril de 1987.

Parte da doutrina entende, ainda, que as fundações tanto podem dispor de personalidade de Direito Público quanto de Direito Privado, de acordo com os termos da lei que as instituir.

Já consoante o entendimento do Professor CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, as fundações públicas serão sempre pessoas jurídicas de direito público.

Por fim, cabe ressaltar que o dispositivo constitucional veda ao Deputado ou Senador não só a propriedade, controle ou direção de empresa que goze de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito

público, como também o exercício de função remunerada, qualquer que seja o regime jurídico em que seja prestada.

Ainda no âmbito das denominadas incompatibilidades profissionais, estabelece o artigo 54, II, “c” da Constituição Federal, com redação reproduzida pelo artigo 15, II, “c” da Carta Estadual:

Artigo 54 - Os Deputados e Senadores não poderão:

...

II - desde a posse:

...

c) patrocinar causa em que seja interessada qualquer das entidades a que se refere o inciso I, “a”;

A vedação transcrita refere-se especificamente à categoria profissional dos advogados, posto que impede o *patrocínio* de causa em que seja interessada pessoa jurídica de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público, e a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais constitui atividade privativa da advocacia, conforme estabelecem os artigos 1º, inciso I e 3º do Estatuto da Advocacia (Lei n.º 8.906, de 04 de julho de 1994), *verbis*:

Art. 1º - São atividades privativas de advocacia:

I - a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais;

...

Art. 3º - O exercício da atividade de advocacia no território brasileiro e a denominação de advogado são privativos dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil - OAB.

3.3. Incompatibilidades Funcionais

As incompatibilidades funcionais abarcam o disposto no artigo 54, incisos I, “b”, e II, “b” da Constituição Federal, com previsão correspondente no artigo 15, incisos I, “b” e II, “b” da Carta Estadual, essas sim de classificação unânime entre os doutrinadores.

Assim dispõe o citado artigo 54, I, “b” da Carta Federal:

Artigo 54 - Os Deputados e Senadores não poderão:

I - desde a expedição do diploma:

...

b) aceitar ou exercer cargo, função ou emprego remunerado, inclusive os de que sejam demissíveis “ad nutum”, nas entidades constantes da alínea anterior.

Fica, assim, vedado ao Deputado ou Senador a aceitação ou exercício de qualquer espécie de função remunerada, inclusive aquelas de livre nomeação e demissão, em pessoas jurídicas de direito público, autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista ou empresas concessionárias de serviço público.

Note-se que o dispositivo exige o caráter remuneratório da relação firmada entre o candidato eleito e as entidades da administração pública mencionadas. Conforme restou afirmado em resposta a consulta formulada junto ao TRIBUNAL DE CONTAS DO PARANÁ (publicado no “Boletim de Direito Municipal”- Abril/2001, pág.271), “o que caracteriza a incompatibilidade é a remuneração do cargo, emprego ou função, pois subentende-se que o parlamentar que de alguma forma é remunerado por outro Poder não estaria isento de vinculações para exercitar plena e livremente suas funções”.

O dispositivo limita sua abrangência à aceitação ou exercício de cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas, desde a diplomação pela Justiça Eleitoral. Assim, se o parlamentar já se encontrava em exercício de função remunerada anteriormente à diplomação, deverá afastar-se de suas funções, a elas retornando apenas após o término de seu mandato.

Nesse sentido, vale lembrar o disposto no artigo 38, inciso I da Constituição Federal, muito embora tal dispositivo possua uma abrangência reduzida em relação à vedação contida no artigo 54, I, “b”:

Art. 38 - Ao servidor público da administração direta, autárquica e fundacional, no exercício de mandato eletivo, aplicam-se as seguintes disposições:

I - tratando-se de mandato eletivo federal, estadual ou distrital, ficará afastado de seu cargo, emprego ou função;

...

Com efeito, o artigo 38 refere-se apenas ao servidor público, uma das categorias de agentes públicos previstas pela norma contida no artigo 54. Ademais, a restrição imposta pela incompatibilidade abrange não apenas a administração direta, autárquica e fundacional, como também as empresas públicas, sociedades de economia mista e empresas concessionárias de serviços públicos.

Resta, ainda, esclarecer que o próprio ordenamento constitucional excepciona algumas hipóteses de investidura em cargos públicos pelos parlamentares sem culminar na perda de mandato, conforme se extrai da leitura do artigo 56, I da Constituição Federal, com redação reproduzida pelo artigo 17, I da Carta Estadual, *verbis*:

Artigo 56 - Não perderá o mandato o Deputado ou Senador:

I - investido no cargo de Ministro de Estado, Governador de Território, Secretário de Estado, do Distrito Federal, de Território, de Prefeitura de Capital ou chefe de missão diplomática temporária;

Cabe também atentar ao fato de que, da mesma forma como as incompatibilidades elencadas pela Constituição constituem rol taxativo, não se admitindo extensões, o mesmo se dá com as exceções impostas pelo próprio texto constitucional, que também não admitirão interpretações ampliativas.

Ainda no tocante às incompatibilidades funcionais, cabe agora a análise do disposto no inciso II, “b” do artigo 54, que veda, desde a posse do Deputado ou Senador, a ocupação de “cargo ou função de que sejam demissíveis *ad nutum*, nas entidades referidas no inciso I, a”.

Por meio deste dispositivo, é vedada a própria ocupação do cargo ou função de que sejam demissíveis *ad nutum*. Nessa hipótese, não basta o simples afastamento, devendo o parlamentar exonerar-se do cargo ou função, na medida em que, o servidor público, embora afastado ou licenciado, continua a ocupar o cargo, mantendo sua titularidade, estando afastado apenas de seu exercício.

3.4. Incompatibilidades Políticas

A incompatibilidade política, relativa à vedação da titularidade simultânea de dois cargos ou mandatos eletivos, vem prevista no artigo 54, inciso II, “d” da Constituição Federal e no artigo 15, inciso II, “d” da Constituição Estadual, na seguinte conformidade:

Artigo 54- Os Deputados e Senadores não poderão:

...

II - desde a posse:

...

d) ser titulares de mais de um cargo ou mandato público eletivo.

Artigo 15- Os Deputados não poderão:

...

II - desde a posse:

...

d) ser titulares de mais de um cargo ou mandato eletivo federal, estadual ou municipal.

Tais incompatibilidades são definidas pelo mestre JOSÉ AFONSO DA SILVA (op. cit., pág.508), *verbis*:

...*incompatibilidades políticas*, as que proíbem os congressistas de serem titulares de mais de um cargo ou mandato público eletivo, o que vale dizer que a pessoa não pode ser ao mesmo tempo Deputado e Senador, ou Deputado e Vereador, ou Senador e Prefeito, ou Senador e Vice-Presidente, ou Deputado e Vice-Governador; ou Deputado e Vice-Prefeito, como aconteceu muito no regime da Constituição anterior, que vedava apenas exercer outro *cargo* eletivo.

Para maior elucidação da significação de mandato eletivo, utiliza-se dos sempre pertinentes ensinamentos da professora MARIA HELENA DINIZ, transcritos de seu “Dicionário Jurídico”, pág. 200:

Mandato eletivo. *Ciência política*. Aquele em que o povo, por meio de voto secreto e direto, elege um cidadão para representá-lo no Poder Legislativo (municipal, estadual ou federal) ou um governante para seu representante no Poder Executivo.

Saliente-se, para que não se incorra em qualquer tipo de equívoco, que a situação analisada neste tópico, refere-se apenas à titularidade de mandato ou cargos eletivos, oriundos de vitória em pleitos eleitorais oficiais, isto é, não se considera cumulação de cargos e, por conseqüência, não incide o titular deste em incompatibilidade política, quando este é eleito para cargo diretivo em uma associação ou em qualquer entidade afim.

Tem-se que um dos questionamentos mais freqüentes ligados à questão da incompatibilidade política, relaciona-se à possibilidade de cumular o mandato de Vice-Prefeito com outro mandato eletivo. A problemática aqui analisada surgiu com o advento da Constituição Federal de 1988, quando diversamente da Constituição que a antecedeu, reconheceu que o Vice-Prefeito, que é eleito conjuntamente com o Prefeito Municipal, é titular de um mandato eletivo. Conforme depreende-se da leitura do texto constitucional a seguir:

Artigo 29- O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:

I - eleição do Prefeito, do Vice-Prefeito e dos Vereadores, para mandato de quatro anos, mediante pleito direto e simultâneo realizado em todo País;

...

Isto posto, não pode o Vice-Prefeito, independentemente de estar exercendo ou não seu cargo, cumulá-lo com outro mandato eletivo, por estar incidindo na norma proibitiva da incompatibilidade política, tendo, portanto, que renunciar a um dos mandatos.

Nesse mesmo sentido, tem-se os ensinamentos de CELSO RIBEIRO BASTOS, em seu “Comentários à Constituição do Brasil, 4º volume, tomo I, pág.231”, ao comentar o artigo 54, II, “d” da Constituição Federal, cuja transcrição faz-se necessária:

Sob a égide da Constituição anterior era proibido ao deputado e ao senador o exercício de outro cargo eletivo, mas não a titularidade.

O preceito em tela proíbe, desde a posse, que o parlamentar seja titular de qualquer outro cargo eletivo.

Assim, se um membro do Executivo municipal não renunciar ao cargo de Vice-Prefeito para assumir um cargo no Legislativo federal ou estadual, perderá, automaticamente o mandato, de acordo com o artigo 55, inciso I da Constituição Federal e com o artigo 16, inciso I da Constituição Estadual, e situação idêntica se dará com a cumulação de quaisquer outros cargos ou mandatos eletivos.

4. DAS INCOMPATIBILIDADES APLICÁVEIS AOS VEREADORES

Conforme acima mencionado, são aplicáveis aos Vereadores, no que couber, as mesmas incompatibilidades previstas para os Senadores, Deputados Federais e Deputados Estaduais, de acordo como o artigo 29, inciso IX da Constituição Federal.

A própria Lei Maior traz em seu artigo 38, incisos II e III, norma diferenciada aplicável aos Vereadores, inserida no âmbito das incompatibilidades funcionais. Com efeito, estabelece o citado artigo:

Art. 38 - Ao servidor público da administração direta, autárquica e fundacional, no exercício de mandato eletivo, aplicam-se as seguintes disposições:

...

II- investido no mandato de Prefeito, será afastado do cargo, emprego ou função, sendo-lhe facultado optar pela sua remuneração;

III- investido no mandato de Vereador, havendo compatibilidade de horários, perceberá as vantagens de seu cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração do cargo eletivo, e, não havendo compatibilidade, será aplicada a norma do inciso anterior;

...

No entanto, o alcance da exceção constitucional não elide a incompatibilidade funcional em sua totalidade, na medida em que se refere apenas ao servidor já exercente de cargo, emprego ou função pública à época da investidura no mandato eletivo de Vereador. Ademais, cabe observar que a regra do artigo 38 aplica-se aos servidores da administração direta, autárquica e fundacional, enquanto que a incompatibilidade abrange,

além das entidades mencionadas, as empresas públicas, sociedades de economia mista e empresas concessionárias de serviço público.

Fica, assim, possibilitado aos Vereadores o exercício de cargo, emprego ou função pública na administração direta, autárquica e fundacional, desde que haja compatibilidade de horários com o exercício da vereança. Não havendo tal compatibilidade, aplica-se a regra do inciso II do artigo 38 da Constituição Federal, segundo a qual o Vereador deverá afastar-se de suas funções enquanto servidor público, podendo optar entre a remuneração de seu cargo, emprego ou função, ou a de seu cargo eletivo.

5. CONCLUSÃO

Feitas tais considerações, concluímos pela necessidade de existência dos impedimentos ora estudados, bem como pela exatidão da atribuição de assento constitucional ao tema das incompatibilidades feita pelo legislador pátrio, ante sua flagrante relevância para o exercício livre e autônomo das funções legislativas e imensa importância para o pleno funcionamento das instituições públicas.

BIBLIOGRAFIA

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999. 4 v. I-T.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1991. V-T.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998. 3 v.

FEDER, João. Vereador - Incompatibilidade Negocial. *Boletim de Direito Municipal*. São Paulo: NDJ, julho 1994.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1992. 3 v.

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

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. 3-T.

MONTEIRO, Ruy Carlos de Barros. Notas à margem das decisões do Tribunal de Contas da União sobre o alcance da incompatibilidade do art. 54,

II, “a” da Constituição Federal. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, nº123, 1994.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MOURÃO, Laís de Almeida. Incompatibilidade Funcional - Vereança e Presidência de Entidade Filantrópica - Considerações. *Boletim de Direito Municipal*. São Paulo: NDJ, setembro 2001.

_____. Vice-Prefeito Eleito Deputado Estadual - Incompatibilidade Política - Renúncia ao Mandato. *Boletim de Direito Municipal*. São Paulo: NDJ, novembro 1999.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ. Vereador – Exercício de Cargo Diretivo em Associação Civil sem Fins Lucrativos – Compatibilidade. *Boletim de Direito Municipal*. São Paulo: NDJ, abril 2001.

O DECRETO REGULAMENTAR COMO ATIVIDADE LEGISLATIVA DO PODER EXECUTIVO

Marcelo de Carvalho

1. Introdução. 2. Aspectos históricos. 3. Definição. 4. O regulamento e o princípio da legalidade (CF, art. 5º, II). 5. Finalidade. 6. Fundamento. 7. Natureza. 8. Limitações. 8.1. Formal. 8.2. Material. 9. Os regulamentos e os demais atos normativos do Executivo. 10. Alguns princípios atinentes ao Regulamento. 11. Espécies. 11.1. Em relação aos efeitos. 11.2. Em relação à lei. 12. Considerações finais. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Dentre as competências do Chefe do Poder Executivo, encontra-se uma de substancial importância, qual seja, sua faculdade regulamentar. A atual Constituição Federal outorga referido poder ao Presidente da República em seu artigo 84, IV¹. O mesmo ocorre com os ocupantes de cargos simétricos nos âmbitos municipal e estadual². Aponta-se que, para alguns doutrinadores, na espécie, não há falar-se em “faculdade” ou “poder” do Chefe do Poder Executivo, mas sim em “atribuição”³.

Os regulamentos, embora não integrem o rol do artigo 59 da Constituição Federal⁴, são atos de caráter eminentemente normativo e, conseqüentemente, semelhantes à lei em seu aspecto material. Por sua vez, regulam um número imprevisível de situações, e revestem-se das características de abstração e generalidade, qualidades próprias das leis.

Ressalta-se: quando o Presidente da República edita medidas provisórias e leis delegadas, figuras previstas no mencionado artigo 59 da

¹ Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como *expedir decretos e regulamentos* para sua fiel execução...”

² Somente a título de ilustração, destaca-se que no Estado de São Paulo, o poder regulamentar do Governador vem disciplinado no artigo 47, III, da Constituição Bandeirante.

³ Diogenes Gasparini é defensor de tal posição (*Direito Administrativo*, 6.ed., São Paulo: Saraiva, 2001, p.112).

⁴ Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:

I - emendas à Constituição;

II - leis complementares;

III - leis ordinárias;

IV - leis delegadas;

V - medidas provisórias; decretos legislativos; resoluções...”

Carta Magna, exerce atividade legislativa primária. Ao expedir regulamentos, exerce atividade legislativa secundária.

O regulamento é ato próprio do Chefe do Poder Executivo. Em alguns países, se traduz em todo ato normativo praticado pela Administração Pública, no exercício da função administrativa. Em razão de referida distinção, há de apontar-se que não há como, desalertadamente, buscar-se fundamentos de validade no direito alienígena para o regulamento existente no ordenamento jurídico do Brasil.

2. ASPECTOS HISTÓRICOS

Sob o império da EC/4, de 02.06.1961 (Ato Adicional), o poder regulamentar era exercido pelo Presidente do Conselho de Ministros. Nas demais Constituições Brasileiras, referida atribuição sempre foi do Chefe de Estado.

A Constituição de 1824 fazia referência a regulamentos “adequados à boa execução das leis”. As Constituições de 1891 e 1934 referiam-se a regulamentos para “fiel execução das leis”. A de 1937, dava competência ao Chefe do Poder Executivo para “sancionar, promulgar e fazer publicar as leis e expedir decretos e regulamentos para sua execução”. Finalmente, as Constituições de 1946, 1967, 1969 e a atual, de 1988, retornaram à anterior fórmula, referindo-se a regulamentos para “fiel execução das leis”.

3. DEFINIÇÃO

Segundo CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, regulamento é “o ato geral e (de regra) abstrato de competência privativa do Chefe do Poder Executivo, expedido com a estrita finalidade de produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias à execução de lei cuja aplicação demande atuação da Administração Pública”⁵.

Para o professor DIOGENES GASPARINI, é “o ato administrativo normativo, editado, mediante decreto, privativamente pelo Chefe do Poder Executivo, segundo uma relação de compatibilidade com a lei para desenvolvê-la”⁶.

4. O REGULAMENTO E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE (CF, ART. 5º, II)

A lei emana do Poder Legislativo. O regulamento emana do Poder Executivo (na função de administração). Contudo, só a lei pode inovar a

⁵ *Curso de direito administrativo*, p. 296.

⁶ *Direito administrativo*, p. 114.

ordem jurídica. O regulamento somente o inovará dentro daquilo que lhe permitir a lei.

Tal conclusão é de fácil percebimento, face aos claros termos do artigo 5º, II, da Constituição Federal que estatui: “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

A essa premissa jurídica soma-se, ainda, os termos do artigo 84, IV, da Constituição Federal (regra parâmetro para os ocupantes dos mesmos cargos nas esferas municipais e estaduais), que estabelecem que ao Presidente da República compete “sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução” e, ainda, os preceitos do artigo 37 da Carta Magna que estabelece: “A Administração Pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade (...)”.

PONTES DE MIRANDA, a esse respeito, destaca:

“Onde se estabelecem, alteram ou extinguem direitos, não há regulamentos - há abuso do poder regulamentar, invasão de competência legislativa. O regulamento não é mais do que auxiliar das leis, auxiliar que sói pretender, não raro, o lugar delas, mas sem que possa, com tal desenvoltura, justificar-se e lograr que o elevam à categoria de lei”, e, mais à frente, conclui: “Em suma: é livre de qualquer dúvida ou entredúvida que, entre nós, por força dos arts. 5º, II, 84, IV, e 37 da Constituição, só por lei se regula liberdade e propriedade; só por lei se impõem obrigações de fazer ou não fazer. Vale dizer: restrição alguma à liberdade ou à propriedade pode ser imposta se não estiver previamente delineada, configurada e estabelecida em alguma lei, e só para cumprir dispositivos legais é que o Executivo pode expedir decretos e regulamentos”⁷.

5. FINALIDADE

A doutrina é concorde em dizer que os regulamentos existem para a melhor aplicação da lei por parte dos órgãos administrativos, definindo os aspectos procedimentais da Administração e materializando as condições para que o órgão cumpra o objetivo da lei.

Assim, só há que se falar em regulamento quando existir espaço para a atuação da Administração. Quando essa não atuar, não há que se falar em regulamento.

Por outro lado, quando a lei for objetiva, expressar claramente seus objetivos e não deixar margem de liberdade para a Administração, o

⁷ *Curso de direito administrativo*, p.298.

regulamento deverá ser mera repetição da lei, ou desdobramento daquilo que nela estiver expresso.

6. FUNDAMENTO

Os países de origem anglo-saxônica justificam referido poder a partir da tese da delegação legislativa. Isso não ocorre em outros países, em especial, no Brasil. Sustenta-se tal faculdade como um atributo próprio, inerente ao exercício da atividade administrativa. Os partidários de tal posição argumentam que, se a autoridade administrativa pode tomar atitudes em relação a casos particulares, pode reunir em um corpo orgânico de disposições todos os casos similares, disciplinando-os mediante normas gerais.

O professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, CLÊMERTON MERLIN CLÈVE, após apontar o posicionamento da doutrina brasileira, acima citado, bem representado pelo pensamento de SÉRGIO FERRAZ, refuta tal posicionamento, sob o seguinte argumento:

“A tese desafia refutação. Com efeito, não há como confundir atos normativos com atos administrativos individuais. ‘Os primeiros se integram no ordenamento jurídico’. Quanto aos demais, ao contrário, não; ‘são algo ordenado e não ordenamental’. A doutrina mais recente tem demonstrado que ‘nem todos os órgãos administrativos que têm poder de mando estão habilitados a ditar regulamentos. Tratam-se de poderes qualitativa e não só quantitativamente diferentes; assim um Tribunal de concursos pode reprovar todos os concursados, porém, não por isso pode ditar um regulamento proibindo aos concursados, porém, não por isso pode ditar um regulamento proibindo aos concursados, ou aos que estejam em certas circunstâncias, que se apresentem aos exercícios: a polícia de tráfego pode proibir certas circulações ou impor sanções, mas não por isso pode modificar o Código de Circulação etc. Não há maneira de converter um poder aplicativo das normas num poder criador das mesmas.”. E conclui: “A doutrina, atualmente, concorda que o fundamento formal do poder regulamentar reside na Constituição ou na lei. Em nosso País, a justificação formal não pode ser outra senão a previsão constitucional. Constitui obra do Constituinte a outorga, ao Executivo, da atribuição regulamentar. É ele, afinal, que, por outro lado, fixa os limites do exercício dessa atribuição”⁸.

Entre nós o fundamento constitucional é o inciso IV do artigo 84 da Constituição Federal. No tocante aos Municípios e Estados-membros. Tais fundamentos estão em dispositivos similares, constantes das Constituições estaduais e das Leis Orgânicas municipais.

⁸ *Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988*, p. 220-221”.

7. NATUREZA

Sob o prisma material, os regulamentos se traduzem em atos legislativos. São genéricos e abstratos. Sob o prisma formal, constituem-se em atos administrativos. Traduzem emanção da função administrativa e não função legislativa (como, p. ex., quando o Presidente da República promulga uma medida provisória ou uma lei delegada).

DIOGENES GASPARINI, em sua obra “Direito Administrativo”, traz um posicionamento interessante em relação à natureza dos regulamentos. Para o citado autor:

“A natureza da atribuição regulamentar é originária. Com efeito, para expedir os atos que visam executar as leis, o Executivo não necessita de qualquer autorização legal específica ou constitucional genérica. O regulamento é o primeiro passo para a execução da lei, essa execução é atribuição do Executivo. Por esse motivo, mesmo que silentes a lei e a Constituição, no que se refere ao Poder competente para regulamentar, essa atribuição é do Executivo, porque fluente de sua própria função”⁹.

8. LIMITAÇÕES

As limitações podem ser de ordem formal ou material.

8.1. Formal

São as espécies de limitações que dizem respeito ao surgimento do regulamento no mundo jurídico. Requisitos, esses, que devem integrar o ato sob pena de sua invalidação. A doutrina tem admitido três espécies básicas de limitação, como veremos adiante.

a) competência - somente o Chefe do Poder Executivo é que pode expedir regulamentos (art. 84, C.F.). Tal competência é indelegável. Os demais órgãos da administração expedem outras medidas normativas, como por exemplo, circulares, portarias e instruções;

b) veículo de edição - é o decreto. Este constitui o veículo por meio do qual o Chefe do Poder Executivo formaliza os atos políticos e os atos administrativos. Precisam de *referenda* ministerial, quando emanarem do Presidente da República, ou, então, dos ocupantes de cargos simétricos nos âmbitos municipal e estadual;

c) publicação - necessária quando se tratar de regulamentos externos, ou seja, que produzirão efeitos fora do território administrativo, alcançando terceiros.

⁹ p.113.

8.2. Material

Não há matéria reservada para regulamento. O regulamento deve sempre se ater à lei. Apenas essa pode inovar a ordem jurídica para criar direitos e obrigações. O regulamento somente poderá inová-lo dentro daquilo que permite a lei. Para uma pequena parte da doutrina, o Chefe do Poder Executivo pode regulamentar qualquer lei, porém, para a maioria dos autores, somente as leis que serão aplicadas pelo Executivo é que desafiam regulamentação. Por isso que as leis que disciplinam relações entre particulares, onde a presença do Estado-Administração não se faz sentir, não merecem sofrer atuação regulamentar do Poder Executivo.

Por outro lado, somente poderão ser regulamentadas as matérias que sejam de competência da respectiva esfera de atuação do Chefe do Executivo. O Presidente da República, por exemplo, só pode regulamentar leis de competência da União (federal ou nacional). Não pode regulamentar lei estadual ou municipal e, ainda, só as leis que devam ser por ele diretamente aplicadas.

9. OS REGULAMENTOS E OS DEMAIS ATOS NORMATIVOS DO EXECUTIVO

Os regulamentos constituem, em princípio, atos de eficácia externa. Os demais atos normativos da Administração produzem, via de regra, efeitos internos. Há exceções, p.ex., instruções ministeriais (em virtude de disposição constitucional).

Os regulamentos são veiculados por decreto, os demais atos normativos do Executivo são editados por portarias, resoluções, circulares etc.

Os regulamentos estão no ápice da pirâmide jurídica.

Uma coisa em comum há entre os regulamentos e os demais atos normativos da Administração: ambos são subordinados à lei. Contudo, a competência regulamentar é indelegável. Ademais, o regulamento é ato solene, geral e abstrato. Os atos normativos da Administração são de competência delegável, informais e de efeitos concretos.

Os regulamentos são insuscetíveis de impugnação direta, vez que constituem verdadeiras leis materiais. A doutrina e a jurisprudência brasileiras são pacíficas no entendimento de que os regulamentos, porque dotados de normas genéricas e abstratas, não podem lesionar direito individual.

A título de ilustração, colaciona-se o seguinte julgado do Pretório Excelso:

“O mandado de segurança é cabível contra ato concreto de autoridade, ilegal e ofensivo de direito líquido e certo. Não é adequado para repelir o ato meramente normativo, ou seja, norma genérica e abstrata.” (STF- Ac. Unân. em Ses. Plen., publ. em 04.03.88, MS 20611-0-DF)”.
HELKY LOPES MEIRELLES registra que “só não se admite mandado de segurança contra *atos meramente normativos* (lei em tese), contra a *coisa julgada* e contra os *interna corporis* de órgãos colegiados. E as razões são óbvias para essas restrições: as leis e os decretos, gerais enquanto normas abstratas, são insuscetíveis de lesar direitos (...)”.¹⁰

Na mesma esteira, JOSÉ DA SILVA PACHECO¹¹ leciona que:

“...os atos formal e materialmente legislativos, constituindo lei em tese, não admitem, por si, mandado de segurança...” A Súmula 266 do STF é no sentido de que não cabe mandado de segurança contra a lei em tese. O STF tem sustentado essa posição em diversos acórdãos. O STJ, igualmente, apresenta acórdãos contrários à admissão do MS contra a lei em tese (p. ex., STJ, 1ª Seção, MS 137-DF, rel. Min. GARCIA VIEIRA, DJU de 04.09.1989; STJ, 1ª T, RMS 3-MT, rel. Min. GARCIA VIEIRA, DJU de 02.10.1990). Tem, aliás, o STJ, salientado que insurgindo-se o MS diretamente contra a lei, sem um ato concreto ou ameaça prática de algum ato abusivo pela autoridade, descabe a concessão do pedido com a finalidade apenas de resguardar contra possível aplicação de preceito legal que a parte considera inconstitucional (STJ, 2ª T., Resp 19752-0-CE, rel Min. HÉLIO MOSIMANN, DJU de 28.02.1994; STJ, 2ª T, Resp 19754-0-CE, rel. Min. HÉLIO MOSIMANN, DJU de 01.08.1994). (grifamos)

No mesmo sentido v. acórdão do STF:

“MANDADO DE SEGURANÇA- LEI EM TESE- Incabível mandado de segurança para atacar lei em tese, no caso, o Decreto-lei n. 2666/87...” (STF- Pleno; MS n. 20777-9-DF, rel. Min. ALDIR PASSARINHO; j. 20.4.1988).

O Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo já enfrentou a questão voltada à discussão de normas primárias, abstratas, genéricas e impessoais através do mandado de segurança, entendendo que esse remédio heróico civil não é o meio eficaz para travar a discussão e desfazimento do ato legislativo propriamente dito. Em v. acórdão, cujo relatório ficou a cargo do eminente Desembargador CUBA DOS SANTOS, o Egrégio Tribunal de Justiça aderiu, no julgamento do MS n. 421310/5-0, à jurisprudência das mais Altas Cortes brasileiras. Veja-se:

“ACORDAM, em Órgão Especial. Na hipótese, há de se declarar a carência do presente mandamus por falta de interesse de agir da impetrante, tendo em vista cuidar-se de impetração contra lei e decreto, de ordem geral e abstrata. É sabido que ‘não cabe mandado de segurança contra lei em tese’ (Súmula n. 266 do STF), sendo certo que ‘não é o

¹⁰ *Mandado de segurança*, p.28.

¹¹ *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*, p.180 e ss.

mandado de segurança meio idôneo para se obter a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual.” (RSTJ 62/147). “MANDADO DE SEGURANÇA-ATO EM TESE- INEXISTÊNCIA DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO DE LEGALIDADE- WRIT NÃO CONHEIDO- os atos estatais de conteúdo normativo não se expõem ao controle jurisdicional pela via do mandado de segurança, porque incapazes de afetar, de modo direto e imediato, situações jurídicas consolidadas. O remédio constitucional do mandado de segurança não pode ser utilizado como instrumento de controle normativo abstrato de legalidade dos atos regulamentares (AgRg em MS 21.881-DF, STF- Pleno, rel. Min. CELSO DE MELLO, j. 03.03.1994, improvido, v.u., DJU 22.04.1994).

(...)

Necessário se faz não confundir ato normativo com ato administrativo. Não houve por parte da autoridade impetrada nenhum ato administrativo concreto e individualizado que pudesse ser objeto do remédio heróico. Lembra SEABRA FAGUNDES que ‘a lei propriamente dita dificilmente ensejará pedido de segurança. Em si mesma, como norma genérica e abstrata (e, se não o for, não será lei materialmente, mas sim ato administrativo com forma de lei), ela jamais afeta direito subjetivo. Dependendo do ato executório, que a individualize, não fere direitos, mas apenas torna possível ato de execução capaz de feri-lo.’

Cite-se, ainda, a posição de DIOGENES GASPARINI, que referindo-se aos regulamentos, com propriedade, destaca: “Devido a seu caráter normativo, não pode ser atacado via mandado de segurança, conforme vêm julgando nossos Tribunais (RT 687:210). A eles, portanto, aplica-se, tal qual a lei, a Súmula 266 do STF”¹².

O que é possível, destaca-se, é a impugnação do ato executivo praticado com fundamento no regulamento.

10. ALGUNS PRINCÍPIOS ATINENTES AO REGULAMENTO:

a) Primazia ou preeminência da lei. A lei está, hierarquicamente, acima do regulamento. Este não pode contrariar aquela.

b) Precedência da lei. É defeso ao Chefe do Executivo editar regulamentos sem a prévia existência da lei.

c) Acessoriedade dos regulamentos. Os regulamentos são acessórios em relação à lei. Não podem tomar o lugar delas. Não podem tomar o lugar que a Constituição reserva à lei.

d) Congelamento da categoria. Disciplinada determinada matéria por lei, apenas por lei ou ato de hierarquia superior poderá sofrer alteração.

¹² *Direito administrativo*, p. 117.

e) Autonomia da lei. A eficácia da lei (execução), poderá ficar condicionada à edição do regulamento, desde que seja fixado prazo para a ação normativa do executivo. Não atribuído prazo, então a lei será eficaz desde sua vigência em tudo aquilo que não depender do ato complementar e inicial da execução. Fixado o prazo para regulamentação, e desrespeitado respectivo lapso temporal, a lei será eficaz em tudo o que não depender do regulamento, já que antes de vencida a dilação temporal era totalmente ineficaz.

11. ESPÉCIES:

11.1. Em Relação aos Efeitos

São internos e externos. Os internos são os que só produzem efeito dentro da própria administração. Podem ser delegados. Os externos, ao contrário, produzem efeitos também em relação a terceiros. São de competência indelegável.

Antes do surgimento da Emenda Constitucional nº 32, de 11/09/2001, nos regulamentos internos, a competência normativa do Chefe do Executivo nos parecia sensivelmente mais importante, já que agia com maior autonomia do que em relação aos regulamentos externos. Se os externos eram editados para “fiel execução da lei”, os internos o eram “na forma da lei”. Como aponta o professor JOSÉ AFONSO DA SILVA, “quando a Constituição emprega fórmulas como essa (e outras como: ‘com base na lei’, ‘nos limites da lei’, ‘segundo critérios da lei’ etc.) ela está prevendo a ‘prática de ato infralegal sobre determinada matéria, impondo, no entanto, obediência a requisito ou condições reservadas à lei¹³”.

Contudo, a mencionada emenda constitucional suprimiu tal expressão, ao ditar que cabe privativamente ao Presidente da República dispor, mediante decreto, sobre “organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos¹⁴”.

11.2. Em Relação à Lei:

a) Autônomos. São aqueles editados pelo Chefe do Poder Executivo em razão de autorização direta do texto constitucional. No caso existe uma partilha do poder normativo entre o Executivo e o Legislativo.

¹³ *Curso de direito constitucional positivo*, p.365.

¹⁴ Vide alínea “a”, do inciso VI, do artigo 84 da Constituição Federal, com a nova redação que lhe foi dada pela EC 32, de 11/09/2001.

Tal espécie inexistente em nosso ordenamento jurídico, como aponta o professor CLÊMERTON MERLIN CLÈVE:

“No Brasil, alguns juristas, quando vigente a última Constituição, defenderam a tese de que o país admitia os regulamentos autônomos. Fundamentavam a tese, basicamente, com o art. 81, V, que atribuía ao Presidente da República competência para ‘dispor sobre a estruturação, atribuições e funcionamento dos órgãos da administração federal’. E arremata o professor: “É possível que a tese fosse perfeitamente defensável naquela oportunidade. Tenha-se em conta, porém, que o dispositivo se encontra, na atual Constituição (art. 84, VI), redigido de modo a atribuir ao Chefe de Estado competência ‘para dispor sobre a organização e o funcionamento da Administração Federal, na forma da lei’. Ora, se os regulamentos de organização devem ser editados ‘na forma da lei’, é porque não podem ser editados independentemente de lei. É evidente que o poder regulamentar aqui, como antes afirmado, quando dirigido à produção de efeitos unicamente no interior da Administração, é mais extenso (però no mucho), que aquele conferido pelo inc. IV do artigo 84. Nem por isso, todavia, autoriza o Presidente da República a editar regulamentos autônomos”¹⁵.

b) Independentes. São os que a lei se limita a indicar a autoridade que poderá, ou da qual deverá, emanar o regulamento e a matéria sobre que versará. Nosso sistema jurídico também não os aceita.

c) Regulamentos de necessidade. São aqueles expedidos pelo Governo como medidas de necessidade em casos extremos como guerra, calamidade pública etc., e que, posteriormente, são submetidos à apreciação do Legislativo, o qual poderá convalidá-lo ou não. São utilizados principalmente na Europa. A Itália, país de onde se utilizava de tal expediente em grande escala, é de onde se originam as medidas provisórias. Hoje aquele país também prevê a expedição de medidas provisórias pelo Governo.

No Brasil, as medidas provisórias possuem natureza legislativa. Por isso, não fazem parte do poder regulamentar da Administração.

d) De execução. São os atos normativos de caráter geral e que servem para a correta aplicação da lei.

São subordinados à lei. Servem para proporcionar a sua execução. Não podem operar *contra legem*, *ultra legem*, nem *praeter legem*. Operam, unicamente, *secundum legem*. Na doutrina brasileira, concordam os autores que tais regulamentos se prestam a: precisar os conteúdos dos conceitos referidos pela lei e determinam o modo de agir da Administração nas relações que trava com os particulares quando da execução da lei. São aceitos no Brasil.

¹⁵ *Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988*, p.241.

e) Delegados. Na definição de CELSO RIBEIRO BASTOS, “são aqueles que desenvolvem a lei, agregando-lhe algum elemento que inova na ordem jurídica, baixados, contudo, em decorrência de habilitação legislativa”¹⁶.

Tais regulamentos esbarram no artigo 5º, II, da Constituição Federal, vez que, embora legalmente habilitados, inovam, por si só, a ordem jurídica, o que é vedado por nosso ordenamento jurídico em face do princípio da legalidade retro aventado.

Por outro lado, caso a lei delegasse poder ao Executivo para criação de regras que criassem direitos ou obrigações, haverá, aí, delegação disfarçada e, conseqüentemente, referida norma feriria o princípio constitucional da tripartição dos Poderes (CF, art. 2º).

A título de ilustração, destaca-se que o artigo 25 do ADCT veio, justamente, para reforçar tal impedimento. *Verbis* referido dispositivo:

“Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a:

I - ação normativa;

II - alocação ou transferência de recursos de qualquer espécie;

(...)”

Finalmente, cumpre destacar que os regulamentos são leis no sentido material, como retro apontado e, portanto, devem observar quase o mesmo regime das leis naquilo que toque à sua técnica legislativa (preâmbulo, texto e fecho), à vigência, à publicação, à nulidade, à revogação, à referenda (ministerial, a nível federal), à *vacatio*, etc¹⁷.

12. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo o que foi exposto, claramente se observa que a Constituição Federal se armou de mecanismos no intuito de respeitar a tripartição do exercício do Poder. Busca evitar que todos os Poderes Públicos se concentrem nas mãos de um só homem (ou um só órgão). Aliás, nesse ponto, cumpre destacar que, quando assim ocorre, tal hipertrofia é direcionada ao Poder Executivo. Contudo, a Carta Magna reduz tais possibilidades, objetiva que se busque a vontade da lei e não a vontade do homem, vale dizer, a *rule of law, not of men*, conforme a clássica assertiva do Direito inglês.

¹⁶ *Curso de direito constitucional*, p.336.

¹⁷ Veja-se Lei complementar federal nº 95/98

BIBLIOGRAFIA

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

FERRAZ, Sérgio. *3 Estudos de Direito: Desapropriação de Bens Públicos: Prejulgado Trabalhista em Face da Constituição: O Regulamento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 108.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

PACHECO, José da Silva. *O Mandado de Segurança e Outras Ações Constitucionais Típicas*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 5.ed. São Paulo: RT, Malheiros, 1989.

O DIREITO DE SUPERFÍCIE NO NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

Diana Coelho Barbosa (*)

1. Introdução. 2. Origens do instituto e sua localização no Direito estrangeiro. 3. Noções fundamentais da teoria geral da superfície. 4. Breve histórico do direito de superfície no Brasil. Panorama atual. O advento do Estatuto da Cidade. O modelo jurídico adotado pelo novo Código Civil. 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Encerra, a superfície, como idéia básica, a suspensão do efeito aquisitivo da acessão pelo tempo em que estiver em vigor o direito.

A acessão, de acordo com o que dispõe o art. 530, inciso II, do Código Civil de 1916, ainda em vigor, é um dos modos de aquisição da propriedade imobiliária. Segue disciplinada, linhas adiante, no art. 536 do mesmo Codex, que elenca, nos seus cinco incisos, as formas pelas quais ela pode se dar: I - pela formação de ilhas; II - por aluvião; III - por avulsão; IV - por abandono de álveo e, finalmente, V - *pela construção de obras ou plantações*¹.

O quinto e último inciso desse dispositivo tem para nós especial interesse, na medida em que apresenta estreita relação com o tema de que tratamos.

Reza o art. 545 do C.C., verbis:

“Art. 545. Toda construção, ou plantação, existente em um terreno, se presume feita pelo proprietário e à sua custa, até que o contrário se prove”.

Mais à frente, estatui o art. 547:

“Art. 547. Aquele que semeia, planta ou edifica em terreno alheio perde, em proveito do proprietário, as semente, plantas e construções, mas tem direito à indenização. Não o terá, porém, se procedeu de má-fé, caso em que poderá ser constrangido a repor a coisa no estado anterior e a pagar os prejuízos”.

Os dispositivos transcritos² consubstanciam, no direito positivo pátrio, o princípio *superficies solo cedit*, originário do Direito Romano, pelo qual quaisquer construções ou plantações realizadas num terreno acedem à

¹ V. art. 1.248 do novo CC brasileiro.

² Esses dispositivos encontram-se reproduzidos, no novo Código Civil brasileiro, nos artigos 1.253 e 1.254.

propriedade do *dominus soli*, não podendo ser objeto de transferência, senão juntamente com o solo.

O mecanismo da superfície age, precisamente, mitigando o rigor desse princípio, pois impede o efeito aquisitivo da acessão, o que implica, em favor do beneficiário desse direito e pelo prazo estipulado para sua duração, a propriedade da construção ou plantação por ele realizada, separada da propriedade do solo, que remanesce com o titular do terreno.

Essa é, em síntese, a configuração com que o instituto se apresenta nos ordenamentos jurídicos que o contemplam. O legislador pátrio, consoante veremos, houve por bem propor a adoção de uma figura jurídica distinta - e mais limitada.

2. ORIGENS DO INSTITUTO E SUA LOCALIZAÇÃO NO DIREITO ESTRANGEIRO

É na noção de acessão vigente no Direito Romano - o princípio *superficies solo cedit* - que o instituto encontra as suas raízes históricas³.

Esse princípio, por força do qual tudo o quanto se ergue sobre o solo pertence ao seu proprietário, traduzia a idéia que se tinha da propriedade como um direito absoluto e ilimitado, tendo vigorado, com toda a sua força, até à época republicana, quando o Estado, mediante concessão, passou a autorizar a produção em suas terras (*agri publici*), exigindo o correspondente pagamento de um *solarium*⁴. No período clássico, tais concessões passaram a recair, também, sobre terrenos particulares, e o instituto, durante muito tempo, foi confundido com a locação⁵.

Foi sob a intervenção pretoriana que a superfície, vista até então como um direito pessoal, começou a adquirir os contornos de um direito real. O superficiário passou a ser tutelado pelo *interdictum de superficiebus*, verdadeira ação possessória, para fazer valer o seu direito frente a terceiros. Mais adiante, no período justiniano, a superfície adquiriu, afinal, a configuração de um direito real sobre coisa alheia (*jus in re aliena*), de

³ Cf. Francesco Sizia. verbete "superfície", *Enciclopedia del Diritto*, XLIII, Milano: Giuffrè Editore, 1990, p. 1459. Vide, também, nesse sentido, José Guilherme Braga Teixeira. *O direito real de superfície*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p.16; Ricardo César Pereira Lira. *O Moderno Direito de Superfície (Ensaio de uma Teoria Geral)*, Separata do vol. 35 da Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, 1979, p. 3; Luiz da Cunha Gonçalves. *Tratado de Direito Civil - em Comentário ao Código Civil Português*, vol. XI, tomo I, 1ª ed. bras., São Paulo: Max Limonad, p. 404.

⁴ Cf. G.B. Bulfoni. Verbetes "superfície (diritto di)", *Enciclopedia Giuridica Italiana*, vol. XV, parte III, sotto la direzione di Pasquale Stanislao Mancini, Milano: Società Editrice Libreria, p. 723; e Emilio Betti. *Istituzioni di Diritto Romano*, vol. I, seconda edizione, Padova: CEDAM, 1942, §127, p. 470.

⁵ Cf. G. B. Bulfoni, ob. cit., p. 726 *usque* 729.

conteúdo bastante amplo, munida da correspondente ação real (*actio in rem*)⁶.

Essa configuração da superfície perdurou até o período medieval, quando, como resultado da influência do direito germânico, fundado no reconhecimento do princípio do trabalho, abandonou a natureza de *jus in re aliena* que lhe fora conferida no período justiniano e assumiu a feição de verdadeiro domínio, paralelo ao do *dominus soli*, o proprietário do terreno⁷.

Por ocasião da Revolução Francesa, com o banimento do instituto do ordenamento jurídico francês, deu-se a restauração da unidade dos poderes do domínio (uso+gozo+disposição) na pessoa do *dominus soli*. Essa repulsa dos gauleses pelo direito de superfície influenciou as codificações de muitos países, que deixaram de contemplar o instituto. Este só ressurgiu, como um *jus in re aliena*, em 1896, com a promulgação do Código Civil alemão⁸.

Atualmente, a superfície encontra-se largamente difundida ao redor do mundo. Regulam-na quase todas as codificações européias, notadamente, as da Alemanha⁹, Itália¹⁰ e Portugal¹¹, sendo a portuguesa a mais abrangente disciplina do instituto. A Espanha admite-a em leis especiais¹². Na França, a aceitação do instituto é resultado de construção doutrinária e jurisprudencial¹³. Na América Latina, a superfície não aparece contemplada nas codificações vigentes, ocorrendo, mesmo, a expressa exclusão do instituto pelo Código

⁶ Cf. Sitzia, ob. cit., p. 1463; vide também Emilio Albertario. *Corso di Diritto Romano, Possesso e Quasi Possesso*, Milano: Giuffrè Editore, 1946, p. 237-239.

⁷ Cf. Italo Birocchi e Maria Cristina Lampis. *Enciclopedia del Diritto*, verbete “superfície”, XLIII, Milano: Giuffrè Editore, 1990, p. 1464; v. também, Braga Teixeira, ob. cit., p. 24.

⁸ Cf. Braga Teixeira, ob. cit., p. 26.

⁹ Na Alemanha, a Regulamentação sobre o Direito de Superfície, de 15.01.1919, revogou as disposições do B.G.B. (CC alemão) para os direitos de superfície constituídos a partir de sua entrada em vigor; já aqueles existentes em 22 de janeiro de 1919 permaneceram sob a égide das disposições originárias do CC alemão (cf. Martín Wolff, *Tratado de Derecho Civil, Derecho de Cosas*, Tomo III, vol. 2º, traducción española de Blas Pérez Gonzalez y José Alguer, Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1971, p. 2).

¹⁰ No CC italiano vigente, o direito de superfície encontra-se positivado nos artigos 952 a 956, *Titulo III*, sob a rubrica *Della Superficie*.

¹¹ Em Portugal, regulam a superfície a Lei 2.030, de 22.06.1948, que trata da superfície urbana, e os artigos 1.524 a 1.542 do CC português.

¹² Tratam da superfície, no Direito espanhol, o *Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana*, aprovado pelo *Real Decreto Legislativo n. 1*, de 26.06.1992, e, ainda, a *Ley n. 6*, de 13.04.1998. A respeito da superfície no direito espanhol, v. Manuel Albaladejo. *Derecho Civil III. Derecho de Bienes. Derechos Reales en Cosa Ajena*, vol. 2, Barcelona: Libreria Bosch, 1974, p. 209.

¹³ Esse entendimento advém da interpretação conferida ao art. 553, primeira parte, do CC francês, que data de 1801, segundo o qual, **salvo prova em contrário**, todas as construções, plantações e obras existentes num terreno presumem-se feitas pelo proprietário às suas expensas e a ele pertencer. Segundo a doutrina e os tribunais gauleses, na ressalva **salvo prova em contrário** está implícito o direito de superfície (cf. Baudry-Lacantinerie, *apud* José Guilherme Braga Teixeira, *O Direito Real de Superfície*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 43).

Civil platino¹⁴. Alguns países asiáticos, tais como Japão e Coréia, admitem a superfície, disciplinando-a de forma basicamente idêntica¹⁵.

3. NOÇÕES FUNDAMENTAIS DA TEORIA GERAL DA SUPERFÍCIE

O sentido etimológico do vocábulo “superfícies” exprime o plano ou face superior ou exterior de uma certa coisa. Quanto à extensão física ou limitação material do direito que lhe é concernente, a superfície deve ser entendida como um plano, destituído de profundidade, espessura ou altura. O fato de a obra superficiária se estender naturalmente além desses limites, tanto em linha ascensional quanto em profundidade, não desnatura tal noção, porque diz respeito à *amplitudo dominii*, ou seja, ao conteúdo do direito atribuído ao superficiário¹⁶.

Em linhas gerais, em que pesem as particularidades previstas em algumas legislações que o contemplam, o direito de superfície pode ser definido como o direito real, perpétuo ou temporário, de ter como sua, separadamente da propriedade do solo, uma construção ou uma plantação erguidas sobre terreno alheio, sejam estas preexistentes ou resultantes do exercício de uma concessão para construir (*ad edificandum*) ou para plantar (*ad plantandum*).

São dois, comumente, os sujeitos da relação superficiária: o proprietário do solo, como concedente, e o superficiário, este na qualidade de concessionário. Outorga, aquele primeiro, a este último, o direito de construir ou plantar na superfície de terreno de sua propriedade (concessão *ad aedificandum* ou *ad plantandum*), ou ainda, nas legislações que o admitem, a propriedade separada de uma construção ou plantação preexistente. Tanto as construções e plantações que resultarem do exercício desse direito quanto aquelas preexistentes, alienadas separadamente, tornam-se propriedade do superficiário, remanescendo, porém, o solo (compreendido o subsolo) e espaço aéreo, no domínio do concedente.¹⁷ Algumas legislações, v.g. as da

¹⁴ Reza o art. 2.502 do CC argentino: “Art. 2.502 - Los derechos reales sólo pueden ser creados por la ley. Todo contrato o disposición de última voluntad que constituyese otros derechos reales, o modificase los que por este Código se reconocen, valdrá sólo como constitución de derechos personales, si como tal pudiese valer”.

¹⁵ Assim, dispõe o art. 265 do CC japonês, tal qual o art. 279 do CC coreano, que “a superficiary is entitled to use the land of another person for the purpose of owning structures or bamboos or trees thereon”

¹⁶ Cf. Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, vol. XI, tomo I, 1ª ed. bras., São Paulo: Ed. Max Limonad, 1955, p. 412.

¹⁷ Este último, conforme assinala Arditi, tem uma propriedade que está partida: “tiene la propiedad del suelo pero no tiene la propiedad de lo que se sustenta en esse suelo y emerge de él” (*El Derecho de Superficie*, Santiago de Chile: Editorial Andres Bello, 1972, p. 22).

Itália e da Alemanha, admitem que a constituição do direito abranja, também, obras no subsolo¹⁸.

Denomina-se *res superficiaria* ou coisa superficiária o objeto do direito de superfície, ou seja, a construção ou plantação preexistente ou resultante do exercício da concessão.

No que tange à natureza jurídica do direito de superfície, pode-se afirmar, com escólio em ASCENSÃO¹⁹, MESSINEO²⁰ e PEREIRA LIRA²¹, que se trata de um direito real complexo, com distintas facetas, conforme se tenha em mira um ou outro sujeito da relação superficiária.

Destarte, vista sob o ângulo do *dominus soli*, a superfície tem a natureza jurídica de um direito de propriedade incidente sobre o solo (e subsolo) e o espaço aéreo, uma vez que, sobre essas partes do imóvel, pode exercer todos os poderes inerentes ao domínio (uso+gozo+disposição). De outra parte, sob o ponto de vista do superficiário, a superfície pode assumir dupla configuração: direito real sobre coisa alheia, enquanto mera concessão *ad aedificandum* ou *ad plantandum*, e verdadeiro domínio (direito de propriedade), com todos os poderes que lhe são ínsitos, em relação às construções ou plantações preexistentes ou resultantes do exercício da referida concessão.

Por força do princípio da acessão, o *dominus soli* adquire a propriedade das construções erguidas sobre o seu terreno por terceiro. A superfície age, precisamente, suspendendo esse efeito aquisitivo da acessão, o que torna possível, enquanto vigente o direito, a coexistência de duas propriedades paralelas: uma, a do proprietário do terreno, abrangendo o solo, subsolo e espaço aéreo, e outra, a do superficiário, que incide sobre a *res superficiaria*, que é a obra por ele realizada sobre o terreno.

¹⁸ A Lei federal n. 10.257, de 10.07.2001, o Estatuto da Cidade, atualmente em vigor no Brasil, diz expressamente, no art. 21, §1º, que o direito de superfície pode abranger o direito de utilizar o subsolo.

¹⁹ Segundo Ascensão, devemos distinguir na superfície “dois direitos reais compostos, portanto direitos reais que integram em si vários direitos reais simples, que naquele perdem a sua autonomia” (O Direito de Superfície Agrícola, in *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, n. 4, abril/junho, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1978, p. 162-163).

²⁰ Para Messineo, o direito de superfície assume duas figuras distintas, uma vez que pode ter origem em dois procedimentos distintos. A primeira figura consiste na propriedade da superfície, separada da propriedade do solo e surge mediante a alienação de uma construção já existente, separadamente da propriedade do solo. A segunda figura, mais freqüente que a anterior, tem origem na concessão *ad aedificandum* (direito de edificar), pela qual o proprietário do solo constitui, em favor de alguém, um direito autônomo de fazer e manter, sobre o solo, uma futura construção (in *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, 9ª ed. riv. e ag., vol. Secondo, Milano: Dott A. Giuffrè Editore, 1965, p.534-535).

²¹ Ob. cit., p. 53 *usque* 56.

A propriedade do superficiário sobre a *res superficiaria* é resolúvel ou temporária, posto que subordinada a uma condição resolutiva que pode ser o termo final contido no título constitutivo ou mesmo uma causa a este superveniente. Operando-se o evento resolutivo, ocorre a denominada reversão, oportunidade em que os bens superficiários passam a integrar o domínio do proprietário do terreno.

De um modo geral, a despeito do tratamento diversificado que o assunto tem merecido por parte das legislações que a contemplam, a superfície pode ser convencionada pelas partes em caráter temporário ou perpétuo. Tendo em vista o papel social que hoje se atribui à propriedade, a tendência que se observa, atualmente, entre os doutrinadores, é a da rejeição da perpetuidade da superfície, já que a limitação temporal, nas relações atinentes à propriedade, afigura-se um meio eficiente de se obstaculizar a especulação imobiliária, possibilitando um aproveitamento mais equânime e efetivo das terras.

O direito de superfície pode ser constituído a título gratuito ou oneroso na maioria das legislações que regulam o instituto. A fixação de um cânon ou salário a ser pago pelo superficiário é deixado ao arbítrio das partes, que também convencionarão quanto ao momento e a forma em que se dará tal pagamento. A natureza jurídica da contraprestação ajustada, a nosso ver, é a de uma obrigação *propter rem*²².

A superfície pode ser constituída por quaisquer das vias contratuais aptas à transferência da propriedade de um bem imóvel. Destarte, pode o direito de superfície ser constituído mediante contrato de compra e venda, permuta e doação²³, espécies contratuais que configuram atos translativos de domínio. Resta afastada, portanto, a possibilidade de se constituir a superfície mediante locação, que é um contrato que gera apenas um direito de crédito, nunca direitos reais. Cumpre observar que as particularidades da modalidade negocial escolhida devem se adequar às da superfície, as quais podem variar de um ordenamento jurídico para outro. Admite-se, ainda, a constituição da superfície por disposição de última vontade e por usucapião, notadamente o ordinário, que pressupõe um título constitutivo outorgado a *non domino* e boa-fé. Na legislação alemã há expressa disposição nesse sentido.

²² De fato, são três as características da obrigação *propter rem*, elencadas por Maria Helena Diniz, perfeitamente identificáveis no solário: “1º) vinculação a um direito real, ou seja, a determinada coisa de que o devedor é proprietário ou possuidor; 2º) possibilidade de exoneração do devedor pelo abandono do direito real, renunciando o direito sobre a coisa; 3º) transmissibilidade por meio de negócios jurídicos, caso em que a obrigação recairá sobre o adquirente. P. ex.: se alguém adquirir, por herança, uma quota de condomínio, será sobre o novo condômino que incidirá a obrigação de contribuir para as despesas de conservação da coisa” (in *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 2º vol., Teoria Geral das Obrigações, São Paulo: Saraiva, 1998, p. 12).

²³ V. a respeito Wolff, ob. cit., p. 8.

Para que tenha validade *erga omnes*, o contrato de superfície deve ser registrado no Registro de Imóveis competente, exigindo-se, em muitos ordenamentos jurídicos, para formalização do ato, a escritura pública.

No tocante aos modos de transmissão da superfície, há que se distinguir se se trata de simples concessão *ad aedificandum* ou *ad plantandum* ou de verdadeiro direito de propriedade sobre a construção ou plantação. Enquanto titular de simples concessão - de um *jus in re aliena*, portanto - o superficiário pode alienar o seu direito, mediante contrato de cessão de direitos, e transmiti-lo a seus herdeiros por sucessão legítima ou testamentária. No que diz respeito à coisa superficiária, seja ela preexistente ou resultante do exercício da concessão, pode o superficiário dela dispor livremente, separada do solo, posto que titular de verdadeiro domínio sobre a mesma.

Dessa alienabilidade, tanto do direito relativo à concessão quanto da obra superficiária, decorre, como corolário, a possibilidade de, sobre tais direitos, o superficiário constituir outros direitos reais, notadamente os de garantia, os quais se extinguem, em regra, com o advento do termo pactuado no respectivo título constitutivo. Em contrapartida, também o *dominus soli* pode instituir outros direitos reais em relação à parte do imóvel que lhe concerne.

Além do decurso do prazo, são causas de extinção comumente elencadas pelas legislações: a) a expropriação pelo poder público; b) a renúncia ou o abandono; c) a confusão. Na codificação italiana, o não-uso é apontado como causa da extinção (prescrição) da concessão *ad aedificandum*. Quanto ao perecimento da coisa como causa extintiva, há que se distinguir se o perecimento é do solo ou da *res superficiaria*. Apenas na primeira hipótese dar-se-á a extinção do direito, haja ou não construção ou plantação, já que, na segunda hipótese, existirá sempre a possibilidade de o superficiário reerguer a coisa superficiária, se não houver pacto contrário.

Dado o seu caráter resolúvel, se a extinção da superfície decorrer de causa alheia ao título, produzirá efeitos *ex nunc*, prevalecendo, pois, os direitos reais instituídos em favor de terceiros. As legislações portuguesa e espanhola determinam expressamente que, caso a extinção da superfície se dê antes do termo previsto no título, os direitos constituídos sobre a superfície ou sobre o solo continuarão a onerar separadamente as duas partes, como se não houvesse a extinção.

Extinta a superfície, seja pelo advento do termo ou em decorrência de causa alheia ao título constitutivo, opera, em favor do *dominus soli*, a reversão, pela qual ele se torna proprietário da construção ou plantação, quer tenham sido estas realizadas pelo superficiário no exercício da concessão ou por ele previamente adquiridas. Conforme o ordenamento jurídico em foco,

poderá ou não haver um correspondente direito do superficiário à indenização.

O superficiário dispõe, na condição de possuidor da *res superficiaria*, dos meios de proteção possessória geral, que podem ser judicialmente invocados em sua defesa. Destarte, em face do direito positivo brasileiro, ser-lhe-iam cabíveis as ações de interdito proibitório, manutenção e reintegração de posse. Na qualidade de proprietário da coisa superficiária, pode fazer uso, igualmente, das medidas defensivas do domínio, que são as ações petitórias. Pode valer-se, dessa forma, das ações reivindicatória, negatória e confessória, e, ainda, das ações de embargos de terceiro, de nunciação de obra nova, de dano infecto e de imissão de posse. Enquanto titular de simples concessão *ad aedificandum*, que é um *jus in re aliena*, poderá utilizar-se apenas da ação confessória. Ao concedente também é facultada a utilização da proteção possessória cabível em face do superficiário ou de terceiro, caso venha a sofrer ameaça, turbação ou esbulho na parte do imóvel que corresponda ao seu direito.

Constituída a superfície, atribuem-se ao concedente e ao concessionário, reciprocamente, direitos e obrigações. Ambos têm o direito de usar, gozar e dispor das partes do terreno que lhes couberem, observados os limites do negócio jurídico entabulado, bem como o de constituir ônus reais sobre elas. Têm, ambas os sujeitos, quando forem alienar onerosamente a parte do imóvel que lhes corresponder, o dever de dar preferência ao outro na aquisição. Outrossim, devem, ambos, omitir-se na prática de atos que impeçam o regular exercício do direito do outro. São, porém, deveres exclusivos do superficiário: a) o pagamento do cânon, quando convencionado; b) dar à superfície a destinação pactuada no título; c) efetuar o pagamento dos encargos e tributos incidentes sobre o imóvel como um todo; d) conservar a coisa superficiária.

4. BREVE HISTÓRICO DO DIREITO DE SUPERFÍCIE NO BRASIL. PANORAMA ATUAL. O ADVENTO DO ESTATUTO DA CIDADE. O MODELO JURÍDICO ADOTADO PELO NOVO CÓDIGO CIVIL

O direito de superfície vigeu no Brasil desde as Ordenações Filipinas até 1864, quando por força da Lei n. 1.237, de 24 de setembro, foi banido do direito positivo pátrio²⁴. O Código Civil de 1916 não arrolou a superfície dentre os direitos reais que elencou no art. 674. Ante o entendimento de que o rol ali

²⁴ Cf. Orlando Gomes. Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro, Direito Privado (Novos Aspectos), São Paulo: Livraria Freitas Bastos S/A, 1961, p. 81; e Lafayette Rodrigues Pereira. Direito das Coisas, adaptação ao Código Civil por José Bonifácio de Andrada e Silva, 6ª ed., Freitas Bastos S.A., 1956, p. 23, nota 25.

contido é taxativo²⁵ e que, portanto, novos direitos reais só poderiam ser criados por lei, tem-se que o instituto, que tampouco encontrava-se previsto em legislação extravagante, não era admitido em nosso ordenamento jurídico, isto até o advento da Lei federal n. 10.257, de 10 de julho de 2001, que instituiu o nominado Estatuto da Cidade²⁶.

A idéia de restauração do direito de superfície no direito positivo brasileiro remonta ao Anteprojeto de Código Civil de 1963, de autoria de Orlando Gomes²⁷, tendo sido abandonada na revisão sofrida por esse anteprojeto em 1964, bem como no Projeto de Lei n. 3.263, que o sucedeu, de Milton Campos. Posteriormente, foi a proposta retomada no Anteprojeto de 1972, de autoria de Miguel Reale e outros, mantida no Anteprojeto revisto de 1973, cujo sucedâneo foi o Projeto de Lei n. 634, de 1975, posteriormente convertido no Projeto de Lei da Câmara n. 118, de 1984, que originou a Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o novo Código Civil brasileiro. Dentre muitas inovações, o novo *Codex* propõe a reintrodução do direito de superfície no ordenamento jurídico pátrio, ao mesmo tempo que dele exclui a enfiteuse, banindo-a do rol dos direitos reais.

O direito de superfície aparece previsto no inciso II do art. 1.225²⁸ da nova codificação e vem contemplado em nove artigos (arts. 1.369 a 1.377), dispostos no Título IV (Da Superfície), Livro III (Direito das Coisas)²⁹.

²⁵ A respeito, v. Silvio Rodrigues. Direito Civil, vol. 5, Direito das Coisas, 23ª ed., Saraiva, São Paulo, 1996, p. 9-10.

²⁶ Cuida, o referido Estatuto, de regulamentar os artigos 182 e 183 da Carta Federal, estabelecendo diretrizes gerais de política urbana e criando instrumentos para a efetivação da função social da propriedade urbana. Dentre os instrumentos implementados pelo Estatuto, aponta-se o direito de superfície, ali concebido, com ligeiras variações, nos mesmos moldes do modelo proposto pelo novo CC, restrito, porém, apenas à propriedade urbana.

²⁷ V. a respeito Orlando Gomes. Memória Justificativa do Anteprojeto de Reforma do Código Civil, in Código Civil - Anteprojeto - Volume 2, editado pelo Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, Brasília, 1989.

²⁸ Este dispositivo, ao mesmo tempo em que baniu a enfiteuse, inseriu a superfície no rol dos direitos reais por ele admitidos. Confira-se o seu teor: "Art. 1.225. São direitos reais: I - a propriedade; II - a superfície; III - as servidões; IV - o usufruto; V - o uso; VI - a habitação; VII - o direito do promitente comprador do imóvel; VIII - o penhor; IX - a hipoteca; X - a anticrese".

²⁹ "Art. 1.369. O proprietário pode conceder a outrem o direito de construir ou de plantar em seu terreno, por tempo determinado, mediante escritura pública devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis. Parágrafo único. O direito de superfície não autoriza obra no subsolo, salvo se for inerente ao objeto da concessão.

Art. 1.370. A concessão da superfície será gratuita ou onerosa; se onerosa, estipularão as partes se o pagamento será feito de uma só vez, ou parceladamente.

Art. 1.371. O superficiário responderá pelos encargos e tributos que incidirem sobre o imóvel.

Art. 1.372. O direito de superfície pode transferir-se a terceiros e, por morte do superficiário, aos seus herdeiros. Parágrafo único. Não poderá ser estipulado pelo concedente, a nenhum título, qualquer pagamento pela transferência.

Art. 1.373. Em caso de alienação do imóvel ou do direito de superfície, o superficiário ou o proprietário tem direito de preferência, em igualdade de condições.

Distinguem-se, no modelo jurídico proposto pelo CC, as usuais figuras do concedente, que é o proprietário do imóvel, e do superficiário, em favor de quem se constitui o direito; este se encontra, aqui, adstrito à mera concessão *ad aedificandum* e *ad plantandum*, não outorgando, pois, ao superficiário, a propriedade separada das construções ou plantações, sejam estas preexistentes ou resultantes do exercício da referida concessão. Também não autoriza obras no subsolo, a exemplo da maioria das legislações que contemplam o instituto, ao contrário, porém, da superfície regulada pela Lei federal n. 10.257, de 10/7/2001, o Estatuto da Cidade, que prevê essa possibilidade.

Apesar de não estabelecer expressamente tal distinção, a superfície prevista no novo CC abrange apenas os imóveis rurais, pois o direito de superfície constituído sobre terrenos urbanos encontra a sua disciplina em lei especial, o já mencionado Estatuto da Cidade³⁰.

Em consonância com a melhor doutrina, o novo CC brasileiro propõe a adoção de uma superfície temporária, afastando a característica da perpetuidade, ainda presente em algumas legislações. Não fixa, entretanto, um limite temporal para a concessão, delegando essa tarefa ao arbítrio das partes.

O direito de superfície regulado pelo CC, tal como na maioria das legislações alienígenas, pode ser constituído a título oneroso ou gratuito, ficando ao arbítrio das partes estipular acerca da forma e do momento em que se dará o pagamento do cânon eventualmente convencionado. A falta de pagamento não importa a extinção da concessão; o concedente tem, na hipótese, apenas o direito de haver as prestações vencidas e os juros de mora.

Para a constituição da superfície, faz-se necessário, como todo *jus in re*, o registro no Registro de Imóveis competente. Exige-se como requisito formal a escritura pública.

A superfície em questão pode ser constituída mediante quaisquer das modalidades contratuais aptas à transferência do domínio de um bem imóvel.

Art. 1.374. Antes do termo final, resolver-se-á a concessão se o superficiário der ao terreno destinação diversa daquela para que foi concedida.

Art. 1.375. Extinta a concessão, o proprietário passará a ter a propriedade plena sobre o terreno, construção ou plantação, independentemente de indenização, se as partes não houverem estipulado o contrário.

Art. 1.376. No caso de extinção do direito de superfície em consequência de desapropriação, a indenização cabe ao proprietário e ao superficiário, no valor correspondente ao direito real de cada um.

Art. 1.377. O direito de superfície, constituído por pessoa jurídica de direito público interno, rege-se por este Código, no que não for diversamente disciplinado em lei especial".

³⁰ Acerca do direito de superfície contemplado no Estatuto da Cidade, confira-se, de minha autoria, O Direito de Superfície à Luz do Estatuto da Cidade, Curitiba: Ed. Juruá, 2001.

Resta afastada, por força da sua temporariedade, a doação, uma vez que a perpetuidade é inerente a essa via negocial. A temporariedade, parece-nos, exclui também a possibilidade de se constituir a superfície por disposição de última vontade, em vista do disposto no art. 1.911 do novo CC, que reproduz o art. 1.665 do Código Civil vigente, segundo o qual “a designação do tempo em que deva começar ou cessar o direito do herdeiro, salvo nas disposições fideicomissárias, ter-se-á por não escrita”. Em se tratando de simples concessão *ad aedificandum* - de mero *jus in re aliena* - não se admitindo, destarte, nesse modelo, a coexistência de propriedades separadas, não se vislumbra a possibilidade de se adquirir a propriedade destacada da superfície, mediante usucapião. Este necessariamente alcançaria a superfície e o solo.

Dentre os deveres atribuídos ao superficiário, incumbe, consoante o art. 1.371 da nova codificação, o de arcar com o pagamento dos tributos e encargos que incidirem sobre o imóvel como um todo.

Uma vez constituído, o direito de superfície pode ser transmitido pelo superficiário por ato *inter vivos*, a qualquer título, e o concedente não poderá exigir qualquer pagamento pela transferência. Da alienabilidade do direito decorre que pode ser o mesmo objeto de penhor. Com a morte do superficiário, o direito de superfície é transmitido a seus herdeiros, por sucessão legítima ou testamentária.

Não prevê, o texto do novel CC, a possibilidade de o superficiário alienar o prédio por ele construído ou a plantaçaõ cultivada no exercício da concessão, como se fossem propriedades autônomas. Deriva, da inalienabilidade da *res superficiaria*, separadamente da propriedade do solo, a impossibilidade de o superficiário instituir ônus reais sobre ela.

Tanto o *dominus soli* quanto o superficiário, quando pretenderem alienar, respectivamente, o imóvel ou o direito de superfície, deverão dar preferência ao outro na aquisição. Infere-se, do texto da lei, que o concedente, tal qual o senhorio direto na enfiteuse, detém a nua-propriedade do imóvel, podendo aliená-lo como um todo. Ao superficiário, por sua vez, faculta-se apenas a alienação do direito que lhe corresponde.

Os poderes atribuídos ao concedente encontram-se assim delimitados: a ele cabem o uso e o gozo das partes do imóvel sobre as quais não incidir o direito de superfície, o que vale dizer que poderá utilizar-se tanto das áreas circunvizinhas àquela da superfície, quando esta não abranger toda a extensão do imóvel, quanto do subsolo e do espaço aéreo. Poderá, no entanto, dispor de todo o imóvel, compreendida a superfície.

Dos poderes inerentes ao superficiário, restam-lhe o uso e o gozo da superfície ou da *res superficiaria*, enquanto durar a concessão. Uma vez extinta esta, tais poderes se consolidam nas mãos do proprietário do imóvel,

que volta a ter o domínio pleno sobre o terreno ou sobre a construção ou plantação erguidas sobre o mesmo, no exercício da concessão. A lei faculta às partes, nessa hipótese, a fixação de uma indenização para o superficiário.

Prevê, o novo *Codex*, as seguintes causas de extinção da superfície: a) o decurso do prazo convencionado para sua duração; b) antes do termo final, se o superficiário der ao terreno destinação diversa da pactuada; c) pela desapropriação. Nesta última hipótese, a indenização será devida ao proprietário e ao superficiário na proporção do direito de cada um.

Admite-se a constituição do direito de superfície em terrenos de propriedade de pessoas de direito público interno, às quais se aplicarão as disposições do novo CC, enquanto não forem implícita ou expressamente revogadas por lei especial.

Por fim, na qualidade de possuidor da superfície ou da *res superficiaria*, poderá o superficiário invocar quaisquer dos meios de proteção possessória existentes para defender a sua posse. Como titular de um *jus in re aliena*, poderá, a exemplo do usufrutuário, valer-se da ação confessória para restaurar-se no exercício do seu direito. Também o concedente poderá utilizar-se dos interditos cabíveis, em relação à parte do imóvel que lhe concerne, tanto em face do superficiário quanto de terceiro.

5. CONCLUSÃO

Em síntese, o direito de superfície concebido pelo novo Código Civil brasileiro tem a configuração de um direito real limitado de uso e fruição, ou seja, de um *jus in re aliena*. Pode ser definido como o direito real de construir ou plantar sobre terreno rural alheio, pelo qual se obtém o direito de usar e gozar da construção ou plantação resultante do exercício dessa concessão, durante o tempo determinado no título que lhe deu causa, remanescendo, porém, com o concedente, o direito de dispor do imóvel como um todo. O modelo jurídico adotado pelo legislador pátrio, diversamente daquele contemplado na maioria das legislações estrangeiras, não admite a propriedade da superfície destacada da propriedade do solo, vedando a alienação e, conseqüentemente, a instituição de ônus reais sobre a obra superficiária - construção ou plantação - por parte do beneficiário do direito, o que poderá restringir a utilização do instituto.

BIBLIOGRAFIA

ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil III*. Derecho de Bienes. Derechos Reales en Cosa Ajena. Vol. 2, Barcelona: Libreria Bosch, 1974.

ALBERTARIO, Emilio. *Corso di Diritto Romano*. Possesso e Quasi Possesso. Milano: Giuffrè Editore, 1946.

ARDITI, Alejandro Borzutsky. *El Derecho de Superficie*. Santiago de Chile: Editorial Andres Bello, 1972.

ASCENSÃO, José de Oliveira. O Direito de Superfície Agrícola. In: *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, n. 4, abril/junho, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1978.

BARBOSA, Diana Coelho. *O Direito de Superfície à Luz do Estatuto da Cidade*. Curitiba: Editora Juruá, 2001.

BETTI, Emilio. *Istituzioni di Diritto Romano*. Vol. I, 2.ed. Padova: CEDAM, 1942, v.1.

BIROCCHI, Italo e LAMPIS, Maria Cristina. Verbetes "superficie". Direito Intermedio. *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XLIII, Milano: Giuffrè Editore, 1990.

BULFONI, G. B. Verbetes "superficie (diritto di)". *Enciclopedia Giuridica Italiana*. Vol. XV, Parte III, sotto la direzione di Pasquale Stanislao Mancini, Milano: Società Editrice Libreria.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Direito das Coisas. 4º vol., 5ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

_____. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Teoria Geral das Obrigações. 2º vol., São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

FREITAS, Antônio Teixeira de. *Código Civil*. Esboço. Vol. 4, Ministério da Justiça e Negócios Interiores, Serviço de Documentação, 1952.

GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

_____. *Direito Privado (Novos Aspectos)*. São Paulo: Livraria Freitas Bastos S.A., 1961.

_____. Memória Justificativa do Anteprojeto de Reforma do Código Civil. *Código Civil. Anteprojeto*. Volume 2, Senado Federal, Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas, 1989.

GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*. Vol. XI, Tomo I, 1ª ed. bras., São Paulo: Ed. Max Limonad, 1955.

GONZÁLEZ, Blas Pérez y ALGUER, José. *Derecho de Cosas*, por Martín Wolff. Traducción española con anotaciones, Tercer tomo, Volumen segundo, Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1971.

LIRA, Ricardo-Cesar Pereira. *O Moderno Direito de Superfície* (Ensaio de uma Teoria Geral). Separata do Vol. 35 da Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, 1979.

MESSINEO, Francesco. *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*. 9ª ed. riv. e ag., Vol. Secondo, Milano: Dott A. Giuffrè Editore, 1965.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das Coisas*. Adaptação ao Código Civil por José Bonifácio de Andrada e Silva, 6ª ed., Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S. A, 1956.

REALE, Miguel. Exposição de Motivos do Anteprojeto de Código Civil de 1972. *Código Civil - Anteprojeto*. Vol. 5, tomo 1, Senado Federal, Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas, 1989.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil. Direito das Coisas*. Vol. 5, 23ª ed., São Paulo: Saraiva, 1996.

SITZIA, Francesco. Verbete "superfície". *Diritto Romano. Enciclopedia del Diritto*, XLIII, Milano: Giuffrè Editore, 1990.

TEIXEIRA, José Guilherme Braga. *O direito real de superfície*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

WOLFF, Martín. *Tratado de Derecho Civil. Derecho de Cosas*. Tomo III, Vol. 2º, 3ª ed., traducción española con anotaciones de Blas Pérez González y José Alguer, Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1971.

Códigos consultados:

Brasil: Código Civil e legislação civil em vigor - Theotonio Negrão com a colaboração de José Roberto Ferreira Gouvêa, 18ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

Canadá: Code Civil du Québec - Règlements relatifs au Code Civil du Québec et lois connexes, 3e. édition, Québec: Les Éditions Yvon Blais Inc., 1995.

Chile: Código Civil - Edición Oficial, 8ª ed., Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1984.

China: Code Civil de la République de Chine - traduits du Chinois par Ho Tchong-Chan, Zi-Ka-Wei près Changai: Imprimerie de l'Orphelinat de T'ou-Sè-Wè, 1930.

Colômbia: Código Civil - por Jorge Ortega Torres, novena edición, actualizada, Bogotá: Editorial Temis, 1973.

Coréia: Korea - The Civil Code - versão em inglês doada pelo Consulado Geral da Coréia, em 20.02.86, ao Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito do Largo São Francisco, Biblioteca Setorial Espínola.

Equador: Código Civil con Jurisprudencia, conforme a la 7ª edición oficial, Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 1985.

Grécia: Code Civil Hellénique - traduction de l'Institut Hellénique de Droit International et Étranger par Pierre Mamopoulos, Athènes: Presses de l'Institut Hellénique, 1956.

Holanda: Nouveau Code Civil Néerlandais - Le Droit Patrimonial, traduit par P.P.C. Haanappel et Ejan Mackaay, sous les auspices du Ministère de la Justice des Pays-Bas, Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990.

Itália: Codice Civile e leggi collegate - a cura di Giorgio di Nova, Bologna: Zanichelli, 1989.

Japão: The Civil Code of Japan (Translation), Ministry of Justice, Japan, 1972, edição doada pelo Consulado do Japão ao Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito do Largo São Francisco, Biblioteca Espínola.

Peru: Código Civil - por Fernando Gusmán Ferrer, Tomo III, De los Derechos Reales - Del Derecho de las Obligaciones, segunda edición no oficial, Lima: Editorial Imprenta Amauta S.A., 1971.

Uruguai: Código Civil de la Republica Oriental del Uruguay - 2ª edición, Montevideo: Barreiro y Ramos S.A., 1971.

Venezuela: Código Civil - edición oficial, Caracas:Imprenta Nacional, 1982.

(*) A autora é mestre em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP.

O IDEAL DA REVOLUÇÃO PAULISTA DE 1932 NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 - O ESTADO DEMOCRÁTICO E DE DIREITO E A MORALIDADE ADMINISTRATIVA

José Roberto Caglia

“Se Deus não existisse, tudo seria permitido¹”.

1. Introdução. 1.1. História. 1.2. Estado Novo. 1.3. Europa. 1.4. A resistência paulista. 1.5. Moralidade administrativa. 2. O princípio da moralidade administrativa. 2.1. Honestidade administrativa. 2.2. Faces da imoralidade. 2.3. Dano moral. 2.4. Garantias constitucionais. 2.5. Tribunal de Contas. 2.6. Orçamento. Lei de responsabilidade fiscal. 3. Da imprescritibilidade para a ação de ressarcimento de danos ao erário. 3.1. Imprescritibilidade. 3.2. Prescrição. 3.3. Sentença. A decisão judicial. 4. Conclusão. 4.1. História. 4.2. Existencialismo. Sartre. 4.3. Participação direta do cidadão. 4.4. A vigilância permanente.

1. INTRODUÇÃO

1.1. História

Com o panorama mundial sob a ascensão do totalitarismo², o Brasil, na década de 30, contracena também com o seu período desolador - releve-se a recusa de LUIZ CARLOS PRESTES em ter o comando militar, ao lado de GETÚLIO VARGAS, da revolução, em 1930, e, a traição sofrida por JÚLIO DE MESQUITA pelo seu algoz, FLORES DA CUNHA.

1.2. Estado Novo

Enganam-se os que distorcem os fatos históricos e os vêem de forma estática no tempo, os quais propalam a derrota paulista diante das tropas chefiadas pelo ditador *sine-die*³, alegando a inutilidade do esforço empreendido, pois os ideais de uma constituição votada, em 1934,

¹ F. M. Dostoiévski, Os Irmãos Karamázovi, Rio Grande do Sul: Ed. José Olympio, 1961.

² Mussolini na Itália, Hitler na Alemanha, Salazar em Portugal, Pilsudski na Polônia, Metaxas na Grécia, Stálin na URSS e Franco na Espanha.

³ Paulo Duarte, intelectual, que participou da Revolução Paulista de 1932: "Getúlio Vargas não era um estadista, era um caudilho. (...) Ele não empregou jamais a sua inteligência em benefício do país. (...). O que Getúlio fez de permanente foi consolidar a corrupção dentro do Brasil, porque em torno dele formaram todos os ladrões públicos da época. (...) Getúlio foi nazista até o momento que percebeu que a Alemanha estava perdida (...). Ele era absolutamente fascista." (Getúlio Vargas, Edição Histórica, São Paulo: Abril Cultural, p. 22).

desaparece com o Estado Novo. O país toma conhecimento da Constituição outorgada em novembro de 1937: a "*Polaca*"⁴. O poder enfeixado num Estado único e ditatorial, com a conseqüente subversão do direito, perpetrou a violência e o caos: os tenentes autocondecoravam-se coronéis; a tortura e assassinios de presos eram comandados por FILINTO MÜLER. A barbárie estava imposta como regra. Citamos quatro fatos relevantes do período:

I a extradição da companheira de PRESTES, OLGA BENÁRIO PRESTES, comunista e judia, ao governo de HITLER, grávida, que morreria num campo nazista;

II espancamento até a morte do tenente SEVERE FOURNIER;

III a prisão do escritor GRACILIANO RAMOS;

IV o fechamento do Poder Legislativo⁵ do Estado de São Paulo por quase 16 anos.

1.3. Europa

No final da década de 30, enquanto se questionavam os modelos políticos anteriores, erigiam-se os modelos totalitários. O existencialismo⁶ de SARTRE contracenava com a terrível realidade histórica daquela época. Entendendo que o homem é o único senhor responsável por seu destino, a vida só teria sentido quando o homem faz sua escolha e se engaja em ações

⁴ Termo que significava, na época, mundana (sinônimo de prostituta). Inspirada na Carta Del Lavoro de Mussolini. Proibia a greve, funcionário público podia ser demitido a qualquer instante, permitia prisões sem julgamento e atrelou os sindicatos ao estado, criando o imposto sindical, fonte de corrupção de líderes sindicais, chamados pelegos.

⁵ O então Congresso Legislativo foi fechado em 1930 e reaberto em 1935, como Assembléia Legislativa, após a CF de 1934. A Assembléia foi novamente fechada em 1937 e só reaberta em 1947, após a CF de 1946.

⁶ O existencialismo é um humanismo, p. 19: "Queremos a liberdade através de cada circunstância particular. E, querendo a liberdade, descobrimos que ela depende integralmente da liberdade dos outros, e que a liberdade dos outros dependa da nossa. Sem dúvida, a liberdade enquanto definição do homem, logo que existe um engajamento, sou forçado a querer, simultaneamente, a minha liberdade e a dos outros; não posso ter como objetivo a minha liberdade a não ser que meu objetivo seja também a liberdade dos outros. De tal modo que, quanto, ao nível de uma total autenticidade, reconheço que o homem é um ser livre que só pode querer a sua liberdade, quaisquer que sejam as circunstâncias, estou concomitantemente admitindo que só posso querer a liberdade dos outros." O pensador estrutura suas idéias na década de 40, após escapar de um campo de concentração nazista. Interessante observar que no existencialismo a importância essencial é o homem em si; é o ser-em-situação, que podemos comparar à crucial importância do observador nos experimentos que na física quântica, período também em que se firmavam as descobertas na área da física experimental. Ambas estão em consonância e harmonia histórica. É por isso que só "um compromisso com a história pode dar sentido à existência individual." Exemplifica Sartre com sua Personagem Mathieu. Sartre posteriormente irá romper e denunciar o Estalinismo, em coerência com seu pensamento, pois esta corrente totalitária tende exatamente à supressão do ser humano.

coletivas; ao fazê-lo, engaja toda a humanidade. A situação limite leva o homem a fazer uma "escolha" e afirmar sua liberdade. Ação e liberdade entrelaçam o destino humano. O pensador adota a sua filosofia e alista-se na resistência francesa contra a ocupação alemã, numa postura paralela à de VICTOR HUGO que, consciente de suas responsabilidades, embora deputado, combateu nas barricadas de 1848 e foi exilado em 1851. ALBERTO CAMUS, que também esteve à frente da resistência francesa contra os alemães, embora divergisse do existencialismo, reconhecia a precariedade da condição humana. Sentença: é preciso imaginar "Sísifo feliz". As turbulências ocorridas no Brasil tiveram como pano de fundo as idéias e as ações totalitárias emergentes na Europa, as quais culminariam com a deflagração da 2ª guerra mundial, em 1939.

1.4. A Resistência Paulista

Ousamos comparar a coragem e a importância do engajamento da população do Estado de São Paulo, ao formar a "Resistência Paulista", diante da exclusão das liberdades individuais, à Resistência Francesa. Houve morte e muitos mortos. Enfoque-se toda a convulsão social da época diante do panorama mundial corolário da quebra da bolsa americana, ocorrida em 1929. O sangue humano é um só, independentemente do território onde é derramado. Santo TOMÁS DE AQUINO foi quem primeiro considerou que o bem comum coletivo é a soma de cada bem individual. Acrescentamos que o bem comum coletivo somado não se restringe ao tempo contemporâneo. A ação humana, desde os primórdios da civilização traz-nos o bem comum de tempos imemoriais. Os fatos históricos são dinâmicos. Cada Parlamento aberto e em funcionamento dois séculos após a revolução francesa, ou no porvir (quicá o próximo seja no território Palestino), não só se sustenta nos ideais de 1789, como também no sacrifício humano. O sacrifício revolucionário, plasmado no dia nove de julho de 1932, no Estado de São Paulo, repercutirá para sempre nos destinos espirituais desta nação. Sempre que aqui venha a surgir um novo regime totalitário, os ideais revolucionários de 32 ecoarão para novas resistências às idéias totalitárias; a cada constituição votada, a revolução de 32 sai vencedora. Assim o é desde a promulgação da CF, votada, em 1988. Vivemos em pleno Estado de Direito e Democrático. Gozamos a paz herdada daqueles combatentes de outrora: as liberdades individuais e coletivas, hoje tuteladas constitucionalmente.

1.5. Moralidade Administrativa

Dentre as liberdades constitucionais vigentes, escolhemos focar os princípios constitucionais fundamentais do Estado de Direito, especialmente aqueles em que o indivíduo pode interagir com o Estado e fiscalizar

diretamente as ações dos políticos e administradores. Os princípios tutelares insculpidos no art. 37⁷, caput, da CF, são dirigidos àqueles que hoje fazem a escolha de tomar parte na história contemporânea, que ora escrevemos, e decidem assumir os destinos do Estado. A escolha traz ínsita a discussão existencialista, mas de forma mais branda que nas décadas passadas. O agente, ao escolher administrar e gerenciar os bens públicos, deverá guardar estrita obediência aos princípios do indigitado artigo: da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, sem prejuízo aos demais princípios constitucionais encontrados na Carta. A angústia da escolha, destinada aos "Sísifos" de hoje, é uma missão mais branda, se comparada aos horrores já enfrentados por nossos combatentes. O legado Constitucionalista de 32 consubstancia-se hoje na Carta de 1988⁸. Abordaremos a liberdade constitucional do cidadão⁹ de hoje, ao fiscalizar e ao questionar os atos da administração, com os instrumentos da Ação Civil Pública, Ação Popular e demais ações previstas na Lei da Improbidade Administrativa e em outros diplomas legais, sob o ângulo da moralidade administrativa.

2. O PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA.

2.1. Honestidade Administrativa

O legislador constituinte de 1988 tornou princípio constitucional a moralidade administrativa. Doutrina e jurisprudência ainda procuram melhor caminho para garantir este novo cânone. HELY LOPES MEIRELLES dá sua definição, que ora reproduzimos:

"O agente administrativo, como ser humano dotado da capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o bem do mal, o honesto do desonesto. E, ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também, entre o honesto e o desonesto."

2.2. Faces Da Imoralidade

⁷ "Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do distrito federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, e, também, ao seguinte:"

⁸ As emendas constitucionais, embora invasoras, não foram suficientes para abalar o bojo das tutelas individuais e coletivas.

⁹ Fique claro que à declaração de princípios gravada no art. 37 e seus incisos corresponde um vasto elenco de direitos subjetivos pessoais, tão fundamentais quanto os arrolados no art. 5º da CF. Exemplificando, são direitos subjetivos pessoais gerados pelo art. 37 o direito que todo cidadão tem a uma administração impessoal, bem como o de conhecer o teor das decisões administrativas, as condições de contratações de agentes públicos, obras e serviços.

RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO¹⁰ acrescenta que dentro da moralidade administrativa podem ser considerados:

"1) o abuso do direito; 2) o desvio de poder e, mesmo 3) a razoabilidade da conduta sindicada. (...)". Antônio José Brandão, que assevera: "Pelo exercício abusivo do direito subjetivo penetra a imoralidade no mundo jurídico, perturbando a ordem jurídica, na sua finalidade última."¹¹

Com relação ao desvio de poder, CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO¹² preleciona que o objetivo da Carta foi:

"inibir que a Administração se conduza perante o administrado de modo caviloso, com astúcia ou malícia preordenadas a submergir-lhe direitos ou embaraçar-lhes o exercício e, reversamente, impor-lhe um comportamento franco, sincero, leal".¹³

NAGIB SLAIB FILHO aduz¹⁴:

"ainda que haja a motivação, pode e deve o juiz apreciar a razoabilidade do ato, pois a lógica do direito é a lógica do razoável".

Anote-se que na CE, art. 111, a própria razoabilidade está elencada como princípio para a Administração Pública estadual. A razoabilidade e a proporcionalidade estão intimamente entrelaçadas com a moralidade.

2.3. Dano Moral

Ao nosso ver, o princípio da moralidade administrativa é hoje um direito com tutela autônoma. Rompeu com o antigo vezo da exigência do binômio ilegalidade/lesão patrimonial, para vingar o instituto da ação popular. Surge um novo binômio: imoralidade/dano moral. A constituição positivou, efetivamente, a moral ética, como princípio fundamental de nosso Estado de Direito. A Carta de 1988 não é amoral. Não cabe mais, enquanto obrigação principiológica, discutir a divisão entre direito e moral. A moral trasladou-se inteiramente para nosso ordenamento jurídico. O princípio da moralidade não só é um princípio informador da CF, como também o constituinte deu-lhe ainda o status de direito individual e coletivo, com a devida garantia do instrumento processual constitucional previsto no art. 5º, LXXIII. O novo instituto autônomo tem o lapidar entendimento de MARINO PAZZAGLINI

¹⁰ Ação popular, p. 91 e ss.

¹¹ Moralidade administrativa, Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, nº 25:459, 1951, apud Rodolfo de Camargo Mancuso, op. cit., p.91, nota 10.

¹² Exemplifica o desvio no campo legislativo, com a expedição de uma lei com burla aos fins constitucionais almejados, e no campo do Poder judiciário, no tribunal, quando o terceiro julgador muda sua opinião para se obter a unanimidade e com isso obstar a interposição de embargos.

¹³ Direito administrativo na Constituição de 1988, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 37

¹⁴ Ação popular mandatória, p. 50 e ss.

FILHO et al.¹⁵: "mais importante que o dano material é o desfalque moral" (g.n.) . JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA tem uma posição conservadora e só entende ser possível prosperar a ação se o ato contiver algum vício de legalidade. Filiamo-nos ao entendimento da autonomia do instituto e de sua legitimidade, para prosperar a devida ação judicial somente com o dano moral, quer para Ação Popular, quer para a Ação Civil Pública. Vamos além, pois entendemos que a moralidade é um cenário de fundo que abarca todos os demais princípios ditados no art. 37 da CF de 1988¹⁶.

2.4. Garantias Constitucionais

Os artigos 5º, LXXIII, 15, V, 37, caput e §§ 4º e 5º e 85, da CF¹⁷ tratam da moralidade administrativa. Com a Ação Popular o cidadão pode impugnar a imoralidade em todo o seu espectro. Na face da improbidade, tem o cidadão o direito de representar ao MP, para que se instaure o Inquérito Civil ou a Ação Civil Pública. O agente ímprobo sofre as sanções previstas na Lei 8.429/92. A improbidade instala-se na condição de ato antijurídico e significa corrupção. Basta o agente atentar contra os princípios da Administração, lesando ou não o erário, para sofrer as punições tipificadas na indigitada lei, como atividades ilícitas.

2.5. Tribunal De Contas

¹⁵ Improbidade administrativa, p.136.

¹⁶ Augustin Gordillo, princípios gerais de direito público, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 183-184: "A decisão "discricionária" do funcionário será ilegítima, apesar de não transgredir nenhuma norma concreta e expressa, se é 'irrazoável', o que pode ocorrer, principalmente, quando: a) não dê os fundamentos de fato ou de direito que a sustentam ou; b) não leve em conta os fatos constantes do expediente ou públicos e notórios; ou se funde em fatos ou provas inexistentes; ou c) não guarde uma proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei deseja alcançar, ou seja, que se trate de uma medida

¹⁷ Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

(...)

V – improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.

Art. 37 (...)

§ 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

§ 5º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:

(...)

V – a probidade na administração;

A moralidade administrativa deve ser velada também no campo da discricionariedade do administrador, sob a forma de razoabilidade. As licitações públicas, além de obedecer a todas as vinculações legais, sofrem diretamente o controle da moralidade. Acrescente-se que a aprovação das despesas pelo Tribunal de Contas não tem o condão de elidir as ações judiciais.

2.6. Orçamento. Lei De Responsabilidade Fiscal

A Lei n.º 101/2000 estabeleceu normas de responsabilidade voltadas para a gestão fiscal. O descumprimento poderá ser considerado crime comum, crime de responsabilidade, ou ainda ser enquadrado na lei da improbidade. A lei n.º 10.028 alterou o código penal e acresceu os crimes de responsabilidade, para abranger a má gestão orçamentária. O cidadão deve acompanhar a execução fiscal, denunciando irregularidades.

3. DA IMPRESCRITIBILIDADE PARA A AÇÃO DE RESSARCIMENTO DE DANOS AO ERÁRIO.

3.1. Imprescritibilidade

Ressalte-se que o § 5º do art. 37 da CF traz mais uma garantia constitucional aos institutos acima expostos: **a imprescritibilidade da ação de ressarcimento** dos danos causados ao erário. Este dispositivo constitucional afirma que deverá a lei estabelecer prazos prescricionais para os ilícitos praticados pelos agentes públicos, na gradação da lei, mas ressalva que a devolução dos valores pertencentes aos cofres públicos estão acima de qualquer prescrição.

3.2. Prescrição

A Lei 8.429/92, no art. 23, ao tratar da prescrição o fez somente para abranger a punibilidade dos agentes. A ressalva da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário estão na CF, art. 37, § 4º. Querer dar uma interpretação abrangendo tanto a punibilidade quanto o ressarcimento é ferir de morte o preceito fundamental. Diga-se o mesmo das prescrições estabelecidas nas leis 8.112/90 e 9.784/99. A obrigação de devolver aos cofres públicos alcança os sucessores, até o limite da herança.

3.3. Sentença. A Decisão Judicial

O magistrado, além da obrigação de dosar a fixação da pena com a gravidade do dano causado, deve fazer constar na parte do dispositivo

condenatório da sentença as sanções previstas no § 4º do art. 37 da CF, que não são automáticas.

4. CONCLUSÃO.

4.1. História

A história não é estática, pois seu dinamismo faz a interação de atos humanos imemoriais aos contemporâneos. O ideal libertário da Revolução Constitucionalista de 32 far-se-á presente sempre que houver tentativa de se instalar um regime totalitário no Brasil. Pode-se comparar a resistência paulista ao GETULISMO com a resistência francesa à invasão alemã. A cada constituição democrática votada, como a nossa Carta, vigente desde 1988, a revolução sai vencedora;

4.2. Existencialismo. Sartre.

"O existencialismo é angústia" "quando o homem faz sua escolha, torna-se um legislador de si mesmo e da humanidade inteira." "Apenas um compromisso com a história pode dar sentido à existência individual."

Quer do ângulo existencialista de SARTRE, quer doutra filosofia, os que escolhem vivenciar a história contemporânea, administrando e gerindo o bem público, devem ater-se à ética e à moralidade;

4.3. Participação Direta Do Cidadão

A moralidade é cenário de todos os demais princípios norteadores da administração pública. Deve-se representar a improbidade ao Ministério Público, para a instauração do competente Inquérito civil e para conseqüente Ação Civil Pública; ou o cidadão pode propor diretamente, perante o judiciário, a Ação Popular, se a moralidade for violada. São as garantias constitucionais postas à disposição do cidadão para fiscalizar a gestão pública, parcela sensível destinada ao indivíduo de participação direta no Estado Democrático e de Direito.

4.4. A Vigilância Permanente

Sempre correremos o risco de ter Estados totalitários. Deve-se empreender a luta pelos ideais de liberdade todos os dias, como nos alerta CAMUS:

"Na verdade, ao ouvir os gritos de alegria que vinham da cidade, Rieux lembrava-se de que essa alegria estava sempre ameaçada. Porque ele sabia o que essa multidão eufórica ignorava e se pode ler nos livros: o

bacilo da peste não morre nem desaparece nunca, pode ficar dezenas de anos adormecido nos móveis e na roupa, espera pacientemente nos quartos, nos porões, nos baús, nos lenços e na papelada. E sabia, também, que viria talvez o dia em que, para desgraça e ensinamento dos homens, a peste acordaria seus ratos e os mandaria morrer numa cidade feliz."

BIBLIOGRAFIA

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- CAMUS, Albert. *A Peste*. São Paulo: Círculo do Livro, 1947.
- FERREIRA, Sérgio de Andréa, et al. *Comentários à Constituição*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991. V.3.
- FILHO, Marino Pazzaglini, et al. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Atlas.1998.
- FILHO, Nagib Slaib. *Ação Popular Mandatória*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Popular*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- SARTRE, Jean-Paul, *O Existencialismo é Um humanismo*. São Paulo: Nova Cultural, 1987.
- _____. *A Idade da Razão*. São Paulo: Abril, 1979.
- _____. *A Engrenagem*. Lisboa: Editorial Presença, 1948.
- _____. *A Náusea*. Mira - Sintra Mem - Martins: Europa América, 1976.
- _____. *Sursis*. São Paulo: Abril, 1974.
- Diplomas Legais Comentados: Leis 3.164/57, 3.502/58, 4.717/65, 7.347/85, 8.429/92; LC 101/2000.

UM NOVO ESTADO? PRIVATIZAÇÃO DO ESTADO VERSUS PUBLICIZAÇÃO DO SETOR PRIVADO (*)

Juliano Henrique Da Cruz Cereijido

1. Introdução. 2. Globalização e crise jurídica: o Estado repensado. 3. Administração Pública Gerencial e eficiência: a Emenda n.º 19/98 e os novos institutos de direito administrativo. 4. Privatização do Estado versus publicização do setor privado. 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Acomodado por um longo período em sua condição de protagonista privilegiado do desenvolvimento econômico e social, o Estado Brasileiro enfrenta hoje uma de suas mais sérias crises fiscais, fenômeno mundial, permeadas por uma explosão de demandas, reprimidas até o início da década de 80, e potencializadas por uma sociedade pós-industrial cada vez mais multifacetada. Todavia, muito além da crise fiscal que ronda ameaçadora à cata de suas próximas vítimas, percebe-se uma crescente dificuldade do Direito posto, que soçobra ao largo dos novos tempos, assistindo impávido ao desmantelamento de alguns de seus mais tradicionais institutos.

A análise de tal conjunção de fatores e seus desdobramentos em relação ao Estado, vistos sob a sua ótica jurídico-institucional, especialmente no que tange ao suposto rompimento da dicotomia estabelecida em relação ao setor privado, constitui exatamente o objetivo do nosso pequeno trabalho.

2. GLOBALIZAÇÃO E CRISE JURÍDICA: O ESTADO REPENSADO

Em fenômeno similar àquele por que passou a economia mundial no início do século passado, quando o colapso do capitalismo levou à mais completa reavaliação das premissas e postulados científicos que trouxeram legitimidade epistemológica à disciplina econômica, o Direito enfrenta hoje uma de suas mais sérias crises estruturais, impulsionadas, sem sombra de dúvida, pela crescente complexidade das relações entre os indivíduos e o Estado e, especialmente, entre ambos face ao crescente poder de um mercado globalizado, ditado pelos interesses do capital sem pátria. A respeito, assinala JOSÉ EDUARDO FARIA:

(...) Até recentemente, o cenário social, político, econômico e cultural era identificado com os Estados-nação e com seu poder para realizar objetivos

e implementar políticas públicas por meio de decisões e ações livres, autônomas e soberanas, sendo o contexto internacional um desdobramento natural dessas realidades primárias. Agora, o que se tem é um cenário interdependente, com atores, lógicas, racionalidades, dinâmicas e procedimentos que se inter cruzam e ultrapassam a fronteiras tradicionais, não fazem distinções entre países, costumam colocar enormes dilemas para os governos, não hesitam em desafiar a autoridade dos policy makers quando lhes convém e, em muitos casos, chegam ao ponto de ignorar as próprias identidades nacionais. (...) ¹

A globalização, como vimos, abriu margem a uma série de transformações profundas na forma de entendimento dos processos decisórios, das instituições, do próprio Estado, e mesmo de seus princípios preponderantes, suprimindo ao Direito a condição de ciência predominante, *status* que ocupou no século XIX e na maior parte do século XX. Infelizmente, a realidade parece testemunhar a incapacidade do Direito, pautado muitas vezes em um ensino estático e reprodutor de dogmas, em se adaptar às novas realidades e à velocidade com que estas se processam. ²

De fato, o problema da globalização, ou transnacionalização dos mercados, traz, entre outras conseqüências, o que JOSÉ EDUARDO FARIA ³ qualifica como a exaustão paradigmática do direito, caracterizada pela "impressionante rapidez com que muitos dos conceitos e garantias fundamentais até agora prevalentes na teoria jurídica vão sendo esvaziados e problematizados pelo fenômeno da globalização", de forma que "seus códigos interpretativos, seus modelos analíticos e seus esquemas cognitivos revelam-se cada vez mais carentes de operacionalidade e funcionalidade".

Paralelamente, fatores como a universalização dos direitos humanos, que acabam por colocar em xeque a soberania e a auto-determinação dos povos, ainda que sob poderosos argumentos, aliada à criação dos mercados

¹ O direito na economia globalizada, p.14.

² É curioso notar que já em 1955, durante aula inaugural daquele ano letivo, na faculdade de direito do Largo de São Francisco, San Tiago Dantas (a educação jurídica e a crise brasileira, In: Encontros da UNB, Ensino jurídico, Brasília: UNB, 1979, p.53), assumindo de forma patente a bandeira pela reformulação do ensino jurídico, já antevia e apontava as falhas essenciais em sua condução, com o conseqüente esvaziamento dos seus postulados básicos, face à procura da eficiência econômica: "Ora, quem examina a cultura moderna, nos últimos decênios, não só entre nós, mas também entre outros povos, não pode deixar de reconhecer que **o Direito, como técnica de controle da sociedade, vem perdendo terreno e prestígio para outras técnicas, menos dominadas pelo princípio ético, e dotadas de grau mais elevado de eficiência.** A ciência da administração, a ciência econômica, as ciências que procuram sistematizar as diferentes formas de controle social, fazem progressos que algumas vezes colocam os seus métodos e normas em conflito com as normas jurídicas. **E o Direito assume, nesse conflito entre um critério ético e um critério programático, o papel de força reacionária, de elemento resistente, que os órgãos do governo estimariam contornar para poderem promover por meios mais imediatos e diretos o que lhes parece ser o bem comum.**" (grifos nossos).

³ Op. cit., p.39, nota 1.

comuns regionais e à infiltração do direito paralelo da *lex mercatoria*, convergiam em um processo de crescente desnacionalização do direito.

Agravando o fenômeno, constata-se uma permanente tensão entre os modelos econômicos, consubstanciados na lógica da governabilidade e eficiência, que tem como objetivo último impedir a ruptura da "matriz organizacional" da sociedade e do Estado, e as premissas jurídico-institucionais, fundadas na certeza jurídica e na legitimidade constitucional e infraconstitucional.

Não bastasse, soma-se a isso tudo uma crescente preocupação dos juristas acerca das recentes transformações do Estado e de seus órgãos, especialmente no que tange à adaptação da Constituição de 1988 às necessidades da economia e de uma suposta administração pública modernizada, eficiente e com parâmetros fundados na iniciativa privada, notadamente com o advento da Emenda Constitucional n.º 19/98.

O certo é que, da mesma forma como o liberalismo, anteriormente considerado insuficiente para assegurar a dignidade do homem, foi sepultado pela ascensão do dirigismo estatal e pela conquista dos direitos sociais, vemos hoje fenômeno inverso, em que o Estado se retrai, dando espaço à iniciativa privada, para a execução de serviços tradicionalmente tidos como públicos, via de regra através das concessões de serviços públicos e da chamada "flexibilização" do aparato estatal.⁴ Essa crise, aberta no flanco do Welfare State, estaria, nas bem colocadas palavras de DANIEL SARMENTO, diretamente ligada aos conflitos que se sucederam na década de 70, por conta do setor petrolífero, e que acabaram por questionar a efetividade da teoria do dirigismo estatal:

(...) O Estado, que havia se expandido de modo desordenado, tornando-se obeso e burocrático, tinha dificuldades em assegurar, no mundo dos fatos, as promessas generosas contidas em sua Constituição. A explosão das demandas reprimidas tornara extremamente difícil a obtenção dos recursos financeiros necessários ao seu atendimento. Por outro lado, o envelhecimento populacional gerava uma perigosa crise no financiamento da saúde e da previdência social – pilares fundamentais sobre os quais se esteara o Estado Social.⁵

Conseqüentemente, foi a partir da segunda metade do século XX que se começa a pensar naquilo que viria a ser teorizado, enquanto forma de atuação do Poder Público, como Administração Pública Gerencial.

⁴ Enquanto se propagam as idéias do fenômeno, tido como irremediável, perene, irresistível, observa-se nas palavras do eminente professor Caio Tácito (A reforma do Estado e a modernidade administrativa, Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Renovar, n.º 215, Jan./Mar. 1999, p.1.), no que é seguido por outros autores, um certo ar de "dèjà vu": "Na evolução dos tempos, o desenvolvimento social e econômico caminha entre fases, que se sucedem, de maior ou menor amplitude da iniciativa privada em contraste com as alternâncias da estatização".

⁵ Constituição e globalização: a crise dos paradigmas do direito constitucional, p.23.

3. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA GERENCIAL E EFICIÊNCIA: A EMENDA N.º 19/98 E OS NOVOS INSTITUTOS DE DIREITO ADMINISTRATIVO

Partindo do pressuposto da exaustão do modelo de Estado interventor e diretamente envolvido no setor produtivo, e da necessidade de sua substituição pelo chamado "Estado mínimo" ou "Estado modesto", pautado na eficiência (hoje erigida a princípio constitucional expresso), promotor de uma maior aproximação com a sociedade e regulador do desenvolvimento econômico, empreendeu o Governo Federal uma ampla reformulação das bases da Administração Pública, visando a preparação do setor público aos novos desafios que se faziam presentes.

Categoricamente intitulada como um retrocesso, a Constituição de 1988 era vista através do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado⁶ como a responsável por suposto engessamento, perda da autonomia e encarecimento da máquina estatal, o que fez com que fosse preparado o terreno à inserção, ao menos no plano teórico, da administração gerencial⁷ e de outros novos institutos, com a ambição de tornar o Estado Brasileiro preparado a fornecer as respostas rápidas e a instrumentalidade exigidas por um cidadão cada vez mais exigente e cioso de seus direitos.

Com a efetiva implementação da Administração Gerencial, por sua vez, sustenta o Governo, na linha política que adotou, que "a administração pública gerencial vê o cidadão como contribuinte de impostos e como cliente dos seus serviços"^{8 9}. Por outro lado, a Administração Pública inspirar-se-ia, em sua atuação, em métodos próprios de administração de empresas, que tem como pressuposto determinante de sua atuação o lucro, fator que não

⁶ p.27 e ss.

⁷ Para explicar o que vem a ser a administração gerencial, extraímos ensinamento de Alice Gonzalez Borges (A implantação da administração pública gerencial na emenda constitucional n.º 19/98, Boletim de direito administrativo, São Paulo: Nova dimensão jurídica, n.º 2, Fevereiro/99, p.87), que entendemos trazer em seu bojo alguns dos seus pontos característicos: "Refere-se como Administração Gerencial um modelo de administração pública que reflita as grandes e marcantes transformações econômicas, políticas e sociais do Estado contemporâneo, no sentido da globalização da economia, da crescente diminuição do intervencionismo estatal que marcou este século e do amplo desenvolvimento de parcerias com o setor privado, bem como de uma democracia participativa".

⁸ Plano diretor da reforma do aparelho do Estado, p.23.

⁹ O posicionamento adotado certamente não é neutro a apreensões. Se o cidadão é tido, nessa ótica, como aquele que paga os impostos, numa relação jurídica que se quer aproximar de uma mera relação comercial, em que se paga para obter determinado bem ou serviço, o que dizer daquela infidável parcela da população excluída que não recolhe impostos (e por vezes sequer consome)? Deixam simplesmente de serem cidadãos, ou reconhecidos como tal (se é que um dia foram), pelo simples fato, nessa nova política brasileira de prestação de serviços públicos, de não estarem inseridos no perfil de potenciais clientes da Administração Pública?

constitui, exatamente, há de se convir, objetivo precípua a ser perseguido pelo Estado.

Outro ponto a ser destacado em relação à administração gerencial, diz respeito ao alcance do chamado controle de resultados, ou *a posteriori*, com deslocamento da "ênfase dos procedimentos (meios) para os resultados (fins)". A Administração Pública Gerencial, por conseguinte, é qualificada como a administração finalística, de resultados¹⁰, objetivando o aumento qualitativo dos serviços prestados à população, tendo entre os seus pressupostos a definição do núcleo estratégico do Estado, através do conseqüente equacionamento das finanças e delimitação do âmbito das políticas de natureza pública.

Não obstante a atração que o primeiro contato com o tema possa acarretar, este não foi isento das críticas da doutrina, para o qual a menção a figuras como da transparência, da privatização, da parceria entre poder público e iniciativa privada, da terceirização, da codificação e da flexibilização, nada mais fez senão trazer à baila velhos institutos que renascem ou aparecem com nova roupagem. Para MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, partidária de tal entendimento, o que muda na realidade é, principalmente, a ideologia, "a forma de conceber o Estado e a Administração Pública":

Não se quer mais o Estado prestador de serviços; quer-se o Estado que estimula, que ajuda, que subsidia a iniciativa privada; quer-se a democratização da Administração Pública pela participação dos cidadãos nos órgãos de deliberação e de consulta e pela colaboração entre público e privado na realização das atividades administrativas do Estado; quer-se a diminuição do tamanho do Estado para que a atuação do particular ganhe espaço; quer-se a flexibilização dos rígidos modos de atuação da Administração Pública, para permitir maior eficiência; quer-se a parceria entre o público e o privado para substituir-se a Administração Pública dos atos unilaterais, a Administração Pública autoritária, verticalizada, hierarquizada.¹¹

Entre as inovações trazidas ao mundo jurídico pela Reforma Administrativa, capitaneada pela E.C. nº 19/98, podemos citar ainda a abertura à introdução dos (ao menos nominalmente) novos institutos do contrato de gestão, das organizações sociais e das agências executivas e reguladoras.

¹⁰ Não comungamos da euforia manifestada com a introdução do controle *a posteriori*, pois viola os princípios da moralidade e da finalidade não só o atendimento de interesses próprios como fim último de uma ação que se supunha de interesse público, mas também a utilização de mecanismos inidôneos como justificativa para alcançar os melhores resultados, ou seja, uma nova roupagem para a velha máxima de que "os fins justificam a utilização de quaisquer meios".

¹¹ Parcerias na administração pública, p.14.

Em relação ao contrato de gestão¹², previsto no novo parágrafo 8º do artigo 37 da Constituição Federal, percebe-se que foi uma tentativa de viabilização da ampliação da autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta, tendo como preceito de natureza finalística a busca da eficiência, transformada em norma principiológica expressa da Administração Pública. O contrato de gestão, nessa hipótese, assume a dimensão de compromisso entre o Poder Público e o administrador, no tocante à fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, *pari passu* a uma maior autonomia gerencial, orçamentária e financeira.

Não imune a críticas, especialmente no que tange à sua própria nomenclatura, não condizente com a noção de "contrato", como conhecida no direito romano-germânico, e à sua inspiração no direito francês, sem que fosse feita uma adaptação mínima que permitisse a sua utilização em um direito rígido e legislado como o nosso, o contrato de gestão parece ter ainda longo caminho pela frente, no que diz respeito à sua disciplina legal, doutrinária e jurisprudencial.

As organizações sociais, por sua vez, objeto da Lei federal n.º 9.637/98, seriam as entidades de direito privado, sem fins lucrativos e com finalidades públicas, dedicadas ao ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, preservação do meio ambiente, cultura e saúde. Com direito a dotação orçamentária, eram vislumbradas como um meio mais eficiente de prestação dos serviços em relação aos quais o Estado não atuaria de forma exclusiva.¹³

Já as agências executivas, parte integrante das chamadas agências autônomas, inserem-se na tentativa de conferir a alguns órgãos públicos alto padrão na implementação de políticas públicas. Outra das chamadas agências autônomas, a agência reguladora, substancialmente mais

¹² Diogo de Figueiredo Moreira Neto (Coordenação gerencial na administração pública, Revista de direito administrativo, p.47), conceitua o contrato de gestão da seguinte forma: "É um ato administrativo complexo, em que uma entidade pública acorda com quaisquer outras pessoas, jurídicas ou físicas, públicas ou privadas, o desempenho coordenado, por cooperação ou por colaboração, de atividades convergentes para a satisfação de um interesse público que seja, pelo menos, de competência e de responsabilidade administrativa da primeira e permaneça sob sua supervisão".

¹³ Tais organizações são por vezes incluídas e utilizadas como exemplo do terceiro setor, que faria contraposição ao Estado e ao mercado, respectivamente o primeiro e o segundo setor. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (op. cit., p.199-200, nota 11), refutando tal designação, inclui as organizações sociais entre as chamadas entidades paraestatais e afirma: "Em todas essas entidades estão presentes os mesmos traços: são entidades privadas, instituídas por particulares; desempenham serviços não exclusivos do Estado, porém em colaboração com ele; recebem algum tipo de incentivo do poder público; por essa razão, sujeitam-se ao controle pela Administração Pública e pelo Tribunal de Contas. Seu regime jurídico é predominantemente de direito privado, porém parcialmente derogado por normas de direito público".

consistente que a agência executiva, surgiu tendo por base a idéia da necessidade da intervenção em determinados setores da economia, via de regra recentemente desestatizados ou em vias de sofrer esse processo.

4. PRIVATIZAÇÃO DO ESTADO VERSUS PUBLICIZAÇÃO DO SETOR PRIVADO

Um bom parâmetro das mudanças por que passa o País está expressamente evidenciado no já citado Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, que estabeleceu as diretrizes de atuação político-institucional do governo Fernando Henrique Cardoso, boa parte delas já implementadas através das Emendas Constitucionais, particularmente a Emenda n.º 19/98, que tratou especificamente da Reforma Administrativa.

Este documento analisa os novos rumos da atuação do Estado a partir de sua divisão em quatro setores: núcleo estratégico; atividades exclusivas; serviços não-exclusivos e setor de produção de bens e serviços para o mercado. Se o núcleo estratégico é qualificado como aquele responsável pelas decisões fundamentais e pela condução política da implantação da administração gerencial, vinculada à eficiência, seriam os demais setores aqueles que sofreriam as maiores transformações, com vistas ao rompimento da dicotomia público-privado, como veremos.

No setor de atividades exclusivas, que seria aquele responsável pelo fomento, regulamentação e fiscalização, com poderes próprios de Estado, busca-se a transformação de autarquias e fundações em agências autônomas administradas segundo um contrato de gestão, que privilegia o controle *a posteriori* dos resultados e o fortalecimento dos mecanismos de participação popular.¹⁴

No setor de serviços não-exclusivos, em que o Estado atuaria simultaneamente com outras organizações públicas e privadas, como universidades, hospitais, centros de pesquisa, etc., fala-se na sua transferência ao denominado "setor público não-estatal", através de um programa de publicização, em que as atuais fundações públicas seriam transformadas em organizações sociais¹⁵ (?). De fato, parece-nos indecifrável a afirmativa, posto que, em relação às fundações públicas, por exemplo, publiciza o que já possui tal natureza. Não bastasse, de outro turno, tais fundações seriam transformadas em entidades de direito privado, sem fins lucrativos, de forma a permitir um maior controle pela sociedade. Ora, nesse

¹⁴ Plano diretor da reforma do aparelho do Estado, p.57-58.

¹⁵ Plano diretor da reforma do aparelho do Estado, p.52-53 e 58.

passo caberia falar em privatização, não em publicização¹⁶. A respeito dessa suposta publicização, JUAREZ FREITAS¹⁷ traça a seguinte assertiva:

Destarte, não se há de admitir que a "publicização", ao contrário de induzir uma louvável complementariedade, venha a se converter numa "privatização assistida", subsidiada ou auxiliada pelo Poder Público, com cedência de pessoal, permissão de uso de bens públicos e valores, a par da remessa dos servidores para quadros em extinção, sem maior justificativa à luz do interesse público. Por tudo, se se configurar o desvirtuamento, o modelo federal poderá ter produzido um modo extremamente afrontoso de contornar exigências oriundas dos próprios princípios norteadores dos contratos de gestão, bem como terá ofendido princípios nucleares de preservação do patrimônio público.

Por fim, no setor de produção de bens e serviços para o mercado, cuja atuação estatal somente se justificaria numa situação em que o setor privado ainda não estivesse suficientemente estruturado e apto a realizar o investimento necessário, ou na hipótese de monopólio natural, seria dada continuidade ao processo de privatização. Neste setor, a propriedade privada seria a regra, implantada a administração gerencial e o contrato de gestão nas atividades que viessem a permanecer sob o controle do Estado. Mesmo em relação às atividades sob monopólio do Estado dar-se-ia prioridade à regulação, outorgando-se a exploração à iniciativa privada.¹⁸

De modo geral, podem ser ainda citados como exemplos do alardeado rompimento da dicotomia existente entre o Estado e a iniciativa privada, ou mesmo com a sociedade¹⁹, não obstante as dúvidas acerca do real alcance do chamado "terceiro setor": a) a ampliação dos mecanismos de participação da sociedade civil na Administração Pública, que deve estar voltada para a cidadania e não para si mesma; b) a adoção de programas de simplificação dos procedimentos administrativos e da legislação regulamentar dos entes estatais, que sugerem uma reação a uma suposta burocracia excessivamente centrada no formalismo e no controle dos meios; c) flexibilização dos métodos

¹⁶ Mesmo em relação à suposta privatização inserida na criação das organizações sociais, existem autores que negam tal qualidade, como Paulo Modesto (Reforma administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil, p.202), que justifica afirmando que esta pressupõe "transferência de domínio, isto é, o trespasse de um ente do domínio estatal para o domínio particular empresarial, uma transação de natureza econômica e uma retração do Poder Público em termos de inversão de recursos e em termos quantitativos de pessoal".

¹⁷ Regime peculiar das organizações sociais e o indispensável aperfeiçoamento do modelo federal, Revista de direito administrativo, Rio de Janeiro, n.º 214:99-106, out./dez. 1998.

¹⁸ Plano diretor da reforma do aparelho do Estado, p.53 e 59.

¹⁹ Diogo de Figueiredo Moreira Neto (Organizações sociais de colaboração, p.183 e 187), um dos mais ardorosos defensores da Reforma, observando que "o conceito de que o público é o campo de ação do Estado não mais seu monopólio" predomina atualmente no direito político contemporâneo, dá como exemplo dessa tendência a perda da homogeneidade que mantinha em compartimentos estanques o público e o privado, de forma a coexistirem tanto "interesses privados submetidos à tutela e representação públicas, como interesses públicos eventualmente submetidos a tutela e representação privadas".

de recrutamento e exoneração de pessoal, aliada a uma crescente terceirização das atividades-meio; d) valorização das atividades-fim e criação das carreiras exclusivas de Estado, elevando os seus padrões remuneratórios, de forma a adequá-los àqueles praticados pelo mercado, que seriam especialmente superiores em relação àquelas funções executivas que demandam alta capacitação e familiaridade a técnicas de gerenciamento; e) implantação de novas técnicas de colaboração e coordenação entre os entes federativos e seus respectivos órgãos, ou mesmo com a iniciativa privada, estimulando as parcerias; f) captação, pelo Estado, junto à iniciativa privada, dos investimentos necessários para a ampliação ou conservação de políticas públicas de infra-estrutura, especialmente no setor de transportes, onde proliferam-se os contratos de concessão para a exploração da malha viária e ampliação dos serviços oferecidos; g) assimilação, pela Administração Pública, dos métodos próprios de administração de empresas, de que é exemplo a ampliação dos controles de produtividade, economicidade e mesmo competitividade.

5. CONCLUSÃO

Chegando ao momento crucial do nosso trabalho, cabe tentar responder à pergunta que perdura desde a eleição do seu tema, ou seja, é possível falar em um novo Estado ? Parece-nos, não obstante a linha argumentativa adotada possa levar a uma conclusão distinta, que a resposta somente poderia ser negativa, não obstante as vozes clamorosas dos arautos do neoliberalismo, que chegam a pregar o fim da história e o triunfo irreversível do grande capital na condução dos processos decisórios. Aparentemente, tratar-se-ia de um Estado remodelado, repensado, tentando adaptar-se a uma pretensa nova ordem mundial, em meio à ameaça sistêmica de uma crise fiscal e de governabilidade, que espraia seus efeitos mais evidentes sobre a Administração Pública e sobre o Direito, e não um "novo" Estado.

Como já exaustivamente mencionado pelos mais diferentes autores, a própria existência do Estado, tal como conhecido, desde os seus primórdios, está relacionada a períodos cíclicos de maior ou menor estatização, domínio econômico e intervenção na esfera privada. Embora alguns afirmem que o momento histórico favorece a inversão do fluxo, diante da nova filosofia que prescreve um maior controle da sociedade sobre a Administração Pública, cumpre encarar o fenômeno como um processo legitimador da existência do próprio Estado, não como querem seus detratores, um processo de enfraquecimento ou mudança da sua natureza.

Caberá, portanto, ao Direito, banido do trono que lhe conferiu a pecha de ciência predominante na maior parte do último século, e a maior vítima desse verdadeiro tiroteio entre os princípios constitucionais, que convergem

na superioridade do interesse público e nas ambiguidades de uma política econômica centrada na eficiência econômica, refazer-se do estado de torpor, que o colocou em descompasso com a evolução de uma sociedade civil cada vez mais complexa, exigente e ávida pela celeridade típica da vida moderna.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Presidência da República. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Câmara da Reforma do Estado. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Brasília: Presidência da República e Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1995. 84p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 11.ed. São Paulo: Atlas, 1999. 674p.

_____. *Parcerias na Administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 3.ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 1999. 328p.

FARIA, José Eduardo. *O Direito na Economia Globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Coordenação Gerencial na Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n.º 214: 35-53, Out./Dez. 1998.

_____. Organizações Sociais de Colaboração (Descentralização Social e Administração Pública Não-Estatal). *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n.º 210: 183-194, Out./Dez. 1997.

SARMENTO, Daniel. Constituição e Globalização: A Crise dos Paradigmas do Direito Constitucional. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n.º 215: 19-34, Jan./Mar. 1999.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Agências Reguladoras. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n.º 216: 125-162, Abr./Jun. 1999.

MODESTO, Paulo. Reforma Administrativa e Marco Legal das Organizações Sociais no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n.º 210: 195-212, Out./Dez. 1997.

(*) Monografia vencedora do prêmio "Professor Miguel Seabra Fagundes", em concurso promovido no II Congresso de Direito Público, realizado entre os dias 21 e 23 de maio de 2001, na cidade de São Paulo.