

N.º 1 — SETEMBRO — 76

Revista da Faculdade de
Direito de Sete Lagoas
M G

(40%) D

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DE SETE LAGOAS

Editada sob a responsabilidade da Direção da Faculdade de Direito de
Sete Lagoas — Praça Melo Viana
Sete Lagoas — Minas Gerais

Os colaboradores da Revista gozam de inteira liberdade de opinião, respondendo pelos conceitos emitidos em trabalhos assinados.

REVISTA
DA
FACULDADE DE DIREITO
DE
SETE LAGOAS - MINAS

SETE LAGOAS

1976

Este é o primeiro número da **Revista desta Faculdade**. Sabemos, por experiência em outras Escolas, como é importante uma revista para professores e alunos. Estimula a intensificação **de estudos destes e daqueles, diante da oportunidade que se lhes oferece** para publicação dos trabalhos e pesquisas.

A revista ajuda também a divulgar a **Faculdade**, cuja positiva projeção vem sendo feita, **sim, pela dedicação dos seus professores**, mas, também, e sobretudo, pela aplicação de seus alunos. **Estes alunos que aqui se diplomam e que em seguida são aprovados em concursos públicos — como muitos o conseguiram recentemente e com brilho nos concursos para Inspetor de Trabalho e Delegado de Polícia — vão edificando, com outras vitórias de outros ex-alunos em outros setores, o bom conceito e a bonita história da Faculdade de Direito de Sete Lagoas.** Também por isto e **para isto é que estamos procurando realizar o mais breve possível a Associação dos Ex-alunos desta Faculdade.**

Registramos os nossos **agradecimentos** aos professores que colaboraram nesta edição da Revista e ao dinâmico **Sérgio Emílio**, digno Prefeito desta nossa querida terra que é Sete Lagoas.

Marcelo Vianna

Diretor da Faculdade de Direito de
Sete Lagoas

J. K.

Lembrança de Juscelino.

Lembrança de amor

Página de luto — ao gosto de Noel
Rosa — sem a cor do luto, que este
é saudade e saudade não tem cor.

S U M A R I O

I	— Servidor Público — Amanda Brant Costa	11
II	— Do Conceito do Direito — Antônio Augusto Catão Alves	13
III	— Da Legitimidade da Constituição — Ten. Cel. Chrusógono Cavalcante Silva	32
IV	— Parecer sobre um caso de doação — José Eustáquio Lara Duca	43
V	— Faculdades de Direito do Interior — M. Vinicius G. Ramos	46
VI	— O Reconhecimento no Direito Internacional Público — Ronaldo Vaz de Melo Ferreira	47
VII	— Parecer sobre Questões de Direito Municipal — Venero Caetano da Fonseca	55
VIII	— O Tributo em Geral — Vital Teixeira Santiago	62
IX	— Crimes do Automóvel — William Romualdo da Silva	76

SERVIDOR PÚBLICO

Amanda Brant Costa

(Advogada, Professora e Chefe da
Comissão Permanente de Inquérito do
INPS em Minas Gerais)

Sujeito a um conjunto de normas jurídicas e de regulamentos que delimitam seus diversos, obrigações e direitos, difere a figura do servidor público, do cidadão comum.

Falam, o Estatuto dos Funcionários Públicos — Lei 1.711/52, e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 5.452/43, diplomas legais vigentes à espécie, das responsabilidades a envolver o servidor público, quando no exercício irregular do cargo ou função.

Ditas responsabilidades não estão afetas apenas às normas administrativas, mas podem estender-se às áreas do direito civil e criminal.

Se a falta assume caráter de maior gravidade, significando, inclusive, crime previsto no Código Penal, poderá o funcionário ser responsabilizado (além de disciplinar ou administrativamente) civil e penalmente, conforme disposições do Estatuto, Lei 1.711/52., arts. 196 a 200.

Entretanto, nem sempre é enfatizado como devido, um aspecto de responsabilidade, que merece destaque, em se considerando que pode acarretar, para a Administração, se inobservada, danosas consequências.

Embasado no entendimento de que o servidor nunca está desvinculado de sua qualidade, com vista na importância de sua relação de emprego com o Estado, é de se conceituar sua responsabilidade não só com referência ao que está taxativamente previsto nas leis e regulamentos, deveres gerais que a investidura da função pública lhe impõe, mas ainda quando, por dever próprio de sua condição, mas fora do âmbito do serviço, torna-se responsável diretamente por atos que atingem os interesses da Administração. É o sagrado dever de fidelidade ou lealdade dos agentes, aos fins prosseguidos pela Administração.

Fidelidade, como a define Zanobini, é a vontade sincera e profunda de agir constantemente no interesse da Administração e de lhe evitar, tanto quanto dependa do sujeito, todo dano, perigo ou diminuição de decoro ou prestígio.

É a obrigação, segundo Ruiz Y Gómez, que contrai o servidor de atuar sempre satisfazendo única e exclusivamente os interesses do Estado e do serviço público que se lhe recomendou.

É a consagração consciente e completa do funcionário à Administração a que serve, onde quer que esteja.

Tão importante é este dever, que deveria se sobrepor como postulado básico, na relação dos funcionários com o Estado.

Evidentemente, no grupo social, não só o cidadão comum, como o servidor público, está subordinado a normas e preceitos de moral e dos bons costumes.

Entretanto, como peça de máquina estatal, como suporte do órgão, ao servidor, além da comum, é atribuída a especial responsabilidade de vigilância quanto ao lastro de respeitabilidade indispensável à boa imagem da Administração Pública.

Daí, infere-se que o cumprimento das responsabilidades no serviço, por si só não basta, pois não exaure o conteúdo dos deveres que se estendem, e de forma tão dilatada, no obstar, em qualquer campo e de qualquer forma, atividades que venham importar descrédito para o órgão público.

É quando o servidor, como cidadão livre, além de atender suas atribuições no Setor de trabalho, coloca-se como agente vigilante a serviço da causa pública, ampliando seu compromisso de fidelidade para com o Estado, obstando a violação de seus interesses, de seus objetivos fins.

É o dever de sentido mais alto, pois lealdade, fidelidade, é compromisso de patriotismo.

DO CONCEITO DO DIREITO

Antônio Augusto Catão Alves

(Advogado, Professor e Procurador da
República em Minas Gerais)

CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

I — DA NATUREZA DO DIREITO

- A) A ATIVIDADE HUMANA normas técnicas
 normas éticas
1. Normas éticas religiosas, do costume, morais, jurídicas
- a) Religião e Direito: características e diferenças
- b) Usos, costumes, convenções sociais e direito: características e diferenças
- c) Moral e direito: características e diferenças

II — DA ORIGEM E DA FINALIDADE DO DIREITO

A) DA ORIGEM

1. O direito, a sociedade e o Estado
2. O crescimento espontâneo do direito

B) DA FINALIDADE

1. Justiça e equidade
2. Direito e justiça
3. Ordem, paz, segurança e bem comum

III — DA EVOLUÇÃO E DO DESENVOLVIMENTO DO DIREITO

- A) O DIREITO NA GRÉCIA, EM ROMA E A CRISTIANIZAÇÃO DO DIREITO
- B) O DIREITO NA IDADE MÉDIA E NO SÉCULO XVI
- C) O DIREITO NO SÉCULO XIX
- D) O DIREITO A PARTIR DA SEGUNDA METADE DO SÉCULO XIX — PENSAMEN-
TO JUS-POSITIVISTA:

Positivismo de Estado

Positivismo sociológico

Pensamento adverso ao jus-positivismo e novo jus-naturalismo

Pensamento jus-nacionalista

Pensamento jus-comunista

Direções ideológicas recentes

Culturalismo jurídico

IV — DA NOÇÃO DO DIREITO:

Natureza

Origem e fim

Evolução e desenvolvimento

V — OBRAS CONSULTADAS

Considerações preliminares:

Ao tratar do tema a que nos dispusemos abordar, necessárias seriam algumas considerações preliminares, a fim de que se compreendesse como e porque foi de tal maneira esquematizado e desenvolvido o assunto. É que, ao tentarmos formular um conceito de Direito, estaremos fazendo a própria Filosofia do Direito, pois, a Filosofia do Direito nada mais é que a procura da resposta à pergunta: O que é o Direito?

O professor Wilson Melo da Silva em suas aulas de Direito Civil sempre repetia que "O Direito é vida", e o mestre Lydio Machado Bandeira de Mello sempre diz ser "o Direito uma criação da vida". Isto posto, para podermos chegar à conceituação do Direito, em virtude de seu caráter dinâmico, do seu caráter "vir a ser" constante, variando sempre de acordo com as próprias variações do mundo social, pois, sendo criação da vida, da sociedade, desenvolve-se, evolui e transforma-se conforme a sociedade, temos que procurar sua origem, fixar sua natureza e acompanhar sua evolução e desenvolvimento através dos tempos. Além disso, envolve ainda, aspectos objetivos e subjetivos que fazem com que um conceito ou uma definição do que seja o Direito varie, também, conforme o prisma pelo qual se encare o assunto. Portanto, não poderíamos nunca ter um conceito do Direito, sem antes buscar sua origem, fixar sua natureza, encontrar sua finalidade e analisar sua evolução e desenvolvimento uma vez que certos aspectos conservam-se semelhantes de época para época, quais sejam, a personalidade e o arbítrio do homem.

Procurando, pois, desenvolver a matéria, tentaremos, no fim do presente trabalho, fixar um conceito do Direito.

I — DA NATUREZA DO DIREITO**A) A ATIVIDADE HUMANA**

Normas Técnicas

Normas Éticas

Segundo Hermes Lima em sua Introdução à Ciência do Direito, "o homem é, por excelência, ser de natureza social. Vive em companhia de outros homens, formando grupos mais ou menos extensos e homogêneos e não há como observá-lo isolado: a sociedade é a sua categoria, o seu meio, o elemento que lhe fornece mil processos de adaptação cristalizados pela ininterrupta experiência coletiva e nos quais a contribuição de cada indivíduo, sendo essencial, é, entretanto imperceptível". (pág. 10, edição de 1937).

É nessa sociedade que exercemos nossas atividades que são dirigidas por uma infinidade de regras e normas, que variam conforme a finalidade destas atividades. Só desta forma é que a vida em sociedade será possível; são estas normas que permitem a vida em comum e que asseguram a ordem necessária ao convívio social.

Como dissemos, a natureza das normas que regem as nossas atividades depende da finalidade destas, daí, as várias classificações, que se nos aparecem. A mais comum, entretanto, é a que divide as normas em **éticas e técnicas**.

As **normas técnicas** destinam-se a fornecer-nos meios de tornar a vida mais cômoda, mais fácil à fabricação de coisas úteis e materialmente necessárias à vida. Provêm da pesquisa científica, da inteligência, ou espírito inventivo do homem. São as normas da higiene, arquitetura, engenharia, física, química etc.

É o conjunto de preceitos que constituem as artes e as ciências aplicadas.

As **normas éticas** não se destinam, apenas a fornecer-nos os meios práticos para obtermos os fins de nossa atividade. Têm, ainda, o objetivo de permitir ou assegurar a coexistência humana, a vida em sociedade, determinando o que é e o que não é conveniente à sociedade, e a fixar, enfim, os critérios e os limites dentro dos quais devemos agir, para que a vida social torne-se possível.

São, portanto, um produto do convívio social, criação da vida, geralmente obrigatórias porque não podemos escolher, de acordo com a nossa conveniência, um direito, uma moral, ou uma religião. É a própria necessidade da vida em comum que determina o imperativo destas normas. Ou obedecemos a estas normas, ou corremos o risco de não poder viver em comum. Daí, a principal característica das normas éticas: **a sanção.**

Entretanto, não se quer dizer que as normas técnicas, embora em alguns aspectos facultativas, em um certo sentido não sejam, também, obrigatórias, pois, não se construindo uma ponte conforme os preceitos que regem a construção, os resultados serão danosos e o fim não será atingido.

I — NORMAS ÉTICAS

Religiosas, de costume, morais, jurídicas

As **normas religiosas** são as observadas pelos que professam a mesma fé e regulam as relações dos indivíduos entre si e com Deus; são caracterizadas por uma forma especial, porque tiram, sempre, a sua razão de ser de Deus, ou diretamente, ou indiretamente, por meio

de uma autoridade terrena. Elas não têm, ou quase não têm um conteúdo específico, coincidindo a sua esfera de ação, em grande parte, com as das normas morais e jurídicas. São obrigatórias e sua transgressão importa, além do castigo divino, o remorso e a desaprovação dos correligionários.

As **normas de costume** são as que indicam o modo, segundo o qual o homem deve comportar-se em circunstâncias especiais da vida (normas de conveniência, decoro, etiqueta e cerimônia). Sendo estas relações sociais de pouco valor, a transgressão das normas que as regulam não importa nenhuma sentença, nem interior, nem exterior, excetuando a reprovação das pessoas que a elas ligam qualquer valor e o desagrado íntimo de quem, reconhecendo-lhes importância, inadvertidamente as violou.

As **normas morais** fundam-se nos ideais sociais e, encontrando eco na consciência popular, regulam a conduta dos indivíduos, cuja infração dá lugar, de um lado, à reprovação e inestima públicas e do outro, a um remorso íntimo gravíssimo. O juízo da opinião pública não se limita, unicamente, a condenar o ato mau, mas tem como criminoso (crimina) e ataca toda a personalidade daquele que o praticou com intenção de fazer mal. É, pois, na moral que o ordenamento jurídico vai buscar seu fundamento.

Na religião e nas leis de costumes também vai o direito buscar normas, regras; é o caso dos Dez Mandamentos, tipicamente religioso, pois, a violação de um deles constitui pecado; mas, juridicamente temos que o mandamento "não matar", entre outros, nas normas jurídicas, constitui não um pecado, mas um crime e como tal resulta numa pena a quem o comete.

As normas de costume fazem a mudança das normas jurídicas, conforme a época, o desenvolvimento e as necessidades dos povos; formam a dinâmica das normas jurídicas.

Por fim, também das normas técnicas se aproveitam as normas jurídicas na sua elaboração; as regras técnicas, como dissemos anteriormente, são as que assinalam os meios dos quais se devem utilizar os homens para alcançar um fim, fim este permitido pelo direito.

Assim, se se quer vender uma propriedade, reclamar o pagamento de uma dívida ou casar, necessário se torna o cumprimento de uma série de requisitos para se chegar ao fim pretendido; é a escritura pública para a venda da propriedade, a ação judicial para a cobrança da dívida e a cerimônia civil ou religiosa para o casamento. O direito está, portanto, cheio deste formalismo, indispensável para deixar, juridicamente estabelecida, uma declaração de vontade ou para provar a existência de um ato. Esta parte técnica consiste, essencialmente, em um conjunto de procedimentos, de meios mais ou menos artificiais, destinados a levar à prática das demais normas.

As normas jurídicas compõem-se, portanto, de normas morais, religiosas, de costume e técnicas que, ao serem sancionadas pela autoridade competente, convertem-se nas primeiras. Estas impõem deveres, obrigações, permitem ação num certo sentido, ou estabelecem castigos e sanções; mas sempre indicam como deve ser a conduta de cada um para que se cumpram os fins a que se propõe o direito.

Têm, ainda, as normas jurídicas, uma característica que é a **obrigatoriedade**.

As normas éticas, em geral, são imperativas porque impõem deveres. As ju-

rídicas são, além de imperativas, **obrigatórias** porque os homens podem, na maioria dos casos, ser compelidos a cumpri-las, ou receber um castigo por sua violação. Deste modo, a ordem moral, sujeita ao acatamento voluntário pelos seres humanos, converte-se, no direito, em um sistema de cumprimento obrigatório. O livre arbítrio limita-se pela ameaça de uma sanção externa, positiva, distinta das sanções morais e sociais.

a) RELIGIÃO E DIREITO:

Características e diferenças

Segundo Mouchet-Becú em *Introducción al Derecho*, uma religião não é somente um conjunto de crenças; é, também, uma regra de conduta.

O crente sabe que Deus lhe propôs uma determinada forma de vida, sem a qual não alcançará a salvação eterna; como esta regra de conduta é a mais importante de todas (posto que a ela se vincula o destino final de cada um), é lógico que alcance uma primazia sobre as demais.

Enquanto a religião deriva do alto e tende para o sobrenatural, o direito só tem fins terrenos e não transcende ao além.

Há, portanto, uma hierarquia lógica entre os dois sistemas normativos, que obriga o direito a respeitar as crenças religiosas e as regras de conduta impostas pela fé.

Apesar desse entrelaçamento que existe entre a religião e o direito, são profundas as diferenças existentes entre ambos:

1.º) A religião tem origem divina; o direito origem humana.

2.º) A religião dirige-se às consciências e orienta a conduta pela fé e pelo convencimento; o direito atua mais diretamente sobre a vontade e pretende impor-se por sua própria força coativa.

3.º) Ambos supõem e admitem o livre arbítrio dos homens e sua violação encontra sanções na maioria dos casos; porém, enquanto as que provêm da religião são de ordem interna (o remorso) ou espirituais, as do direito são de ordem material e exteriores.

b) USOS, COSTUMES E CONVENÇÕES SOCIAIS E DIREITO:

Características e diferenças

Usos, costumes e convenções sociais em muito se assemelham ao direito, quer por sua origem social, seu caráter obrigatório ou poder coercitivo.

São normas sociais iguais às que constituem o direito, mas, por diversas razões, não chegaram a integrá-lo, pois, o direito só absorve as normas sociais necessárias à manutenção da ordem e da paz que em cada época se mostrem convenientes.

Como acontece com a religião, o direito encontra-se entrelaçado com usos, costumes e convenções sociais, mas possível, também, se torna diferenciá-los:

1.º) Usos, costumes e convenções sociais são unilaterais; o direito é bilateral.

Aqueles obrigam, criam deveres, mas não autorizam ninguém a exigir seu cumprimento, enquanto

este obriga, cria deveres e autoriza alguém a exigir seu cumprimento.

2.º) Usos, costumes e convenções sociais não são susceptíveis de coação, o direito é.

A submissão aos primeiros deve ser espontânea, mas ninguém pode exigir coativamente, seu cumprimento, enquanto o último pode exigir, coativamente, a execução de suas normas.

3.º) A sanção nos usos, costumes e convenções sociais consiste sempre em um castigo pela violação do costume, enquanto a sanção no direito pode consistir nisso ou no cumprimento da norma pela força.

c) MORAL E DIREITO

Características e diferenças

É, sem dúvida, tormentoso tentar separar a moral, do direito; isto porque, as relações sendo íntimas, dificilmente se torna possível delimitar o campo de um e outro ordenamento.

A moral tem como principal característica o bem individual pela prática da virtude; o direito visa o bem comum da sociedade íntegra.

Através dos tempos, inúmeras teorias tentaram distinguir o direito, da moral sem, entretanto, conseguir, precisamente, separá-los, racional ou corretamente.

Não podemos aceitar a separação total entre o direito e a moral, pois, é esta que fornece o fundamento e a finalidade do ordenamento jurídico.

A única diferença propriamente dita, e que poderia caracterizá-los, é que a moral tem em conta, fundamentalmente, o bem individual, ainda que na vida em comum, e o direito tem em conta o bem comum de toda a sociedade. Assim, um ato é moral enquanto contribui para a perfeição de quem o executa; o mesmo ato será jurídico se concorre para o bem de outra pessoa ou da sociedade, ainda que seja alheio a todo o propósito de virtude. Ao pagar uma dívida, quem o faz, cumpre um dever moral e uma obrigação jurídica, pois, contribui para sua própria perfeição e para a utilidade do credor.

A moral e o direito ordenam aos filhos que respeitem os pais; a moral leva em consideração o filho cuja virtude procura; o direito tem em conta a utilidade social derivada desse ordenamento. Torna-se, entretanto, possível a distinção entre o direito e a moral, ainda que, apenas, em linhas gerais:

- 1.º) As normas morais são unilaterais, as jurídicas bilaterais. As normas morais só dão origem a um dever para o indivíduo; as jurídicas, além de dar origem a um dever para o indivíduo, dão o direito ou a faculdade a outra pessoa para exigir o cumprimento desse dever. Isto quer dizer que, enquanto a moral só obriga pela consciência, o direito cria uma relação entre pessoas e grupos de pessoas: um sujeito passivo, que tem o encargo de cumprir o dever e um sujeito ativo, que tem faculdade de exigir, coativamente, seu cumprimento. Daí, a bilateralidade das normas jurídicas.
- 2.º) O cumprimento das normas morais não pode ser exigido coativamente; o das jurídicas, sim.

O cumprimento dos deveres impostos pela moral deve ser espontâneo e provir da livre vontade do indivíduo, enquanto que no direito existe, quase sempre, alguém com a faculdade para exigir, coativamente, o cumprimento da norma ou pedir uma pena pela sua violação. Isto não significa que a moral não tenha sanções; estas, apenas são de outra natureza; não significa, também, que, embora a sanção seja a característica essencial das normas jurídicas, não existam muitas delas desprovidas de qualquer sanção direta no caso de inobservância das mesmas. Entretanto, na maioria dos casos, o direito estabelece uma ameaça, uma imposição e uma pena que obrigam ao seu cumprimento ainda que contra a vontade do indivíduo. E é esta coação externa que permite distinguir o direito, da moral (por suas respectivas consequências).

- 3.º) A moral é autônoma, o direito heterônomo.

Estas expressões não devem ser entendidas no sentido literal, mas no sentido de que, enquanto na moral, o indivíduo aceita livremente sua norma e por sua própria consciência escolhe o caminho certo, determinado por ela, no direito, a vontade do indivíduo acha-se constrangida por uma vontade alheia e superior à sua, que o obriga ao cumprimento de sua norma ou lhe impõe uma sanção. É claro, entretanto, que, na maioria dos casos, a observância do direito ocorre espontaneamente, seja por considerá-lo, também, um dever moral, seja por qualquer outro motivo que leve a agir neste sentido;

isto, todavia, não impede o reconhecimento de que a existência dessa vontade alheia, que se impõe à do obrigado, constitui uma característica singular do ordenamento jurídico. Essa vontade superior não é, como nos casos anteriores, a do sujeito ativo da relação jurídica, mas a vontade da lei, que pode tornar-se efetiva por meio de órgãos criados para isso. Conclui-se, portanto, que, enquanto o cumprimento da moral resulta de um ato espontâneo, o do direito pode ser obrigatório (forma de atuação).

Assim, temos que, enquanto as normas morais são unilaterais, não exigíveis coativamente e autônomas, as jurídicas são bilaterais, coativamente exigíveis e heterônomas.

II — DA ORIGEM E DA FINALIDADE DO DIREITO

A) DA ORIGEM.

I — O DIREITO, A SOCIEDADE E O ESTADO

Primitivamente, existiam grupos isolados de indivíduos; não existiam leis escritas, mas eram usos e costumes que predominavam. O homem era como os animais; reagia, instintivamente, em face do que lhe ocorria. Assim, quando alguém lhe roubava um carneiro, partia para a vingança e matava o ladrão. Isto, então, passava a ser usado. Toda vez que era ofendido, matava o ofensor.

Porém, à medida que os tempos passavam, os grupos desenvolviam-se, deslocavam-se de áreas isoladas para onde

já se encontravam outros grupos e então, com isto, o "olho por olho", "dente por dente" não era mais possível, sob pena de perecimento total.

Para que pudessem, então, viver entre si, os grupos adotaram certas normas a que todos obedeciam, o que permitia a vida em comum. Passou, então, o homem, de irracional a racional; deixou de agir pelo que lhe indicava o instinto e passou a agir de acordo com aquelas normas para ser possível a vida entre os grupos. Porém, mais e mais os grupos se desenvolveram, aquela sociedade cresceu; sentiu-se, então, a necessidade de que alguns, representando todos, cuidassem para que aquelas normas fixadas fossem respeitadas.

Sentiu-se a necessidade de algo mais forte que obrigasse ao cumprimento das normas fixadas. Surgiu, então, o Estado; segundo o professor Lydio Machado Bandeira de Mello, isto se deu quando todos (governados) sentiram a necessidade de que alguns (governantes) fizessem com que as normas fossem cumpridas.

Com os costumes e as normas tornando-se variados e complexos, o direito passou a fixar-se em códigos e leis. Surgem, então, em primeiro lugar, o direito em livros sagrados, misturado com a moral e a religião, só depois se desenvolvendo e cristalizando-se em monumentos próprios com as suas diversas divisões: civil, penal, comercial etc. O mais antigo é o código Hammurabi (2.000 A.C.)

2. O CRESCIMENTO ESPONTÂNEO DO DIREITO

A idéia do objeto das primeiras reações reflexas só se tem pela grande e repetida experiência. Assim, se distrai-

damente colocamos a mão no fogo, retiramo-la, imediatamente, com um movimento espontâneo e somente depois percebemos que este movimento tinha por fim evitar uma queimadura. Tais são as primeiras reações humanas; só depois de muito tempo a experiência e progresso acabariam por revelar a utilidade destes movimentos. Assim, também, ocorre com o direito; as primeiras normas chegaram a estabelecer-se pela secular repetição de reações subconscientes e involuntária. Deste modo, se um homem rouba a outro a sua presa, este mata o ladrão. Nesta vingança obedeceu a impulso repentino e violento sem dar conta do objeto do seu ato. A repetição de tal ato, toda vez que surgirem casos semelhantes, constituirá uma norma segundo a qual cada um tem o direito de defender sua propriedade.

Estabelecida uma família, a reação pode ser coletiva. Sem dúvida, ignoram que a aplicação da norma tem por fim o bem comum. Só a experiência de muitas gerações irá demonstrá-lo. Supor um pacto prévio, que determine o direito, implica em antecipar a noção de contrato e até da existência de uma linguagem bastante perfeita para realizá-lo. Supor a consciência da utilidade geral é, por outro lado, atribuir ao homem pré-histórico uma intelectualidade própria de tempos muito posteriores, com refinamentos e conceitos gerais característicos da civilização. O homem, sem possuir mais que rudimentos onomatopéicos de linguagem e sem chegar a uma concepção clara das causas e efeitos médios de seus atos, devia proceder segundo reações reflexas e seus primeiros impulsos. Estes movimentos vieram esboçar a primeira forma de direito positivo: o direito consuetudinário ou o costume.

"Assim, pois, é lícito dizer com Sternberg que a origem remota do sistema

de normas humanas é o instinto: homens e animais superiores repetem o modo de agir que se revelou experimentalmente útil ou vantajoso e essa repetição converte-o em costume. Este possui raízes biológicas e pode ou mecanizar-se, fixar-se, tornar-se invariável ou servir de ponto de partida a uma germinação de regras de conduta. Mas do que ficou dito resulta que, no início, só há um núcleo de práticas: costume, moral, direito, tudo é a mesma regra a que se junta a valorização religiosa das ações. Não há senão atos permitidos por todas ou proibidos por todas: "no mundo das normas, isto é, no mundo social impera uma lei de diferenciação progressiva semelhante à lei, encontrada na biologia, da diferenciação progressiva dos organismos. Na infância do direito não há ramos, distinções: o direito é um só, confundem-se processo civil e penal, não se distinguem processo e direito material. A própria distinção entre direito e não direito encontramos-na confusa, pois, os traços que separam a via jurídica da justiça feita pelas próprias mãos são pouco definidos". (Sternberg. Op. cit. pág. 39 — citado por Hermes Lima — Introdução à Ciência do Direito, pág. 244).

"Em suma, e segundo as palavras de Vanni, resumindo o assunto tratado por Sumner Maine, "antes do direito, antes do costume legal, existia um costume originário, genérico e indistinto que governava toda a conduta do homem primitivo e selvagem, punha cobro a seus impulsos e dominava as vontades rebeldes; um costume, em que se achavam reunidos e mesclados os germes das diversas espécies de normas que posteriormente haviam de desenvolver-se por um processo de diferenciação". (Hermes Lima — Introdução à Ciência do Direito — pág. 244).

As infrações involuntárias eram desconhecidas; toda infração era subjetiva

e voluntária; não havia medida nem se consideravam as circunstâncias de cada caso; tanto fazia a infração ser cometida por uma criança, um louco ou um animal. O que valia era a má intenção da pessoa ou do objeto. Daí decorre que todo julgamento era feito do ponto de vista penal. O sinônimo de devedor era culpado. Por isto, o direito penal é o embrião do direito. E em virtude de não haver medida das infrações, quase sempre, a vingança era em termos desproporcionais. Como não tinham sentido da responsabilidade individual, a vingança recaía sobre o ofensor ou qualquer pessoa da família.

Com isto, ocorriam lutas e mais lutas, represálias e mais represálias, mortes e mais mortes, famílias e mais famílias exterminadas; isto fazia com que o grupo ficasse enfraquecido, e estando este continuamente sujeito às agressões de outro grupo, foi-se dando uma transformação. Passou então a incumbência de punir o ofensor ao chefe do grupo e não mais ao ofendido e sua família. É a lei de talião em que o arbítrio ilimitado da vingança passou a ser substituído pelo poder moderador que fixava em igualdade de condições a pena e a ofensa. Já começa a seguir, como produto do desenvolvimento, o sentido da equidade. Mas a lei de talião, como a lei de "olho por olho, dente por dente, também não resolveu, pois, o grupo continuava a enfraquecer-se com o constante aumento dos incapazes para a guerra com os grupos vizinhos. Surge, então, a idéia da indenização do mal, através de uma pena em dinheiro; é a chamada "compositio".

Em vez de se punir com a reprodução do mal, punia-se com uma quantia em dinheiro equivalente ao mal produzido. Mas, com o desenvolvimento dos povos, a civilização e a formação de classes distintas de ricos e pobres, tor-

nou-se praticamente impossível a aplicação da "compositio". Quando a pena recaía em ricos não havia problema; porém, quando recaía em pobres e miseráveis, que consistia na maioria dos ofensores, iriam pagar com que? Foi, então, que apareceu a pena corporal ou a prisão. Nesse período, entretanto, ocorreram inúmeras crueldades, pois, a idéia era que, além da intimidação do culpado, também deveria este expiar a culpa. Foi na Idade Média que se generalizou a aplicação da pena corporal com suplícios e mais suplícios, torturas e mais torturas, completamente indescritíveis.

Nessa época, no século XVIII, na Alemanha, Grotius iniciou a campanha contra estes barbarismos, com a obra "De jure belli ac pacis". Daí para a frente chegou-se aos tempos atuais e, também, à conclusão, conforme N. Davi, citado por Monis Sodré em "As três escolas penais", pág. 20: "Não é pelo rigor dos suplícios que se previnem mais seguramente os crimes, porém pela certeza das punições".

B) DA FINALIDADE

1. JUSTIÇA E EQUIDADE

Equidade não se confunde com justiça. É também um sentimento social. Seu conceito variou conforme a época e a situação. Hoje, entretanto, a equidade é um "sentimento ético palpitante na consciência social", como diz Hermes Lima, que consiste em adaptar a norma jurídica a um caso particular, a certas circunstâncias, ao caso concreto. A lei considera, apenas, os aspectos gerais abstratos; isto faz com que ela se torne rígida, dura. É para aliviar a rigidez e a dureza da lei que surge a equidade, adaptando a norma jurídica a casos especiais que ela não poderia pre-

ver. Mas como já dissemos, não se confunde com a justiça. A eqüidade é individualizada; tem um sentido de benignidade, humanidade, clemência, o que não conhecem nem o direito, nem a justiça. Hoje em dia, entretanto, é pequeno o campo de aplicação da eqüidade; é muito útil no início do desenvolvimento jurídico de um povo. Com a evolução e o desenvolvimento, enfim, com a maturidade jurídica, o direito positivo atende a quase todas as situações e necessidades; e a segurança, certeza e mediação na elaboração das normas jurídicas reduz, quase completamente, o papel da eqüidade.

2. DIREITO E JUSTIÇA

Entre muitas coisas, algo que faz com que o direito não se perca em um rígido formalismo, formando uma barreira intransponível às novas necessidades e reivindicações do meio social, é, sem dúvida, o conceito de justiça.

É em face de atos e relações, que nossa consciência moral primeiro reage, aprovando ou não. Assim, se um inocente é condenado, dizemos "é injusto", ou se um culpado é condenado, dizemos "é justo". É o que Hermes Lima chama de "sentimento jurídico", isto é, a consciência de que a vida social, sob pena de tornar-se impossível, não pode desprezar as normas reguladoras de seu convívio e garantidoras de sua estabilidade. Todos possuem tal sentimento, embora a educação, a cultura e a profissão possam torná-lo mais delicado e profundo em certas pessoas. Varia, entretanto, este sentimento, conforme a época e suas necessidades.

Assim, para os hebreus consistia na constante observação dos preceitos divi-

nos; para os gregos já era critério de igualdade e proporção entre o ato e a prestação de alguém e a contra-prestação de outrem, seja no campo jurídico ou moral; para os romanos era o dever de dar a cada um o que é seu, embora se possa dar uma solução conforme o direito, mas contra a justiça; daí termos leis injustas, sentenças injustas etc.

São, pois, elementos da justiça a generalidade, igualdade e proporcionalidade, cujas noções variam conforme a época e as condições sociais e materiais.

Poderíamos, em resumo, tentando conceituar a justiça, embora, como já dissemos, tal conceito varie de época para época e classe para classe, dizer com Ferrara que a justiça consiste na "atribuição igual daquilo que toca a cada um na medida que lhe toca".

O direito, entretanto, não se confunde com a justiça; é o conjunto de preceitos necessários à ordem social. A justiça é esse ambiente de paz e garantia fora do qual a vida social não pode manter-se. A justiça confunde-se com a ordem jurídica. O direito é o preceito, a fórmula; a justiça é o conteúdo do preceito, o bem procurado. O direito é o complexo de regras de conduta necessárias à realização da solidariedade social; a justiça é a própria expressão da solidariedade. O direito é o conjunto de preceitos tendentes à realização da justiça.

Resumindo, podemos dizer que o direito é a regra de organização e conduta adstrita, de maneira fundamental, a organizar e dirigir conforme o modo de produção e as condições de vida; e justiça é sentimento, idéia, exigência moral diretiva e impulso para um ordenamento que atribua igualmente a todos o que a cada um compete.

A vantagem é que ela não deixa que o direito fique entregue ao formalismo e à rigidez.

3. ORDEM, PAZ, SEGURANÇA E BEM COMUM

O direito tem como uma de suas finalidades estabelecer a ordem na vida social. Talvez seja o seu fim principal, mais importante talvez que a própria justiça, porque os homens têm procurado desde a elaboração das normas jurídicas, seja ao lado da justiça, a de organizar a vida em sociedade. Modernamente, é também o que mais se procura. Neste mundo atual em que conflitos e mais conflitos, guerras e mais guerras provocam constantes desentendimentos entre os homens, procuram estes, através de normas e mais normas, regras e mais regras, solucionar as guerras e conflitos a fim de que se torne possível a convivência humana e a ordem reine nas relações coletivas.

A ordem é a realidade do direito; a justiça seu aspecto espiritual. A justiça é seu conteúdo e a ordem a realização da prática do conteúdo. São, por isto mesmo, duas finalidades que se completam, porque sem ordem não há justiça possível e sem justiça a ordem não seria, senão, a força.

A ordem opõe-se a liberdade, não porque sejam incompatíveis, mas porque são conceitos opostos. Quanto mais liberdade, menos ordem, e vice-versa. Entretanto, a ordem tem que limitar a liberdade nas devidas proporções, pois, do contrário chocar-se-á com a justiça. Há, porém, ocasiões em que a própria necessidade de manter-se a ordem faz com que se restrinja ao máximo a liberdade, pois, só assim, conseguirá manter-se. São os chamados casos de exceção em

épocas de graves crises em que surgem os "estados de sítio", que suspendem o exercício dos direitos individuais ou de uma parte deles para proteger, assim, a ordem social. Mas tais hipóteses só são admitidas em circunstâncias especiais, pois, fora disso, não se poderia conceber a ordem, nem existir a justiça. A liberdade, portanto, responde a impulsos naturais do homem, pois, a natureza humana não poderia admitir na sociedade uma ordem injusta, fundada na força.

Por isto, a ordem como fim do direito precisa ser admitida por todos, como elemento necessário à convivência e ao desenvolvimento harmônico das atividades sociais.

Destes dois primeiros e principais objetivos do direito derivam outros dois: a **paz social**, oriunda da justiça, e a **segurança**, resultado da ordem.

Desde a mais remota antiguidade considerou-se a paz como uma das finalidades a que se devia propor o direito, e, mais precisamente, o direito fundado na justiça. "Opus iustitiae pax" (a obra da justiça será a paz) dizia o Antigo Testamento (Isaías, XXXII, 17); e Roma conseguiu com que todo o mundo aceitasse seu domínio porque seu sistema jurídico havia logrado implantar a Pax Romana, que encheu de admiração os povos primitivos.

As antigas leis espanholas assinalavam, também, como uma das consequências do direito e da justiça, a paz ou concórdia entre os povos. A justiça contribui, sem dúvida, para implantar este estado de tranqüilidade social que o direito deve procurar conseguir. Sossego dos indivíduos, grupos, regiões e dos próprios povos, que se obtém, sobretudo, graças ao exercício da justiça distributi-

va, segundo a qual são dados a cada parte da comunidade nacional ou internacional os bens comuns necessários a seu adequado desenvolvimento. As rebeliões dos homens, as lutas civis e as guerras entre as nações provêm, em muitos casos, precisamente, de uma falta de distribuição adequada dos bens comuns ou de uma violação do ordenamento jurídico, o que faz nascer o sentimento da injustiça e com ela o conseqüente protesto.

Modernamente, esquece-se com freqüência, este objetivo do direito, porque a organização dos Estados cria esta situação aparente de paz que abafa as resistências latentes (incubadas) no corpo social. Mas, basta referir-se ao Direito Internacional Público, que persegue, definitivamente, a garantia de paz entre os povos, para devolver a esta finalidade jurídica o lugar proeminente que lhe corresponde.

O último dos valores que o direito realiza consiste na segurança jurídica que dá aos indivíduos, aos grupos sociais e aos próprios Estados a sensação e o convencimento de que seus direitos serão respeitados e de que não se alterarão a permanência e a estabilidade das situações jurídicas.

A segurança constitui, assim, um efeito da ordem social.

A existência de uma organização jurídica dá, aos sujeitos aos quais se aplica, a idéia de que seus direitos, considerados uma vez sob o ponto de vista subjetivo, encontrarão amparo eficaz; de que, ainda quando sejam desconhecidos e vulneráveis, o poder judicial restabelecerá a ordem imperante; e de que, as relações sociais serão sempre regidas por normas jurídicas vigentes. Esta se-

gurança é que permite a previsão do que ocorrerá nas transações e a antecipação do resultado dos atos humanos porque, ao ter a certeza de que a norma será aplicada, a conduta de cada um se adaptará ao que a norma lhe sugere. A segurança jurídica requer, portanto, não só o respeito aos direitos legitimamente adquiridos, mas também, a existência de órgãos destinados a prevenir ou punir sua violação, ou seja, que tenha meios para tornar efetivos esses direitos ainda que coativamente. Além disso, que os magistrados encarregados desta função tenham poderes limitados e devam ajustar-se às leis. E, por último, que os próprios legisladores encontrem-se contrangidos por normas superiores, as da Constituição, que imponham os princípios fundamentais de todo o sistema jurídico. Dela derivam, também, duas instituições universais: a irretroatividade das leis e a coisa julgada. A primeira consiste na garantia de que uma lei não converterá em delituosos atos já executados; e a segunda é a que dá validade definitiva às sentenças judiciais, impedindo que o mesmo caso seja julgado uma segunda vez, de acordo com o adágio latino: "res iudicata pro veritate habetur". Ambas as garantias contribuem para acentuar a sensação de estabilidade de que o direito requer para sua vigência eficaz.

A troca constante e desnecessária das leis constitui um dos maiores obstáculos, sobretudo nos tempos modernos, à segurança jurídica porque impede que as pessoas adotem medidas de previsão e perturba a estabilidade das situações jurídicas. É que o direito tende, naturalmente, a uma certa permanência, pois, a ordem social não se concilia com a existência destas mudanças. Isto não quer dizer que o direito não deva ser mudado quando necessário, mas que as

modificações devem realizar-se procurando não alterar a ordem social e nem ignorar os direitos adquiridos, pois, de outro modo, se corre o perigo de sair da esfera jurídica para entrar na da desordem e da arbitrariedade, razão pela qual se diz que a segurança coincide, também, com a justiça. Esta finalidade do direito foi defendida, sobretudo, pelas doutrinas individualistas, que viam nela uma garantia fundamental dos direitos e liberdades pessoais. Mas não se deve ver nela somente a defesa da pessoa, mas também, uma garantia de todas as situações jurídicas seja qual for seu titular.

Ora, se o direito tem por finalidade justiça, ordem, paz e segurança na sociedade para tornar a vida em comum possível, e que, para isto, sobrepõe o interesse da coletividade ao interesse particular, visa, sem dúvida, também, o bem comum.

III — DA EVOLUÇÃO E DO DESENVOLVIMENTO DO DIREITO

A) O DIREITO NA GRÉCIA, EM ROMA E A CRISTIANIZAÇÃO DO DIREITO

Segundo Piragibe da Fonseca em Breviário de Principiologia Jurídica, pouca ou quase nenhuma contribuição deram os **gregos** à conceituação do direito, porque a "confusa noção de liberdade individual, a rigor ignorada, impede os gregos ultrapassarem a rasteira realidade objetiva, que identifica o direito com a vontade despótica do Estado".

Aristóteles considera a justiça apenas como um grande princípio de natureza religiosa; portanto, sem qualquer relação com direito e não separa o direito, da moral e vice-versa, pois, para ele, am-

bos buscam assegurar a felicidade social do homem.

Os **romanos**, porém, já deram uma extraordinária contribuição e um grande impulso à conceituação do direito, com Ulpiano ao definir: "Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique atribuerendi". Desta definição partem para distinguir o duplo aspecto do direito: o "ius civile" (privativo dos cidadãos) e o "ius gentium" (aplicado aos estrangeiros).

"O **Cristianismo** legitima o direito, legitimando o Estado: Todo poder vem de Deus" (cfr. Romanos, 13,1). Mas limita a autoridade do direito aplicado, em nome do primado do direito natural: "É necessário obedecer a Deus, antes que aos homens" (cfr. Atos, 4, 19). Sobre tudo, não estabelece oposição, antes, determina a colaboração, entre moral e direito: "Dai pois a César o que é de César e a Deus o que é de Deus". (cfr. Mateus, 22, 21). "(Piragibe da Fonseca, Breviário de Principiologia Jurídica — pág. 204).

B) DIREITO NA IDADE MÉDIA E NO SÉCULO XVI

São Tomaz, embora atribua ao direito originário do homem a responsabilidade de realizar o bem comum e defenda um entendimento entre os poderes temporal e espiritual, fala no dualismo lei eterna — lei humana. Ainda na Idade Média aparece, também, a teoria do **pactum subiectiones** pelo qual há uma convenção tácita entre o príncipe e os súditos. Estes se comprometem a obedecer e aquele a zelar pelo bem comum. Contra esta teoria, ainda na Idade Média, começam a surgir as primeiras reações com os pensadores protestantes, ditos "monarcófobos", que pregam a insubor-

dinação e a revolta contra os tronos em nome das leis da consciência que têm a incumbência de modelar as leis do Estado. Contra estes dá-se a reação dos absolutistas, com Maquiavel, Bodin e Bossuet; "regressa-se rapidamente à razão-de-Estado erga omnes. É um passo à retaguarda, mas ninguém dirá que, à concepção de Bossuet, falta o substrato do direito natural". (Piragibe da Fonseca, Breviário de Principiologia Jurídica, pág. 204).

C) DIREITO NOS SÉCULOS XVII E XVIII

Com Grotius surge o pensamento jus-naturalista moderno. Libera o direito criado pelo homem da harmonia com a lei eterna, defendida por São Tomaz, e consagra o direito natural que tomará conta de todo o século XVIII através de Puffendorf, Barbeyrac, Burlamaqui, Vattel, Wolf e outros; surge o individualismo não mais baseado naquele direito natural que se curvava ante o poder político, mas em direitos subjetivos inerentes à própria natureza humana. Com isto, surge logo a seguir uma teoria filosófica dos direitos do homem, bem representada por Locke, Montesquieu e Rousseau, teoria que atinge o seu cume com a "Declaração dos direitos do homem e do cidadão", de 1791 e do "Discurso Preliminar", de Portalis, que acompanha o primeiro projeto de código civil em França.

D) DIREITO NO SÉCULO XIX

Kant, ao distinguir o direito natural, da moral, "conduz o direito aplicado aos pés do absolutismo, porque a lógica, implacável no rigor de seus resultados ergue-se de permeio e opõe um ao outro, em antagonismo irreduzível, o direito na-

tural e o direito aplicado. Fichte vai prosseguir na senda falsa (vd. Kant, *Elements, metaphysiques de la doctrine du droit*). Entretanto, o jus-racionalismo puro, ou idealismo jurídico, também, distingue, inconseqüentemente embora, o direito inato, do direito adquirido, distinção que de qualquer maneira denuncia fidelidade estrita à concepção subjetiva do direito natural". (Piragibe da Fonseca, Breviário de Principiologia Jurídica, pág. 205).

Os juristas do século XIX, quase todos, na conceituação de direito preferem o Estado-de-direito, o que não impede De Maistre, De Bonald e Leão XIII, com a encíclica "*Libertas praestantissimum*", de buscarem, de lutarem pelo renascimento do direito natural que dê margem a uma concepção mais tranqüila do direito aplicado. Entretanto, grande é a reação durante o século XIX contra o direito natural. Surgem Hegel, Savigny e Comte como as principais figuras deste pensamento adverso ao direito natural.

Para Hegel "o Estado é a própria moralidade, é a moralidade objetiva, é a realidade da idéia moral, vale dizer, o Estado é digno de todas as exaltações, mesmo daquelas a Nietzsche, que justificam os imperialismos mais ferozes. (vd. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*)". (Piragibe da Fonseca, Breviário de Principiologia Jurídica, pág. 206).

Para Savigny não há o direito natural; o que existe são as legislações nacionais. O espírito de cada povo (*Volksgeist*), seus costumes e tradições, é que elaboram o direito. Assim, existem tantos sistemas legislativos quantos sejam os povos.

"Para Comte, o direito natural é repudiável porque é metafísico, isto é, por-

que constitui afirmação não verificável pela observação ou experimentalmente. Ao próprio direito aplicado não concede o filósofo atenção maior, porque não lhe parece venha ele a desempenhar grande papel na obra de reorganização da sociedade, em sólidas bases, que a "física social" realizará apenas satisfatoriamente desenvolvida. Pessimismo que já é desprezo. (vd. Cours de Philosophie Positive 1re. leçon). "(Piragibe da Fonseca, Breviário de Principiologia Jurídica, pág. 207).

E) DIREITO A PARTIR DA SEGUNDA METADE DO SÉCULO XIX. PENSAMENTO JUS-POSITIVISTA

Surgem critérios positivistas não ortodoxos que tentam distinguir o direito, da moral.

Surge um **pensamento jus-positivista**, decorrente do pensamento de Comte, sendo porém que, devido à origem deste positivismo, aparece o **positivismo-de-Estado** para o qual a positividade provém da vontade do Estado, isto é, o direito é a lei, expressão da vontade social. Entre seus defensores podemos citar Ihering e Kelsen.

Em contraposição surge o **positivismo sociológico** para o qual a positividade deriva do reconhecimento prático da vontade do Estado pelo corpo social, isto é, da realidade social da vida. Aí encontramos Marx e Radbruch como os extremos deste pensamento.

Em reação contra o jus-positivismo surge o **novo-jus-naturalismo**, não o dos séculos XVII e XVIII, mas o verdadeiro direito natural do qual os expoentes são Stammler, Del Vecchio e Geny. É o jus-naturalismo humanista, desprendido de convicções religiosas.

Surge, então, principalmente com os regimes da Itália e da Alemanha, um **pensamento jus-nacionalista** como o fascismo e o nazismo.

Aparece, também, um **pensamento jus-comunista** baseado em Marx, em que o Estado legisla soberanamente, porque o Estado é lei.

Na Argentina surge o **peronismo** com doutrina justicialista e, finalmente, surge o chamado **Culturalismo do Direito** para o qual o direito é um fenômeno de cultura, isto é, não apenas produto da sociedade, mas também, manifestação da civilização. Entre os que defendem este pensamento podemos citar: Roscoe Pound e Reale.

IV — DA NOÇÃO DO DIREITO

Para conceituarmos o direito, e mesmo para termos uma noção do que ele seja, não poderíamos fazê-lo, sem antes procurar esclarecer, procurar conhecer sua natureza, origem e fins.

Necessário, também, se faz o estudo de sua evolução e desenvolvimento através dos tempos para termos como base de uma conceituação, aquilo que se faz comum a todas as concepções de direito e que nos permite uma conceituação mais completa.

Assim é que, ao estudarmos a natureza do direito, ao procurarmos colocá-lo dentro do ramo da atividade humana, atividade esta, que como vimos, compõe-se de normas técnicas e éticas, chegamos à conclusão de que o direito pertence à parte da atividade humana denominada ética. Com ele, encontram-se, na ética, a religião, a moral e o costume.

Procuramos colocar cada uma destas normas no seu devido lugar; procuramos caracterizá-las e diferenciá-las da do direito. Procurando caracterizá-las, encontramos as primeiras peculiaridades da norma jurídica; vimos tratar-se de uma **norma de conduta**. Depois, procurando diferenciá-la das demais normas de conduta, fomos encontrando suas características especiais, quais sejam: bilateral, heterônoma e coativamente exigível.

Bilateral, no sentido de que, além de dar origem a um dever para o indivíduo, dá o direito ou a faculdade a outra pessoa para exigir seu cumprimento; isto quer dizer que o direito cria uma relação entre pessoas e grupos de pessoas; daí, um sujeito passivo que tem o encargo de cumprir o dever (a pessoa individualmente considerada como membro da sociedade) e um sujeito ativo que tem a faculdade de exigir coativamente o seu cumprimento (o Estado através da autoridade competente).

Heterônoma, não no sentido literal da palavra, mas significando a vontade do indivíduo constrangida por uma vontade alheia e superior à sua, que o obriga ao cumprimento da norma jurídica ou impõe-lhe uma sanção (o Estado através da autoridade competente).

Coativamente exigíveis, no sentido de que, no direito existe, quase sempre, alguém com a faculdade para exigir, coativamente, o cumprimento da norma ou pedir uma pena pela sua violação (sanção).

Estudando a origem e os fins do direito, buscamos outros elementos que nos permitem conceituá-lo. Vimos que o direito é criação da vida; e que para tornar possível a vida em sociedade foi que ele surgiu. A sua origem está ligada à da própria sociedade e do Estado,

pois, à medida que se foi desenvolvendo a sociedade, para tornar possível o cumprimento das normas que com ela surgiram, foi preciso que todos (governados) delegassem poderes a alguns (governantes) para fazerem cumprir estas normas: surgiu então o Estado. Com isto, vemos que o direito não pode ser estático, pois, pela sua própria origem é essencialmente dinâmico; não é produto de laboratório, mas da própria vida. Assim, ele não é o mesmo em todas as épocas; varia de época para época, conforme as necessidades do meio social, ou seja, da coexistência social. Daí, concluímos que o direito provém da necessidade da vida em comum, sendo, como muito bem diz o professor Lydio Machado Bandeira de Mello, "criação da vida".

Na evolução e no desenvolvimento do direito encontramos, também, elementos valiosos para sua conceituação. São, justamente, aqueles elementos que permaneceram firmes com o passar do tempo e com a variação dos pensamentos, elementos estes, como a liberdade humana, a conduta humana, a preocupação pela paz (possibilidade de vida em sociedade), o bem comum (interesse coletivo) e, principalmente, os direitos do homem (livre arbítrio).

São, pois, todos estes fatores reunidos, nunca um deles isoladamente considerado, que nos permitem a conceituação do direito.

Reunindo, pois, todos os elementos, quais sejam, os fornecidos pelo estudo da natureza, origem, evolução e desenvolvimento do direito, podemos conceituá-lo como sendo:

1.º — **Um conjunto de normas de conduta, pois,** como tal, visa regular a conduta do indivíduo como membro da sociedade.

2.º — De caráter obrigatório, porque o indivíduo pode, na maioria dos casos, ser compelido a cumprí-las ou receber um castigo por sua violação.

3.º — Que se originam da convivência social, pois, para tornar possível a vida em sociedade foi que surgiu o direito.

4.º — E variam de época para época, conforme as necessidades desta mesma convivência, porque o direito sendo criação da vida, sendo um produto da convivência social e, por conseqüência, dinâmico, tem que mudar, transformar-se, conforme as necessidades sociais, pois, o mundo desenvolve-se, transforma-se, cria novas técnicas, novas formas de viver, novas teorias que modificam as condições de vida e as relações sociais. Se o direito, como já vimos, é criação da vida, estas condições e relações, ao se modificarem, modificam-no também, adaptando-o a elas, sob pena de ele se tornar arcáico e inoperante.

5.º — E sancionadas pela autoridade competente, porque, como vimos, a sociedade desenvolve-se de tal maneira que, para tornar possível a exigência do cumprimento destas normas de conduta, necessário foi que todos (governados) delegassem, a alguns (governantes), poderes para fazerem cumprir tais normas. Surgiu, então, o Estado, a quem foi dada esta incumbência, sendo que ele a desempenha através da autoridade competente.

6.º — A fim de tornar possível a vida em sociedade (coexistência pacífica), pois, sob pena de perecer, para ser possível a existência de uma vida comunitária, foi necessária a criação do direito.

7.º — E, em conseqüência, assegurar a ordem e garantir a segurança e a paz, tendo em vista o bem comum, isto por-

que a ordem é a realidade do direito, é a realização prática do direito; com ela se visa, também, a justiça, que é o conteúdo do direito. Sem a ordem não seria possível justiça e nem possível disciplinar as relações humanas; e, sem a justiça, a ordem não seria, senão, a força. A ordem é, pois, um elemento necessário à convivência e ao desenvolvimento harmônico das atividades sociais. A paz e a segurança são resultado da ordem; a paz, fundada na justiça, vem trazer o estado de tranquilidade social, de sossego, permitindo o desenvolvimento necessário aos povos; sua importância é maior quando se trata do Direito Internacional Público; a segurança constitui um efeito da ordem social, pois, traz aos indivíduos, sob o ponto de vista subjetivo, a idéia de que seus direitos serão garantidos e de que, ainda quando desconhecidos e vulneráveis, o poder judicial restabelecerá a ordem imperante, e, finalmente, que as relações sociais serão sempre regidas por normas jurídicas vigentes. Esta segurança permite prever a conseqüência nas transações e anteciper o resultado dos atos humanos, fazendo com que, ao ter a certeza de que a norma será aplicada, cada um procure adaptar sua conduta às exigências daquela. Em resumo, a segurança dá-nos a garantia do respeito aos direitos adquiridos.

Como vimos, enquanto a moral atua tendo em vista o indivíduo, o direito o faz visando a coletividade, ou seja, o bem comum.

8.º — E sendo exigíveis coativamente, significando que o direito não só aplica uma sanção ao indivíduo pela violação da sua norma, mas pode, também, obrigá-lo, pela força, (coação) a cumpri-la.

V — OBRAS CONSULTADAS:

1. Bandeira de Mello, Lydio Machado: "Filosofia do Direito". 1957
2. Bunge, Carlos Otávio: "El Derecho". 1934
3. Jacques, Paulino: "Do conceito do Direito". 1964
4. Groppali: "Filosofia do Direito". 1926
5. C. Mouchet e R. Z. Becú: "Introduction al Derecho". 1957
6. Sodré, Monis: "As Três Escolas Penais". 1928
7. Lima, Hermes: "Introdução à Ciência do Direito". 1937
8. Piragibe da Fonseca, Roberto: "Breviário de Princípios de Jurisprudência". 1958
9. Ihering: "Evolução do Direito" (Zweck in Recht).
10. Lima, Queiroz: "Sociologia Jurídica". 1936
11. Morais Filho, Evaristo de: "Introdução ao Direito do Trabalho". 1956.

DA LEGITIMIDADE DA CONSTITUIÇÃO

Tenente-Cel. Chrysógno Cavalcante Silva, ex-professor da Faculdade de Direito de Sete Lagoas, Professor da Faculdade de Direito de Divinópolis e Professor Catedrático da Academia Militar das Agulhas Negras.

SUMÁRIO

1 — Os Atos Institucionais como forma de Poder Constituinte

1.1 — O Poder Constituinte: Considerações históricas e filosóficas.

1.2 — O Poder Constituinte como integração de dois fenômenos — o político e o jurídico.

1.3 — A revolução e o Poder Constituinte.

2 — Reforço do Poder Executivo

3 — Autodefesa da Democracia

4 — Combate à subversão

5 — Conclusão

1 — Os atos institucionais como formas de Poder Constituinte.

1.1 — O Poder Constituinte: considerações históricas e filosóficas.

Quando pensamos sobre a ordem estabelecida em um Estado, nos ocorrem várias indagações. Qual o poder que estabelece a organização fundamental de um determinado Estado? De onde tira sua força moral esse Poder? Por que é necessário? A idéia a respeito de tal poder, conquanto tivesse sido considerada na antiguidade, somente na atualidade foi eficazmente desenvolvida.

Os antigos sabiam distinguir entre as leis ordinárias e as fundamentais ou superiores, mas o que há de moderno é a idéia de que essas normas são estabelecidas por um PODER ESPECIAL.

Durante a idade média e começos da moderna, foi sendo elaborada a teoria de que existiam leis fundamentais em cada reino, de sorte a que com isso se procurava infirmar as decisões dos monarcas que praticassem atos prejudiciais à Nação. Tais

leis seriam imutáveis, somente podendo ser modificadas pela reunião de representantes de todas as classes sociais — Clero, nobreza e povo. Foram conhecidas como as leis fundamentais do reino.

Podemos remontar também a São Paulo, quando pregando à fé cristã, expressou sua opinião na famosa epístola aos Romanos, (13, 1-7): submeta-se cada pessoa às autoridades constituídas porque não há autoridade que não venha de Deus, e as que, de fato, existem, foram estabelecidas por Deus. Assim, pois, quem resiste à autoridade opõe-se à ordem estabelecida por Deus e os que a ela se opõem atraem sobre si uma sentença de condenação. COM EFEITO, OS GOVERNANTES NÃO SÃO PARA TEMER QUANDO SE PRATICA O BEM, MAS QUANDO SE PRATICA O MAL. Queres não ter de temer a autoridade? Faze o bem e dela receberás elogios, pois que ela é, para ti, o ministro de Deus, em ordem ao bem. Mas se fazes o mal, tens motivo para temer, pois não é em vão que ela empunha a espada, sendo ministro de Deus, encarregada de castigar quem pratica o mal. Por isso é necessário que vos submetais, não só por temor do castigo, mas também por dever de consciência. É também por esse motivo que pagais os impostos, pois eles são funcionários de Deus, assiduamente adidos a essa função. Dai a todos o que lhes é devido: a quem se deve o imposto, o imposto; a quem se devem as taxas, às taxas; A QUEM SE DEVE O RESPEITO, O RESPEITO; A QUEM SE DEVE A HONRA; A HONRA.

Há aí uma profunda manifestação de grandeza espiritual ao aceitar que Todo Poder Vem de Deus (Omnis potestas a Deo), no entanto, atentando para o final de sua declaração observamos que as condições para que tal atendimento se desenvolva são a existência de um correspondente respeito por parte dos governantes. Logo é possível vislumbrar nas palavras de S. Paulo aquelas condições que se firmarão no futuro sobre a aceitação da autoridade: primeiro que haja uma sujeição, um pactum subjectionis; segundo, uma aceitação.

Esta idéia do pacto de sujeição que se entrevê no pensamento de S. Paulo, é desenvolvida posteriormente por Santo Tomás de Aquino, quando acrescenta às palavras de S. Paulo, o famoso — mas pelo povo. O pensamento se transforma então no seguinte: Todo poder vem de Deus, mas pelo povo (Omnis potestas a Deo, sed per populum, ou como vulgarmente se diz — Non est enim potestas nisi a Deo, sed per populum).

Este pensamento de um pacto de sujeição que deu origem às teorias do direito divino providencial e do direito divino originário, foi substituído no início da idade moderna pelas teorias dos pensadores contratualistas. Surgiram então as doutrinas contratuais. Se para os antigos a fonte do poder na sociedade é a natural inclinação do homem, para os contratualistas, é o acordo ou pacto que os homens livremente acordam entre si.

Lê-se em Hobbes, no Leviatão, Cap. XVII e XVIII:

“Cedo e transfiro meu direito de governar-me a mim mesmo, a este homem, ou a esta assembléia de homens, com a condição de transferires a ele teu direito, au-

torizando de maneira semelhante todas as suas ações"... "É nele que consiste a essência do Estado, a qual pode ser assim definida: uma pessoa de cujos atos uma grande multidão, mediante pactos recíprocos uns com os outros, foi instituída por cada uma como autora, de modo a ela poder usar a força e os recursos de todos, da maneira que considerar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comum. Aquele que é portador dessa pessoa se chama **soberano**, e dele se diz que possui poder soberano. Todos os restantes são súditos. "Diz-se que um Estado foi instituído quando uma multidão de homens concordam e pactuam, cada um com cada um dos outros, que a qualquer homem ou assembléia de homens a quem seja atribuído pela maioria o direito de representar a pessoa de todos eles (ou seja, de ser seu representante), todos sem exceção, tanto os que votaram a favor dele como os que votaram contra ele, deverão autorizar todos os atos e decisões desse homem..."

Locke, no seu famoso segundo tratado sobre o Governo, declara no Cap. VIII: "Sendo os homens, conforme acima dissemos por natureza todos livres, iguais e independentes, ninguém pode ser expulso de sua propriedade e submetido ao poder político de outrem sem dar consentimento"... "Quando qualquer número de homens, pelo consentimento de cada indivíduo, constituiu uma comunidade, tornou por isso mesmo, essa comunidade de um corpo, com o poder de agir com um corpo..." E assim todo homem, concordando com os outros em formar um corpo político sob governo, assume a obrigação para com todos os membros dessa sociedade de submeter-se à resolução da maioria conforme a assentar..."

Segundo Rousseau, no Cap. VI de seu livro Primeiro, do Contrato Social, o problema fundamental que o contrato social soluciona é encontrar uma forma de associação que defenda e proteja a pessoa e os bens de cada associado, de qualquer força comum, e pela qual cada um, unindo-se a todos, não obedeça, portanto, senão a si mesmo, ficando assim tão livre como dantes..." Cada um de nós põe sua pessoa e poder sobre uma suprema direção da vontade geral e recebe ainda cada membro como parte do todo".

1.2 O poder constituinte como a integração de dois fenômenos — o político e o jurídico.

Todo Estado tem uma Constituição ou leis fundamentais consideradas como regras primeiras no tempo e na hierarquia. Tal conjunto de norma é estabelecido por atos constitucionais que por sua vez derivam de um Poder dito Constituinte anterior à Constituição. É este Poder Constituinte que gera os poderes do Estado e que lhe é superior. Considera-se normalmente que seu titular é a Nação. Assim, os poderes são constituídos pelo Poder Constituinte. A nação é aqui considerada como o que há de permanente na coletividade. Ela exprime os interesses permanentes da comunidade e não se confunde com o povo quando se entende por tal apenas as unidades individuais que compõem a sociedade.

O Poder Constituinte pertence pois à nação e como é no povo ou através do povo que a nação se revela (Todo poder emana do povo e em seu nome é exercido

— como se nota na Constituição Federal Brasileira em seu art. 1.º), chega à conclusão de que é o povo que manifestando sua vontade estabelece as instituições que vão governar a comunidade.

O Poder Constituinte não desaparece com a obra realizada. Ele é permanente, está latente, em estado embrionário, em hibernação, ele está, não morre jamais.

A Nação se revela através do povo e não se subordina à Constituição. Quem está subordinado à Constituição são os Poderes Constituídos. O Poder Constituinte de uma nação pode, sempre que julgue necessário, mudar a Constituição. Ele é pois ilimitado e isto significa que não há nenhuma norma anterior a que ele tenha de se referir. Diz-se pois que o Poder Constituinte pratica atos jurídicos iniciais e cria a ordem jurídica, mas não está subordinado à ordem jurídica. Ele apenas se auto limita em seu próprio proveito. Tal é a soberania.

E por que ele se auto limita? Porque é de toda conveniência que alguma coisa tenha certo grau de durabilidade, de estabilidade, para que não se cerquem as relações das pessoas da maior insegurança. Esta a razão porque o Poder Constituinte INSTITUI ou CONSTITUI, sendo instituir um ato mais profundo na origem, mais simples na forma e mais antigo no tempo.

As palavras instituir, constituir, constituição, têm toda essa intenção comum de querer criar algo fixo, permanente, que dure. A raiz etmológica, comum a todos é a forma ST comum ao nosso verbo ESTAR, com o significado de aquilo que é permanente, em suma, que é duradouro. (confira-se do latim sto, stas, steti, statum, stare).

Considera-se a Nação como o detentor do mais alto poder no Estado, e este poder, que fazendo a Constituição, a ela não fica subordinado, que não se subordina senão a sua vontade é aqui considerado não em seu aspecto demográfico ou sociológico, mas em seu sentido ético-valorativo.

1.3 A Revolução e o Poder Constituinte.

Estudemos agora o Poder que estabelece a Constituição e o fenômeno social que é a revolução. Sua finalidade primeira é estabelecer uma nova organização política fundamental, ou seja, mudar as regras do jogo. São raras as vezes em que tal organização surpreende pelo acordo mútuo, como no caso do "Compact", plano básico dos peregrinos do Mayflower. Na maioria das vezes o processo é doloroso e difícil.

Há pois uma revolução fenômeno social e uma revolução fenômeno jurídico. Havendo modificação das normas constitucionais pelas regras não previstas na Constituição vigente, trata-se de revolução. É a mudança pelos canais não previstos na Constituição. Juridicamente a revolução pode variar de um simples golpe de estado com imperceptíveis mudanças no ordenamento jurídico, a uma modificação radical das normas constitucionais.

Do ponto de vista sociológico, contudo, o fenômeno revolucionário compreende diversas formas de constestação, que podem ser resumidas em alguns tipos básicos: a

Ineficaz, por inadequação absoluta dos meios aos propósitos, a relativamente eficaz, por haver compatibilidade entre os propósitos e os meios empregados e, finalmente a plenamente eficaz, que é a que usa os meios adequados à conquista do poder.

São exemplos do primeiro caso, os hippies, a vagabundagem e todas as outras formas de contestação inconseqüente. Entre as do segundo tipo encontramos os casos do Cangaço, a revolta de Canudos, a Contra-Revolução de 1932, a máfica etc. Finalmente, toda revolução vitoriosa se enquadra no terceiro caso. São dignas de nota, no entanto, a revolução francesa, a americana, a mexicana e a russa.

Cada uma dessas revoluções tem características próprias. Algumas revoluções produzem uma simples substituição de dirigentes, outras trazem modificações constitucionais, outras trazem mudanças constitucionais seguidas da substituição da elite dirigente. Há as que produzem transformações políticas profundas, seguidas de transformações sociais (como as revoluções mexicana, francesa e russa) e finalmente as que produzem tão radical modificação social, tão profundas mudanças políticas, que alguns autores consideram como tendo ocorrido verdadeira mudança de civilização (caso da revolução cubana e chinesa).

De acordo com a visão dos historiadores, em quase todas as revoluções é possível vislumbrar o seguinte desdobramento: uma primeira etapa em que há predomínio das idéias dos moderados; segue-se uma radicalização do processo revolucionário (o terror na França ou Stalinismo na União Soviética) para finalmente atingirmos uma etapa final que pode seguir três caminhos: uma contra revolução (vitoriosa como na revolução inglesa de Cromwell com a restauração, ou derrotada como na revolução brasileira de 1930 com a contra revolução de 1932); uma ampliação da segunda fase com o desenvolvimento do terror como no caso da revolução russa com o stalinismo e, finalmente, um predomínio das forças armadas, como no caso da revolução francesa, com Napoleão.

A vitória do grupo revolucionário importa na formalização política da revolução. Essa formalização política será o ato constituinte. Deste ato decorre o de Constituição das normas fundamentais.

Este ato constituinte pode manter todas as normas anteriores, como ocorreu com a Revolução de março de 1964, com as modificações decorrentes dos atos institucionais, mas a vigência dessas normas antigas se deve a outra fonte de poder, logo se pode falar de uma nova Constituição que aceita normas antigas por recepção.

A condição que transforma ato constituinte em Constituição é a eficácia. Completo, aceito pelos governados, dá-se a eficácia.

A eficácia dos atos constituintes, tem a maior importância no campo do Direito Constitucional, pois é com relação a eficácia que são estudados dois fenômenos relevantes na matéria: a legitimidade e a legitimação.

Toda sociedade estabelece seu assentimento à ordem jurídica de acordo com sua hierarquia de valores. É dentro pois desta cosmovisão e tendo como referência a sua escala de comparação que as idéias de justo e do direito aparecem, até obter um consenso.

Toda revolução invoca a idéia de direito, ou procura restaurar a já existente, ou ainda, tende a realizar uma nova.

Se fôssemos considerar apenas o direito positivo, toda revolução seria inconstitucional, mas a obra revolucionária, visando ao aperfeiçoamento da noção de justiça e conseqüentemente, do direito, caminha para se institucionalizar e legitimar, através do consenso. Logo, se um movimento revolucionário triunfa e não consegue obter o consenso, embora consiga a sujeição, torna-se apenas legal, mas, se recebe o assentimento dos governos, se legitima e completa.

Toda revolução procura a legitimação para atingir a legitimidade. O legal é o posto no campo do direito. O Legítimo é o que recebe o consenso e como tal a legitimação.

Focalizando o problema com muita atualidade diz Manuel Garcia-Pelayo, em *Burocracia y tecnocracia*: "En primer lugar, se percibe el surgimiento de un nuevo tipo de legitimidad que nacido como complementario de otros principios de legitimidade a consecuencia de la extensión de los servicios y en general, de las actividades y prestaciones estatales, tiende, sin embargo, a pasar a primer plano y a convertir a los demás en subsidiarios. Tal principio de legitimidad podría formularse así: es legítimo lo que es eficaz, y es eficaz lo que promueve y asegura el desarrollo tecno-económico en unas condiciones ambientales y en una coyuntura dadas, ya que ello es, en última instancia, condición para la vigencia de cualesquiera otros valores. DICHO PRINCIPIO TIENDE A SER, ASÍ, EN EL MUNDO ACTUAL INDEPENDIENTE FRENTE LA CUAL TODOS LOS DEMÁS CRITERIOS DE LEGITIMIDAD SERÍAN VARIABLES DEPENDIENTES, CONTINGENCIAS O RITUALISMOS. A ESTA NUEVA ESPECIE DE LEGITIMIDAD (Y, CON ELLO, DE AUTORIDAD) FUNCIONAL, QUIZÁ NO RIGUROSAMENTE FORMULADA, PERO NO POR ESO MENOS SENTIDA, PODEMOS CONSIDERARLA COMO LA TÍPICA LEGITIMIDAD DE LA ÉPOCA TECNOLÓGICA, UNA LEGITIMIDAD DE ESPECIE RACIONAL, SIN DUDA, Y MÁS CONCRETAMENTE DE ESPECIE RACIONAL-FUNCIONAL, PERO EN CUYO NOMBRE SE PUEDEN JUSTIFICAR FENÓMENOS PARCIALES O GLOBALES ILEGÍTIMOS DESDE OTROS PRINCIPIOS DE LEGITIMIDAD" (grifo nosso).

É como se o autor estivesse a nos falar de uma legitimidade tecnológica, motivada pelas circunstâncias do mundo atual, pois segundo ele, nenhum regime, seja capitalista ou socialista, desenvolvido ou subdesenvolvido, pode justificar-se diante das avaliações da cultura política presente, se não eleva o nível econômico-tecnológico de seus pais.

Desse modo, a eficiência do sistema, considerada em todos os seus aspectos, é a condição fundamental da aceitação política. Postos de lado os riscos decorrentes de uma interpretação facciosa para encobrir outros interesses que não os necessá-

rios ao funcionamento do sistema, podemos concluir que em muitas situações reais a legalidade política se subordina aos fenômenos técnico-econômicos, pois a eficiência nos campos políticos, isto é, na gestão, no controle e na decisão, se torna fundamental à existência do próprio Estado.

De acordo com o pensamento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho em sua obra *Direito Constitucional* comparado, podemos considerar agora o fenômeno de uma posição mais estritamente jurídica, para considerar o poder como o resultado das combinações possíveis entre a legitimidade e a legalidade.

O Poder pode, portanto, ser considerado de quatro modos distintos.

- 1 — O poder é legítimo e é legal. Isto ocorre quando está de acordo com o direito positivo e com o consenso. Coincidem a legalidade e a legitimidade.
- 2 — O poder é legítimo, mas no momento de sua formação não encontra amparo legal, não havendo coincidência entre legitimidade e legalidade.
- 3 — O poder é ilegítimo mas é legal, isto é, ele tem vigência mas não tem consenso. Não coincidem legitimidade e legalidade.
- 4 — Há uma coincidência às avessas. O poder é ilegítimo e é ilegal. É o caso de usurpação máxima. Tal poder só se pode manter graças a um emprego desmesurado da força.

Ora, como consequência do que estamos desenvolvendo, vê-se que o Poder, fundamento do Estado, pode ser considerado como de fato e de direito, dependendo da compatibilidade do mesmo com a idéia que a sociedade tem de justiça e Direito. Diremos pois que o Poder será de direito se é legítimo, e, de fato, se é ilegítimo, pois o legítimo na ordem da justiça supera o legal. Se considerarmos os aspectos jurídico-positivos, isto é, do ponto de vista de uma posição puramente jurídica, teremos já não o poder, mas o governo. Neste caso, diz-se o governo legal ou de direito, o ilegal ou de fato. Dentro dos tipos apresentados acima o governo será de direito nas hipóteses um e três, e será ilegal nas outras duas. Conclui-se que nem todo governo de direito é legítimo, assim como nem todo governo ilegal será ilegítimo.

Geralmente as formas de expressão do poder constituinte são a outorga e a assembléia constituinte. Exemplos de outorga são a da Constituição de 1824. Interessante nessa outorga é que no preâmbulo lê-se "D. Pedro Primeiro, por graças de Deus e unânime aclamação dos povos, Imperador Constitucional e Defensor Perpétuo do Brasil..." Dizer por graças de Deus é invocar a origem divina da autoridade (*Omnis potestas a Deo*) e invocar a unânime aclamação dos povos é buscar a soberania popular.

O Ato Institucional de 9 de abril de 1964, em seu preâmbulo, também apresenta uma expressão de outorga de poder constituinte.

"A revolução vitoriosa se investe no exercício do Poder Constituinte. Este se manifesta pela eleição popular ou pela revolução. Esta é a forma mais expressiva e mais radical do poder Constituinte. Assim, a revolução vitoriosa, como o Poder Constituinte, se legitima por si mesmo. Ela destitui o governo anterior e tem a capacidade de constituir o novo governo. Nela se contém a força normativa, inerente no Poder Constituinte. Ela edita normas jurídicas sem que nisto seja limitada pela normatividade anterior a sua vitória. Os chefes da revolução vitoriosa, graças à ação das Forças Armadas e ao apoio inequívoco da Nação, representam o Povo e em seu nome exercem o Poder Constituinte, de que o Povo é o único titular". Prossegue terminando "Em nome da revolução vitoriosa, e no intuito de consolidar a sua vitória, de maneira a assegurar a realização de seus objetivos e garantir ao País um governo capaz de atender aos anseios do povo brasileiro, o Comando supremo da Revolução, representado pelos Comandantes-em-Chefe do Exército, da Marinha e da Aeronáutica, resolve editar o seguinte ATO INSTITUCIONAL — Art. 1.º — São mantidas a Constituição de 1946 e os Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as modificações constantes deste ato".

A constituição de 1946 passou a vigorar por força e recepção de novo poder constituinte. A constituição de 1946 passa a receber uma nova outorga, pois os atos institucionais são em sua essência, poder constituinte originário. O mesmo ocorre com o Ato Institucional n.º 5, quando em seu art. primeiro declara: art. 1.º — São mantidas a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições Estaduais, com as modificações constantes deste ATO INSTITUCIONAL.

Forma interessante de expressão de poder constituinte ocorre na elaboração da Constituição de 1967, que teve todo o seu procedimento condicionado ao Ato Institucional n.º 4, mas apesar das limitações de prazos e outras, havia uma liberdade quanto a rejeitar o projeto apresentado pelo executivo ou emendar o projeto, logo não se pode falar de outorga. A Constituição de 1967 teve sua expressão em assembleias.

3 — Reforço do Poder Executivo

Ao final de todo esse processo de elaboração política-jurídica, a nova Constituição se viu inteiramente reforçada quanto às atribuições do Poder Executivo. Por que ocorre este fato? O que há, é que está ocorrendo no mundo atual um crescimento das necessidades de normas, realmente elaboradas a curto prazo, para atender ao vertiginoso dinamismo das relações entre pessoas e grupos. Já não se pode esperar, em certos casos, uma elaboração prolongada das leis, mas se deve ter um instrumento capaz de criá-las a curto prazo, sob pena de se perder a oportunidade. Procura-se também responder aos atuais problemas de seguranças que exigem rapidez e eficiência. Se o Poder Executivo não dispuser dessa capacidade de atuar prontamente, nem o Legislativo terá tempo, nem o Judiciário oportunidade, de solucionar os problemas decorrentes de tal intempestividade. Por isso existem em quase todas as constituições dos estados modernos este reforço do Poder Executivo, pela presença que ele tem dos problemas, por vivê-los e somente ele ser capaz de dar a solução adequada.

Talvez vejamos num futuro não muito distante o Poder Executivo com muitas atuais atribuições do Legislativo e este último Poder tratando de elaborar aquele con-

junto de normas que se podem dar ao luxo de uma paciente formação. Esta redução das funções legislativas poderia ser compensada por um efetivo aumento de sua função fiscalizadora em todos os sentidos da administração pública.

Para resolver a questão na órbita constitucional brasileira, nossa Constituição armou-se de novos instrumentos, como se pode observar:

- a) Poder do Presidente da República para convocar extraordinariamente o Congresso quando entender necessário (Letra b, § 1.º, art. 29).
- b) Poder de propor emenda constitucional (art. 47, n.º 2)
- c) Poder de solicitar ao Congresso que aprecie qualquer matéria dentro de quarenta e cinco dias (art. 51).
- d) Poder de solicitar apreciação conjunta no prazo de quarenta dias (art. 51, § 2.º).
- e) Poder de expedir decretos-leis, sobre segurança nacional finanças públicas e criação de cargos públicos (art. 55, n.º I, II e III).
- f) A ampliação da competência exclusiva do Presidente (57), e da competência privativa (art. 81).

4 — Autodefesa da democracia

A democracia como sistema político-jurídico é o mais indefeso de todos os sistemas porque é de sua natureza o amplo uso das liberdades públicas e das garantias dos direitos individuais. Tal circunstância, mesmo por isso, possibilita aos partidários de outros sistemas políticos amplas facilidades para solapar sua eficiência e seu funcionamento. Premida por tal circunstância a Democracia brasileira como de certa forma todos os sistemas democráticos do mundo, estabelece meios para garantir sua própria existência. Ela se auto defende.

Nessa ordem de ação, ela utiliza três linhas de defesa. Primeiro, reforça o poder Executivo, em seguida inova em matéria constitucional, inserindo uma seção no corpo da Constituição sobre a segurança nacional, e finalmente inscreve atos institucionais dentro da Constituição. Ora, vimos por definição que um ato institucional é forma de outorga e como tal de poder constituinte. Vimos também que o Poder Constituinte derivado do ato constituinte, se exaure ao criar a Constituição, isto é, passa de poder constituinte originário a poder constituinte derivado, para os casos de revisão constitucional, retornando a sua quietude remanescente. O que nos aparece agora é o Poder Constituinte instituído. Tal a sorte dos Atos Institucionais. Ora, os atos institucionais, são, em sua origem, expressões do poder constituinte originário e como tal, deveriam se exaurir, mas agora, ocorre justamente o contrário para o fim de instrumentalizar os meios de autodefesa da democracia. Insere-se no corpo acabado da Constituição, à disposição da democracia ou em condições de ser empregado em sua defesa.

Isto é o que ocorre no título V da Constituição Federal — Disposições transitórias, quando se lê nos artigos 181 e 182:

“Art. 181 — Ficam aprovados e excluídos de apreciação judicial os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução de 31 de março de 1964, assim como:

I — os atos do Governo Federal, com base nos Atos institucionais e nos atos complementares e seus efeitos, bem como todos os atos dos Ministros Militares e seus efeitos, quando no exercício temporário da Presidência da República, com base no Ato Institucional n.º 12, de 31 de agosto de 1969.

II — As resoluções fundadas em Atos Institucionais, das Assembléias Legislativas e Câmaras Municipais que hajam cassado mandatos eletivos ou declarado o impedimento de Governadores, deputados, prefeitos e vereadores quando no exercício dos referidos cargos;

III — Os atos de natureza legislativa expedidos com base nos atos Institucionais e Complementares indicados no item I.

Art. 182 — Continuam em vigor o Ato Institucional n.º 5 de 13 de dezembro de 1968, e os demais Atos posteriormente baixados.

Parágrafo único. O Presidente da República, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, poderá decretar a cessação de vigência de qualquer desses Atos ou dos seus dispositivos que forem considerados desnecessários”.

Resta-nos apreciar agora e ainda uma linha de defesa que é a inserção no corpo constitucional de uma seção referente à segurança nacional, nos artigos 86, 87, 88 e 89. Aí encontraremos a definição de responsabilidade pela segurança. Dá a primazia, na matéria, ao Conselho de Segurança Nacional, estabelece sua organização e competência, dando a ossatura para que a lei de segurança nacional trilhe uma segura orientação.

5 — Combate à subversão.

Finalmente, já não como linha de defesa, mas como tropa de alta mobilidade, apta aos contrataques, tem a Democracia brasileira a Lei de Segurança Nacional, cujos aspectos mais salientes são:

1 — Considerar a segurança nacional como uma garantia para que a Nação atinja seus objetivos;

2 — Declarar que a segurança compreende medidas contra todos os antagonismos, entre eles a guerra psicológica e a revolucionária ou subversiva.

3 — Definir textualmente a guerra revolucionária no § 3.º de seu art. 3.º.

4 — Tipificar a subversão da ordem, nos art. 23, 24, 25, 39, 42, 46, 47, 53 e 55. De posse de todo esse instrumental, está montado o dispositivo de defesa.

6 — Conclusão

O regime instituído com a Constituição de 1967, Emenda n.º 1, é legítimo porque obteve a condição política de eficácia na cosmovisão nacional da justiça e porque recebeu em seu devido tempo o consenso. É legal porque obtida a eficácia se auto limitou através da Constituição e outras normas positivas.

O povo brasileiro usou de um legítimo direito, já declarado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1793 "Um povo tem, sempre, o direito de rever, de reformar e de mudar a sua Constituição. Uma geração não pode sujeitar a suas leis as gerações futuras". (art. 23).

A fim de permitir à nação realizar as mudanças que o seu corpo social exige, toda Constituição insere em seu texto normas relativas ao poder constituinte de revisão, muitas vezes, porém, tal recurso se revela insuficiente para atender aos reclamos nacionais; quando, tais meios não respondem adequadamente às necessidades políticas, isto é, "quando o governo viola os direitos do povo, a revolução é, para o povo e para cada parcela do povo, o mais sagrado dos direitos e mais indispensáveis dos deveres" (art. 35).

Foi o que fez a Nação, através do povo, em 1964. Respondeu adequadamente às violações de seu destino, por intermédio não só de suas elites, mas de todos os tipos de agrupamentos sociais. Com isso obteve a condição de eficácia e legitimou-se pelo consenso. Ordenou-se através de sua Constituição, inspirando-se no direito natural e compactuando dentro do princípio lógico-transcendental da aceitação, e mais ainda, armou-se de dispositivos que tornam sua constituição, uma constituição-meio, flexível, ágil, capaz de enfrentar a velocidade do mundo moderno.

O ordenamento jurídico, em sua estrutura básica, está montado, permitindo novas e adequadas conexões.

O campo foi arado. A tarefa, agora, incumbe aos semeadores. Deles dependerá a boa seara. E este resto que falta não é o complemento, mas o principal, porque o resto é o homem e em política o homem é o tudo.

PARECER SOBRE UM CASO DE DOAÇÃO

José Eustáquio Lara Duca,
advogado e professor da
Faculdade de Direito de
Sete Lagoas.

Alberto de Alencar e Vitória de Alencar fazem doação por forma de escritura pública, de um imóvel, a suas netas menores — Maria e Luiza — assistidas representadas por seus pais — Guilherme de Alencar e Angélica Rodrigues de Alencar, que também foram agraciados na doação como usufrutuários.

Neste mesmo instrumento está consignado que a doação efetuada se estenderia aos filhos do casal — Guilherme e Angélica Rodrigues de Alencar — que viessem a nascer na constância do casamento.

Consta, afinal, que o imóvel não poderia ser gravado com qualquer ônus, bem como inalienável e que não estaria sujeito à sucessão por morte de qualquer um dos donatários, de tal forma que, falecido algum donatário, o imóvel ficaria em comunhão, para os restantes, em igualdade de condições e assim sucessivamente, até que o imóvel todo restasse para o último donatário sobrevivente.

Pergunta-se:

1. É nula ou anulável a cláusula que estende a doação aos filhos ainda não concebidos?

2. É anula ou anulável a cláusula da escritura que prescreve que o imóvel doado não está sujeito à sucessão por morte de qualquer um dos donatários, nos proprietários?

3. Até quando prevalece a impenhorabilidade e a inalienabilidade do imóvel?

CONSIDERAÇÕES

O capítulo "Das Doações" está inserido, no nosso Código, no Título V, que trata das Várias Espécies de Contratos.

O art. 1.165 do Código Civil, assim define a doação:

"Considera-se doação o contrato, em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens e vantagens para o de outra, que os aceita".

Podemos destacar, da definição legal, os seguintes elementos essenciais da doação:

a) a natureza contratual, do tipo benéfico, que se contrapõe ao contrato oneroso e que pressupõe capacidade do doador e objeto lícito;

b) o "animus donandi".

c) a translação do direito, do patrimônio do doador para o donatário;

d) a aceitação deste.

Como vemos, a doação nada mais é que um contrato bilateral que, excetuando as particularidades, exige capacidade das partes contratantes.

Entretanto, dentre as particularidades do contrato de doação, está aquela que o coloca no rol dos contratos do tipo benéfico e, assim é que, um dos modos para a aceitação do objeto doado, é o tácito, como prescreve o art. 1.166 do Código: o doador fixa um prazo para, dentro dele, o donatário declarar se aceita a doação; se este último, ciente no prazo, se remete ao silêncio, entende-se que a aceitou.

Passa, então, o Código, a distinguir, no art. 1.170, as doações puras, que são aquelas em que o doador não impõe ao donatário nenhum encargo, das doações gravadas e onerosas.

Na doação pura, que só trás vantagens ao beneficiado por ela, não há necessidade de representantes legais das pessoas relativa ou absolutamente incapazes de contratar. Mas, comenta Clóvis Beviláqua, se a doação for gravada com encargo, ou sujeita a condição, deve ser aceita com a intervenção do legítimo representante do incapaz.

Daí porque, o Código, coloca de lado, a questão da incapacidade do donatário, quando se trata de doações puras e concede que os pais aceitem doação em nome do nascituro (art. 1.169).

Admite, ainda, o Código como exceção, no art. 1.173, a doação feita em contemplação de casamento futuro com certa e determinada pessoa, aos filhos que, de

futuro, vierem do casamento, portanto, ainda não concebidos.

A questão, entretanto, é saber, se a doação feita a filhos não concebidos, à época da doação, é válida, mesmo que feita com a representação de seus futuros pais.

O direito anterior é omissivo quanto a essa matéria.

A legislação civil brasileira e a jurisprudência não enfocam objetivamente o problema proposto.

Diante deste silêncio, cabe à hermenêutica e à doutrina a solução do assunto.

A regra geral é que a doação é um contrato, com todas as suas características, e que exige, como consequência, a capacidade das partes contratantes, ou de seus representantes.

A dispensa de representantes legais para as doações puras (art. 1.170), a validade da doação feita ao nascituro, sendo aceita pelos pais (art. 1.169), a doação feita em contemplação de casamento futuro a filhos ainda não concebidos (art. 1.173), constituem exceções à regra geral definida no art. 1.165, citado. E tanto isso é verdade que todas essas exceções vêm literalmente discriminadas no nosso Código.

É princípio de hermenêutica o fato de que não podem estender-se os casos de exceção, por analogia, além daqueles que a lei taxativamente enumera.

E a lei prevê a validade de doação a filho "non natu" só na hipótese prevista no art. 1.173 e somente nesta hipótese, em nenhuma outra mais.

É calcado neste princípio que Clóvis Beviláqua conclui:

"Se, porém, a pessoa ainda não estiver concebida, não podem os pais aceitar a doação, que se lhe faça, salvo sob a forma de fideicomisso convencional" (in Código Civil comentado, pág. 338, Vol. IV).

No caso em tela, acresce, ainda, mais um agravante, que é o fato do imóvel ter sido doado com condição de impenhorabilidade e inalienabilidade, o que pressupõe legítimo representante da parte para aceitá-lo.

Ora, não é legítima a representação se a pessoa representada não existe para o mundo civil, nem ao menos em expectativa de direito, como é o caso do nascituro. Nem se pode alegar que a doação foi feita sob a forma de fideicomisso, porque este só é admitido em testamento, segundo se insere de copiosa doutrina e jurisprudência.

Se é ilegítima a representação temos que é nula de pleno direito, a cláusula, da escritura de doação que estende a

mesma aos filhos ainda não concebidos, por falta de agente capaz para receber a doação, na forma contratual de que se reveste.

Quanto ao segundo quesito, temos, também, que é nula a cláusula que impede a sucessão por morte de qualquer dos donatários, porque, além de ferir direitos de terceiros; no caso, os filhos dos donatários, vivos à época da doação, contraria a norma que, em hipótese alguma, pode prevalecer, além da vida do beneficiário, qualquer restrição, ônus ou encargo imposto à propriedade. (Eduardo Espínola, in Pareceres, pág. 423).

Se a sucessão se abre com a morte do beneficiário, não poderá prevalecer o ônus que impede que o imóvel doado seja normalmente inventariado, cedido, alienado ou transferido de qualquer forma.

O terceiro quesito dispensa maiores comentários. Cessa qualquer encargo que pesa sobre a propriedade doada, com a morte do beneficiário.

Este é o nosso parecer, salvo melhor juízo.

FACULDADES DE DIREITO DO INTERIOR

M. Vinicius de G. RAMOS

(Prof. na Faculdade de Direito de Sete
Lagoas e Advogado em Minas)

É tempo de acabar com essa crítica demolidora das Faculdades de Direito do interior.

Tornou-se lugar comum o noticiário da imprensa sobre esta ou aquela denúncia que teria sido formulada ao órgão competente, sobre o funcionamento de determinada Faculdade ou simplesmente quanto às Faculdades todas espalhadas pelo Brasil.

Não desejamos dizer que o ensino ministrado seja o ideal (e, onde o é?), mas podemos afirmar que a culpa menor é exatamente das Faculdades, professores e alunos e muito maior da velha regulamentação que permite cheguem aos cursos superiores portadores de certificados de conclusão de cursos fracionados no tempo e no espaço, no entanto legais para o vestibular.

Uma vez aprovado e não se diga que o exame é facilitado, mesmo porque nem isso seria necessário, já que o número de candidatos é sempre maior que o de vagas, o aluno é matriculado e passa a integrar uma comunhão universitária altamente significativa para a sua vida e para a do Brasil, carente de cultura.

De fato, na convivência de colegas de várias profissões e categorias e de professores que pelos seus títulos e nomes honram o seu magistério, esses milhares de alunos veem diante de si um universo a ser conquistado através das letras jurídicas.

Conquista, diga-se de passagem, que lhes custa caro, sob todos os aspectos, isto é, desde a mensalidade até a ausência do lar, face à frequência obrigatória, e o elevadíssimo custo dos livros de Direito.

É necessário, pois, que o país tome consciência de que é preferível estimular e prestigiar a iniciativa particular que cria e mantém essas Faculdades interioranas, reprimindo a manelra muito condenável de comentar e noticiar situações que jamais aconteceram, só pelo prazer mórbido de desprestigiar as conquistas que poucos alcançam e sabe Deus como.

O RECONHECIMENTO NO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO

Ronaldo Vaz de Melo Ferreira

Advogado e Professor na Faculdade de Direito de Sete Lagoas

— INTRODUÇÃO

Tema dos mais atuais é o Reconhecimento, uma constante manchete no noticiário Internacional dos Jornais e das Revistas, despertando polêmicas nas mais diferentes camadas da população.

Nossa experiência como professor da Cadeira de Direito Internacional Público, nos indicou este tema como um dos que maior interesse vêm despertando nos estudantes e também naqueles que não estudam a ciência do direito, mas que buscam conhecer o conturbado mundo moderno e a atuação do Direito Internacional Público, cujo respeito às suas normas nos levará a estabelecer uma paz duradoura entre os Estados.

Não tem este estudo a finalidade de estabelecer conclusões ou defender esta ou aquela doutrina sobre o reconhecimento em suas várias formas. Nosso objetivo é didático-informativo.

1 — NASCIMENTO DO ESTADO E O RECONHECIMENTO

Os Estados nascem de várias formas, sendo que as principais são:

- a) Estabelecimento permanente de uma população num Território determinado;
- b) Emancipação por sublevação;
- c) Emancipação por acordo;
- d) Secessão;
- e) Fusão.

A todos os Estados que nascem, independente da forma, devemos considerá-los como "PESSOA DE DIREITO INTERNACIONAL", se preencherem as condições para tal necessárias, a saber:

- 1 — Grupamento humano permanente;
- 2 — Território fixo, onde exerce os poderes inerentes a um Estado.
- 3 — Organização política voltada para a obtenção do bem comum e capazes de manter relações com os demais Estados membros da Comunidade Internacional (governo soberano).

Obviamente, a terceira condição fere aquilo que se vê nos compêndios de "Teoria Geral do Estado", mas no caso

em pauta, devemos considerar que o Estado que tem território, povo e governo, é um estado perfeito, mas para obter o reconhecimento, torna-se necessário que o Estado seja "SOBERANO", pois os estados semi-soberanos (vassalos, protegidos etc.) têm, aparentemente, a se considerar a Teoria Geral do Estado, condição de ser reconhecido, o que é falso, pois não são capazes perante a comunidade e o Direito Internacional Público.

Assim concluímos que apenas o Estado Soberano é passível de ser objeto de reconhecimento, pois somente a ele compete os direitos de:

- a) JUS LEGATIONIS — Direito de legação; capacidade de enviar e receber agentes Diplomáticos.
- b) JUS TRACTUUM — Direito de celebrar tratados; capacidade de estabelecer acordo e tratados com outros Estados.
- c) JUS BELLI — Direito de fazer guerra; capacidade de fazer guerra e de celebrar a paz.

A soberania que tem no JUS LEGATIONIS, JUS TRACTUUM e JUS BELLI, índices ineludíveis, qualificam o Estado, para fazer parte da comunidade internacional em igualdade de condições com os outros Estados soberanos.

2 — IMPORTÂNCIA DO RECONHECIMENTO

Segundo FAUCHILLE, citado por HILDEBRANDO ACCIOLY:

"O Estado, antes do reconhecimento possui o gozo e não o exercício da soberania."

(In "Manual de Direito Inter. Público, 7.^a ed. pg. 28).

Quer dizer o doutrinador que, quando o Estado não tem reconhecimento, fica afastado da comunidade Internacional, não exercendo a soberania externa, e o exercício da soberania interna se confunde com a autonomia, ficando, portanto, mais próximo dos Estados semi-soberanos, a que já nos referimos, do que dos Estados plenamente soberanos.

A exemplo, citamos a República Popular da China, que esteve afastada da comunidade Internacional por não ter o reconhecimento da maioria dos membros das Nações Unidas, enquanto a China Nacionalista, estabelecida sobre a Ilha de Formosa, por ter reconhecimento (maioria dos Estados-membros — ONU) tinha assento no organismo internacional, inclusive com direito a veto no Conselho de Segurança.

Mais uma vez o exemplo da China nos mostra a importância do reconhecimento, pois, hoje, a maioria dos Estados reconhece o governo de Pequim, fato que levou a China Nacionalista a ser expulsa da ONU, passando ao Estado Continental Chinês o assento naquela casa internacional.

Também L. A. PODESTÁ COSTA, professor da Universidade de Buenos Aires e ex-ministro das Relações Exteriores da República Platina, ensina em seu "DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO" que:

"La existencia de un nuevo Estado es por si misma un hecho desde el momento en que ha nacido y provee a su conservación, pero su vida de relacion internacional depende como es natural, de la actitud de los demás. En otros términos, el nuevo Estado entra a formar parte de la comunidad internacional a medida que es reconocido".

(4.º Edición, pág. 71, Tit. 28)

ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA, professor da Faculdade de Direito de Lisboa, em seu "CURSO DE DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO", cita SIR GERALD FITZMAURICE, que a seu dizer "Com sutil aliança britânica entre a precisão e o humor", ensina:

"A comunidade internacional é um clube para o qual só se pode entrar mediante eleição pelos membros; um Estado pode ter todas as qualificações necessárias, e no entanto ser excluído por os membros do clube não gostarem de sua aparência, das suas maneiras ou das suas opiniões políticas".

(2.ª Edição, nota 9, pg. 236)

Concluimos assim que o RECONHECIMENTO é fundamental para que os Estados possam fazer parte da comunidade internacional, estando os Estados não reconhecidos afastados completamente do que seria seu meio.

3 — OPORTUNIDADE DO RECONHECIMENTO

Não existem regras estabelecidas sobre quando se deve reconhecer um novo Estado, mas existem princípios e recomendações que devem ser observadas por todos os Estados.

O princípio nos vem das independências americanas quando procurava-se informar se o novo Estado dispunha de poder efetivo para manter-se independente, dominava o território e dispunha-se a acatar as normas vigentes de relacionamento entre os Estados. Era também necessário que o reconhecimento não tomasse forma de intervenção em assuntos internos dos Estados (metrópole e colônia) para não se tornar ato inamistoso

praticado contra a metrópole em favor da ex-colônia.

Também existem recomendações que nos vêm da Liga das Nações, que, por ocasião da Criação do Estado da Manchúria (1932), negou o seu reconhecimento e admissão recomendando ainda a seus membros que não o fizessem uma vez que este Estado foi criado em detrimento da China e em violação às normas do Direito Internacional.

Assim devemos concluir que os Estados criados por meio de atos ilegais, tais como invasão, ou participação de potência estrangeira em luta armada civil, ainda não definida, fato que constitui intervenção, não devem obter o reconhecimento Internacional.

Também as colônias que se tornam independentes por sublevação, devem apresentar condições mínimas para que possam participar da vida internacional e assim obter o reconhecimento.

Como exemplo de reconhecimento inoportuno e que constitui-se em ato inamistoso podemos apresentar o caso do Panamá, que foi reconhecido pelos Estados Unidos apenas 3 dias após iniciada a luta que resultou na sua separação da Colômbia. Este reconhecimento, aliado à intervenção armada, com o único objetivo de obter soberania sobre a área onde seria construído o canal que levia o mesmo nome do Estado, constitui-se em flagrante violação ao Direito Internacional Público e em ato de guerra contra a Colômbia.

4 — DOUTRINAS DO RECONHECIMENTO

Existem duas importantes doutrinas sobre o reconhecimento e que são arduamente defendidas.

A mais antiga é a que considera o reconhecimento como um ato constitutivo.

A mais moderna considera o reconhecimento como um ato declarativo.

Torna-se pois necessária a verificação destas doutrinas em separado e de forma sucinta, para chegarmos a alguma conclusão.

4.1 — ATO CONSTITUTIVO DO RECONHECIMENTO

Doutrina defendida por ANZILOTTI, STRUPP, TRIEPEL, principalmente, que vê o Direito Internacional Público com base exclusivamente na vontade dos Estados (voluntaristas) e afirma que apenas o reconhecimento torna o Estado dotado de personalidade jurídica.

4.2 — ATO DECLARATIVO DO RECONHECIMENTO

Doutrina mais moderna, defendida por KNUS, ACCIOLY, BRIERLY, GONÇALVES PEREIRA, entre outros, considera o reconhecimento como um ato meramente declaratório onde um Estado constata a existência de outro Estado e declara de forma pública que o aceita na comunidade internacional.

Somos inteiramente favoráveis à doutrina do reconhecimento declarativo. FAUCHILLE, que já foi citado no princípio destas considerações, quando afirmava que o Estado antes do reconhecimento tinha o gozo e não o exercício da soberania, mostrava que no máximo o reconhecimento declarativo tinha consequência constitutiva. Com isto concordamos, mas entendemos que o gozo da Soberania, quando pleno, é prova da existência do Estado como personalidade jurídica embora não seja membro do

clube internacional, como nos falou SIR GERALD FITZMAURICE. O Estado existe como personalidade jurídica a partir do seu nascimento, como nos ensina também L. A. PODESTÁ COSTA.

JAMES BRIERLY, Doutor Honorário das Universidades de Oslo, Chicago, Manchester e professor nas Universidades de Manchester e Edimburgo, com espírito prático nos expõe o fato da seguinte maneira:

“Um Estado reconhecido por “A”, mas não reconhecido por “B”, e por consequência, simultaneamente, “pessoa internacional” e “não pessoa internacional”, constituiria uma curiosidade jurídica”.

(Direito Inter. 3.^a Ed. Trad. Grúcho de Almeida — Lisboa — pág. 136).

Ora, o mestre mostra que se fosse o reconhecimento a causa que atribuiria ao Estado a personalidade jurídica, um Estado seria pessoa jurídica para uns e não pessoa jurídica para outros.

E perguntamos: Para os Estados que o reconheceram, tinha o novo Estado obrigações próprias de membro da comunidade internacional, com o correspondente procedimento, ficando liberado das normas vigentes do Direito Internacional para os Estados que não lhe concederam o reconhecimento?

Não. Afirmamos que isto seria impossível, pois mesmo os Estados que não têm reconhecimento internacional, como é o caso da Rodésia, são obrigados a se conduzirem dentro das normas específicas de respeito, não intervenção e igualdade, entre outras, fato que caracteriza o reconhecimento como ato declarativo, sem, entretanto, diminuir-lhe a importância.

5 — MODALIDADE DE RECONHECIMENTO

O reconhecimento pode ser feito de várias formas. As mais usuais são as do reconhecimento TÁCITO, do reconhecimento EXPRESSO e do reconhecimento CONDICIONAL.

Reconhecimento TÁCITO, é aquele que é praticado de tal maneira que dê a entender de forma clara que um Estado mantém relações com outro Estado em igualdade de condições, sem que, entretanto, lhe tenha concedido anteriormente o reconhecimento.

A exemplo do que acima afirmamos, citamos o caso da Inglaterra, que em 1949, quando uns aviões ingleses foram abatidos sobre o Egito por aviadores de Israel a Grã-Bretanha, que ainda não o tinha reconhecido, informou ao governo israelense que pediria uma indenização. Ora, este procedimento indicava claramente que um Estado estava se dirigindo a outro que não era reconhecido por ele, por meio de nota diplomática, solicitando que lhe fosse feita uma indenização por ato de guerra, embora esta não fosse declarada. Esse procedimento implicava em reconhecimento tácito, por parte da Grã-Bretanha, do Estado de Israel.

Reconhecimento EXPRESSO é aquele que, por meio de nota enviada por via diplomática, se declara de maneira expressa que o reconhecimento lhe está concedido.

Assim foi, por exemplo, o reconhecimento concedido pelo Brasil a Moçambique, quando enviou àquele Estado um embaixador, que portava a referida nota declarativa.

O reconhecimento CONDICIONAL, só aparece mediante acordo, e, regra geral,

refere-se a proteção a direitos humanos. A exemplo citamos o reconhecimento dado pelo Estado turco à República de Chipre, onde estava expressa a condição de se conceder aos chamados cipriotas-turcos, que são minoria na ilha, garantias de locomoção e participação política, de acordo com o estabelecido na constituição de novo Estado e aprovada pelos turcos. Quando um grupo de cipriotas-gregos, que pertenciam a uma organização que preconizava a união de Chipre à Grécia, assaltaram o poder mediante golpe militar, a Turquia invadiu a ilha e forçou a volta da antiga Constituição à vigência plena, inclusive com a recondução ao poder do governante deposto.

Também os Estados Unidos da América, com relação a Cuba, condicionaram a concessão do reconhecimento a que Cuba concordasse em permitir que os Estados Unidos intervissem em seu Território, sempre que o governo cubano fosse por ele considerado inadequado, ou que os bens e os nacionais americanos corressem perigo.

6 — RECONHECIMENTO DE BELIGERÂNCIA

Quando ocorre em um Estado uma guerra civil, e esta assume grandes proporções, poderão as potências estrangeiras reconhecer uma situação de fato resultante desta guerra, igualando juridicamente o grupo insurreto ao governo legal no tocante às leis de guerra.

Normalmente tem objetivos humanitários, buscando evitar que aos rebeldes seja dispensado o tratamento de piratas e bandidos, acobertando-os com as condições de prisioneiros de guerra.

ACCÍOLY nos ensina que o reconhecimento do Estado de beligerância só ocor-

re se a luta civil tem objetivos de desmembramento para formação de outro Estado ou para mudança de regime do Estado.

Entretanto, a principal razão do estatuto do reconhecimento da beligerância é obrigar o grupo insurreto a respeitar as normas internacionais, a neutralidade dos outros Estados, assim como as facilidades de tráfico marítimo. A Inglaterra, quando reconheceu os confederados da América do Norte, em luta contra a União, como beligerantes, exigiu que sua neutralidade fosse respeitada e livre o trânsito pacífico de seus navios.

Também é lícito, após o reconhecimento da beligerância, o comércio com os insurretos.

Verificamos, então, que o reconhecimento de beligerância obriga o grupo rebelde a procurar respeitar os Estados estrangeiros conforme as normas do Direito Internacional Público, responsabilizando-se pelos danos que suas tropas ou seus atos de guerra possam vir causar a potências estrangeiras.

6.1 — CONDIÇÕES NECESSÁRIAS PARA O RECONHECIMENTO DA BELIGERÂNCIA

Para que este ato não seja interpretado como intervenção em assuntos internos do Estado onde ocorre, é necessário que o Estado que reconhece a situação de beligerância tenha sido de algum modo atingido pela guerra.

ACCIOLY, PODESTÁ, GONÇALVES PEREIRA entendem que se o grupo insurreto domina uma parte do território, nele estabelece um governo responsável, tendo também o seu grupo armado devi-

damente submetido à disciplina militar, e manifeste vontade de respeitar os Estados estrangeiros, seus bens, nacionais e principalmente a neutralidade terá atingido uma posição em que possa receber este reconhecimento.

Assim, se estas condições forem atingidas pelos insurretos e os seus atos interferirem com outro Estado, este poderá, por meio do reconhecimento da beligerância, entabular negociações diretamente com os rebeldes, submetendo-os às normas internacionais.

6.2 — RECONHECIMENTO DE BELIGERÂNCIA PELO GOVERNO LEGAL

Também pode o estatuto ser usado pelo governo legal, para eximir-se da responsabilidade dos danos causados pelos insurretos às propriedades e a nacionais de outras potências na parte do seu território que se encontrar sob autoridade do governo insurreto.

O governo legal que assim agir, obrigar-se-á, entretanto, a dar aos rebeldes o tratamento de prisioneiros de guerra.

7 — RECONHECIMENTO DE INSURGÊNCIA

Quando ocorre uma luta armada com fins de deposição do governo legal de um Estado e esta luta atinge de alguma forma a potências estrangeiras, mas não tem as características de beligerância, poderão os Estados estrangeiros reconhecer ao grupo rebelde a condição de insurgentes, não lhes sendo concedido, entretanto, os direitos de busca, captura de contrabando de material bélico ou de bloqueio.

O Estado que reconhecer a insurgência, libera o governo legal dos danos que venha sofrer em decorrência das atividades bélicas dos rebeldes.

7.1 — RECONHECIMENTO DA INSURGÊNCIA PELO GOVERNO LEGAL

Também ao governo legal é permitido o reconhecimento da insurgência, como meio de eximir-se dos danos causados a potências estrangeiras pelos rebeldes. Se o governo legal assim agir, obrigará a dar aos rebeldes o tratamento de prisioneiros de guerra. Esta situação já ocorreu no Brasil, durante a chamada revolta da esquadra em 1893, quando a cidade do Rio de Janeiro encontrava-se sob ameaça de bombardeio pelas belonaves revoltadas e o governo viu-se incapaz de proteger os barcos estrangeiros que se encontravam no porto. Este fato ensejou a intervenção Norte Americana no conflito, tendo esta nação desembarcado fuzileiros navais sob a alegação da necessidade de proteger os seus bens e nacionais na cidade ameaçada.

8 — RECONHECIMENTO DA NAÇÃO

Quando um determinado povo forma uma nação mas não consegue estabelecer um Estado, sua participação em conflitos poderá ser regulamentada pelo reconhecimento de nação, conferindo-lhe por parte daqueles que a reconhecem, a possibilidade de participação autônoma, bem como a utilização de símbolos próprios e a concessão de imunidades diplomáticas a seus representantes. Trata-se basicamente de reconhecer a certo povo o direito de vir a se constituir em Estado.

O fato ocorreu com polacos e tchecos durante a primeira guerra mundial e re-

sultou efetivamente no restabelecimento da Polônia e da Tchecoslováquia como Estados.

Diz GONÇALVES PEREIRA, que:

"Trata-se de formas jurídicas de efeitos limitados mas destinados a institucionalizar a participação no conflito de uma parte combatente, e a conferir-lhes certas imunidades diplomáticas".

(Curso de Direito Inter. Público — 2.^a Ed. — pág. 257).

Depreende-se que o objetivo do reconhecimento de um povo como nação, tem como finalidade permitir sua participação em um conflito, de forma autônoma, que venha resultar, em caso de vitória, na ocupação definitiva de um território onde possa estabelecer um governo, tornando-se desta forma em um Estado.

9 — RECONHECIMENTO DE GOVERNO

Quando ocorre uma mudança de governo em um Estado, de forma que contrarie os dispositivos legais atinentes à matéria, este governo deverá ser reconhecido pelos Estados com que mantém relações. PODESTÁ COSTA define os governos como sendo "DE JURE" e "DE FATO".

Os governos "DE JURE" que são substituídos de forma legal, por meio de eleição ou sucessão, considera-se, como regra geral, a continuidade da manifesta vontade de respeitar os tratados estabelecidos pelos governos anteriores, bem como a de manter as relações internacionais ao nível pré-existente.

Entretanto, se um governo legal é deposto e em seu lugar aparecer um governo "DE FATO", o relacionamento in-

ternacional é considerado interrompido até que este governo manifeste sua vontade de respeitar os acordos do governo anterior e o seu propósito de dar continuidade às relações diplomáticas.

As condições para que este reconhecimento ocorra são:

- a) Efetivo controle do território por parte do governo "DE FATO";
- b) Aceitação por parte da população da autoridade do novo governo;
- c) Manifesta aceitação das obrigações internacionais do Estado.

O reconhecimento de "GOVERNOS DE FATO", não implica na legitimação ou legalização de sua autoridade, mas apenas na sua aceitação.

Com relação a este aspecto citamos ACCIOLY que diz:

"Esse reconhecimento não importa no da legalidade do governo. Significa apenas a admissão de que este possui, de fato, o poder de dirigir o Estado e de o representar internacionalmente."

(Manual de Direito Inter. Público — 7.^a Ed. — pág. 34).

Existem numerosas doutrinas a respeito do reconhecimento do governo, todas de manifesta posição política.

DOUTRINA TOBAR

Antigo ministro de negócios exteriores da República do Equador pretende que os governos "DE FATO", que assumam o poder, só podem receber o reconhecimento, após a volta à normalidade constitucional, com o restabelecimento de um governo que represente a vontade do povo.

DOUTRINA DA CONFERÊNCIA DE CANNES

Pretende que os governos "DE FATO", para serem reconhecidos, devem manifestar clara aceitação aos seguintes princípios:

- a) Proteção da propriedade individual;
- b) Reconhecimento das dívidas contraídas pelo governo anterior;
- c) Garantia da continuidade dos acordos ou contratos anteriores;
- d) Compromisso de abstenção de toda propaganda subversiva contra outro Estado.

DOUTRINA ESTRADA

O Sr. ESTRADA proclamou a doutrina que leva o seu nome, afirmando que o reconhecimento de governos constituía-se em intervenção em assuntos internos de um Estado, não sendo lícito a potências estrangeiras manifestarem-se quanto a governos "DE FATO", estabelecidos em Estados com os quais mantêm relações, a não ser para informar-se das suas disposições quanto ao acatamento das normas de relacionamento internacional.

Assim, alguns Estados procuram seguir estas doutrinas de natureza política, pretendendo usar o reconhecimento como instrumento de pressão para obter de outro Estado um comportamento que lhes pareça correto.

A exemplo, citamos os princípios estabelecidos na conferência de Cannes, que serviram para impedir o reconhecimento do governo Soviético em 1922.

PARECER SOBRE QUESTÕES DE DIREITO MUNICIPAL

Venero Caetano da Fonseca

(Prof. nas Faculdades de Direito de Sete
Lagoas e Divinópolis e advogado em
Minas Gerais)

O ilustre Diretor do Departamento Municipal de Águas e Esgotos (DAE) da Prefeitura Municipal "X" pede o nosso pronunciamento sobre algumas consultas, apresentadas na sua correspondência anexa por cópia.

São dez consultas — relacionadas em alíneas, a) a j). Passamos a respondê-las em seguida.

Consulta a) "Se é irregular o Diretor do DAE perceber maior salário do que o estabelecido para o subsídio do Prefeito e do que o estabelecido para vencimento do diretor da administração direta, na Prefeitura.

— O Prefeito não é considerado servidor público, mas agente político, segundo a lição dos mestres: Celso Antônio Bandeira de Mello — "Apontamentos sobre os Agentes Públicos" — RDP vol. 13/47 e Hely Lopes Meirelles — "Direito Administrativo Brasileiro" — 3.ª ed. — 1975, pág. 721

Já o Diretor do DAE e o Diretor da Administração Direta, na Prefeitura, são servidores públicos, uma vez que mantêm relação de trabalho profissional, não eventual, com entidade pública, sob dependência desta, mediante salário — e não vencimento — pois são regidos pela CLT e não por Estatuto Funcional, conforme nos foi esclarecido verbalmente.

Como são agentes públicos diferentes, os referidos Diretores e o Prefeito, são submetidos a dispositivos legais diferentes, inclusive quanto à remuneração que lhes é devida, dependente de lei por iniciativa do Prefeito com relação aos Diretores e da Resolução da Câmara Municipal relativamente ao Prefeito, na forma da Lei (Orgânica Municipal) Complementar n.º 3/28/12/72, arts. 58, III e 54, V.

De acordo com o art. 76 da citada Lei Complementar n.º 3, o subsídio do Prefeito não poderá ser inferior ao maior padrão de vencimento pago a funcionário do Município, no momento de sua fixação. Isto quer dizer que se houver aumento no men-

cionado padrão de vencimento **depois** da fixação do subsídio, este não será aumentado — a não ser na época própria prevista no art. 54, V — inclusive para que o Prefeito não esteja, quando der aumento aos servidores (art. 58, III), dando aumento, indiretamente, a si mesmo, legislando em causa própria.

Assim sendo, é legalmente possível que, num certo momento, seja o subsídio do Prefeito, transitóriamente, inferior a de um servidor do Município. Esta inconveniência administrativa, o legislador procura evitar através do § 1.º do aludido art. 76:

"A Câmara poderá estabelecer o valor do subsídio que vigorará nos dois primeiros anos e o valor correspondente aos dois últimos anos do mandato e da legislatura".

A inconveniência administrativa de o Prefeito receber menos do que um servidor, comandado seu, pode também ser contornada ou diminuída pela adoção de uma das Conclusões aprovadas pela "III Reunião de Estudos de Direito Municipal", realizada no Município de Atibaia, no Estado de São Paulo, de 13 a 15 de dezembro de 1970, conforme publicação na Revista de Direito Público — Ed. RT — vol. 15/271. Referim-nos a uma das seguintes conclusões:

Conclusão n.º 6:

"O princípio da inalterabilidade do subsídio de prefeito, durante a legislatura, não impede a atualização anual de seu valor, por meio de decreto legislativo, de acordo com índices oficiais, nas hipóteses em que a remuneração não tenha sido fixada progressivamente".

Conclusão n.º 7:

"Os subsídios dos prefeitos municipais podem ser fixados com base no salário mínimo".*

Diga-se de passagem, que o decreto-legislativo referido na conclusão acima, corresponde à resolução legislativa prevista no art. 64 da Lei Complementar n.º 3/28/12/72, uma vez que

"Os decretos legislativos compreendem os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, que, em essência, são chamados de 'lei' (Sara Ramos de Figueiredo — "Processo Legislativo" — Ed. Senado Federal — 1975, pág. 71).

Quanto à segunda parte desta consulta a), a resposta é no sentido de que, em obediência ao princípio da isonomia salarial, devem ser igualados os salários dos dois diretores, na forma dos art. 5.º e 461 da C.L.T.:

"A todo trabalho de igual valor corresponderá salário igual, sem distinção de sexo".

(*) Conclusão idêntica nos debates relativos a "Problemas Jurídicos Atuais dos Municípios", realizados em São Paulo, Itanhaem, durante o XVI Congresso Estadual de Municípios e publicados na Rev. de Dir. Pub. Ed. RT, vol. 18/296 a 21/285).

"Sendo Idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, nacionalidade ou idade".

O Prof. Hely Lopes Meirelles diz que

"A autarquia, sendo um prolongamento do Poder Público, uma "longa manus" do Estado, deve executar serviços próprios do Estado, em condições idênticas às do Estado, com os mesmos privilégios da Administração matriz, e passíveis dos mesmos controles dos atos administrativos. O que diversifica a autarquia do Estado são os métodos operacionais de seus serviços, mais especializados e mais flexíveis que os da Administração centralizada". (ob. cit. pág. 307).

A autarquia se integra no Poder Executivo — notadamente no caso do DAE, uma vez que o Prefeito, além de Presidente nato de seu Conselho Superior, dispõe do poder de veto e aprovação (art. 4.º a) e art. 23 da Lei 238/70) — obrigado a manter a isonomia salarial, inclusive para que possam ser cumpridos o art. 98 e o § 1.º do art. 108 da Constituição Federal e §§ 1.º e 3.º do art. 111 da Constituição Estadual, que tratam da paridade salarial, **guiada** pelos padrões do Poder Executivo, cuja indicação de salários não pode nem deve provocar desorientação com dois pesos e duas medidas.

Considerando o natural controle de Prefeito sobre a autarquia, na associação de responsabilidade entre esta e aquele — em torno do princípio da isonomia salarial — pode ser lembrado, ainda, o § 2.º do art. 1.º da C.L.T.:

"Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas".

Por outro lado, não teria mesmo cabimento jurídico que se facultasse ao Poder Executivo descumprir o princípio da isonomia salarial, desde que promovesse a criação de uma autarquia para a execução de seus serviços.

Quando se fizer o nivelamento salarial sugerido — caso não se prefira elevar a remuneração, mas diminuí-la — deverá ser respeitado o art. 468 da C.L.T. e a Súmula 51 do Tribunal Superior do Trabalho:

"As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos posteriormente à revogação ou à alteração do regulamento".

Consulta b)

"O Diretor do DAE recebendo menos do que o salário estabelecido na legislação da Autarquia, pode requerer a diferença?"

— A fixação de salário baseada em número de salários mínimos, embora administrativamente inconveniente — inclusive pelas dificuldades que pode causar no cálculo e execução da despesa orçamentária — foi julgada inconstitucional pelo Eg. Supremo Tribunal Federal, APENAS

“... no tocante aos servidores sujeitos ao regime estatutário, não ficando, pois, abrangidos pela declaração de inconstitucionalidade os que têm sua relação de emprego regida pela Consolidação das Leis do Trabalho, quer sejam empregados de empresas privadas, quer sejam servidores da Administração Pública, direta ou indireta”. Acórdão de 13/3/968 — Representação n.º 745 — DF — RTJ vol. 45/1.

Além disso, a Lei Federal n.º 6.205/29/4/75 admitiu amplamente o pagamento salarial vinculado a valores do salário mínimo:

“Art. 1.º — Os valores monetários **fixados com base no salário mínimo** não serão considerados para quaisquer fins de direito.

§ 1.º — **Fica excluída da restrição de que trata o “caput” desde artigo a fixação de quaisquer valores salariais**, bem como os seguintes valores ligados à legislação da previdência social, que continuam vinculados ao salário mínimo”.

O Professor Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena ensina que

“As Municipalidades, que não são alcançadas por lei estadual no que toca “à organização dos serviços públicos locais” [Constituição Federal de 1967, com a Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969, art. 15,

“b), são vinculadas pela legislação federal, como reza o citado art 8.º, XVII, b.” (“O Contrato de Trabalho com o Estado” — Ed. LTr. S.P. — 1975, pág. 130)

Assim sendo, parece-nos que o Diretor do DAE tem direito ao seu salário, como previsto no art. 24 da Lei Municipal n.º 238/20/10/970.

Consulta c)

“É proibido estabelecer, na Autarquia Municipal, salário superior ao vencimento dos funcionários da Prefeitura?

— Referidos salários devem ser equivalentes, nos termos das razões expostas com a 2.ª parte da resposta à consulta a).

O princípio da equivalência salarial foi realçado na Lei Federal n.º 6.185/11/12/74, nivelando a remuneração dos servidores estatutários e celetistas, ao dizer que estes “serão admitidos para cargos integrantes do Plano de Classificação, com a correspondente remuneração” (Parágrafo único do art. 3.º).

Consulta d)

"O salário do pessoal do DAE é vinculado ao salário mínimo. Isto é vedado por lei? Pode ser processada a desvinculação?"

— Como acima exposto, na resposta à consulta b), de acordo com o citado acórdão do Eg. S. T. F., de 13/3/1968, proferido na Representação n.º 745 — D.F., publicado na R.T.J. vol. 45/1, não é inconstitucional, para os servidores públicos regidos pela C.L.T., a concessão de salários variáveis, conforme o salário mínimo.

Entretanto, o sistema pode causar transtornos administrativos notadamente quanto ao cálculo e execução da despesa orçamentária.

A possibilidade de sua abolição é juridicamente tranqüila com referência aos futuros servidores, sendo discutível com relação aos atuais servidores, à vista do art. 468 da C.L.T. e a Súmula 451 do Tribunal Superior do Trabalho, já transcrita no final da resposta à consulta a):

"As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos posteriormente à revogação ou à alteração do regulamento".

Para supressão do crédito de pagamento do pessoal com vinculação ao salário mínimo, sugerimos a revogação do art. 24 da Lei Municipal n.º 238/70, mediante dispositivo legal que diga, em termos, o seguinte:

"Sem prejuízo dos salários atuais, fica revogado o art. 24 da Lei n.º 238, de 20 de outubro de 1970 e proibida a remuneração do pessoal do serviço público com vinculação a salário mínimo, como ordenado pelo Parágrafo Único do art. 98 da Constituição Federal e § 2.º do art. 111 da Constituição Estadual".

Na correspondente regulamentação do dispositivo acima formulado, poderão ser aproveitadas as medidas indicadas nos parágrafos 2.º e 3.º do art. 2.º da Lei (federal) Complementar n.º 10, de 6 de maio de 1971:

"§ 2.º — A classificação dos cargos referidos neste artigo, sem paradigmas no serviço civil do Poder Executivo, será precedida de levantamento de suas atribuições, para adequada avaliação e conseqüente fixação de seus vencimentos, respeitado o sistema de retribuição vigorante no Poder Executivo".

"§ 3.º — Independente do levantamento a que alude o § 2.º, a classificação dos cargos de denominação igual à dos cargos do Poder Executivo que tenham o mesmo grau de responsabilidade e exijam a mesma formação profissional".

Depois que estiver em vigor o sugerido dispositivo legal, se houver reclamação, o reclamado poderá alegar — a título de defesa, que será ou não acolhida pelo juiz — que a alteração da forma de pagamento foi decorrente de lei e imposta por motivos constitucionais.

Consultas e) e f)

"Como proceder para reajustar o salário do pessoal do DAE?"

"Como proceder para criar cargos no quadro de pessoal do DAE?"

— Ambas as providências, — reajustamento de salários e criação de cargos no DAE — devem ser efetivadas por meio de lei, de acordo com o art. 58, III e II, da Lei Complementar n.º 3/28/12/72.

Consulta g)

"Qual a competência do Prefeito Municipal no âmbito da Autarquia-DAE?"

— Além daquelas atribuições indicadas na lei de criação da Autarquia, pode ser lembrado o art. 77 da Lei Complementar n.º 3/28/12/72:

"Compete ao Prefeito, entre outras atribuições:

I — exercer a direção superior da administração municipal;

II — ...;

III — ...;

XXX — praticar todos os atos de interesse do Município, quando não reservados, explícita ou implicitamente, a Câmara, outro órgão ou poder".

O professor Celso Antônio Bandeira de Mello registra que

"em última análise, é a lei que estabelece o campo de ação afeto à autarquia, na medida em que condiciona a produção, eficácia, ou permanência de seus atos à concordância da Administração direta, terá, na verdade, expressado aí a definição dos termos em que se contém a liberdade da autarquia".

"é forçoso não esquecer que a autarquia também é administração pública, embora administração indireta. Além do mais, sua natureza é a de entidade "auxiliar" da administração direta, portanto, dos órgãos do Executivo. As entidades autárquicas são, pois, entidades inseridas dentro do Poder Executivo. Este poder tem um Chefe: na órbita municipal é o Prefeito, assim como na estadual é o Governador e na Federal o Presidente ("O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República..." art. 73 da Constituição Federal). — "Manual das Autarquias Municipais" — Ed. SENAM — 1969, págs. 34 e 37).

Consultas h) e i)

"Qual a competência da Câmara Municipal no que tange ao DAE — Autarquia?"

"Qual a competência do Conselho Municipal de Saneamento no que tange ao DAE — Autarquia?"

— Com relação ao DAE, estão previstas na Lei n.º 238/70 a competência da Câmara Municipal no art. 4.º, alínea c), combinada com o respectivo parágrafo 3.º e a competência do Conselho Municipal de Saneamento, no art. 8.º.

Consulta j)

"Apresentar sugestão para eliminar da Lei e do Regulamento do DAE, a vinculação ao salário mínimo, na parte referente ao salário do pessoal, assim como na parte que se refere a valores das tarifas de água e esgoto".

— A sugestão para o desvinculamento do salário mínimo quanto ao pagamento de pessoal, já foi motivadamente apresentada, acima, na resposta referente à consulta d), 2.ª parte.

— Quanto às tarifas de água, esgoto, pode ser observado o seguinte:

De acordo com a Constituição Federal, art. 8.º, XVII, compete à União legislar, inclusive, sobre direito do trabalho e financeiro. A Lei Federal n.º 6.205, de 29/4/75 determinou, com as exceções nela previstas — no seu art. 1.º, que

"Os valores fixados com base no salário mínimo não serão considerados para quaisquer fins de direito".

Verifica-se, portanto, que o parágrafo único do art. 12 da Lei Municipal n.º 238/20/10/70 — na sua parte que vincula a fixação das tarifas "EM TERMOS PERCENTUAIS SOBRE O VALOR DO SALÁRIO MÍNIMO DA REGIÃO" — foi revogado pela referida Lei Federal n.º 6.205, de 29/04/75, art. 1.º.

Assim sendo, o Sr. Prefeito, de acordo com o art. 12, parágrafo único e art. 25, § 1.º da Lei Municipal n.º 23/20/10/70, modificará o regulamento das tarifas, "de modo a assegurar, em conjunto com outras rendas, a auto-suficiência econômica-financeira do DAE", podendo — se administrativamente satisfatório — aproveitar o coeficiente de atualização monetária previsto no art. 2.º, parágrafo único da Lei n.º 6.205, de 29/4/75 e indicado pelo Decreto Federal n.º 75.704, de 8/5/75.

Belo Horizonte, 24 de novembro de 1975.

DO TRIBUTO EM GERAL

Vital Teixeira Santiago

(Prof. na Faculdade de Direito de Sete
Lagoas e Advogado em Minas Gerais)

O tributo é uma instituição universal, de aspecto coercitivo, porém, em contrapartida, de fundo social e moral.

O conceito de tributo tem variado através dos tempos, em consonância com as idéias políticas e econômicas predominantes. Na antiguidade, o imposto era tido como imposição do vencedor ao vencido, espécie de pena que se cumpria pela entrega de dinheiro ou de bens. Essa noção manteve-se inalterada por longos anos, até que, na Idade Média, já se admitia que o tributo não poderia ser cobrado sem o consentimento do contribuinte e, mais ainda, o tributo era considerado um PRESENTE, uma DÁDIVA que o contribuinte fazia ao príncipe para ajudá-lo a atender as despesas do erário. As palavras que designavam o imposto — "donum" — adjutório — sugeriam a idéia de assistência, de favor, de auxílio do povo ao Estado.

Mais tarde o conceito modificou-se e apareceu a idéia do sacrifício suportado pelo indivíduo, pelo cidadão, em favor do erário. Era, enfim, a idéia do DEVER. A mais recente noção de tributo é concebida pela própria significação do vocábulo — imposto — que sugere a idéia de obrigatoriedade, de imposição.

De fato, o Estado obriga os contribuintes a pagar tributos no interesse dos

membros da coletividade, que se servem e gozam dos bens e serviços públicos. Mediante a arrecadação de tributos, o Estado deve provar à construção e manutenção de estradas, canais, portos, ruas, calçamento, iluminação, canalizações de água e esgotos e de todas as estruturas dos sistemas viários e econômicos, bem como das forças armadas, que defendem o solo pátrio, da política, que mantém a ordem e a segurança internas, das comunicações, dos transportes, das escolas, dos hospitais, da justiça e de todo o complexo que assegura o bem estar social.

É claro que tais benefícios são prestados a todos, indistintamente, e não na proporção do que cada um paga, porque a particularização, na distribuição dos benefícios comuns, apagaria a função social do Estado e anularia o interesse público.

Como a evolução dos tempos a sociedade se modificou. Vieram as guerras, sempre de fundo econômico e social, modificando os valores da sociedade; estabeleceram-se as constituições; surgiram as grandes democracias; criaram-se os governos de administração organizada, e a partir de então os tributos passaram a se considerar como itens, dentro de um contexto geral, chamado Orçamento, que fixa a despesa e prevê a receita.

A realização do orçamento programado pelo governo necessita de conseqüente cobertura financeira, obtida através da arrecadação dos tributos. Nessa ordem de idéias, o pagamento pontual dos tributos pelos contribuintes possibilita ao governo a concretização do seu programa de prestação de serviços à seletividade em todos os campos da atividade social.

É uma obrigação cívica, capaz de dar ao governo condições para o seu programa de desembolsos com a prestação de serviços e com os investimentos destinados a dar à Nação o ritmo de desenvolvimento desejado.

Para Luigi Cossa, o "tributo é uma parte derivada da receita pública, em contraposição às rendas patrimoniais constitutivas do domínio fiscal, que são a parte originária". Segundo Aliomar Baleeiro, em sua obra "Direito Tributário Brasileiro", a definição que mais se ajusta ao seu entendimento de que seja tributo é a que foi inserida no projeto da Constituição Federal de 1946, no seu artigo 17: TRIBUTO é toda prestação pecuniária instituída por lei, com caráter compulsório pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no uso de competência constitucional inerente à sua condição de pessoa jurídica de Direito Público.

De conformidade com o Código Tributário Nacional (Lei n.º 5.172, de 25.10.66), em seu artigo 3.º, a **definição legal de tributo** é: "toda prestação pecuniária compulsória em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada".

Lembra muito bem o Professor Onaldo Franco Jannotti, em sua apostila de Direito Tributário, fls. 8:

"A maioria dos autores faz dois reparos a esta definição do Código Tributário Nacional. O primeiro pelo fato de ela referir-se a prestação "pecuniária", "em moeda"; ora, PECÚNIA já significa moeda, havendo pois uma redundância, uma repetição desnecessária. O segundo reparo também se refere a uma redundância: se a obrigação é compulsória (obrigatória), só pode ser instituída em lei, visto que pelo artigo 153, § 2.º da Constituição Federal, "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei".

Em seu conjunto, entretanto, a definição do CTN é aceita pela doutrina.

Em comentário sobre a definição legal de tributo, Aliomar Baleeiro ensina que a cláusula "que não constitua sanção de ato ilícito" distingue as multas e penalidades do tributo propriamente dito, visto que o Código adotou a teoria pela qual os tributos se caracterizam pelo caráter compulsório. Ninguém paga um tributo por haver infringido uma lei. Ele deve ser pago porque a lei escolheu um fato lícito para dar nascimento à obrigação tributária.

CLASSIFICAÇÃO DOS TRIBUTOS

As mais variadas classificações dos tributos são encontradas e, diga-se de passagem, em autores dos mais respeitáveis. Como orientação, tomamos a classificação do Prof. Veiga Filho, por julgarmos uma das mais completas.

Os tributos se classificam quanto:

1. à natureza
2. à matéria em que pode ser pagos
3. ao grau de perequação
4. à incidência
5. ao modo de percepção
6. à hipótese de incidência tributária

Quanto à NATUREZA, temos: Federal, Estadual, Municipal, dependendo da vinculação à origem de que vier sua determinação.

Quanto à MATÉRIA em que podem ser pagos: A) por serviços; B) por produtos, C) por numerário. Por serviços, quando se calcula o valor do serviço que possa resgatar o imposto devido por contribuinte lançado. Por produtos, quando é percebido por meio de certas porções de mercadorias tributáveis. Por numerário (praticamente a única atualmente em uso), quando arrecadado em moeda circulante.

Quanto ao grau de PEREQUAÇÃO: a) fixo; b) adicional; c) proporcional; d) progressivo. Fixo, quando o imposto consiste numa soma igual, anteriormente determinada, e a ser paga pelo contribuinte. Adicional, quando calculado sobre um valor fixo ou uma alíquota sobre o imposto principal ou primitivo que se vai recolher, recolhendo-se juntamente com este. Proporcional, quando percebido por uma alíquota única a ser aplicada sobre os valores tributáveis (normalmente a alíquota é invariável). Progressivo, quando a alíquota se eleva, à medida que crescem os valores tributáveis.

Perequação é uma expressão de origem latina que significa tornar igual uma coisa entre muitas pessoas.

Quanto à INCIDÊNCIA, Pessoais e Reais. Pessoais, os impostos que recaem diretamente sobre as atividades das pessoas ou sobre os resultados específicos e direitos dessas atividades; Reais, quando recaem sobre as coisas, sobre os bens patrimoniais.

Quanto ao MODO DE PERCEPÇÃO: Direto e indireto. Direto, quando todas as contribuições são arrecadadas por meio

de listas nominativas e recaem sobre certos fatos permanentes, periodicamente constatados. São impostos que atingem direta e individualmente o contribuinte. Indiretos, quando são arrecadados em virtude de tarifas impessoais e recaem sobre certos fatos não contínuos, que ocorrem dia a dia, porém variavelmente.

Quanto a HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA o tributo se divide em Vinculado e Não Vinculado. Vinculado quando ocorre uma atuação estatal específica a título de contraprestação (São as taxas e Contribuições). Não Vinculado quando inexistente a referida atuação (São os impostos).

O TRIBUTO E SUA FUNÇÃO EXTRAFISCAL

A extrafiscalidade é uma técnica utilizada pelo Estado com o fim de servir dos tributos como instrumento de intervenção na economia privada, quer sob a forma de tributação drástica e específica, quer sob a forma de isenções ou incentivos.

Uma das mais antigas formas de aplicação do imposto como meio de orientação extrafiscal é a exigência dos direitos alfandegários, com o fim precípua de proteger a produção nacional. Qualquer técnica de tributação extrafiscal em bases racionais, pressupõe o estudo dos efeitos de cada imposto em determinadas circunstâncias, com sua influência na conjuntura econômica, para se evitar negligências e improvisações, que só podem conduzir a desfecho lamentável.

A intervenção do Estado se faz por meio de várias medidas, e Aliomar Baleeiro anota as seguintes:

1. proteção à produção nacional (agrícola ou fabril), pelas tarifas aduaneiras;

2. combate ao lucro excessivo e à dissipação da requisição de impostos suntuários;

3. política demográfica, contra onéomautusianismo, com isenções concedidas às famílias prolíferas e imposições adicionais sobre solteiros e casais sem filhos;

4. estímulo à construção e aproveitamento de áreas urbanas, por meio de tributação drástica sobre terrenos baldios ou áreas ocupadas por prédios velhos, mesquinhos ou em ruínas;

5. restabelecimento da propensão ao consumo como política fiscal através de impostos progressivamente altos sobre heranças, rendas, lucros não distribuídos, no pressuposto de que a concentração da fortuna não favorece o investimento e a prosperidade coletiva;

6. preservação da moralidade e da boa fé do povo, através de fortes impostos de consumo sobre materiais de jogos de azar em geral, inclusive loterias;

7. preservação da saúde pública, por meio de impostos drásticos sobre bebidas alcoólicas e fumos, visando a conter o consumo;

8. Incentivos às indústrias novas.

É claro que o êxito de qualquer das aplicações mencionadas se condiciona ao fato de ser presidida por princípios lógicos, técnica adequada, aplicação oportuna, para que se possa aceitar a sua justificativa.

Temos, por exemplo, o imposto territorial rural condicionado à divisão do latifúndio em incidência que deve regular-se não pelo valor das terras e sim pelas áreas, para não favorecer o minifúndio, que é socialmente tão nocivo quanto o latifúndio.

O exercício extrafiscal do imposto é de grande significação para o Estado, eis que ele é o instrumento pelo qual o Estado atinge a finalidade do benefício geral, exercendo a sua função de intervir na economia particular.

Alguns autores admitem que só a despesa tem função social, e o imposto orientado pela extrafiscalidade, reduz a entrada de numerário para os cofres públicos, impedindo o Estado de realizar despesas, as vezes necessárias, ou melhor a extrafiscalidade não dando rendimento, deixa de ter função que a justifique, pois sem renda, o Estado não terá meios para se manter e realizar obras, das quais necessita.

Como contestação a esta justificativa, o Professor Alberto Deodato argumenta que negar medida de função social ao imposto com fins extrafiscais, é incorrer em erro, e justifica: "Há imposto, cuja finalidade não é render, é deixar de render e nada arrecadar para o fisco. Quando se estabelece um imposto contra o álcool, contra o luxo; quando se cria uma tarifa alta para certa mercadoria importada; quando se diminui ou mesmo se isenta impostos para novas construções, não se tem em vista arrecadar para aumentar ou diminuir receita; a finalidade é não luxar, não beber, não importar, construir mais, pois entre o dinheiro que devia entrar para os cofres públicos e não entra, reduzindo a arrecadação, o Estado dá preferência a esta hipótese, pois entende que escasseando os objetos de luxo, a economia individual será mais farta para gêneros úteis, para a alimentação e para o vestuário. Anula-se a ostentação do luxo inútil que externa de forma chocante as desigualdades sociais. Elimina-se ou alivia-se chaga social do alcoolismo, que só faz gerar misérias e desgraças. Sendo nula a importação de certas mercadorias estrangeiras, florescerão

indústrias nacionais similares, enriquecendo a economia do país. Diminuindo o imposto sobre novas edificações, estas se tornam mais fáceis e efetivas e por certo irão auxiliar no crescimento das cidades e na solução do grave problema habitacional. Em consequência, existem na extrafiscalidade grandes funções sociais. Quanto à redução de entradas para os cofres públicos, isto não se verifica, já que o tributo, no exercício de função extrafiscal vai carrear indiretamente para o Poder Público.

Voltando ao processo de gravação alta que se concede ao imposto de importação, possibilita o incremento à produção nacional, concedendo ao Estado possibilidades para se resguardar, se ampliar e se tornar independente.

TRIBUTO EM ESPÉCIE

1. IMPOSTOS

O Estado moderno usa a tributação como meio regulador de distorções porventura observadas, ao intervir no domínio econômico e social. Nem todos os impostos entretanto se prestam a essa utilização, como veremos. Por isso vemos nos impostos aspectos de grande importância para a conjuntura estatal. As relações dos impostos com a produção, circulação e consumo das riquezas são profundas.

Além destas, tem o imposto uma estreita relação com o regime político e o organismo social de Estado.

Num entendimento extensivo, imposto é o tributo que visa atender indistintamente as necessidades de ordem geral da administração pública.

O CTN, ao se referir a imposto, diz textualmente:

"Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica relativa ao contribuinte".

1.1 CLASSIFICAÇÃO GERAL DOS IMPOSTOS

Sendo o imposto um tributo, sua classificação, como já vimos, pode ser quanto à natureza, quanto à matéria em que pode ser pago, quanto ao grau de perequação, quanto à incidência e quanto ao modo de percepção.

Para melhor assimilação, tomamos o exemplo de alguns tipos de impostos a fim de classificá-los corretamente:

IMPOSTO S/A RENDA E PROVENTOS DE QUALQUER NATUREZA

Quanto à natureza: federal;

Quanto à matéria em que pode ser pago: numerário;

Quanto ao grau de perequação: proporcional e progressivo;

Quanto à incidência: pessoal;

Quanto ao modo de percepção: direto.

IMPOSTO PREDIAL E TERRITORIAL URBANO

Quanto à natureza: municipal;

Quanto à matéria em que pode ser pago: numerário;

Quanto ao grau de perequação: proporcional e progressivo;

Quanto à incidência: pessoal;

Quanto ao modo de percepção: direto.

IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS

Quanto à natureza: federal;

Quanto à matéria em que pode ser pago: numerário;

Quanto ao grau de perequação: proporcional;

Quanto à incidência: real;

Quanto ao modo de percepção: indireto.

IMPOSTO S/ SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA

Quanto à natureza: municipal;

Quanto à matéria em que pode ser pago: numerário;

Quanto ao grau de perequação: proporcional;

Quanto à incidência: pessoal;

Quanto ao modo de percepção: direto.

IMPOSTO SOBRE A CIRCULAÇÃO DE MERCADORIA

Quanto à natureza: estadual;

Quanto à matéria em que pode ser pago: numerário;

Quanto ao grau de perequação: proporcional;

Quanto à incidência: real.

Quanto ao modo de percepção: indireto.

CLASSIFICAÇÃO DOS IMPOSTOS QUANTO A NATUREZA E QUANTO AO FATO GERADOR

- A) 1. Importação
2. Exportação
3. Renda

4. I.P.I.

5. Territorial Rural

6. Operações Financeiras

7. Transportes e Comunicações

8. Combustíveis e Lubrificantes

9. Energia Elétrica

10. Minerais

11. Extraordinários (em caso de guerra externa)

B) Impostos Estaduais

1. ICM

2. ITBI

C) Impostos Municipais

1. Imposto sobre serviços (ISS ou ISQN)

Predial e Territorial Urbano

Observação: Ao Distrito Federal e aos territórios é facultado cobrar os impostos de competência estadual e municipal.

2. TAXA

É uma espécie de contraprestação ou contribuição que os indivíduos pagam como remuneração de serviços que o Estado lhes presta diretamente, ou pela utilização normal de coisas de seu domínio patrimonial ou ainda colocado à sua disposição. Exemplos:

— Taxa d'água, taxa de expediente, taxa judiciária, taxa sanitária, taxa de pedágio, etc.

2.1 DIFERENÇA ENTRE TAXA E IMPOSTO

A taxa se distingue do imposto pelo benefício imediato que da mesma resul-

ta para o contribuinte individualmente. No imposto, o benefício é dado através da prestação de serviços públicos gerais.

2.2 FATO GERADOR

É fato gerador da taxa o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial de serviço público específico e divisível prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.

O CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL se incumbe de fazer a análise dos elementos conceituais do Instituto **taxa** e o faz dizendo:

a — a taxa é o tributo que tem por fato gerador o exercício regular do poder de polícia, assim entendido como a atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a abstenção de fato, em razão de interesse público, concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do poder público, ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Constituem o chamado "poder de polícia", os meios pelos quais o poder público impõe limitações à atividade pessoal e ao uso da propriedade, tendo em vista o bem coletivo, através da faculdade discricionária permitida à administração pública, em nome do interesse geral.

Manifesta-se o "poder de polícia" (do grego: poliscidade a vigilância das cidades) por ordens ou proibições das autoridades públicas encarregadas de controlar, fiscalizar ou até de cercear as atividades das particularidades que sejam contrárias ao bem da coletividade.

Exemplo disso, encontra-se na "Taxa de Segurança Pública", cobrada pelo Estado, indicando como incidência os alvarás de licença para "bailes e reuniões dançantes" para "porte de armas", etc., que podem ser fornecidas ou não, como limitações determinadas pela autoridade competente ou sem limitações, tudo em razão do interesse público.

Mas só se pode justificar a instituição de taxa, baseada no exercício do "poder de polícia", quando este se considere "regular", isto é, quando for desempenhado pelos órgãos competentes nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal, e tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio do poder.

b — Utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição. Esta segunda modalidade de fato gerador da taxa pressupõe a existência de um serviço público a ser prestado ao contribuinte ou apenas posto à sua disposição, compulsoriamente, pelo Estado. Por serviço público específico devem ser entendidos aqueles que proporcionam vantagens ao indivíduo ou a grupos de indivíduos e que podem ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de utilidade, ou de necessidades públicas.

Embora estejam ligados a interesses ou necessidades públicas, tais serviços são utilizados pela pessoa ou grupos de pessoas "ut singuli", destacadamente do complexo dos serviços gerais que o Estado presta. Assim a taxa d'água, a taxa rodoviária, etc., que não obstante objetivem um mínimo de interesse público atendem mais às necessidades individuais ou de grupos. Somente serviços públicos específicos, especiais ou particularizados é que podem gerar o tributo em apreço.

Para a exigência de taxas, o serviço público deve ser não somente específico, mas também divisível, ou seja, suscetível de utilização, separadamente, por parte de cada um dos seus usuários.

O serviço diplomático e consular foi instituído no interesse nacional das relações com os outros países e a primeira vista é indivisível, pois interessa a todos indistintamente. Entretanto isto não obsta a existência de um interesse pessoal, divisível e individualizável. É o caso do cidadão que deseja um passaporte ou um visto consular e terá, para si, um serviço divisível e específico, uma atividade puramente administrativa exercida em seu proveito pessoal, ordinariamente coberta pela taxa respectiva.

A utilização do serviço específico e divisível, realizado pelo Estado, será "efetiva", quando for usufruída a qualquer título pelo contribuinte, e, potencial, quando, sendo de utilização compulsória, o serviço seja posto à sua disposição mediante atividade administrativa, em efetivo funcionamento.

O serviço de limpeza pública justifica juridicamente a instituição da taxa respectiva, dela não podendo se furtar o proprietário ou morador que tem incinerador próprio para o lixo.

Entende Bernardino Ribeiro de Moraes que a expressão "prestados ou postos à disposição" do contribuinte só se deve a excesso de zelo do legislador, pois sendo a taxa um tributo, o seu pagamento será obrigatório, compulsório, bastando que o serviço exista.

2.3 BASE DE CÁLCULO

A taxa não pode ter base de cálculo ou fato gerador idênticos aos que correspondam ao imposto, nem ser calculada em função do capital das empresas.

2.4 INSTITUIÇÃO E COBRANÇA DE TAXAS

Para efeito de instituição e cobrança de taxas, consideram-se compreendidos no âmbito das atribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal, ou dos Municípios, os serviços que competem a cada uma dessas pessoas de Direito Público realizar, obedecidas as normas da Constituição Federal, das contribuições dos Estados, das leis orgânicas do Distrito Federal e dos Municípios e da legislação com eles compatíveis.

2.5 TIPOS DE TAXAS

No Estado de Minas Gerais temos os seguintes tipos de taxas:

- I — Taxa de Expediente
- II — Taxa Judiciária
- III — Taxa de Segurança Pública

A Taxa de Expediente incide sobre:

a) atividades especiais dos organismos do Estado no sentido de licenciamento e controle de ações que interessem a coletividade;

b) atividades praticadas por pessoas físicas ou jurídicas, por repartições ou autoridades estaduais, visando a preservação da segurança pública, a saúde a higiene, a ordem, os costumes, a tranquilidade pública e a garantia oferecida ao direito de propriedade.

TAXA JUDICIÁRIA

Tem como fato gerador a utilização dos serviços da Justiça mantido pelo Estado e incide sobre ação ou processo judicial, contencioso ou administrativo, ordinário, especial ou acessório, ajuizado perante qualquer Juízo ou Tribunal.

TAXA DE SEGURANÇA PÚBLICA

É devida pela utilização de serviços específicos e divisíveis prestados pelo Estado, em órgão de sua administração ou colocados à disposição de pessoas físicas ou jurídicas, cujas atividades exijam do Poder Público Estadual permanente vigilância policial ou administrativa, visando a preservação da segurança, tranquilidade, saúde e higiene públicas, a ordem, os costumes e as garantias oferecidas ao direito de propriedade.

2.6 TAXAS E PREÇOS

(Preços, quase privados — público e político).

Taxa e Preço são, ambos, modalidades de receita pública. O que os diferencia é a compulsoriedade (obrigatoriedade) ou não de se levar dinheiro aos cofres públicos.

A taxa (tal como os demais tributos) resulta de uma obrigação ex-lege (que decorre da lei), enquanto que o preço é pago devido a uma obrigação ex-voluntate (nascida da vontade de quem vai pagá-lo), a um contrato de adesão.

A doutrina costuma dividir os preços em quase privados, públicos e políticos. É uma divisão feita pela ciência financeira.

Assim, leciona Aliomar Baleeiro ("uma introdução à Ciência das Finanças"), que o preço quase privado "forma-se como os da economia privada, segundo as condições do mercado, em regime de concorrência". Assim, temos o preço **quase privado**, quando indústrias ou empresas comerciais do governo vendem seus produtos no mercado, em regime de concorrência com empresas particulares.

É o caso da Petrobrás, da Cia. Vale do Rio Doce e de outras empresas estatais. Embora possa ter alguma finalidade pública há, no caso dos preços quase privados, um interesse de lucro por parte das empresas estatais.

Já no caso dos **preços públicos**, a entidade que presta o serviço ou fornece o bem ao particular, cobra apenas o suficiente para cobrir as despesas com a prestação de serviço ou com o fornecimento do bem, inexistindo interesse de lucro.

Como lembra Baleeiro, (op. cit.) o **preço público** pode ser múltiplo-diverso para as diferentes categorias de usuários de sorte que todos em conjunto, bastem para cobrir as despesas (p. ex. a **tarifa ferroviária barata para gêneros alimentícios e alta para artigos de luxo**).

O **preço diz-se político** — quando é fixado abaixo do custo do serviço ou do bem fornecido. Assim, ocorrerá o preço político sempre que, por motivo de interesse público, o Estado ou qualquer entidade estatal fornecer o serviço ou bem com **déficit**. Baleeiro exemplifica com a situação das ferrovias governamentais, no Brasil, que, em geral, cobram preços insuficientes para cobrir os custos.

3. CONTRIBUIÇÕES

Vimos que o imposto é arrecadado para atender às necessidades gerais da Administração, do Governo e dos Serviços Públicos, enquanto a taxa visa atender as necessidades individuais.

As contribuições objeto do presente título são classificadas pelos tributaristas em:

- a) Contribuição de Melhoria;
- b) Contribuições Parafiscais.

3.1 CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA

É o pagamento obrigatório decretado, exclusivamente, ou concorrentemente, pelo Município, pelo Estado e pela União, em razão da valorização produzida em imóvel do contribuinte, por obra realizada após sua audiência e cujo montante não pode ultrapassar nem o custo da obra e nem o valor do benefício.

Vê-se, pois, que **contribuição de melhoria** é decorrência de obra pública, por conseguinte, pode, constitucionalmente, ser reclamada por qualquer dos três níveis do governo — União — Estado membro e Município — que tenha, eventualmente, realizado a obra de que resultou aumento de valor para o imóvel particular.

Trata-se pois, de **área comum de tributação**, isto é, área em que cada nível de governo pode atuar livremente, observadas as condições estabelecidas constitucionalmente.

Mas, não pode ela ser exigida em limites superiores à despesa realizada, nem ao acréscimo do valor que resultar para o imóvel, o que nem sempre seria fácil fixar. Essa contribuição toma por base as vantagens diretas advindas para o proprietário.

Diferencia-se do imposto e da taxa, principalmente, porque resulta em um reembolso feito pelo particular ao Poder Público que realizou a obra, na exata proporção da despesa dessa obra e da valorização verificada no imóvel por ela beneficiado.

Toda lei relativa à **contribuição de Melhoria** deve obedecer aos seguintes requisitos:

1. publicação prévia de:

- a) memorial descritivo do projeto;
- b) orçamento do custo da obra;
- c) determinação da parcela do custo da obra a ser financiada pela contribuição;
- d) delimitação da zona beneficiada;
- e) determinação do fator de absorção do benefício da valorização para toda a zona ou para cada uma das áreas diferenciadas, nela contidas.

2. Fixação de prazo não inferior a 30 (trinta) dias para impugnação, pelos interessados, de qualquer dos elementos referidos no inciso anterior.

3. Regulamentação do processo administrativo de instituição e julgamento da impugnação.

A contribuição relativa a cada imóvel será determinada pelo rateio da parcela do custo da obra pelos imóveis situados na zona beneficiada.

Cada contribuinte deverá ser notificado do montante da contribuição, da forma e dos prazos de seu pagamento e dos elementos que integram o respectivo cálculo (art. 82 do CTN).

O Decreto-Lei n.º 195, de 24 de fevereiro de 1967, trata legalmente da contribuição de Melhoria.

3.2 CONTRIBUIÇÕES PARAFISCAIS

As necessidades do grupo social, econômico, profissional ou dos beneficiários de seguro, são garantidas pelas contribuições parafiscais.

Paralelo ao sistema tributário nacional previsto no art. 18 da Constituição do Brasil, existem contribuições que se convencionou designar "parafiscais" (neologismo importado da França).

Para Hely Lopes Meireles, o que configura o tributo como **contribuição para-fiscal** e o distingue do imposto e da taxa é o fato de incidir sobre os beneficiários diretos e indiretos do serviço, e sua receita ser destinada exclusivamente a entidades autárquicas ou paraestatais que o arrecadam compulsoriamente.

Aliomar Baleeiro diz que esse sistema de contribuição denominado "parafiscalidade", consiste na atribuição do poder fiscal, pelo Estado, a entidade de caráter autônomo, investida de competência para o desempenho de algum ou alguns fins públicos, geralmente os de previdência social e organização de interesses profissionais, em harmonia com o interesse público.

As contribuições parafiscais resultam dos artigos 21, § 2.º, inciso I; 163, parágrafo único e 166, § 1.º da Constituição Federal.

Em nosso país existem contribuições parafiscais para órgãos de dirigismo econômico, entidades de seguro social e para a fiscalização profissional ou atividade sindical.

Após a promulgação do Código Tributário Nacional, que a elas não se referiu, o Decreto-Lei n.º 27, de 14.11.66, tratou do assunto, mas se ateve somente nas contribuições para fins sociais, destacando: a contribuição sindical (art. 518 e seguintes da CLT e art. 16 da Lei 4.580, de 1954); as do Fundo de Assistência e Previdência do Trabalhador Rural (Lei 4.214, de 1963 art. 158); a do Fundo de Garantia de Tempo de Serviço (art. 2.º da Lei 5.105, de 1966); as do SESI ou SESC, SENAI ou SENAC.

Além destas, existem ainda as contribuições econômicas cobradas pela Lei n.º 4.870, de 1965, modificada pelos Decretos-leis 16/1966 e 308/1967, as do IBC, Dec. 47/1966 e outras.

De fiscalização de exercício profissional, exemplificamos com as cobradas pelo OAB, CREA e CRM.

Para Aliomar Baleeiro ("Uma Introdução à Ciência das Finanças", pág. 284, Forense, 1968), na elaboração doutrinária das contribuições parafiscais, existem quatro características essenciais;

a) delegação de poder fiscal do Estado a um órgão oficial ou semi-oficial autônomo;

b) destinação especial, isto é, "afetação" dessa receita aos fins específicos cometidos ao Órgão Oficial ou semi-Oficial investido daquela delegação;

c) exclusão dessas receitas delegadas no orçamento geral;

d) subtração de tais receitas e fiscalização do Tribunal de Contas ou Órgão de Controle da execução orçamentária.

Todavia, as instituições que se beneficiam das contribuições parafiscais, estão sujeitas ao controle desse Tribunal, porque são pessoas de Direito Público, ou responsáveis por dinheiros e outros bens públicos (art. 70, § 4.º da Constituição Federal, redação da Emenda 1/69) para aplicação específica a fins públicos, e a nenhum outro.

TAXA FLORESTAL

Uma das principais modalidades da contribuição parafiscal vigente no Estado de Minas Gerais é a TAXA FLORESTAL. Foi introduzida em nosso Estado pela Lei n.º 2.606, de 5 de janeiro de 1962, em seu artigo 5.º, para vigorar a partir do exercício financeiro de 1963.

Constitui ela a principal fonte de receita para que o Instituto Estadual de Florestas possa atingir seus objetivos

(art. 2.º da Lei 2.606, de 09.01.62 e Lei 4.747, de 09.05.68, arts. 61 e seguintes).

DOS CONCEITOS

A Taxa Florestal é contribuição para-fiscal destinada à manutenção dos serviços de fiscalização e política florestal, a cargo do Instituto Estadual de Florestas (autarquia criada pela Lei 2.606 de 05.1.62), nos termos do Decreto 7.923, de 15.11.64, do Código Florestal (Lei Federal 4.771, de 15.09.63) e de convênio firmado com o Governo Federal por intermédio do Ministro da Agricultura.

A Taxa Florestal corresponde às atividades fiscalizadoras, administrativas policiais e de estímulo, de competência do Estado, no setor de Polícia Florestal, e às oriundas de delegação federal quanto à execução no Estado, por intermédio do Instituto Estadual de Florestas, das medidas decorrentes do Código Florestal e do Código de Caça.

DA INCIDÊNCIA

Sujeitam-se às incidências da Taxa Florestal os produtos e subprodutos de origem florestal.

§ 1.º — São produtos florestais, para fins de incidência, a lenha, a madeira apropriada à indústria, as raízes ou os tubérculos, as cascas, folhas, frutos, fibras, resinas, seivas, sementes e em geral, tudo o que for destacado de espécies florestais e que se preste diretamente ao uso do homem.

§ 2.º — Constituem subprodutos florestais o carvão vegetal e os resultantes da transformação de algum produto vegetal, por interferência do homem ou pela ação prolongada dos agentes naturais.

DA BASE DE CÁLCULO E ALÍQUOTA

A Taxa Florestal tem sua base de cálculo estabelecida pelo art. 207 da Lei 5.960, de 01.08.72, a saber:

Art. 207:

§ 1.º — A Taxa Florestal será exigida à base de 3% (três por cento) sobre o valor dos produtos e subprodutos e sobre o valor de desmatamento definidos na pauta estabelecida pelo Instituto Estadual de Florestas.

DOS CONTRIBUINTES

São contribuintes diretos da Taxa Florestal os proprietários rurais ou possuidores a qualquer título das terras ou florestas, nos casos de queimadas ou desmatamentos, e respondem pela taxa, como contribuintes de direito;

I — as indústrias em geral, e em especial siderúrgicas, metalúrgicas, panificadoras, usinas, engenhos, cerâmicas ou minerações, que utilizem combustível, lenha ou carvão extraídos no Estado.

II — os laboratórios, as drogarias ou indústrias químicas que utilizem espécies vegetais no preparo de medicamentos, essências, óleos, extratos ou perfumarias;

III — quaisquer indústrias de aproveitamento de produtos vegetais, inclusive serrarias, carpintarias e fábricas de móveis que usem madeira em bruto ou beneficiadas;

IV — as empresas de construção que utilizem madeira em bruto ou beneficiadas ou os depósitos de material de construção, em idêntica situação;

V — as empresas cuja finalidade principal ou subsidiária seja a produção ou a extração de madeira.

DO PRAZO DE PAGAMENTO

O reconhecimento será feito pelas indústrias, quinzenalmente, em relação aos produtos ou subprodutos florestais usados, transformados, empregados ou vendidos durante a quinzena anterior.

DA ARRECADAÇÃO

A taxa Florestal será arrecadada pela Secretaria de Estado da Fazenda ou mediante convênio, pelo Instituto Estadual de Florestas. Se a arrecadação se fizer pela Secretaria de Estado da Fazenda, o produto arrecadado será depositado até o último dia de cada mês, em qualquer instituição financeira do Estado, à ordem ou disposição do Instituto Estadual de Florestas.

A taxa Florestal será arrecadada mediante Guia única de Arrecadação.

DA FISCALIZAÇÃO

Para efeito de controle, os contribuintes da Taxa Florestal deverão manter e escriturar, sempre atualizados os seguintes livros:

1. Livro de Registro de Entradas, a ser usado pelos que adquirem os produtos e subprodutos florestais;

2. Livro de Registro de Controle da Produção e Estoque, modelo 8, destinado às indústrias extrativas, à produção rural e outros que não sejam industriais ou comerciantes.

No caso de desmatamento e queimadas, os proprietários rurais responsáveis, condôminos, arrendatários, fereiros ou ocupantes terão de obter, previamente, o respectivo alvará de licenciamento,

concedido pelo Instituto Estadual de Florestas, pagando, na oportunidade, a taxa respectiva. A fiscalização da taxa Florestal competirá a Agentes de Fiscalização da Secretaria da Fazenda do Estado de Minas Gerais e Instituto Estadual de Florestas, mediante convênio para este fim celebrado.

DAS PENALIDADES

A falta de pagamento, o pagamento a menor ou fora do prazo da Taxa Florestal, sujeitará o contribuinte à multa de 100% (cem por cento), que será reduzida a 50% (cinquenta por cento) se o responsável se prontificar a recolher o débito até 30 (trinta) dias após a notificação.

Nos casos de desmatamento ou queimada, quando feitos sem observância de licenciamento prévio, a taxa será devida com 100% (cem por cento) de acréscimo, sem prejuízo das multas e ações penais previstas no Código Florestal (Lei 4.771, de 15.11.65).

Ressalte-se que inexistente, até o momento qualquer dispositivo concedendo aos contribuintes infratores da Taxa Florestal e possibilidade de redução de penalidade, aquém de 50% (cinquenta por cento) quando o mesmo, espontaneamente, procura a Repartição competente para o recolhimento da contribuição não efetuado dentro dos prazos estipulados na legislação específica.

OBSERVAÇÕES SOBRE A TAXA FLORESTAL

1. Na hipótese de ter sido a taxa paga na oportunidade de desmatamento, será o montante abatido do devido na fonte de utilização dos produtos e subprodutos.

2. A taxa incidirá, igualmente, sobre a autorização para queimadas previstas em lei segundo pautas variáveis por quantidade e por qualidade, estabelecidas em valores fixados por unidades qualificadas.

3. A taxa que recair sobre o carvão vegetal poderá ser reduzida a 50% (cinquenta por cento) de seu valor mediante ato do Secretário da Fazenda, relativamente a Companhias Siderúrgicas que provarem, cabalmente, perante o Institu-

to Estadual de Florestas o reflorestamento à base de seu consumo total.

A redução se justifica, visto que as empresas que arborizam de modo a atender a todas as suas necessidades, utilizam-se menos das atividades do Instituto Estadual de Florestas, pelo menos teoricamente.

Assim, o valor do serviço público a elas prestado ou posto à sua disposição é, por fato, menor.

CRIMES DO AUTOMÓVEL

William Romualdo da Silva

(Juiz de Direito e Prof. da Faculdade de
Direito de Sete Lagoas)

Os sinistros automobilísticos de nossos dias são tormentosos problemas que as estatísticas registram cotidianamente.

Como observa o grande Nelson Hungria — "o automóvel tornou-se um autêntico flagelo: mata mais que a peste-branca ou a peste celtica.

A velocidade dos transportes, porém, é uma injunção do século. Na competição dos negócios, não há lugar para os lerdos. O êxito é de quem chega primeiro. Hoje, o automóvel, devorador insaciável de distâncias, incorporou-se, de vez, às necessidades práticas, de modo que sua supressão não seria mais compreendida em nossos dias.

Sem embargos de ter sido o automóvel criado para conforto e felicidade do homem, pede caro pelo seu serviço, transformando-se em seu algoz implacável, tal a frequência dos funestos e dolorosos acidentes que ele provoca, quase sempre esmagando, mutilando, matando.

São espantosas as estatísticas dos sinistros automobilísticos de nossos dias.

Abordando o problema, após classificar como "epidemia mortífera", o "Correio da Manhã", de 30 de setembro de 1969, dá-nos a conhecer estatísticas que nos Estados Unidos, anualmente, 200.000 pessoas restam multiladas em consequência dos acidentes de veículos, enquanto na França, uma população de pequena cidade, no mesmo período é simplesmente aniquilada.

No Brasil, o conselho Nacional de Trânsito, em estatística, informa que morreram 10.030 pessoas e 84.714 ficaram multiladas.

Essas atitudes desvairadas têm levado, porém nossas autoridades a não se descurarem do problema. Assim, periodicamente, se esforçam em campanhas disciplinares, profiláticas e preventivas, sem se falar no Código Nacional do Trânsito, que bem regula a matéria.

Mas, infelizmente, nenhuma medida, por mais coercitiva que seja, tem surtido o efeito desejado, tal o aumento vertical no índice dos dolorosos acidentes que acontecem diurnamente, num desafio a tecnologia moderna.

O nosso Código Penal, em seu artigo 121 § 3.º, lamentavelmente, concorre, a nosso ver, para a displicência na direção do veículo, estimulando os mais violentos impulsos que a ordem jurídica permite e instiga, monstruosidade essa que só os cegos não vêem e que a lei chama de homicídios culposos.

Trata-se de uma velharia teórica que só ocorre, excepcionalmente, no delito do trânsito, quando, na realidade, essas infrações padecem, na sua maioria, da má-fé de seus agentes, que, na ânsia de chegarem mais depressa, na aflição de colherem melhores lucros, na ingestão do álcool, na liberação total de seus instintos e dos seus desvários desordenados, matam impunemente.

Melhor fora que o Direito Brasileiro consagrasse o princípio americano, dentro do qual a grande maioria dos homicídios provocados por acidentes de trânsito se considera, não culposa, mas crimes dolosos contra a vida.

Mas, enquanto isso, o motorista irresponsável e inconseqüente prossegue na sua fúria incontrolável sem um menor espírito de solidariedade humana, pois, suas atitudes alucinadas mostram, apenas, que a razão perdeu o seu peso e, assim, só capaz de ser resolvida através de pena dura que o intimide. Uma punição sem fiança e nem sursis.

Hoje, no entanto, tudo ou quase tudo funciona à base da mecanização. Os valores humanos foram abalados pela engrenagem brutalizante do robô. Não governamos a máquina. Na verdade, porém, somos seus escravos, seus reflexos, simples peças da sua engrenagem.

As tragédias não são esquecidas rapidamente. Por isso, estamos certos de que nossos legisladores possam, em razão disso, tomar medidas capazes de obstar as manifestações de desatino de nossos motoristas, evitando-se, assim que se morram nas estradas, nas ruas, nas praças, em toda parte onde se faça presente o automóvel, assegurando, em suma, que todos nós e nossos filhos, possamos retornar aos lares sãos e salvos.

Composto e Impresso na
MINAS GRÁFICA EDITORA LTDA.
Rua Timbiras, 2.062 — Fone : 226-4822
Belo Horizonte — MG

9-20

