

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

OUTUBRO A DEZEMBRO 1981

ANO 18 • NÚMERO 72

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

a. 18 n. 72 — outubro/dezembro 1981

**Publicação trimestral da
Subsecretaria de Edições Técnicas
do Senado Federal**

Fundadores:

Senador AURO MOURA ANDRADE
Presidente do Senado Federal
(1961—1967)

Dr. ISAAC BROWN

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

Direção:

LEYLA CASTELLO BRANCO RANGEL

Redação:

ANA VALDEREZ AYRES NEVES DE ALENCAR (Chefe)
PEDRO HELVÉCIO BOMTEMPO

Capa de GAETANO RÉ

Composição e Impressão:

Centro Gráfico do Senado Federal

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

R. Inf. legisl.	Brasília	a. 18	n. 72	out./dez. 1981
-----------------	----------	-------	-------	----------------

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

Preço deste exemplar: Cr\$ 240,00

Pedidos, pelo reembolso postal, à Subsecretaria
de Edições Técnicas

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

Revista de informação legislativa. Ano 1- n. 1- março 1964-
Brasília, Senado Federal

v. trimestral

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

Diretores: 1964- Leyla Castello Branco Rangel.

ISSN 0034-835X

1. Direito — Periódicos. I. Brasil. Congresso. Senado Federal. Subse-
cretaria de Edições Técnicas. II. Rangel, Leyla Castello Branco, dir.



CDD 340.05
CDU 34(05)

SUMÁRIO

COLABORAÇÃO

	Pág.
Uma visão crítica do direito — <i>Senador Franco Montoro</i>	5
Reconstrução do federalismo brasileiro — <i>Raul Machado Horta</i>	13
A Revolução de 1930 e seu legado político — <i>Nelson de Sousa Sampaio</i>	29
Competência do Congresso para editar normas gerais — <i>Geraldo Ataliba</i>	45
Limitações constitucionais do direito tributário — <i>Alcino Pinto Falcão</i>	49
Veto e técnica legislativa — <i>Therezinha Lucia Ferreira Cunha</i>	59
O Ministério Público e seu posicionamento no Estado de Direito — <i>Edyloéa Tavares Nogueira de Paula</i>	81
Leituras de direito internacional — bibliografia seletiva — <i>Antônio Augusto Cançado Trindade</i>	101
O direito romano e a unificação das normas jurídicas relativas aos contratos de compra e venda internacionais de mercadorias — <i>Anna Maria Villela</i> ...	135
Código Civil — art. 219, n.º IV: norma esclerosada e humilhante — <i>Domingos Sávio Brandão Lima</i>	161
O erro de direito e o concurso de pessoas no Anteprojeto de Código Penal de 1981 — <i>Everardo da Cunha Luna</i>	173
¿Tiene futuro la prisión? — <i>J. Carlos Garcia Basalo</i>	185
Modelo de sistema de garantia de emprego no Brasil — <i>Paulo Emilio Ribeiro de Vilhena</i>	201
Contrato individual do trabalho — liberdade de contratar e autonomia da vontade — <i>João Batista da Silva</i>	217
Processo administrativo disciplinar: direito de defesa e controle judicial — <i>Silvio Dobrowolski</i>	263
O ECAD mudou o panorama da cobrança do direito de autor no Brasil — <i>Antônio Chaves</i>	267
O ECAD e o direito de execução pública — <i>Carlos Alberto Bittar</i>	287
O direito agrário e o desenvolvimento da Amazônia — <i>Otávio Mendonça</i>	305
O direito natural — <i>Iduna E. Weinert</i>	325
Democracia direta na primeira república mineira — <i>Silveira Neto</i>	339
Ensino jurídico e o problema da verdade — <i>Aívaro Melo Filho</i>	343
O direito na formação do diplomata — <i>Vicente Marotta Rangel</i>	349
Função social do ensino da ciência do direito — <i>José Reinaldo de Lima Lopes</i> 365	365

PUBLICAÇÕES

Obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas	381
---	-----

Uma visão crítica do direito

Senador FRANCO MONTORO

Professor da USP e da PUC

Uma reflexão crítica sobre o direito, tal como vem sendo ensinado em nossos cursos, impõe-se aos que desejam ter uma visão objetiva da realidade jurídica e das possibilidades de atuação do advogado nas transformações e mudanças de nossa vida social.

Em geral, o ensino do direito em nossas faculdades limita-se exclusivamente ao estudo das normas jurídicas estabelecidas pelo Estado (Constituição, Códigos, Leis), interpretadas e aplicadas pelos órgãos oficiais (Juízes, Tribunais, Órgãos da Administração Pública).

Como conseqüência, o papel do estudante consistirá em assimilar esse direito, para assegurar sua continuidade.

Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência — 33ª Reunião Anual — Bahia, 10 de julho de 1981.

Será correta essa posição? O campo do direito se limitará ao das normas jurídicas estatais? Só o Estado é fonte do direito? O estudante de hoje, jurista de amanhã, será um instrumento a serviço do poder e da ordem estabelecida?

O direito que se ensina errado

Discordando do atual sistema de estudos, o Professor ROBERTO LYRA FILHO, da Universidade de Brasília, proferiu notável conferência sobre a reforma do ensino jurídico, à qual deu o significativo título: "O DIREITO QUE SE ENSINA ERRADO" (UnB, Brasília, 1980) e na qual formula veemente denúncia contra a forma por que o direito é geralmente abordado no ensino de nossas faculdades. Na mesma linha crítica do direito, tal como vem sendo abordado no ensino universitário, situam-se os estudos de MIALLE, *Uma Introdução Crítica ao Direito*, Ed. Moraes, Lisboa, 1979; SAN TIAGO DANTAS, *A Educação Jurídica e a Crise Brasileira*, Rev. Forense, nº 159, 1955; HENRY STEINER, *Tradições e Tensões na Educação Jurídica Brasileira: um Estudo sobre a Mudança Sócio-Econômica e Legal*, Cadernos da PUC, Rio, 1974; FALCÃO NETO, "Classe dirigente e ensino jurídico: uma releitura de San Tiago Dantas", in *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, vol. 8, 1977, *Crise da Universidade e Crise do Ensino Jurídico*, 1977; ALFREDO LAMY FILHO, *A Crise do Ensino Jurídico e a Experiência do CEPED*; CAIO TÁCITO, *Currículo Mínimo do Curso de Direito, Justificativa do Projeto*, UEG, Rio, 1972, *A Estrutura da Universidade e as Exigências do Meio Brasileiro*.

A abordagem do direito em nossos cursos, em geral, é estática, parcial e paralisante. Estática, porque vê o direito como um sistema completo, fechado, perfeito, sem lacunas e sem contradições. Parcial, porque só considera, no amplo campo do direito, as normas jurídicas estatuídas pelo Estado, limitando assim o campo do direito ao "direito oficial". E, finalmente, paralisante, porque atribui ao direito e aos juristas uma função conservadora dessa ordem oficial estabelecida.

Uma consideração mais atenta do direito vivo ou da realidade jurídica, que se desenvolve e agita no seio das sociedades contemporâneas, nos levará a superar essa postura e substituí-la por uma abordagem dinâmica, global e progressista do direito.

Abordagem global

Só o Estado é a fonte de direitos? O direito estabelecido pelo Estado esgota o campo da realidade jurídica? Poderíamos repetir hoje a frase de KELSEN: "Todo direito é direito estatal"?

Se partimos da idéia redutora do direito ao ordenamento jurídico estatal, único e hermético — observa ROBERTO LYRA FILHO —, já teremos estabelecido, nesse primeiro passo, o engano que vai gerar tudo o mais. O direito não pode ser captado na sua inteireza sob a ótica do Estado e dos interesses dominantes. Nem há um só conjunto de normas no seio da sociedade.

Pelo contrário, a vida do direito é mais complexa e mais dinâmica. Permanentemente, as necessidades sociais e os conflitos de interesses vão gerando novos direitos e constituindo ordenamentos que regulam a vida de amplos setores da sociedade. Isso ocorre no plano internacional e no plano interno.

No plano internacional, e fora da esfera estatal, forças, interesses e ideais antagônicos atuam continuamente na formação de novos direitos e novas relações jurídicas. De um lado, atuam movimentos em defesa dos direitos humanos, da descolonização e libertação de nações, de proteção às minorias marginalizadas, de preservação da natureza. É preciso lembrar que os progressos alcançados no reconhecimento dos direitos humanos, inclusive sua Declaração Universal pela Assembléia das Nações Unidas — apesar da sua limitação —, não constituem uma dádiva generosa dos Estados ou dos governos, mas uma conquista que é fruto da sofrida luta social e histórica de muitas gerações. De outro lado, poderosas forças econômicas atuam também no plano internacional, gerando direitos e relações jurídicas de proteção de seus interesses em todo o mundo. Sirva de exemplo o chamado Acordo Trilateral celebrado em 1973 por 300 representantes de firmas multinacionais, ou melhor, transnacionais, provenientes dos EUA, Europa e Japão. Como informa o Professor ALDO FERRER, em seu estudo sobre “A Comissão Trilateral e a Proliferação do Poder Econômico Internacional”, essa Comissão tem um comitê executivo de 29 membros e três presidentes regionais, com sede em New York, Paris e Tóquio. Essa institucionalização, aliada à capacidade organizativa das grandes empresas, explica a expansão das transnacionais, que passaram a atuar no campo mundial, acima da soberania dos Estados. Seus acordos e decisões geram relações jurídicas que afetam a vida de milhões de pessoas.

No plano interno, grupos sociais, cada vez mais numerosos e atuantes, criam continuamente normas de conduta social, com todas as características de um direito vivo.

O fenômeno não é novo. Já OLIVEIRA VIANA, em seu estudo sobre as *Instituições Políticas Brasileiras* (ed. José Olympio, 1949), declara que descobriu com surpresa “o nosso direito social operário”, ao investigar “esta camada ou subestrutura jurídico-popular”. “O que deparamos, eu e meus companheiros,” — acrescenta — “foi todo um complexo de normas e regras, militante, vivaz, estuante de vida e sangue, objetivado em usos, tradições, praxes, costumes e, até mesmo, instituições administrativas oficiosas. Era todo um vasto sistema regulando as atividades das obscuras massas do trabalho e a vida produtiva de milhões de brasileiros” (pág. 15).

O direito estabelecido pelo Estado — como a nova Consolidação das Leis do Trabalho e a legislação posterior — constitui, apenas, uma parte do atual direito do trabalho. Através de convenções coletivas, ajustes de empresas, negociações sindicais e outras modalidades de luta, são as forças da própria sociedade que vão abrindo caminho para o reconhecimento e a consolidação de seus direitos.

Não é somente no plano do trabalho que a própria comunidade elabora seu direito. Também no plano local, as sociedades de moradores, as comunidades de base, as associações de consumidores e outras, em luta por seus legítimos interesses e opondo-se, muitas vezes, a forças poderosas, vão conquistando espaços e garantias, que constituem autênticos direitos.

No plano universitário, antes que a lei o fizesse, foi a própria comunidade estudantil que, através de uma ação persistente e organizada, revogou o famoso Decreto-Lei nº 477, que estabelecia normas restritivas à atuação política dos jovens.

No campo do Direito Comercial, não são apenas os usos e costumes que constituem fonte reconhecida de direito não elaborado pelo Estado. Acordos econômicos entre empresas, contratos de adesão impostos por grandes firmas a milhares de revendedores e milhões de consumidores são também fontes permanentes geradoras de direitos e ordenamentos jurídicos não estatais.

Em nossa *Introdução à Ciência do Direito*, dedicamos um capítulo (Parte V, cap. III) ao estudo dos ordenamentos jurídicos que se desenvolvem ao lado do ordenamento jurídico estatal. A maior parte desse direito nunca é levada aos Tribunais e se desenvolve independentemente da vontade do Estado. Mas sua existência e importância para a vida social são reconhecidas por ilustres juristas como HAURIOU, RENARD, DELOS, LEGAL E BEETHE DE LA GRESSAYE, GENY, EHRLICH, HUBER, LEROY, EMANUEL LEVY, GURVITCH e outros autores citados no mesmo capítulo. Particularmente importante é a posição de JELLINEK, que, depois de adotar uma atitude francamente formalista e reduzir todo o direito à expressão da vontade do Estado, reconhece em seus últimos dias: “Sabemos hoje que as leis podem muito menos do que pensávamos antes. Não apenas elas são freqüentemente impotentes para modificar a vida jurídica real e mostram lacunas consideráveis, mas, ainda, nos grupos autônomos surgem novos ordenamentos jurídicos, que podem concorrer com a lei, como as convenções coletivas de trabalho, o movimento sindical e outros”. E, na segunda edição de sua *Teoria Geral do Estado*, amplia sua primeira definição de direito — “sistema de normas que o Estado reconhece como obrigatórias” — para caracterizá-lo como “toda regra garantida em um meio social determinado”.

Dinamismo do direito

Longe de ser “estática”, a vida do direito revela um contínuo “vir-a-ser”. Forças em conflito, que lutam por interesses opostos, dão

origem a normas e situações jurídicas, que podem representar a dominação de alguns ou a conquista de muitos.

Homens e mulheres, classes, grupos, povos e nações são participantes desse movimento gerador do direito concreto e vivo, que rege efetivamente a vida social.

Esse processo é conflitual e dialético em todos os planos.

No campo internacional, é a luta constante entre a ação imperialista, colonialista ou semicolonialista de grandes potências, e, de outro lado, movimentos de independência política, econômica e cultural das nações em processo de desenvolvimento.

No plano interno, é a mesma relação conflitiva entre empregados e empregadores, entre consumidores, comerciantes e produtores, entre pequenas e grandes empresas, entre o fisco e o contribuinte, entre o Estado e o cidadão, entre a Administração e as associações de moradores, entre o loteador de terrenos e os humildes compradores de lotes, entre leis discriminatórias e os movimentos organizados dos setores marginalizados.

Esses e outros conflitos de interesses vão gerando, através de usos, costumes, acordos, instituições e outros processos, o direito vivo e real, que pode representar a "conquista" de grupos dominados ou a "imposição" dos grupos dominantes.

E no próprio Direito Processual, em suas diferentes especializações, está presente esse caráter dinâmico e conflitivo da vida do direito, com o respeito ao princípio do contraditório. A primeira medida do juiz, ao receber uma petição inicial, é ordenar a citação da parte contrária. E, em todas as fases do processo, é assegurada a manifestação dos interesses em conflito. Não é sem razão que a lógica do direito pode ser chamada "a lógica da controvérsia".

Com razão, MIGUEL REALE adverte que é necessário superar a prevenção existente em certos círculos, quanto à compreensão dos fenômenos culturais em termos "dialéticos", sem os preconceitos e reservas decorrentes da carga ideológica unida à dialética de tipo hegeliano ou marxista. Esta é apenas uma das inúmeras concepções dialéticas, formuladas por filósofos e cientistas de todos os tempos (v. *O Direito como Experiência*, § 10).

Atitude progressista

Além de global e dinâmica, uma abordagem moderna do direito deve ser "progressista" e não "paralisante".

Diante dessa multiplicidade de ordenamentos e normas, em contínuo "vir-a-ser" e marcados por conflitos e oposições, qual a atitude do advogado, do procurador, do juiz, do administrador, do legislador?

Aceitar passivamente como direito posto aquele que lhe é apresentado, interpretado e defendido pelos poderosos meios de "persuasão" das forças de dominação?

Ou colocar corajosamente diante de si o dever de confrontar todos aqueles conjuntos de normas com critérios de legitimidade e de justiça, tendo presente que eles se apresentam como normas coercíveis, que afetam a liberdade e a vida de pessoas, grupos, classes ou povos inteiros?

Não se trata de contrapor a realidade a um modelo idealista e absoluto que "fica lá longe, numa caverna platônica". É na planície em que vivemos, no processo histórico-social entre liberdade e opressão, minorias dominadoras e maiorias sacrificadas, que se há de exercer, com espírito crítico e independente, a tarefa de construção dos homens do direito.

Aliás, como já vimos e a pesquisa social e histórica vem demonstrando, o direito vivo tem sido cada vez mais construído pela iniciativa das maiorias dominadas, em sua constante luta pela reforma e aperfeiçoamento das instituições. Um exemplo desse fato é a crescente reivindicação dos trabalhadores por melhores condições de trabalho, salário, liberdade sindical. Estas reivindicações, somadas às exigências mais gerais da sociedade civil pela instauração de um estado de direito e de superação das injustiças, expressam a luta entre as estruturas impostas, as normas de comportamento, os valores e as demandas de justiça da grande maioria.

Diante desses fatos, cabe ao jurista, como profissional e como cidadão, uma atuação corajosa e crítica na busca dos caminhos e instrumentos de mudanças jurídicas capazes de promover a aproximação do direito e da justiça no contexto histórico.

O campo dessa atuação é amplo: vai desde a tarefa de orientar a criação de novas normas, através de contratos, acordos, convenções, estatutos e regimentos, até sua participação nos movimentos de transformação de leis, decretos, portarias, passando pela formulação de pareceres, prolação de sentenças e notadamente pelo trabalho de interpretação das normas.

Neste trabalho, de interpretação, que é de importância fundamental em sua atividade, não é verdade que o advogado, o juiz, o jurista estejam aprisionados ao texto da lei e vinculados à vontade do legislador. Com o ato de sua decretação, as leis tornam-se independentes de seus autores e adquirem uma existência objetiva. Cabe ao jurista interpretá-las. E a tarefa do intérprete não consiste em descobrir e respeitar a vontade do legislador, mas, sim, em procurar a finalidade objetiva da lei, que, por sua natureza, deve estar orientada para a justiça e o bem comum. É esse o sentido do preceito geral estabelecido no artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, que é, como sabemos, nossa lei comum de aplicação das normas jurídicas: "Na aplicação das leis, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum."

Nessa luta pela vigência concreta e viva da justiça é que se realiza a razão de ser ou, como diz ROBERTO LYRA, "a ontoteleologia do direito".

Ciência, sociologia e filosofia do direito

Ao examinar um instituto jurídico qualquer, como a aposentadoria, por exemplo, podemos fazer três espécies de investigações. Primeiro, de acordo com a legislação vigente, qual "deve ser" a decisão do INPS em determinado pedido de aposentadoria? Segundo, qual é, na realidade social, a situação dos aposentados ou das aposentadorias? Terceiro, é justa e razoável a atual legislação e a situação real dos aposentados no País?

Os estudos do direito podem, assim, ser desenvolvidos em três planos: o do "dever ser" jurídico, o da realidade jurídica e o da crítica do direito, que inclui o "dever ser" humano ou ético.

O plano do "dever ser" jurídico corresponde àquele que tem sido tratado como Ciência do Direito, em sentido estrito, ou Dogmática Jurídica, pois as normas vigentes funcionariam como "dogmas" para o jurista profissional, como o juiz, o advogado, o promotor. O plano da realidade sócio-jurídica é estudado pela Sociologia do Direito e pelas chamadas ciências jurídicas de livre investigação, como a Criminologia, a Ciência Penitenciária etc. E, finalmente, o plano do "dever ser" humano ou ético é objeto da reflexão crítica da Filosofia do Direito.

A Dogmática Jurídica tem por critério fundamental a "legalidade". A Sociologia Jurídica tem por objeto específico a "realidade social". E a Filosofia do Direito, no tocante ao aspecto ético e humano aqui focalizado, tem por critério básico a "justiça".

Na mesma linha, em seu estudo *Sociología e Filosofía del Derecho*, ELIAS DIAZ distingue três níveis no estudo do direito:

1 — o nível da Ciência Jurídica, que se ocupa principalmente da análise do direito positivo ou "direito válido", formalmente vigente em determinada comunidade; seu objeto é não apenas o conhecimento do direito posto, mas também, em outro plano, a descrição e a explicitação do sistema de valores jurídicos implícitos nesse sistema de legalidade;

2 — o nível da Sociologia Jurídica, voltada para a pesquisa e o conhecimento do "direito realmente eficaz" e, em outro plano, do sistema de valores aceitos e vividos por determinada coletividade;

3 — o nível da Filosofia do Direito e, especialmente, da Axiologia Jurídica, que tem por objetivo a análise crítica tanto do "direito válido" como do "direito eficaz", realizada no plano mais elevado da legitimidade ou da justiça; seu objetivo é o "direito justo".

Diante desses três planos jurídicos, surgem com frequência posições reducionistas, que pretendem limitar o estudo do direito a apenas um

desses níveis. Daí as posturas unilaterais do formalismo positivista, do sociologismo jurídico ou do jusnaturalismo racionalista.

Compreende-se que, por conveniência metodológica ou de divisão de trabalho, se estude separadamente cada um desses níveis do direito.

Mas, negar ou desconhecer qualquer um desses aspectos da normatividade jurídica — a validade ou vigência formal, a eficácia ou vigência real, e a justificação ou valoração — significa empobrecer o direito e ignorar uma das três dimensões do mundo jurídico: norma, fato social, valor.

Como afirma HEGEL, “a verdade é o todo”. Se, por motivo de método ou especialização, podemos considerar separadamente os diversos aspectos de uma realidade, essas distinções não nos devem levar ao esquecimento da vinculação necessária que todos têm entre si.

Maior ainda, como consequência da própria finalidade que deve ter toda lei — na concretização da justiça — e também da natureza do direito como ciência social, comprometida com a história e as aspirações humanas, deve o ensino do direito, em seu todo e em cada um dos níveis considerados, evitar o isolamento estéril e a especialização aparentemente científica.

Instrumento do poder ou luta pela justiça

Não podemos limitar o estudo do direito ao conhecimento pretensamente “neutro”, “puro” e “objetivo” da norma posta, para sua “cega” aplicação.

A realidade social e a justiça estão presentes em todos os momentos da vida do direito. Aceitar as normas jurídicas como inexorável imposição dos detentores do poder e negar ao jurista outra tarefa que não seja a de simples instrumento para o cumprimento das mesmas significa desnaturar o direito e, mais do que isto, traí-lo.

É certo que forças poderosas atuam continuamente, com habilidade e competência, no sentido de impor à sociedade normas que atendem a seus interesses e objetivos. É certo também que vivemos em uma sociedade marcada pela injustiça: somos o 9º país do mundo em produto nacional e o último, dos 34 países estudados pela ONU, no tocante à distribuição da renda nacional. Mas essa situação, em lugar de diminuir, só pode aumentar a importância e a responsabilidade dos cultores do direito. Ela nos obriga a rejeitar, com maior evidência, o papel que se pretende impor ao jurista: o de instrumento pretensamente “neutro”, destinado à defesa de um sistema de interesses estabelecidos.

A resposta que decorre da própria natureza do direito e está contida em um dos mandamentos do advogado, redigidos por EDUARDO COUTURE, é clara e imperativa: “Teu dever é lutar pelo direito. Mas, quando encontrares o direito, isto é, a letra da lei, em conflito com a justiça, luta pela justiça!”.

Reconstrução do federalismo brasileiro

RAUL MACHADO HORTA

Professor Catedrático da Faculdade de
Direito da Universidade Federal de Minas
Gerais

SUMÁRIO

1. Estrutura do Estado Federal
2. Características dominantes
3. Federalismo formal e federalismo real
4. Reconstrução federativa. Modernização da repartição de competências
5. Revisão do casuismo da intervenção federal
6. Restauração da autonomia do Estado-Membro
7. Devolução ao Estado-Membro da iniciativa de propor emenda à Constituição Federal
8. Repartição da receita federal e a cooperação financeira
9. Federalismo e Regionalismo
10. Renascimento das instituições federativas

1. Na estrutura complexa do Estado Federal atuam forças contraditórias e já se observou que nela coexistem o princípio unitário e o princípio federativo. Há no Estado Federal um só Estado, que o torna distinto da Confederação de Estados, e, de outro lado, essa forma estatal compreende uma pluralidade de Estados vinculados pelo laço federativo, e nisso ele se diferencia do Estado unitário (cf. R. CARRÉ DE MALBERG — **Contribution à la Théorie Générale de l'État** — vol. I, Recueil Sirey, Paris, 1920, pág. 102). A dualidade estatal projeta-se na pluralidade dos ordenamentos jurídicos dentro da concepção tridimensional dos entes federativos: a comunidade jurídica total — o Estado Federal —, a Federação, uma comunidade jurídica central, e os Estados-Membros, que são comunidades jurídicas parciais (cf. HANS KELSEN — **Teoria Generale del Diritto e dello Stato** — Edizioni di Comunità, Milão, 1952, pág. 322).

A Constituição Federal é o instrumento de integração dessa estrutura complexa de Estados e de ordenamentos jurídicos. Daí a estabilidade normativa que é essencial à natureza do Estado Federal pela aderência da forma de Estado ao documento constitucional.

2. Sendo múltiplo na sua edificação constitucional, o Estado Federal não se acomoda a uma concepção única e exclusiva, repartindo-se, ao contrário, em espécies variáveis no tempo e no espaço: federalismo dual, federalismo centrífugo, federalismo centrípeto, federalismo de segregação,

Conferência proferida no Seminário de Direito Constitucional promovido pelo Instituto dos Advogados de Minas Gerais em 19 de maio de 1981.

federalismo clássico, novo federalismo e federalismo cooperativo. Na diversidade de seus tipos constitucionais e históricos, recolhem-se, entretanto, elementos definidores, às vezes mais nítidos e constantes, outras vezes fluidos e imprecisos, mas, de qualquer forma, presentes na estrutura federal: a composição plural dos entes estatais, a indissolubilidade do vínculo federativo, a repartição de competências, a autonomia do Estado-Membro, a intervenção federal, o sistema bicameral, a repartição tributária, a existência de um Supremo Tribunal, dotado de jurisdição conclusiva na interpretação e na aplicação da lei federal e da Constituição Federal, conforme o modelo federal norte-americano, ou de um Tribunal Constitucional Federal, para o exercício concentrado da jurisdição constitucional, na mais recente criação do federalismo europeu.

3. A Constituição Federal de 1967 e suas emendas constitucionais posteriores mantiveram essas características formais do Estado Federal, o qual a Constituição protegeu com a intangibilidade, quando tornou defeso ao poder constituinte de revisão abolir a Federação (art. 47, § 1º).

As características formais e externas podem desempenhar a função do disfarce ou da máscara, escondendo da visão exterior a realidade interior da face, de modo a operar a separação entre o Estado Federal formal e o Estado Federal real, que a máscara dissimulou e encobriu.

Tornou-se generalizada a impressão de que, não obstante as características formais do Estado Federal que a Constituição acolheu, o federalismo brasileiro encontra-se esmagado pela exacerbação centralizadora de poderes e de competências da União, convertendo o federalismo constitucional em federalismo puramente nominal e aparente.

A difundida insatisfação com o modelo federal brasileiro está reclamando a proposta de reconstrução federativa, objetivando eliminar o conflito entre a Federação intangível na norma abstrata da Constituição e a Federação desfigurada pela centralização autoritária e absorvente dos poderes federais.

4. Como é geral a convicção de que se deve retificar essa deformação, que se localiza na Constituição vigente, cabe, então, examinar quais as soluções adequadas a esse propósito de reconstrução federativa. Pela ordem de grandeza, impõe-se rever a técnica constitucional da repartição de competências, pois nela reside a fonte de onde brota a tendência centralizadora da Federação. Em noventa anos de federalismo republicano poucas inovações se introduziram na técnica brasileira da repartição de competências. Continuamos fiéis ao sistema norte-americano dos poderes enumerados da União e dos poderes reservados aos Estados. Na sua origem, admitiu-se que essa técnica não só explicitaria, desde logo, os poderes nacionais da União, como também permitiria que, no tempo, os Estados-Membros fossem progressivamente absorvendo os poderes novos e não incluídos na expressa catalogação dos poderes federais. A dinâmica dos fatos frustrou essa expectativa, seja pela revelação judiciária dos poderes implícitos da União, na área da Constituição estática, seja pela mudança constitucional freqüente, fazendo com que toda Constituição

ulterior alargasse progressivamente o campo dos poderes da União com reflexos negativos no domínio dos poderes reservados aos Estados, submetidos ao sucessivo retraimento qualitativo e quantitativo de sua matéria.

É hora de abandonar a rigidez da técnica do federalismo clássico para consagrar soluções modernas, dotadas de maior flexibilidade operacional e que, assegurando o primado da União soberana nos assuntos de sua competência nacional, não inibam, de outro lado, a exploração das potencialidades dos Estados-Membros.

A Áustria, a Alemanha Ocidental e a Índia criaram formas constitucionais inovadoras, em matéria de repartição de competências, apresentando experiências que devem ser consideradas na remoção de área crítica e comprometedora do funcionamento das instituições do federalismo brasileiro.

A Constituição da Áustria, de 1º de outubro de 1920, revigorada em 1945, distribuiu e enumerou as matérias da competência da União e dos Estados em três níveis distintos:

- A) Legislação e execução da Federação (art. 10-1 até 17).
- B) Legislação da Federação e execução dos Estados (art. 11-1 até 5).
- C) Legislação de princípios (Grundsätze) da Federação e legislação de aplicação e de execução dos Estados (arts. 12-1 até 8). Duas regras adicionais completam a repartição de competências. Uma, dispendo que a matéria não deferida pela Constituição Federal à legislação ou à execução federal remanescerá no domínio da ação autônoma dos Estados (art. 15). A outra regra esclarece que, sendo reservada à Federação apenas a legislação de princípio, a regulamentação complementar, dentro do quadro fixado pela lei federal, caberá à legislação do Estado-Membro (art. 15-6). A lei federal pode fixar prazo não inferior a seis meses nem superior a um ano, para que o Estado elabore a lei de aplicação. Se não observar esses prazos, a competência para elaborar a lei de aplicação é devolvida à Federação. Na Áustria, a repartição tributária entre a União e os Estados não é regulada diretamente na Constituição Federal, para constituir objeto separado da Lei Constitucional de Finanças (Finanz-Verfassungsgesetz).

A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland), de 23 de maio de 1949, prosseguiu e desenvolveu a repartição de competências originariamente sistematizada pela Constituição Federal da Áustria. A distribuição material de competências é precedida de regras enunciadoras de princípios, que são as matrizes da lógica constitucional aplicada ao domínio da repartição de competências, de modo a inspirar a interpretação do texto. Daí as quatro regras introdutórias que fixam os fundamentos do sistema alemão:

- 1) os Estados têm o direito de legislar quando os poderes legislativos não forem conferidos à Federação (art. 70-1);

- 2) as competências da Federação e as dos Estados são delimitadas pelas disposições constitucionais sobre a legislação exclusiva e a legislação concorrente (art. 70-2);
- 3) nas matérias da legislação exclusiva da Federação, os Estados poderão legislar, se forem autorizados pela lei federal (art. 71);
- 4) nas matérias da legislação concorrente, os Estados podem legislar enquanto a Federação não fizer uso de seu poder (art. 72-1).

A competência da Federação na matéria da legislação concorrente, que é a mais extensa da repartição de competências, não depende de sua vontade discricionária, mas da caracterizada necessidade de regulamentação legislativa federal com fundamento em requisitos que a Lei Fundamental explicitamente enunciou nas seguintes regras:

- I) quando uma questão não couber na regulamentação eficaz da legislação dos diversos Estados;
- II) quando a regulamentação pela lei estadual afetar os interesses de outros Estados; ou
- III) quando assim exigir a proteção da unidade jurídica ou econômica, e notadamente a manutenção da homogeneidade das condições de vida fora do território de um Estado (art. 72 — (2) — 1.2.3.).

Após o enunciado dessas regras matrizes, a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha estabelece a repartição material de competências em três planos destacados:

- A) legislação exclusiva da Federação (art. 73-1 até 11);
- B) legislação concorrente da Federação e dos Estados (art. 73-1 até 23);
- C) legislação de regras gerais (Rahmenvorschriften) da Federação (art. 75-1 até 5).

A Constituição da Índia, de 26 de janeiro de 1950, adotou o sistema da repartição integral de competências concebido em três listas: Lista da União, Lista Concorrente e Lista dos Estados (arts. 245 e 246).

A Lista I ou **Lista da União** discrimina 97 matérias incluídas na competência federal exclusiva; a Lista II ou **Lista dos Estados** enumera 66 atribuições que identificam a competência estadual exclusiva; e a Lista III ou **Concorrente** individualiza 47 matérias, para o comum exercício da competência da União e dos Estados.

A inovadora repartição de competências concebida nas Constituições da Áustria, da Alemanha Federal e da Índia veio conferir notável flexibilidade e apreciável enriquecimento à técnica que individualiza o Estado Federal no campo das formas estatais. Deu-se nova substância à atividade legislativa do Estado-Membro, permitindo-lhe o ingresso no amplo setor

da legislação federal, sem prejuízo das regras de coexistência, que demarcam, com maior amplitude do que na técnica dual do federalismo norte-americano, as fronteiras normativas do Estado Federal. Essa repartição, flexível nos seus movimentos e diversificada na sua matéria, é instrumento capaz de preservar o duplo ordenamento do Estado Federal, impedindo que o crescimento progressivo dos poderes federais venha absorver, na exaustividade dos poderes enumerados, a matéria indeterminada dos poderes reservados. De outro lado, inserindo-se na concepção moderna do federalismo cooperativo, a participação dos Estados em matéria legislativa mais ampla permitirá o afeiçoamento das normas da legislação federal de princípios e de regras gerais às peculiaridades econômicas, sociais e culturais de cada Estado, mediante o desenvolvimento de particularidades que a absorvente e unificadora legislação federal central geralmente desestimula e ignora. As federações continentais, como a brasileira, marcadas por disparidades regionais, encontrarão nessa técnica um poderoso instrumento de modernização e de permanência no tempo.

É certo que o alargamento dos poderes federais não decorre simplesmente de preferência formal por esta ou aquela técnica de repartição de competências. As causas dessa concentração de poderes residem nas mudanças operadas no comportamento do Estado moderno, na passagem do liberalismo econômico para o intervencionismo, o dirigismo, e a formas mais amplas da atividade social e econômica do Estado. As exigências centralizadoras do Estado intervencionista e dirigista concentraram na União, como centro do poder nacional, os instrumentos da intervenção e da direção nacional da economia. A repartição de competências serviu a esses objetivos, ampliando os poderes federais, o que acarretou o automático sacrifício do residualismo dos poderes estaduais.

Sem prejuízo do comando da União, que é indispensável à aceleração do desenvolvimento nacional e ao exercício de poderes soberanos, deve-se admitir que a profundidade adquirida pela expansão dos poderes centrais reclama nesta fase do federalismo brasileiro uma revisão na área da competência federal, de modo a aparelhar o Estado-Membro com os instrumentos de ação do Estado moderno, pois no âmbito estadual já repercutem intensamente as transformações desencadeadas pela industrialização, a massificação dos grandes centros urbanos e as exigências do intervencionismo econômico e social.

À luz desses pressupostos, a renovação da repartição de competências aqui preconizada conduziria à implantação de uma descentralização legislativa dentro do ordenamento federal e essa descentralização ampliaria a incipiente experiência federal brasileira no domínio da legislação estadual complementar ou supletiva (**Constituição Federal de 1934**, arts. 5º, §§ 3º e 7º, III. **Constituição Federal de 1946**, art. 6º **Constituição Federal de 1967**, art. 8º, § 2º **Constituição Federal Emendada de 1969**, art. 8º, parágrafo único).

5. A intervenção federal é instituto inerente ao Estado Federal, para nele desempenhar a função estabilizadora do complexo ordenamento

federativo. É remédio para manifestações patológicas, casos extremos de tumores malignos no organismo federal. A República Federal, no modelo clássico da Constituição de 24 de fevereiro de 1891, concebeu a intervenção para casos limitados e anômalos, dentro da vocação autonomista do constituinte republicano. CAMPOS SALLES exprimiu esse sentimento da República nascente quando impugnou os propósitos de regulamentação do art. 6º da **Constituição de 1891** com as palavras candentes da metáfora que encerrava sua advertência:

“Se é possível um corpo político ter coração, eu direi que neste momento estamos tocando o coração da República” (**Documentos Parlamentares — Intervenção nos Estados — Regulamentação — 1891—1898**, volume I, 1913, pág. 302).

A prática do regime afastou-se dos escrúpulos do republicano da propaganda e perdeu-se, afinal, toda a cerimônia em matéria de intervenção, quando ela se tornou a regra geral em flagrante dissídio com a excepcionalidade contida na norma constitucional. Na evolução do instituto, passou-se do mínimo de intervenção, configurado nos casos restritos da norma constitucional, para alcançar o máximo de intervenção real na prática intervencionista da Primeira República. Paradoxalmente, do máximo de intervenção normativa, pela ampliação dos casos de intervenção no texto constitucional, caminhou-se para o mínimo de intervenção federal real sob a vigência das Constituições Federais de 1934, 1946 e 1967. Na verdade, os casos constitucionais reais de intervenção federal, notadamente a partir da Constituição de 1946, contrastam com a extensão consagrada ao tema no domínio formal da intervenção federal. Esse distanciamento entre o normativo e o real indica que uma transformação ocorreu na área da intervenção nos Estados e outras formas de ação acabaram dispensando a utilização traumatizante da intervenção federal. O desuso da intervenção federal, como instrumento coercitivo nas relações entre a União e os Estados, recomenda a revisão da Constituição Federal vigente no campo da intervenção federal para suprimir o casuismo exagerado que se alojou no seu texto, exprimindo desconfiança doentia na conduta anômala dos Estados. A intervenção para reorganizar as finanças dos Estados, por exemplo, que as Constituições de 1934 (art. 12, VI) e de 1946 (art. 7º, VI) resumidamente condensavam em um caso, triplicou-se na Constituição atual para transformar em motivo de intervenção a falta de entrega de quotas tributárias e a adoção, no Estado, de medidas ou a execução de planos econômicos ou financeiros, em desacordo com as diretrizes estabelecidas em lei federal. Este último caso, não obstante a prudente exigência de lei, denuncia a consagração circunstancial de ambiciosa versão tecnocrática de planejamento central, que a concepção constitucional da ordem econômica e social não autoriza. A própria intervenção para restabelecer a ordem pública perturbada ou coibir ameaça de perturbação, desacompanhada da cláusula da requisição do Governo estadual (art. 10, III), perdeu muito de sua eficácia pela mobilização federal mais rápida e direta das medidas de emergência, do estado de sítio e do estado de emergência (arts. 155-159). A revisão do texto, para ajustá-lo

às finalidades do instituto, conduziria à eliminação de casos de intervenção que ali se acham deslocados, como o da "corrupção no poder público estadual" (art. 10, III, *finis*) e o relativo aos impedimentos de Deputado estadual (art. 10, VII, alínea *g*), para os quais a legislação oferece corretivos adequados, sem a necessidade de deflagrar o curto-circuito da autonomia estadual.

6. A autonomia do Estado-Membro é requisito básico para qualificar a natureza do Estado Federal e sem ela a coetividade estadual não se distinguiria da Província do Estado unitário dotada de descentralização administrativa. Desde a Constituição Federal de 1891 (art. 63), a autonomia do Estado pressupõe, necessariamente, a capacidade de auto-organização, mediante a elaboração da Constituição e das leis que vão preencher o ordenamento autônomo do Estado. É certo que essa capacidade de auto-organização, sendo peculiar a ente autônomo, não pode exteriorizar-se em competência incondicionada, de que os Estados não dispõem. É natural que se submeta o poder constituinte do Estado-Membro às limitações impostas pelos princípios constitucionais que definem a fisionomia do federalismo constitucional e assegurem a primazia da União na matéria de sua competência. Por isso, o poder constituinte do Estado-Membro, seja o originário como o de revisão, é sempre um poder constituinte derivado, pois tem sua sede e suas limitações na Constituição Federal que o consagrou. As normas centrais da Constituição Federal condicionam a atividade do constituinte estadual e lhe traçam o campo de sua atuação autônoma. A Constituição Federal de 1891 e as Constituições Federais posteriores sempre fixaram essa precedência das normas constitucionais centrais sobre as normas constitucionais estaduais. A diferença substancial entre essas Constituições Federais localiza-se no preenchimento do conteúdo material dos princípios constitucionais federais, e não propriamente, sobretudo a partir da Constituição Federal de 1934, na técnica da limitação e do controle do ordenamento constitucional do Estado-Membro, que é elemento comum a todas elas, não obstante a intensidade variável no exercício desse controle em função da designação quantitativa e qualitativa dos princípios constitucionais centrais. Da indeterminação de seu conteúdo, que assinalou o texto originário da Constituição Federal de 1891 (art. 63), modelo clássico do federalismo brasileiro, passou-se ao conteúdo expansivo e transbordante, como na Constituição Federal de 1967 e suas emendas (arts. 10, VII, alíneas *a* até *g*, 13, I até IX). A conseqüência final desse processo expansivo — que está impondo a revisão depuradora dos transbordamentos — é a transformação da Constituição Federal em Constituição total, que paralisa o razoável esforço criador do constituinte estadual, submetido ao processo de uniformização dos ordenamentos estaduais com sacrifício das peculiaridades locais. A Constituição Estadual tornou-se o produto da passiva transplantação de normas simétricas que jorram da Constituição Federal e deságuam no ordenamento pré-confeccionado da Constituição Estadual. A longa experiência brasileira do federalismo constitucional, que tem proporcionado criações singulares no Direito Constitucional Federal, aconselha uma parada e uma inversão nessa tendência centralizadora, para retirar do capítulo dedicado

aos Estados (art. 13) tudo o que nele representa o policiamento despersionizador e intimidante da Constituição Federal. A tendência uniformizadora e centralizante converteu em princípios constitucionais de obrigatoria observância pelos Estados as regras da Constituição Federal que disciplinam o processo legislativo, a elaboração do orçamento, a fiscalização orçamentária e financeira, a função pública, a fixação de subsídios, a emissão de títulos da dívida pública, a perda do mandato de Deputado ou Senador e a composição dos Tribunais de Contas (art. 13, III até IX).

A mutilação da autonomia estadual prossegue na intromissão da União na competência tributária do Estado, para conceder isenções de impostos estaduais (Constituição Federal, art. 19, § 2º), converter o Presidente da República em titular de iniciativa de ato normativo federal e nele fixar alíquotas máximas do imposto estadual de circulação de mercadorias nas operações internas, interestaduais e de exportação (Constituição Federal, art. 23, § 5º), ou ainda se valer de iniciativa federal do Presidente da República, para estabelecer limitações federais ao montante da dívida consolidada dos Estados; fixar taxas de juros e outras condições nas obrigações lançadas pelos Estados, e mesmo proibir a emissão e o lançamento de títulos estaduais da dívida consolidada, vedando ao Estado a captação da poupança pública (Constituição Federal, art. 42, VI). Outra disposição constitucional que se distancia da autonomia do Estado e se identifica com a filosofia centralizadora da Constituição vigente é a que converteu a concessão de isenções do imposto estadual sobre a circulação de mercadorias (ICM) em matéria de competência pluriestadual, na via instrumental dos Convênios celebrados entre os Estados, sob a vigilância e o comando indissimulável do Governo Federal, como impõe lei complementar em desdobramento da norma constitucional (Constituição Federal, art. 23, § 6º; Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975, art. 2º) É fora de dúvida que, não obstante os invocáveis propósitos de harmonização tributária, a regra que subtraiu a cada Estado-Membro o poder de isentar na área do principal imposto de sua política fiscal fere e lesa o exercício da competência tributária estadual. Por outro lado, em discutível ampliação do conceito de **isenção**, a lei complementar incluiu nesse domínio benefícios de outra natureza, os quais também ficaram vedados de modo a anular qualquer tentativa fora da imperiosa fiscalização central. E para tornar eficaz esse comando centralizador, o legislador criou as sanções ameaçadoras da suspensão das quotas do Fundo de Participação, dos impostos especiais e a presunção de irregularidade das contas do exercício (Lei Complementar nº 24, art. 8º, parágrafo único). Os Municípios também não escaparam a esse tratamento, pois a parcela que a eles se destina do ICM está gravada com as mesmas proibições, embora a norma constitucional tenha no Estado o único destinatário das limitações que ela concebeu (Lei Complementar nº 24, art. 9º).

A concepção antifederativa que se consagrou na Constituição é responsável pelo princípio que autoriza a criação de Estado na via exclusiva da **lei complementar** (Constituição Federal, art. 3º), bastando a manifestação unilateral dos órgãos federais com total indiferença pela vontade da

unidade federativa interessada. Rompeu-se, desnecessariamente, com a sedimentada tradição de nosso Direito Público Federal, recomendando na formação de novos Estados a aquiescência das respectivas Assembléias Legislativas, em deliberações reiteradas (Constituição Federal de 24 de fevereiro de 1891, art. 4º; Constituição de 16 de julho de 1934, art. 14), requisito que recebeu, no art. 2º da Constituição Federal de 18 de setembro de 1946, o acréscimo do "plebiscito das populações diretamente interessadas", para que se pudesse finalmente alcançar a aprovação do Congresso Nacional, na última fase do ato complexo de criação de nova unidade do Estado Federal.

A Constituição Federal vigente não se limita a definir a autonomia municipal e a fixar o seu conteúdo, o que é benéfico à defesa e preservação da autonomia (art. 15). Ultrapassou esses cuidados e concebeu lei complementar federal que dispõe sobre os requisitos mínimos de população e renda pública, bem como a forma de consulta prévia às populações, para criação de Municípios (art. 14), matéria que sempre se contemplou, originariamente, na área do Direito Estadual, agora submetido ao estilo paternalístico da legislação federal. A Constituição podou a autonomia local tornando matéria federal a fixação da remuneração dos Vereadores (art. 15, § 2º) e desfigurou a autonomia estadual, para designar, exaustivamente, os casos de intervenção do Estado no Município (art. 15, § 3º, letras a até f) e fixar, rigidamente, o número máximo de Vereadores municipais (art. 15, § 4º), como se a transposição da regra numérica, pelo alargamento da representação local, pudesse comprometer a prática do governo representativo. Essa preocupação unitária de reordenar, verticalmente, a organização do Estado-Membro no quadro expansivo da Constituição Federal projetou-se na modelagem prévia do Poder Judiciário dos Estados, técnica que, no exercício razoável da competência, se justificaria pelas nobres inspirações de defesa da magistratura estadual em face de abusos do poder político, mas que se exacerbou, para introduzir na Constituição Federal princípios e regras da organização judiciária dos Estados (art. 144, II, a, *finis*, e c; VII, § 1º, a, *finis*, § 6º), matéria inerente ao princípio federativo da auto-organização na área indevassável dos poderes estaduais reservados.

Não se deseja, como se acentuou, autonomia estadual sem limitações, pois estas são inerentes ao conceito jurídico-político da autonomia. Propõe-se a revisão da tendência de centralização normativa que se aclimatou na Constituição Federal de 1967 e suas emendas, anulando o exercício da competência de auto-organização do Estado-Membro. Por outro lado, a eficaz defesa da Constituição e da legislação federal, quando seus preceitos forem violados no ordenamento estadual, encontra no Supremo Tribunal Federal o mais autorizado e conclusivo intérprete. É o que vem demonstrando a fecunda atividade do Supremo no controle da constitucionalidade da Constituição e das leis estaduais, mediante o poderoso instituto da Representação de Inconstitucionalidade, criação do Direito Constitucional brasileiro, que representa acréscimo substancial à versão norte-americana do controle judiciário da constitucionalidade das leis.

7. A participação do Estado-Membro na organização da Federação é um dos traços dominantes do federalismo, de modo geral, e do federalismo brasileiro, de modo particular. Essa participação conduziu ao sistema bicameral e à presença prestigiosa do Senado Federal, erigido à categoria de Câmara dos Estados, como sempre afirmaram as nossas Constituições Federais (Constituição Federal de 1891, art. 30. Constituição Federal de 1934, art. 89. Constituição Federal de 1946, art. 60. Constituição Federal de 1967, art. 43). Outra forma de manifestação dessa participação estadual na formação da vontade federal consubstancia-se no reconhecimento aos Estados-Membros, por suas Assembléias Legislativas, de apresentarem proposta de emenda da Constituição Federal. A proposta estadual, nessas condições, exprime a vinculação federativa e reforça os laços de solidariedade entre a Federação e os Estados. A iniciativa de proposta estadual de emenda à Constituição Federal constitui tradição sedimentada no Direito Público Republicano, desde a Constituição Federal de 1891 (art. 90, § 1º), e se prolongou nas Constituições Federais de 1934 (art. 178, § 1º, alínea b e § 2º), de 1946 (art. 217, § 1º), e de 1967 (art. 50, § 4º). Todavia, a Emenda Constitucional Federal nº 1, de 17 de outubro de 1969 (art. 47, I e II), retirou aos Estados-Membros o exercício dessa competência típica da forma federal de Estado. A Emenda Constitucional Federal nº 11 (art. 47, I e II), de 13 de outubro de 1978, não restaurou a competência perdida pelos Estados. A tarefa restauradora fica aberta ao constituinte federal, não tanto por devoção às formas, mas por respeito à substância das coisas.

8. A discriminação das rendas tributárias é uma questão crítica na organização federal. Desde a constituinte republicana de 1891, a matéria vem despertando antagonismos que favorecem o dissídio das tendências conflitantes. Naquela Assembléia, JÚLIO DE CASTILHOS, insurgindo-se contra solução que lhe parecia prejudicial aos Estados, denunciou "a partilha do leão", que tomava para a União as fontes mais produtivas (AGENOR DE ROURE — **A Constituinte Republicana** — vol. I, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1920, pág. 117). RUI BARBOSA, então Senador pela Bahia e Ministro da Fazenda, antevia nas resistências ao plano da discriminação de rendas consagrado no Projeto do Governo Provisório, a "ruína da União" pelo seu empobrecimento (AGENOR DE ROURE — **idem, idem**, págs. 120/21). O Senador LEOPOLDO DE BULHÕES tornou evidente a insatisfação com a solução finalmente adotada pela nossa primeira Constituição Republicana, propugnando a revisão da discriminação de rendas no dia em que se promulgava a Constituição (AGENOR DE ROURE — **idem, idem**, pág. 171).

A evolução do comportamento da receita tributária demonstra que se aprofundou a vantagem da União e retraiu-se a participação do Estado no quadro da discriminação de rendas. Enquanto se estimou, por exemplo, a receita tributária da União, para o exercício financeiro de 1981, em Cr\$ 1.468.545.400.000 (um trilhão, quatrocentos e sessenta e oito bilhões, quinhentos e quarenta e cinco milhões e quatrocentos mil cruzeiros), a receita total do Estado de Minas Gerais, para igual período, é da

ordem de Cr\$ 158.369.647.000 (cento e cinquenta e oito bilhões, trezentos e sessenta e nove milhões, seiscentos e quarenta e sete mil cruzeiros), nesse cômputo incluída a receita oriunda de **transferências correntes** da União, representando Cr\$ 38.038.448.000 (trinta e oito bilhões, trinta e oito milhões, quatrocentos e quarenta e oito mil cruzeiros).

A magnitude da receita tributária federal contrasta com a fragilidade dos recursos atribuídos pela Constituição Federal às demais órbitas do Governo, como revelam os índices da composição da receita pública global do Brasil, divulgados pelo Instituto de Pesquisas Econômica e Social:

UNIÃO	76%
ESTADOS	22%
MUNICÍPIOS	2%

(Fonte: Conferência do Ministro EWALD PINHEIRO, do Tribunal de Contas da União, publicada no **Diário Oficial da União**, de 2 de janeiro de 1980, pág. 52).

O contraste entre recursos federais e recursos locais (estaduais e municipais) ainda mais se aprofunda, quando acrescentamos ao campo da receita orçamentária da União o volume gigantesco dos recursos que se acham concentrados, atualmente, nos órgãos federais da administração indireta, situados fora do orçamento governamental da administração direta. O Relatório do Tribunal de Contas da União, relativo às contas do Governo Federal, no exercício de 1978, registrou esse dado pouco divulgado do Governo Federal, que concentra recursos pleróticos nos 436 órgãos da Administração Indireta, a saber: 383 autarquias, 23 Empresas Públicas, 23 Fundações, 3 Territórios Federais, 3 Órgãos Autônomos e 1 Fundo. Segundo o Tribunal de Contas da União, foi o seguinte o resultado apresentado, no exercício de 1978:

	Receita	Despesa
Orçamento Federal	Cr\$ 357.704.780.143 <i>(trezentos e cinquenta e sete bilhões, setecentos e quatro milhões, setecentos e oitenta mil, cento e quarenta e três cruzeiros) (3,6%)</i>	Cr\$ 356.000.370.435 <i>(trezentos e cinquenta e seis bilhões, trezentos e setenta mil, quatrocentos e trinta e cinco cruzeiros) (3,6%)</i>
Órgãos da Administração Descentralizada	Cr\$ 9.545.153.730.774 <i>(nove trilhões, quinhentos e quarenta e cinco bilhões, cento e cinquenta e três milhões, setecentos e trinta mil, setecentos e setenta e quatro cruzeiros) (96,4%)</i>	Cr\$ 9.480.905.523.949 <i>(nove trilhões, quatrocentos e oitenta bilhões, novecentos e cinco milhões, quinhentos e vinte e três mil, novecentos e quarenta e nove cruzeiros) (96,4%)</i>

(Fonte: Síntese do Relatório elaborado pelo Ministro LUCIANO BRANDÃO ALVES DE SOUZA, in **Diário Oficial** — Seção I — Parte I — de 9 de julho de 1979, pág. 9.591).

No mesmo período, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e a Caixa Econômica Federal movimentaram recursos superiores aos do orçamento da União. O Instituto Nacional de Previdência Social, isolado, dispôs de mais de quinhentos bilhões de cruzeiros, enquanto o orçamento federal de 1978 arrecadou trezentos e cinquenta e oito bilhões de cruzeiros.

É certo que a retirada do imposto da área da União e sua passagem para a competência tributária dos Estados ou dos Municípios redundaria no agravamento das disparidades entre os Estados, beneficiando a muito poucos, especialmente os Estados situados nas áreas prósperas e industrializadas, permanecendo a grande maioria à margem das vantagens da manipulação do imposto estadualizado. Os desníveis da economia nacional conduziram à adoção do processo da repartição da receita federal, que utiliza o imposto federal arrecadado pela União e redistribui parcelas ou percentuais desse imposto pelos Estados e Municípios. O orçamento federal desempenha a função do filtro, para nos valermos da "théorie du filtre" formulada por HENRY LAUFENBURGER (**Traité d'Économie et de Législation Financières** — Budget et Trésor, Recueil Sirey, 1948, pág. 233), mediante a arrecadação nacional da receita e a redistribuição ulterior representada nos percentuais da tributação para fortalecer, sobretudo, as disponibilidades financeiras dos Estados e Municípios mais carentes de recursos. Com o propósito de fortalecimento financeiro, as Constituições Federais de 1946 e de 1967 alargaram as formas clássicas de participação dos Estados, estabelecendo em favor das unidades federadas a participação financeira em quotas de impostos federais. É técnica que se insere no campo dinâmico das relações intergovernamentais e do federalismo cooperativo, desconhecida no federalismo clássico do Estado liberal. A participação financeira dos Estados na receita federal surgiu na Constituição Federal de 1946, que contemplava a atribuição aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios de uma parcela da arrecadação do imposto único sobre lubrificantes e combustíveis (art. 15, III, e § 2º), nos termos e fins estabelecidos em lei federal. A Constituição de 1946, denunciando sua inclinação municipalista, ainda deferiu aos Municípios, excluídos os das Capitais, 10% (dez por cento) da arrecadação do imposto de renda e proventos de qualquer natureza, em partes iguais, aplicando-se, pelo menos, metade da importância em benefícios de ordem rural (art. 15, § 4º). A Emenda Constitucional nº 18, de 1º de dezembro de 1965, ainda na vigência da Constituição de 1946, deu considerável sistematização à distribuição da receita tributária federal, definindo a formação mais ampla dos Fundos de Participação dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal (arts. 20-21), e ampliando a distribuição da receita oriunda da tributação única (art. 23). É inegável reconhecer, entretanto, que a política de repartição da receita federal expandiu-se na vigência da Constituição Federal de 1967 e suas emendas, através da vinculação do produto de arrecadação do imposto de propriedade territorial rural aos Municípios

(art. 24, § 1º); devolução aos Estados, aos Municípios e Distrito Federal das parcelas de imposto de renda incidente sobre rendimentos do trabalho e de títulos da dívida pública pagos por essas Unidades de Governo (arts. 23, § 1º, e 24, § 2º); da alimentação crescente dos Fundos de Participação dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios (art. 25, I e II), bem como do Fundo Especial (art. 25, III) e da receita federal distribuída aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios com apoio na tributação única sobre lubrificantes e combustíveis, energia elétrica e minerais do País. Trata-se de conquista já incorporada ao Direito Constitucional Federal, a qual compensa, parcialmente, a extraordinária concentração de recursos na competência tributária da União (art. 21, I até IX), contribuindo, de outro lado, para reduzir desníveis da renda regional e da renda local, especialmente nas áreas mais carentes.

No exercício de 1978, os mecanismos dos Fundos de Participação aos Estados, ao Distrito Federal e aos Territórios distribuíram àquelas áreas de Governo Cr\$ 16.911.525.627 (dezesseis bilhões, novecentos e onze milhões, quinhentos e vinte e cinco mil, seiscentos e vinte e sete cruzeiros), valores vinculados ao imposto de renda e de produtos industrializados, objeto da repartição compensatória (**Síntese do Relatório**, citado, **Diário Oficial** — Seção I — Parte I, pág. 9.590).

Quanto aos Municípios, os diversos recursos tributários a eles atribuídos pela União, no exercício de 1978, totalizaram Cr\$ 18.296.042.037,00 (dezoito bilhões, duzentos e noventa e seis milhões, quarenta e dois mil, e trinta e sete cruzeiros), assim identificados:

	Cr\$
1) Fundo de Participação aos Municípios	13.286.173.195
2) Imposto Territorial Rural	384.402.940
3) Imposto Único sobre Combustíveis e Lubrificantes	3.096.260.642
4) Imposto Único sobre Energia Elétrica	954.342.530
5) Imposto Único sobre Minerais	574.862.730

(**Síntese do Relatório**, citado, pág. 9.600).

A penúria em que vivem os Municípios brasileiros ficou retratada no seguinte comentário do Relatório do Tribunal de Contas da União:

"Somam 1.500 a 1.700 os Municípios que não tiveram condições, ainda, de organizar e manter um núcleo administrativo mínimo. São pequenas comunidades que vivem quase exclusivamente dos recursos do Fundo de Participação. Não contam com estabelecimento bancário, não possuem uma pessoa com nível de conhecimentos bastante para organizar um sistema de registro sistematizado dos recursos recebidos e dos gastos. Ficam à mercê de escritórios de contabilidade, geralmente, localizados na Capital, que lhes absorvem boa parte da receita..." (**Síntese do Relatório**, citado, pág. 9.601).

Partindo da verificação generalizada de que a concentração tributária da União agigantou o orçamento federal e empobreceu os orçamentos estaduais e locais, três conclusões, pelo menos, podem ser extraídas do

atual perfil da repartição tributária federal. **Primeira:** os percentuais constitucionais da participação dos Estados, dos Municípios, dos Territórios e do Distrito Federal devem ser majorados em função da grandeza dos recursos tributários da União e de seu processo de concentração. Seria conveniente, de outro lado, fixar no texto constitucional o percentual inicial e mínimo da participação, considerando a necessidade de seu reajustamento periódico. Nesta hipótese, a fixação de posteriores percentuais de participação nos impostos federais passaria a constituir objeto de **Resolução** do Senado Federal, mediante iniciativa exclusiva. A introdução do Senado nessa matéria corresponde a uma tendência já consagrada no Direito Constitucional Federal, para o exercício de atribuição inerente à Câmara dos Estados. **Segunda:** simplificar o processo de entrega dos recursos captados nos Fundos de Participação e na receita federal da tributação única, de forma a eliminar a subordinação das entidades beneficiadas às autoridades federais, que a Emenda Constitucional nº 17, de 2 de dezembro de 1980, não eliminou do texto da Constituição Federal vigente (art. 25, §§ 2º e 3º), refletindo o comando autoritário do processo de repartição da receita federal, incompatível com a fase atual de nossa evolução política e constitucional. O controle e a liberação das quotas tributárias foram melhor concebidos na Emenda Constitucional nº 18, de 1965, que se limitava a prever a competência do Tribunal de Contas para calcular e autorizar a aplicação dos Fundos, efetuando-se a sua entrega, mensalmente, através dos estabelecimentos oficiais de crédito (art. 21, § 1º), sistema que deve ser restaurado na sua plenitude para que se possa alcançar a finalidade da norma constitucional de cooperação financeira entre as unidades de governo.

Terceira: impõe-se devolver ao Estado-Membro a plena competência legislativa em matéria do ICM, removendo a abundante legislação federal de regulamentação exaustiva do imposto estadual, notoriamente sacrificado na sua função fiscal de suporte do sistema tributário do Estado pela intromissão do comando federal.

9. A política de fortalecimento financeiro dos Estados e dos Municípios, que vem-se realizando mediante a utilização, ainda insuficiente, do mecanismo compensatório da repartição da receita federal, não esgota os instrumentos empregados na Federação brasileira, para superar e corrigir os desníveis econômicos e as disparidades regionais. Superada a concepção da ajuda excepcional aos Estados que se difundiu na fase inicial da República brasileira, sob a forma cautelosa da prestação de socorros, em caso de calamidade pública, conforme dispunha o art. 5º da Constituição Federal de 1891, incorporou-se ao federalismo brasileiro, de modo empírico, a princípio, e de forma sistemática, posteriormente, o princípio de que à União caberia a função de inverter a tendência negativa de processo circular acumulativo, que vinha historicamente empobrecendo os Estados e extensas regiões do território nacional. Demonstrou GUNNAR MYRDAL que, no chamado processo de **causação circular**, o fator negativo torna-se, simultaneamente, causa e efeito de outros fatores negativos, pois o processo acumulativo, quando não controlado, promoveria desigualdades crescentes (GUNNAR MYRDAL — **Teoria Econômica e Regiões Subdesenvol-**

vidas — Rio de Janeiro, 1960, págs. 26-27). A União Federal, centro do poder nacional, assumiu a missão de promover o desenvolvimento regional nas áreas críticas, de modo a integrá-las no quadro mais amplo do desenvolvimento nacional. A eliminação das disparidades regionais ingressou na competência federal da União para atingir os objetivos da política nacional de desenvolvimento econômico. Sem desconhecer esforços anteriores, visando a redução de disparidades regionais, especialmente no campo das medidas governamentais de combate às secas do Nordeste, coube à Constituição Federal de 1946 a iniciativa histórica de inserir na área de atividade da União a promoção sistemática do desenvolvimento regional. O constituinte de 1946 concebeu três planos regionais e a eles conferiu a sustentação da receita tributária federal vinculada: o plano da defesa contra os efeitos da seca do Nordeste (art. 198), que se relacionava com a competência federal de organizar a defesa permanente contra os efeitos da seca (art. 5º, XIII), no qual se despenderia quantia nunca inferior a 3% (três por cento) da renda tributária da União; o plano de valorização econômica da Amazônia (art. 199), que se tornou permanente pela Emenda Constitucional nº 21, de 21 de novembro de 1966, nele se autorizando a aplicação de quantia não inferior a 3% (três por cento) da renda tributária da União; e o plano de aproveitamento total das possibilidades econômicas do Rio São Francisco e seus afluentes (Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, art. 29), para o qual se destinava a aplicação anual de importância não inferior a 1% (um por cento) da renda tributária da União.

Após a consagração constitucional da política de desenvolvimento regional na competência da União Federal, alcançou essa política notável expansão no plano da legislação ordinária, tanto no período de vigência da Constituição Federal de 1946, como na atual fase da Constituição Federal de 1967 e suas emendas. A política de desenvolvimento regional, através da **propagação** de recursos da União aos organismos regionais — SUDENE, SUDAM, CODEVASF, SUDESUL, SUDECO, SUFRAMA —, integrou-se na prática do federalismo brasileiro e nele desempenha relevante função de equilíbrio federativo, reduzindo as disparidades regionais. Essa política comporta, todavia, aprimoramentos na sua formulação, para adotar instrumentos capazes de assegurar a efetiva participação dos Estados no seu processo decisório, recolhendo-se as indicações da razoável experiência brasileira no domínio das relações intergovernamentais em órgãos de desenvolvimento regional.

A criação das Regiões Metropolitanas encerra outra manifestação do desenvolvimento regional, agora sob o impulso conjugado da União, dos Estados e dos Municípios, dentro da mais recente e promissora experiência brasileira do federalismo cooperativo. A Constituição Federal de 1967, em seu art. 164, deferiu à União a competência para estabelecer regiões metropolitanas, mediante lei complementar, visando a realização de serviços comuns aos Municípios que, independentemente de sua vinculação administrativa, façam parte da mesma comunidade sócio-econômica. Essa nova entidade aglutinadora de Municípios situa-se no título constitucional da **Ordem Econômica e Social**, que tem por fim realizar o desenvolvimento

nacional e a justiça social. É nessa ampla destinação que se introduziu a Região Metropolitana, para colocá-la a serviço do desenvolvimento e do bem-estar social das grandes massas urbanas que se aglomeram e se expandem nas cidades metropolitanas e aí padecem os sacrifícios humanos e sociais impostos pelos centros metropolitanos às populações das "megalópoles" modernas. A Região Metropolitana é a entidade geoadministrativa que se criou para o reerguimento de áreas saturadas pelo crescimento urbano e nelas difundir o bem-estar social. O Município, isoladamente, não seria suficiente para realizar essas tarefas. A técnica constitucional concebeu para isso a Região Metropolitana, dentro das tendências do moderno federalismo cooperativo. Implantaram-se as Regiões Metropolitanas na lei federal (Lei Complementar nº 14, de 8 de junho de 1973) e na legislação supletiva estadual. Recursos grandiosos estão sendo canalizados pela União e pelos Estados para enfrentar os dimensionados problemas metropolitanos de desenvolvimento econômico e social, saneamento básico, uso do solo metropolitano, transporte e sistema viário, aproveitamento dos recursos hídricos e controle da poluição ambiental. Ganhando consistência no mundo real da administração intergovernamental, a Região Metropolitana desencadeou a questão de sua presença na estrutura do Estado Federal. A permanência indefinida da Região Metropolitana na área programática da Ordem Econômica e Social não parece ser a melhor solução. Região Metropolitana, pessoa jurídica de Governo Regional dentro do Estado-Membro, como unidade intermediária entre o Estado e os Municípios, ou a Região Metropolitana concebida como Território Regional Estadual, forma de descentralização administrativa de nível autárquico territorial, recebendo tratamento assemelhado ao que se dá ao Território Federal na área da União? São opções entre as várias alternativas que se abrem ao constituinte federal e estadual, para possibilitar a fixação definitiva da Região Metropolitana no ordenamento constitucional brasileiro.

10. A estrutura federal que a Constituição emendada de 1969 concebeu e projetou no plano constitucional afastou-se da concepção brasileira do federalismo republicano. O caráter conjuntural e episódico das soluções adotadas demonstram a precariedade e evidenciam a fragilidade da estrutura que se erigiu no terreno movediço das conveniências políticas. A União tornou-se absolutista na sua ambição de poder, e para servir ao autoritarismo do Governo Central a Constituição cancelou a autonomia do Estado-Membro. A forma federal de Estado pressupõe a existência de requisitos que lhe definem a fisionomia no quadro das formas estatais. A forma híbrida — federal e unitária ao mesmo tempo — equivale a um aleijão que torna irreconhecível a criatura assim concebida. A reconstrução do federalismo brasileiro impõe a eliminação desse hibridismo para que das cinzas dessa destruição possam renascer as instituições de um federalismo renovado e vigoroso. A tarefa de reconstrução reclama a modernização do edifício federal, sem o sacrifício iconoclasta das fontes permanentes da concepção federal brasileira, e assim o novo federalismo constitucional se converterá em instrumento duradouro do desenvolvimento político, cultural, econômico e social da nação brasileira.

A Revolução de 1930 e seu legado político

NELSON DE SOUSA SAMPAIO

Professor da Universidade Federal da Bahia

FIM DA PRIMEIRA REPÚBLICA

A Constituição de 1891 viveu 39 anos — período que não é curto na vida constitucional do Continente. Relativamente à política latino-americana, a Primeira República conheceu certa estabilidade. Durante quarenta anos, os presidentes se sucederam, sem que nenhum ultrapassasse o período do seu mandato.

Só se levantou um problema de legitimidade quanto à permanência no poder de um Vice-Presidente, FLORIANO PEIXOTO, que assumiu o cargo na renúncia do Marechal DEODORO DA FONSECA, Presidente eleito pela Assembléia Constituinte. Dizia a Constituição, em suas disposições permanentes, que, na hipótese de vagar-se a presidência antes de decorrido metade do mandato, deveria proceder-se a nova eleição popular para escolha do sucessor.

O Vice-Presidente só assumiria definitivamente o cargo quando a vaga ocorresse na segunda metade do período presidencial. O Marechal FLORIANO, invocando disposição transitória da Constituição (1), interpretou-a no sentido de que lhe cabia o posto, e o Congresso acabou consagrando essa interpretação. Ainda assim, o Marechal FLORIANO fez questão de usar sempre o título de Vice-Presidente, o que não parece coerente com sua tese.

Essa regularidade formal escondia, porém, verdadeiras distorções do federalismo, do presidencialismo e do sistema representativo. As medidas de exceção, como o estado de sítio e a intervenção federal, transformaram-se em práticas frequentes. Só em dois quadriênios (1898-1902; 1906-1910) não houve suspensão das garantias constitucionais. Nos outros, o estado de sítio foi decretado, com maior ou menor duração, embora jamais se tivesse estendido a todo o território nacional. Na presidência de ARTHUR BERNARDES, essa medida excepcional se converteu em regra, vigorando por quase todo o seu governo (1922-26).

A organização federativa oscilava entre os extremos de regionalismo exacerbado e de forte reação centralizadora. Por um lado, "cada grande Estado supunha-se uma espécie de potência independente; em sua órbita de influência política, gravitavam outros Estados menores. Formavam-se alianças entre unidades da Federação como no jogo da política internacional.

Os Estados guerreavam-se entre si por meio de impostos de fronteiras, disfarçados sob vários nomes, contrariando abertamente dispositivos constitucionais. Cada um deles tinha a sua própria polícia armada, algumas vezes como pequenos exércitos, instruídos até, como acontecia em São Paulo, por missões militares estrangeiras" (2). Mas havia a outra face da medalha: as frequentes intromissões do Presidente da República na esfera de ação dos Estados. Os próprios políticos estaduais convidavam a essas interferências da União. Uma vez que não se podia confiar no processo eleitoral, a tática predileta dos partidos estaduais era conquistar as boas graças do Chefe da Nação. Os detentores do poder procuravam, assim, consolidar a autoridade, e os oposicionistas, tomar as posições das mãos dos adversários. Por vezes, os dois lados rivais num pleito consideravam-se vencedores, cada qual apresentando os seus diplomas de eleitos. Surgia, então, a dualidade de assembléias estaduais — as "duplicatas" de câmaras, como se dizia —, cada qual disputando o reconhecimento do governo central. Dir-se-ia que os homens públicos ainda conservavam, sob a república federativa, os velhos hábitos da centralização política do tempo da monarquia.

O sistema representativo funcionava como se estivesse com a base invertida. O mandato dos eleitos vinha mais do alto do que de baixo. A eleição era um modo de homologar uma escolha feita pelo grupo dos grandes eleitores

(1) O preceito em causa (art. 1º, § 2º) visa, ao que parece, apenas a estabelecer qual o período do Presidente e do Vice-Presidente eleitos pela Assembléia Constituinte: "O Presidente e o Vice-Presidente, eleitos na forma deste artigo, ocuparão a Presidência e a Vice-Presidência da República durante o primeiro período presidencial".

(2) JOSÉ MARIA BELLO, *História da República*, Cia. Ed. Nac., S. Paulo, 4ª ed., 1959, pág. 304.

— Presidente da República e Governadores. Em muitos casos, o arbítrio do Congresso no reconhecimento dos eleitos parecia convertê-lo numa espécie de colégio eleitoral, sem qualquer preocupação com a eleição popular. Houve casos de depuração ou “degola” de bancadas oposicionistas inteiras.

Poderosos como eram os Presidentes da República, não conseguiam, entretanto, ser populares. Seu desgaste político era rápido, em consequência das intrigas dos descontentes, da insatisfação das populações citadinas e das invectivas do jornalismo oposicionista. A medida que se aproximava o fim do mandato, crescia a impopularidade dos Presidentes e Governadores. Muitos deixavam o poder sob apupos das multidões. É curioso anotar que o Presidente de mais popularidade foi o mais autoritário, o Marechal FLORIANO PEIXOTO, embora se discutisse se, na qualidade de Vice-Presidente, tinha direito a ocupar definitivamente a vaga de Presidente, aberta na primeira metade do período presidencial. O “Marechal de Ferro”, como foi cognominado, esmagou rebeliões que, nos primeiros dias da República, passavam como tentativas de restauração monárquica. Na verdade, a reação monárquica era insignificante, mas o Marechal pôde ganhar o título de “Consolidador da República”. Ao mesmo tempo aparecia como um campeão do nacionalismo da jovem República, ao repelir, altivamente, as pretensões de potências estrangeiras de interferir nas disputas entre brasileiros. Por tudo isso, poderia o Marechal prefigurar, aos olhos de seus adeptos, especialmente dos jovens militares, a encarnação do “ditador republicano” preconizado pelos positivistas.

Na maioria dos casos, todavia, os aplausos das multidões iam para os adversários do governo. O crônico sentimento oposicionista aliava-se a uma espécie de pessimismo nacional, que não se cansava de caracterizar-nos como um “País perdido”, sempre “à beira do abismo”. Esse ceticismo refletia uma sociedade pouco dinâmica, cuja economia não marchava com a devida aceleração. A principal fonte de renda era a exportação de matérias-primas, sobretudo do café, de modo que as oscilações do mercado internacional geravam grande instabilidade econômica. As crises de exportação depreciavam o valor da moeda e provocavam periódicos encarecimentos dos produtos de consumo interno, muitos dos quais eram importados. Os empreendimentos econômicos, tanto do setor privado como do público, eram limitados, não oferecendo fáceis oportunidades de empregos. A obtenção de emprego público para a sua clientela tornava-se, por isso, uma das primeiras preocupações dos políticos. Criava, entretanto, novos problemas, com o desvio dos poucos recursos do erário para o pagamento de uma desproporcionada burocracia. Por sua vez, os atrasos de pagamento e os baixos níveis de remuneração costumavam provocar, no funcionalismo, surda oposição aos governos. Com a Primeira Guerra Mundial, a paisagem econômica sofre sensível modificação. O ritmo de crescimento industrial aumenta, em consequência das dificuldades de importação. As cidades aceleram o seu desenvolvimento, a começar por São Paulo, centro do surto industrial, em virtude da capitalização derivada da lavoura cafeeira. Todavia, os centros urbanos mantinham-se muito pobres e o interior continuava mergulhado numa miséria medieval. Os governos viviam sempre preocupados com o desequilíbrio orçamentário, empréstimos externos e estabilização da moeda.

Sobre base econômica tão débil, não se podia assentar uma República estável. Além disso, deve-se acrescentar a todos esses fatores de inquietação o dissídio entre militares e civis. Nascida da "questão militar" que derrocou a Monarquia, a República não a resolveu. Pelo contrário, os choques e turbulências resultantes da experiência do novo regime convidavam as Forças Armadas a intervirem na política. Os próprios civis "rondavam os quartéis", à procura do apoio das armas para suas pretensões. Por seu turno, os militares sentiam-se, em grande medida, responsáveis pelo novo regime. Os mais imbuídos de puritanismo positivista julgavam-se os verdadeiros defensores da pureza republicana, sempre prontos a recomendar as "salvações" da espada contra os desmandos dos civis. Por outro lado, as desconfianças dos civis contra os militares se avivaram em razão das crises constitucionais que abalaram o País sob os dois Marechais que foram os primeiros Presidentes da República. Ambos foram eleitos pela Assembléia Constituinte, como sabemos: um para a presidência e outro para a vice-presidência. Pelo voto direto, somente um militar foi eleito para a presidência, durante a Primeira República, o Marechal HERMES DA FONSECA. Mas a sua candidatura deu margem a uma violenta campanha eleitoral, a mais popular até então, em que o seu contendor arvorou o "civilismo" como bandeira de luta contra o "militarismo". Como o candidato "civilista" era RUI BARBOSA, o mais categorizado paladino do liberalismo e o mais famoso erudito do País, criaram-se os estereótipos, ainda não apagados de todo, do civil liberal e culto em contraposição ao militar autoritário e de visão estreita.

Em 1921 a velha questão se agravou, na oportunidade de uma campanha presidencial, que era a fase preferida para as agitações políticas. Dessa vez não havia candidato militar, mas os opositores do candidato oficial ARTHUR BERNARDES se aproveitaram de uma carta falsa para intrigá-lo com as Forças Armadas. Nesse documento forjicado, mas que passou como verdadeiro para as paixões do momento, continham-se grosseiras expressões de injúria ao presidente do Clube Militar, Marechal HERMES DA FONSECA, ex-Presidente da República. No ano seguinte, quando ARTHUR BERNARDES já havia sido reconhecido vitorioso nas urnas, um grupo de jovens militares sublevoou o Forte de Copacabana, visando a desagrar os brios da classe e a impedir a posse do novo Presidente. Tendo falhado a adesão do Exército, os revoltosos preferiram tombar em combate na praia de Copacabana a render-se. Em 1924, nova revolta militar, mais ampla do que a anterior, estalou em São Paulo, desta vez exigindo a renúncia do Presidente BERNARDES.

Debelada a rebelião, o grosso dos sobreviventes de 1922 e 1924 voltou à cena revolucionária em 1930 unido no movimento cívico-militar chamado depois de "tenentismo" (3). Trazia um ideário vago de regeneração da República, pregando a verdade eleitoral e reformas sociais pouco definidas. Expressa, de certo modo, os anseios das classes médias urbanas, ampliadas pelo surto industrial posterior à Primeira Guerra Mundial e insatisfeitas com os processos oligárquicos do regime. A crise econômica de 1929, reflexo da quebra

(3) Nem todos eram tenentes, mas, dada a sua preponderância na liderança do movimento, a expressão se consagrou.

da bolsa de New York, preparou o terreno para as sementes da insurreição, intensificando o descontentamento popular. Por seu turno, a campanha presidencial de 1929-30 agitou a opinião pública de maneira mais profunda do que das outras vezes. Nessa sucessão presidencial, rompera-se o equilíbrio de poder entre Minas e São Paulo, que havia sustentado a Primeira República. O Governador de Minas sentia-se com o direito de suceder ao Presidente paulista. Como este insistisse num nome de São Paulo, Minas formara um pacto com o Rio Grande do Sul e a Paraíba a favor de uma candidatura de oposição. O Rio Grande do Sul, que sempre se sentira preterido pelo monopólio da presidência por mineiros e paulistas, daria o candidato na pessoa do seu Governador, GETÚLIO VARGAS. A coligação tomou o nome de Aliança Liberal, que realizou a maior e última campanha eleitoral da Primeira República. Seus corifeus, ao mesmo tempo que se dedicavam à propaganda pelas grandes cidades, não se descuravam de conspirar, até porque sabiam que os três Estados seriam vencidos pelo peso eleitoral dos 17 Estados fiéis ao Chefe da Nação. E assim sucedeu, segundo a fantasiosa estatística eleitoral da época. Mas não tardou que os políticos da Aliança dessem as mãos aos "tenentes" revolucionários a fim de protestarem, pelas armas, contra o resultado das urnas, alegando a falsidade eleitoral. Em 3 de outubro de 1930, explodiu a Revolução, que, após a conquista, sem muitas vítimas, de vários quartéis no Rio Grande do Sul e no Nordeste, avançou desses dois pontos em direção ao Distrito Federal. Por onde passavam, os revoltosos iam colhendo adesões, até que as forças legalistas resolveram confraternizar com o movimento para evitar uma luta fratricida de grandes proporções. A 24 do mesmo mês de outubro, generais da guarnição do Rio depunham o Presidente.

Para a vitória da Revolução conjugaram-se os vários fatores que afligiam a República: a crise econômica, o descontentamento dos jovens militares, as reivindicações regionalistas, o sentimento oposicionista das grandes cidades. Visto de uma perspectiva continental, o movimento armado inseria-se na cadeia de revoluções que varrera quase toda a América do Sul, como reflexo da crise econômica mundial. O sincronismo revolucionário ressaltava a semelhança de condições sociais e econômicas dos países do Continente.

Como a Primeira República, a Segunda nascia de um movimento militar. Mas, desta vez, embora o povo não fosse o elemento decisivo, tivera maior participação do que em 1889. As multidões vieram às ruas, ostentando os lenços vermelhos dos revolucionários, pressurosas de saudar a República Nova, ovacionar os triunfadores do momento e escorraçar do poder os "carcomidos" da República Velha.

A SEGUNDA REPÚBLICA

A Segunda República foi a mais efêmera de quantas já tivemos. Durou apenas 7 anos. Foi, porém, uma fase tumultuada, de fermentação social sem rumos definidos e de sensíveis mudanças, embora se tivessem mantido as linhas gerais do arcabouço federativo e presidencialista.

Para as vicissitudes do período concorreram as agitações da vida internacional, que aqui repercutiam, e a própria desorientação dos autores da Revo-

lução de 1930. Estes puseram-se de acordo para derrubar a "República Velha", mas não tinham clara idéia do que iam construir. Em 1889, republicanos liberais e positivistas, apesar das divergências de métodos, coincidiam nos dois pontos capitais da nova ordem, a república e a federação. Não obstante, a República viveu a sua etapa inicial de revolução e os militares relutaram em entregar o poder aos civis. Em 1930, as divergências são mais fundas, embora a dominação militar não seja exclusiva. A Junta Militar de dois generais e um almirante, que assumiu o poder no dia da vitória da Revolução, em 24 de outubro, entregá-lo-ia no dia 3 de novembro a GETÚLIO VARGAS, o chefe civil do movimento revolucionário. Alegou-se que o posto lhe cabia, além disso, como Presidente da República, eleito de fato, mas esbulhado pela fraude eleitoral — argumento que não se podia provar nem negar por meio de estatísticas. Na verdade o poder era partilhado entre os políticos da Aliança Liberal e os militares, sobretudo os "tenentes" revolucionários. O "tenentismo" destes dias, ressalvada a ausência de base filosófica, desempenha um papel que lembra o do positivismo no começo da República.

Seus representantes mais fiéis estão imbuídos do zelo puritano pela regeneração da República e advogam uma série de reformas, se bem que nem sempre apresentem fórmulas práticas de realização. Desejam não só reformas políticas, como a mudança do processo eleitoral, mas também reformas sociais, como a adoção de uma legislação operária, e falam até em reforma agrária. São, em geral, nacionalistas e adeptos do intervencionismo econômico. Essas idéias não eram exclusivas do tenentismo, pois muitos civis delas comungavam. Existia, contudo, certa desconfiança dos líderes militares em relação aos políticos. Para a defesa dos seus pontos de vista, os tenentes fundaram o *Clube 3 de Outubro*, que agiu, nessa época, como um sucedâneo de partido político. Em vários Estados, como Pará, Maranhão, Piauí, Alagoas, Sergipe, Bahia, Espírito Santo, a interventoria fora entregue a tenentes, cujos nomes foram indicados pelo seu líder, o Coronel JUAREZ TAVORA, que comandara a Revolução no Nordeste e fora elevado à condição de árbitro das situações políticas de todo o Norte. O povo cognominou-o, por isso, de "Vice-Rei do Norte", numa expressão que denuncia a partilha geográfica de influência entre os chefes revolucionários.

O tenentismo dava mais valor às reformas sociais e políticas do que à reorganização constitucional. Esta deveria ser adiada até que aquelas reformas fossem concretizadas. Essa atitude protelatória da reconstitucionalização ia ao encontro dos desejos de GETÚLIO VARGAS, cuja sede de poder e frio senso das oportunidades seriam depois confirmados. Ele próprio se definira como não sendo um oportunista, mas "um homem das oportunidades" (4). Para a sua formação autoritária contribuíram, sem dúvida, alguns laivos de positivismo, adquiridos praticamente na escola política de JÚLIO DE CASTILHOS e de BORGES DE MEDEIROS. Mas o seu forte não era a preocupação teórica. Não se prendia a sistemas, como não se tolhia por considerações pessoais ao

(4) LOURIVAL COUTINHO, *O General Góts Depõe...*, Liv. Ed. Coelho Branco, Rio, 1956, pág. 233.

traçar os seus planos políticos. Da sua convivência com BORGES DE MEDEIROS deveria ter assimilado menos as convicções doutrinárias do que a arte que levou o "borgismo" a conservar-se no governo estadual durante um quarto de século. Esse exemplo de continuísmo VARGAS transporia para o plano nacional, usando métodos diversos dos empregados por BORGES DE MEDEIROS, que se estribava na disciplinada fidelidade de seus correligionários do Partido Republicano do Rio Grande do Sul. Pragmatista do poder, VARGAS não se apegava a homens nem a partidos. Manejava todos — homens e partidos — segundo suas conveniências e circunstâncias, com seu realismo político e penetração psicológica. Quando, pois, os tenentes diziam que o Brasil ainda não estava preparado para receber nova Constituição, alimentavam, inconscientemente, a tendência contemporizadora de GETÚLIO.

No entanto, poderosas correntes de opinião eram a favor da pronta reconstitucionalização do País. Do próprio Rio Grande do Sul, onde se cindira a "Frente Única" que apoiara a Revolução, partia o brado a favor de uma assembléia constituinte. Mas onde ele ressoava mais forte era em São Paulo, insuflado pelo espírito regionalista e pela velha desconfiança entre civis e militares. Com as constantes nomeações de interventores militares, estranhos ademais a São Paulo, este Estado começou a criar o sentimento de terra "ocupada". A Revolução parecia, aliás, dirigida sobretudo contra São Paulo. Depôs um Presidente desse Estado e evitou que outro homem de São Paulo ocupasse o Catete. Nessa situação, os paulistas reivindicavam um interventor "civil e paulista" bem como a reconstitucionalização do País, pela qual o Estado poderia reconquistar seu importante lugar na Federação. A primeira reivindicação foi, afinal, satisfeita, mas quando os paulistas já não confiavam nas promessas de atendimento da segunda. A decretação do Código Eleitoral, em fevereiro de 1932, não era, para os descrentes, um penhor de próximas eleições. Outras medidas foram tomadas pelo Governo para aquietar os reclamos pró-Constituição, tais como a fixação da data (3 de maio de 1933) das eleições para a Assembléia Constituinte e a nomeação de uma comissão para elaborar um anteprojeto de Constituição. Todavia, quando tais iniciativas surgiram, em maio de 1932, os ânimos estavam demasiadamente tensos em São Paulo e já havia compromissos para o levante armado. A "Revolução Constitucionalista" explodiu em 9 de julho, e São Paulo lutou sozinho, sem que se concretizassem as prometidas adesões do Rio Grande do Sul e de Minas.

Depois de 3 meses de luta, os revolucionários foram subjugados. Mas o tributo de sangue deve ter contribuído para que, no ano seguinte, se realizassem, na data prefixada, as eleições para a Constituinte. Foi esse o primeiro pleito, no Brasil, em que as mulheres votaram e em que se aplicou o sistema de representação proporcional. O Código Eleitoral não exigia, entretanto, a existência de partidos nacionais e as candidaturas podiam ser apresentadas tanto por partidos registrados como por grupos de pelo menos 100 eleitores. Estes últimos grupos funcionavam como partidos provisórios e os seus candidatos eram denominados "avulsos". Além disso, o Código Eleitoral introduziu a representação profissional, chamada "classista", no seio da Assembléia Constituinte. Dos seus 254 membros, 40 representavam os grupos profissionais, eleitos pelos sindicatos em eleição indireta, metade pelos sindicatos de empre-

gados, e a outra metade pelos sindicatos de empregadores. Não admira, portanto, que a segunda Constituinte republicana fosse a mais heterogênea e dividida assembléia já reunida, até então, no País. Os 214 representantes políticos estavam divididos em 44 partidos estaduais. O número avultado de agremiações explica-se pela maior lisura do pleito, o mais livre até àquela data, e que possibilitava a representação de dois ou mais partidos em cada Estado. Ademais, a apuração dos votos e a proclamação dos eleitos foram confiadas à recém-criada Justiça Eleitoral, de modo que as oposições ficaram livres da "degola", pelas câmaras, no reconhecimento dos eleitos. O mosaico partidário articulava-se em dois eixos, o do Governo e o da oposição. O primeiro era incomparavelmente maior do que o segundo, uma vez que, apesar das mudanças eleitorais, ainda se prolongou pela Segunda República a regra secular de o Governo sempre vencer as eleições. Os interventores federais não deixaram, por seu turno, de exercer pressão no pleito. Além disso, o Governo contava com o reforço da bancada "classista", eleita pela manipulação oficial dos sindicatos.

Em oito meses de trabalho, a Assembléia cumpriu a sua tarefa e elegeu GETÚLIO VARGAS, por um quadriênio, Presidente constitucional. As fontes inspiradoras dos constituintes promanaram principalmente das doutrinas políticas e jurídicas da Europa de após a Primeira Guerra Mundial, e das novas Constituições aí estabelecidas. Entre estas, o figurino predileto foi a Constituição de Weimar, de 1919, já estraçalhada, aliás, pelo hitlerismo, quando tomamos como texto-padrão. Mas os antigos traços do direito norte-americano não se apagaram, de modo que a Constituição de 1934 tem uma fisionomia complexa.

Suas notas mais relevantes são: o reforço da União; atenuação do presidencialismo; corporativismo misto; diminuição do papel do Senado; maior precisão no conceito de autonomia municipal; maior especialização do Judiciário, com a Justiça Eleitoral e a Justiça do Trabalho; sistema eleitoral proporcional, com voto secreto e obrigatório; intervenção estatal na economia e nacionalismo.

Depois de 1930, são visíveis as tendências para cercear o grau de autonomia estadual, sem dúvida como reação às manifestações regionalistas conhecidas na Primeira República. Havia também razões mais recentes na Constituinte. Entre elas a Revolução Constitucionalista, indigitada como "separatista" sobretudo pelo Governo que a combatia. Todavia, o fato não deixou de estimular o ressentimento entre Norte e Sul, entre sulistas e "cabeças chatas" ou nordestinos, que lutaram contra os paulistas. Foi pensando, certamente, na unidade nacional que se retirou dos Estados a competência para legislar sobre direito processual e sobre eleições; que se sujeitou a legislação penitenciária dos Estados aos "princípios gerais" definidos pelo legislador federal; e se estabeleceram as diretrizes gerais da organização da Justiça estadual. Para coarctar o poder armado dos governadores da Primeira República, as polícias militares passaram à condição de reservas do Exército.

O presidencialismo sofre pequenas atenuações na sua rigidez clássica para permitir melhor entrosamento entre os Ministros e a Câmara dos Deputados,

cujo mandato foi elevado para 4 anos. Assim, os Deputados nomeados Ministros não perdiam o mandato — direito que não estava claro em relação aos Senadores (5). A Câmara dos Deputados podia convocar Ministros para prestar esclarecimentos, e o não-comparecimento importaria em crime de responsabilidade. A mesma faculdade não possuía o Senado, perante o qual os Ministros podiam prestar informações por escrito ou pessoalmente, conforme preferissem. Os Ministros, por sua vez, podiam requerer à Câmara dos Deputados designação do dia e hora para serem ouvidos. Outra alteração relativa aos Ministros foi o reconhecimento de sua responsabilidade pelos “atos que subscreverem, ainda que juntamente com o Presidente da República, ou praticarem por ordem deste”.

A Constituinte manteve o componente corporativista na organização da Câmara dos Deputados. Determinou que um quinto do total dos Deputados fosse formado de “representantes eleitos pelas organizações profissionais”. A mesma fórmula prevalecia para as Assembléias estaduais. A receita proveio das confusas idéias que prevaleciam em muitos políticos brasileiros a respeito do que se passava na Europa. Muitos deles imaginavam que a representação política era um consectário do liberalismo individualista e que estava fadada a desaparecer ou, pelo menos, a ser temperada pela representação dos grupos ocupacionais. Alguns aceitaram a idéia por inclinações direitistas, voltados para o cooperativismo da Itália fascista; outros por propensões esquerdistas, considerando que os operários se beneficiariam com a representação profissional. A grande parte admitia a possibilidade de conciliação entre as liberdades democráticas e o cooperativismo — o que é teoricamente defensável, mas negado pelas experiências conhecidas de sistemas corporativos. Os constituintes não se contentaram em criar um órgão de representação econômica puramente consultiva, a exemplo do Conselho Econômico da Constituição de Weimar. Também não perfilharam o modelo mais comum de corporativismo misto, colocando uma câmara corporativa separada da câmara política. Adotou-se uma modalidade rara na prática, a de enxertar, na própria câmara política, a representação profissional, dividida em quatro categorias: lavoura e pecuária; indústria; comércio e transportes; profissões liberais e funcionários públicos. Os resultados nós já conhecemos: os representantes profissionais comportaram-se como verdadeiros políticos e engrossaram, pelo seu processo de recrutamento, as fileiras governistas.

O Senado foi reduzido em número, fixando-se em dois Senadores por Estado e Distrito Federal, com mandato de oito anos, renovando-se pela metade em cada quadriênio. A importância política e legislativa da segunda Câmara foi, entretanto, bastante diminuída. Passou à condição de órgão cola-

(5) O problema é controvertido constitucionalmente, sendo nossa opinião que o mesmo direito deveria caber ao Senador. Nosso parecer é, pois, concordante com o de PONTES DE MIRANDA em seus *Comentários à Constituição de 1934*. Com efeito, o art. 82 da Constituição de 1934 dispõe: “Os membros da Câmara dos Deputados, nomeados Ministros de Estado, não perdem o mandato, sendo substituídos, enquanto exerçam o cargo, pelos suplentes respectivos.” Mas o § 2º do art. 89 iguala, ao nosso ver, a situação do Senador à do Deputado, no particular: “Os Senadores têm imunidades, subsídios e ajuda de custo idênticos aos dos Deputados e estão sujeitos aos mesmos impedimentos e incompatibilidades.”

borador da Câmara dos Deputados na tarefa legislativa, e encarregado de uma vaga "coordenação dos poderes federais". A preeminência da Câmara dos Deputados foi tão visível que houve quem enxergasse, na estruturação do Poder Legislativo, uma espécie de bicameralismo imperfeito. Já vimos várias faculdades políticas pertencentes à Câmara dos Deputados de que não gozava o Senado. Este também deixou de ser o tribunal de *impeachment* para os crimes de responsabilidade do Presidente da República e dos Ministros (quando se tratasse de crimes conexos com os do Chefe do Executivo). Essa função passou para um "tribunal especial", composto de três membros da Corte Suprema (6), três Senadores e três Deputados, sob a presidência do presidente da referida Corte. A predominância da Câmara dos Deputados também se nota no caso de substituição eventual do Presidente da República. Suprimiu-se o cargo de Vice-Presidente e estabeleceu-se a seguinte ordem de chamamento para ocupar a presidência no impedimento ou falta de seu titular: o Presidente da Câmara dos Deputados, o do Senado e o da Corte Suprema. Na Constituição de 1891, na falta de Vice-Presidente da República, a ordem era a seguinte: o Vice-Presidente do Senado, o Presidente da Câmara dos Deputados e o do Supremo Tribunal Federal. A nova posição do Senado é mais um dos sintomas da mentalidade centralizadora da época, pois destoa do papel que se costuma conferir àquele ramo do Legislativo no esquema da federação clássica (7). Nesta, o Senado é a Câmara dos Estados, e, por isso, a sua presença é considerada indispensável. Deve observar-se, como sinais do tempo, que o anteprojeto de Constituição apresentado pelo Governo Provisório ainda era mais radical, pois eliminava o Senado (8).

Se a Constituição restringiu as atribuições dos Municípios, deu maior precisão ao conceito de autonomia municipal. Com isso, foram atendidas algumas reivindicações a favor de nossas comunas, defendidas por uma corrente de opinião que começava a ganhar corpo e que depois seria denominada de "municipalismo". No particular, o texto constitucional de 1934 contrasta com o laconismo do de 1891 sobre matéria municipal. Este apenas mandava que o Estado assegurasse "a autonomia dos Municípios em tudo quanto respeita ao seu peculiar interesse". Mas não esclarecia qual o conteúdo dessa autonomia nem o que era peculiar interesse. Daí a diversidade da organização municipal nos Estados, em cuja quase totalidade os Municípios não elegiam os seus Prefeitos. Depois de 1934, isso já não seria possível, porque o constituinte traçou o âmbito mínimo de competência do Município que não pode ser invadido pelo Estado. Estabeleceu como requisitos mínimos da autonomia dos Municípios: "eletividade do Prefeito e dos Vereadores da Câmara Municipal, podendo

(6) Nova denominação do Supremo Tribunal Federal.

(7) Não entramos aqui no problema doutrinário de saber se é possível federação unicameral. Pessoalmente achamos que sim. O que dizemos é que o Senado é um "símbolo" da federação clássica e, por isso, vemos na proposta de sua supressão mais um indício da debilitação do federalismo.

(8) Anote-se, também, que não foi essa a única proposta de unicameralismo na época, cujo maior defensor foi o constitucionalista JOÃO MANGABEIRA (*Em Torno da Constituição*, págs. 52 e segs.). BORGES DE MEDEIROS, o patriarca da política gaúcha, também sugeriu a mesma idéia no anteprojeto que então ofereceu, com seu curioso livro *O Poder Moderador na República Presidencial*.

aquele ser eleito por esta; a decretação dos seus impostos e taxas, e a arrecadação e aplicação das suas rendas; a organização dos serviços de sua competência". Em seguida vem o rol de tributos que pertenciam ao Município.

O Poder Judiciário ampliou-se com mais dois ramos especializados, a Justiça Eleitoral e a do Trabalho, além da previsão de um tribunal de recursos para feitos da alçada dos juizes federais. A Justiça do Trabalho consistiria dos Tribunais do Trabalho e das Comissões de Conciliação, tendo composição especial. Nessas duas modalidades de órgãos, as associações de empregados elegeriam metade dos membros, e as de empregadores a outra metade, havendo ainda o presidente de livre nomeação do Governo.

Entre as garantias judiciárias dos direitos individuais deve-se mencionar a inovação do mandado de segurança, que descende do *juicio de amparo* do direito mexicano, e cuja finalidade era proteger "direito certo e incontestável" ameaçado ou violado por ato ilegal de qualquer autoridade. De 1891 a 1926, supriu-se essa falta por uma interpretação ampliadora do *habeas corpus*, que RUI BARBOSA fez triunfar, em parte, perante os tribunais. Por força dessa jurisprudência, o *habeas corpus* funcionou como um remédio genérico para a proteção não só da liberdade física mas também de uma grande variedade de direitos individuais violados. Desse modo, uma assembléia política ou de qualquer natureza impedida de reunir-se, um órgão da imprensa atingido por censura policial, o funcionário público a quem se obstasse tomar posse do cargo, ou qualquer titular de direito indiscutível ameaçado ou violado se socorria do remédio pronto do *habeas corpus*. Essa exegese derivava dos amplos dizeres do texto constitucional, onde se lia: "Dar-se-á o *habeas corpus* sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder" (art. 72, § 22). A reforma constitucional de 1926 alterou essa redação, restringindo o *habeas corpus* à sua noção histórica de garantia da liberdade de locomoção. Mas deixou sem proteção equivalente os outros direitos individuais. Só em 1934 preencheu-se a lacuna com o mandado de segurança.

Quanto ao sistema de eleições, a Constituição manteve as linhas mestras do Código Eleitoral de 1932: sufrágio secreto; alistamento e voto obrigatório para os homens e para as mulheres quando funcionárias públicas; representação proporcional para a Câmara dos Deputados, que a legislação ordinária estendeu às eleições para as Assembléias estaduais e Câmaras municipais. Diminuiu-se de 21 para 18 anos o início da capacidade eleitoral.

O intervencionismo econômico e o nacionalismo são idéias de época, vindas de diferentes quadrantes, e que guardam estreita ligação entre si. Com diferenças de grau, a interferência governamental na economia generalizara-se em todos os regimes que sofreram o impacto da Primeira Guerra Mundial ou resultaram dessa conflagração. No socialismo soviético, no fascismo ou nas democracias sociais do tipo da República Alemã de 1919, o controle político da vida econômica apresenta uma gradação de variedades. Além disso, nos próprios Estados Unidos, o maior reduto do capitalismo, o Governo de FRANKLIN ROOSEVELT já havia iniciado as medidas de combate à depressão econômica. O Brasil não ficaria imune a todas essas influências, tanto mais quanto a crise econômica se alastrara por aqui. Por outro lado, várias medidas

de regulamentação econômica eram ditadas pelo sentimento nacionalista de proteção das riquezas naturais, da indústria nacional e do trabalhador brasileiro.

Tudo isso explica por que a Constituição foi minuciosa sobre assuntos sociais e econômicos, em contraste com o silêncio da Constituição anterior nessas matérias. Reproduzindo preceito da Constituição de Weimar, o constituinte brasileiro estabeleceu que a liberdade econômica seria garantida dentro de limites que a conciliassem com a justiça social e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilitasse a todos existência digna. A usura foi considerada crime, e se possibilitou que a União, mediante lei especial, monopolizasse determinada indústria ou atividade econômica, por motivo de interesse público. Extinguiu-se o sistema de acessão quanto ao subsolo, segundo o qual a propriedade deste era uma decorrência da propriedade da superfície. A partir de então, "as minas e demais riquezas do subsolo bem como as quedas de água constituem propriedade distinta da do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial". O aproveitamento industrial dessas riquezas passou a depender de concessão federal (9), dando-se, porém, ao proprietário do solo "preferência na exploração ou coparticipação nos lucros".

No tocante às relações de emprego, a Constituição traçou as linhas gerais da legislação do trabalho: salário mínimo; trabalho diário não excedente de 8 horas; repouso semanal; férias anuais remuneradas; indenização para o trabalhador dispensado sem justa causa; salário igual para trabalho igual, sem distinção quanto a idade, sexo, nacionalidade e estado civil; proibição de trabalho a menores de 14 anos; proibição de trabalho noturno a menores de 18 anos; vedação de trabalho de mulher e menores de 18 anos em indústrias insalubres, assistência médica e sanitária ao trabalhador; repouso remunerado à gestante, antes e depois do parto; instituição de previdência, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes do trabalho ou de morte; pluralidade sindical e o reconhecimento das convenções coletivas de trabalho; obrigação para as empresas industriais ou agrícolas de proporcionarem ensino primário gratuito, sempre que nelas trabalharem mais de 50 pessoas e existam, entre estas e seus filhos, pelo menos 10 analfabetos.

Por fim, o cunho nacionalista da Constituição de 1934 traduz um dos resultados dominantes da Revolução de 1930, que representa verdadeiro marco na história do nacionalismo brasileiro. A Guerra Mundial já havia intensificado as tendências nacionalistas esporádicas do nosso povo. Mas é depois de 1930 que a conjuntura internacional, o nosso surto industrial nascente, a crise econômica e a pregação doutrinária conferem certo vigor a tais tendências e inspiram normas constitucionais e legais. O que se registra com a imigração é típico. O Brasil passou a adotar, a exemplo dos Estados Unidos, o sistema de quotas, fixando o contingente anual de imigrantes de cada nacionalidade em 2% do seu total entrado no País nos 50 anos anteriores à Constituição. O propósito

(9) Isentou-se da concessão a exploração das quedas de água já utilizadas e das minas em lavra na data da Constituição. Também independia de concessão ou autorização o aproveitamento de energia hidráulica de potência reduzida para uso exclusivo do proprietário.

do constituinte era o de evitar a formação de *minorias nacionais* e garantir a "integração étnica" do imigrante. A experiência dos "quistos" de alienígenas, especialmente de alemães no Rio Grande do Sul e Santa Catarina, motivou que se vedasse "a concentração de imigrantes em qualquer ponto do território da União", devendo a lei regular a sua seleção, localização e assimilação. É claro que o motivo étnico se associava com o econômico. Procurava-se defender o excedente de mão-de-obra nacional, sobretudo a não qualificada, contra a concorrência do trabalhador estrangeiro, geralmente de nível técnico mais elevado. A Constituição reservou, por isso, aos nacionais várias atividades econômicas e profissões. Em alguns casos, a razão de segurança nacional ditou a restrição. Somente brasileiros natos podem ser donos, armadores e comandantes de navios nacionais bem como diretores de empresas jornalísticas. O estrangeiro está proibido de ser simples acionista destas últimas empresas. As autorizações ou concessões para exploração de minas e quedas de água só a brasileiros ou a empresas organizadas no Brasil podem ser conferidas. As profissões liberais são monopólios de brasileiros natos ou de naturalizados que prestaram serviço militar ao Brasil, ressalvados os casos de estrangeiros que já as exerciam e as hipóteses de reciprocidade admitidas internacionalmente. As revalidações de diplomas profissionais estrangeiros somente são permitidas para os brasileiros natos. Além disso, mandava-se que a lei providenciasse a nacionalização ⁽¹⁰⁾ das empresas de seguro e, progressivamente, fizesse o mesmo com os bancos de depósito.

FIM DA 2ª REPÚBLICA

Quando a Constituição foi promulgada, em 16 de julho de 1934, a Segunda República já estava além da metade do tempo que a História lhe reservaria. Sem dúvida, muita coisa do seu texto estava adiante da realidade brasileira. Contudo, o seu mecanismo político não se afastava em demasia do federalismo e do presidencialismo anteriores. Não foi por falha congênita que ela durou tão pouco. Nem sequer foram as tempestades do período que a puseram por terra. Ela poderia ter sobrevivido aos tumultos da década se tivesse havido desejo de defendê-la por parte dos que deveriam ser seus guardiães. Estes, entretanto, se aproveitaram das agitações reinantes para abreviar os dias da Constituição de 1934. Ela pereceu, pois, por uma espécie de conspiração palaciana, como veremos.

O que se passava no Brasil de então refletia, em grande parte, a conturbação universal dos extremismos europeus. Na cena política, predominavam numericamente os partidos estaduais. Mas já existiam dois partidos nacionais, se não fosse mais justo, talvez, dizer internacionais, dadas suas preocupações dominantes: o Partido Comunista e a Ação Integralista Brasileira, que ainda sobrevivem ⁽¹¹⁾. É curioso notar que os primeiros partidos de âmbito nacional

(10) "Nacionalização", na terminologia do texto constitucional, não é sinônimo de "socialização", mas significa que tais empresas devem passar para as mãos de brasileiros.

(11) A Ação Integralista converteu-se, depois de 1945, no Partido de Representação Popular (PRP).

na República nasceram dessas agremiações totalitárias com vinculações internacionais.

O Partido Comunista fora fundado em 1922, mas vivera quase sempre na ilegalidade e sua presença pouco se fizera sentir até a década de 1930. Antes dessa época, o Partido, além de insignificante em número, oscilava entre a orientação marxista-leninista e a anárquico-sindicalista, embora fosse filiado ao Komintern ou Terceira Internacional. A agremiação tomou certo alento com a conversão ao comunismo de LUIS CARLOS PRESTES, capitão revolucionário de 1924, que, após o fracasso da revolução desse ano, realizou famosa marcha pelo interior brasileiro a fim de manter viva a flama revolucionária e lançar a semente de novas insurreições. A Coluna PRESTES-MIGUEL COSTA – assim conhecida pelo nome de seus chefes – varou o Brasil de Sul a Norte e, depois de uma odisséia de dois anos de guerrilhas contra tropas do exército, das Polícias e batalhões irregulares, regressou ao Sul e se internou na Bolívia, tendo empreendido uma marcha de cerca de 25.000 quilômetros. Da Bolívia, PRESTES transferiu o seu exílio para a Argentina, onde as leituras marxistas e o contato com o comunista argentino RODOLFO GHIOLDI o levaram ao comunismo.

No outro pólo, estava a Ação Integralista Brasileira, fundada em São Paulo, logo após a Revolução Constitucionalista, em outubro de 1932, por PLÍNIO SALGADO, um jovem intelectual. Seu ideário contém todos os ingredientes do fascismo: nacionalismo exaltado, dirigido principalmente contra o capitalismo anglo-americano; partido único; corporativismo antidemocrático; exacerbado anticomunismo; forte estrutura autoritária do Estado, baseada no comando incontestável do “chefe nacional”. Sua organização partidária é rigidamente hierarquizada e paramilitar, dispendo de tropas de choque e de serviço secreto. Seus adeptos envergavam camisa verde, ostentavam como emblema a letra grega sigma – símbolo do cálculo *integral* –, adotavam como divisa a trilogia “Deus, Pátria e Família”, tratavam-se por “companheiros” e saudavam-se à maneira romana, erguendo o braço direito com a mão aberta e pronunciando a palavra tupi *Anauê*. O nome do jornal do Partido, *A Ofensiva*, lembra o do nazismo, *Der Angriff*. Para as suas hostes entraram muitos industriais, fazendeiros e, sobretudo, membros da classe média – todos, sem dúvida, atemorizados com o comunismo, cujo combate era a tônica da propaganda integralista. Não foram esses, contudo, os únicos elementos atraídos pelo integralismo. Na verdade, seus adeptos foram recrutados em todas as camadas sociais. Operários e empregados domésticos vestiram a camisa verde, e não faltou ao novo partido o apoio de membros das Forças Armadas e de ponderável parcela do Clero.

Os dois grupos rivais – comunistas e integralistas – empenharam-se em apaixonada competição, na imprensa e em comícios, criando um ambiente de agitação que, por vezes, degenerava em conflitos de rua. Não somente os comunistas lutavam contra os integralistas. Também participavam da luta elementos liberais e da esquerda não-revolucionária, os quais, durante a primeira metade de 1935, juntamente com a esquerda revolucionária, se uniram numa espécie de frente única denominada Aliança Nacional Libertadora, fechada pelo governo em julho desse ano. Os comunistas eram, porém, os mais aguerridos dessa Aliança. Os democratas, dentro ou fora da Aliança, embora consti-

tuindo a maioria das forças políticas, ficavam, em geral, na defensiva ou perplexos entre dois fogos. Nesse mesmo ano de 1935, em novembro, comunistas infiltrados nas Forças Armadas encenaram uma revolta, procurando assenhorear-se de quartéis em Natal, Recife e Rio de Janeiro. O levante, muito circunscrito, teve caráter apenas militar e foi rapidamente esmagado. Mas serviu para alarmar a opinião pública e justificar três emendas à Constituição, aprovadas no mês seguinte. A Emenda nº 1 permitia equiparar ao “estado de guerra” a “comoção intestina grave, com finalidades subversivas das instituições políticas e sociais”. Por esse meio, poder-se-ia conseguir um estado de sítio mais rigoroso, em que até a pena de morte pudesse ser aplicada. A Emenda nº 2 estabelecia a perda de patente e de posto, por decreto do Executivo, para o oficial da ativa, da reserva ou reformado participante de “movimento subversivo das instituições políticas e sociais”. A Emenda nº 3 prescrevia a demissão, por decreto, do funcionário civil, ativo ou inativo, envolvido em subversão da mesma natureza.

Quando as emendas foram apresentadas, o País encontrava-se em estado de sítio, decretado em 26 de novembro, logo após a quartelada comunista de Natal. As emendas, portanto, não poderiam ser recebidas, caso se obedecesse à letra da Constituição, que proíbe o processamento de reforma durante a vigência da medida excepcional. O sítio foi suspenso apenas durante os dias 17 e 18 de dezembro, para permitir a votação das emendas. Do estado de sítio passou-se para o “estado de guerra” durante quase todo o resto do tempo de vida da Constituição, ressalvado o intervalo de fins de junho a 2 de outubro de 1937. Logo, a imprensa passou a viver sob censura, enquanto se faziam muitas prisões e processos de indivíduos apontados como suspeitos de subversão, inclusive quatro Deputados federais (12). A Seção Permanente do Senado autorizou o processo desses parlamentares — autorização que foi ratificada pela própria Câmara dos Deputados.

O ano de 1937 era o da campanha para a sucessão presidencial — tradicionalmente aproveitada para pôr-se em risco as instituições da República. Desta feita, a ocasião foi explorada de modo original a fim de evitar a sucessão. A conjuntura interna e a internacional — esta caracterizada pelo apogeu do nazi-fascismo — propiciavam um plano dessa natureza. Na arena partidária, apesar da vigência quase ininterrupta do estado de sítio, digladiavam-se três candidatos ao Catete: ARMANDO SALES, ex-Governador de São Paulo, que se poderia considerar uma candidatura centrista, apoiada pelas forças oposicionistas; o paraibano JOSÉ AMÉRICO, ex-Ministro da Viação, cuja candidatura passava como governista e que contava também com o apoio das esquerdas, inclusive dos comunistas; e a candidatura direitista de PLÍNIO SALGADO, chefe nacional do integralismo.

Desde o começo do ano — sabe-se hoje —, VARGAS havia encomendado ao político e jurista mineiro FRANCISCO CAMPOS a redação de uma nova Constituição. Deixava, entretanto, que a campanha, com os costumeiros excessos, agitasse o País. Criava-se o clima para atemorizar a Nação com a ameaça comunista, mantendo viva a lembrança do levante de 1935. As prisões conti-

(12) JOÃO MANGABEIRA, DOMINGOS VELOSO, ABGUAR BASTOS e OTAVIO DA SILVEIRA.

nuavam ainda cheias de comunistas ou de elementos tachados de subversivos, em consequência da rigorosa repressão facilitada pela decretação do "estado de guerra" e a criação de um Tribunal de Segurança Nacional (13). Militarmente, o Governo procurava manter as Forças Armadas unidas e em estado de alerta contra qualquer investida comunista. Politicamente, o Presidente captou a aprovação de quase todos os Governadores de Estados para a mudança de regime, acenando-lhes com a conservação no poder na qualidade de interventores. Para reforço, conquistou a adesão do integralismo, confabulando com o seu chefe, fazendo-lhe conhecer a nova Constituição e dando-lhe a entender que o seu partido seria um dos esteios da nova ordem. É que as milícias de camisas verdes poderiam ser muito úteis em qualquer imprevisto do golpe arquitetado.

Essas medidas preparatórias culminaram com a publicação de um documento forjado, o chamado "Plano Cohen", estampado nos jornais de 30 de setembro, por iniciativa do próprio Ministro da Guerra. O documento, cuja autoria ainda não foi desvendada, passou como tendo sido apreendido pelo Estado-Maior. Dele constaria um plano geral terrorista de destruição, atentados, incêndios e desordens, engendrado pelos comunistas para a tomada do poder. Sua linguagem é vaga, demonstrando que os seus trechos poderiam ser copiados de qualquer manual de técnica da violência. Mas serviu, sob medida, para os fins visados. Fez-se logo a censura à imprensa. Dois dias após a sua publicação, novo estado de guerra foi votado pelo Congresso amedrontado. Pouco mais de um mês depois, era o próprio Congresso que era fechado por tropas da Cavalaria da Polícia Militar (14), em 10 de novembro, quando se outorgou a terceira Constituição da República. O povo tomou conhecimento de tudo apenas pelos jornais. Não se compadeceu do Congresso, o que revela que este não tinha popularidade. Não se mostraram menos insensíveis do que o povo cerca de quatro dezenas de congressistas, que foram à tarde, ao Catete cumprimentar o Presidente da República. Assim findou a Segunda República, sem nenhum gemido (15), para ser sucedida pelo "Estado Novo", que foi a República que nasceu de maneira mais silenciosa e tranqüila.

Apesar de sua breve vida, a Segunda República deixou vários legados perduráveis. As linhas mestras da legislação do trabalho, o Estado intervencionista na economia, a debilitação do federalismo e o nacionalismo econômico perdurariam sob o Estado Novo e sobreviveriam até o momento. O sistema de representação proporcional, a Justiça eleitoral, o mandado de segurança (que durante o Estado Novo passou a figurar apenas na lei ordinária) e as novas idéias sobre o municipalismo ressurgiriam com a Quarta República.

(13) Essa Corte violava a proibição constitucional de criar-se tribunais de exceção, mas foi votada pelo Congresso.

(14) Porque o Ministro da Guerra (General EURICO DUTRA) se opôs ao emprego do Exército.

(15) A oposição ao golpe reduziu-se a um pequeno círculo de oficiais das três Armas, alguns parlamentares, inclusive o Presidente da Câmara dos Deputados (o Ministro PEDRO ALEIXO), os políticos antifascistas mais graduados, sobretudo os adeptos das duas candidaturas democráticas. Entre os Ministros de Estado, somente um (ODILON BRAGA) não assinou a nova Constituição.

Competência do Congresso para editar normas gerais

GERALDO ATALIBA

Professor nas Faculdades de Direito da
Universidade de São Paulo e Universi-
dade Católica de São Paulo

1. Do ponto de vista metodológico, a primeira observação que se impõe é no sentido de chamar a atenção do intérprete para a circunstância de que não é da mesma amplitude, intensidade e natureza a competência que o Congresso Nacional recebe para o exercício de suas competências legislativas, em matéria de direito civil, comercial etc. e aquela que tem para editar normas gerais (de direito financeiro, art. 8º, XVII, c; educação, desportos, art. 8º, XVII, q; direito tributário, art. 18, § 1º). Na verdade, a competência para legislar sobre direito civil, por exemplo, é uma competência única, exclusiva, universal, abrangente e sem contraste. Não é matéria que admite concorrência legislativa.

A Constituição só conferiu esta competência à **União** (da mesma forma que para legislar sobre direito comercial, processual, trabalhista etc.). Só

a União tem competência para legislar sobre direito civil. Ninguém mais a tem. Toda matéria de direito civil é objeto de legislação pela União. Nenhuma outra entidade política partilha com a União o exercício de competência legislativa relacionada com essa matéria.

Como consequência disto, toda e qualquer regra de direito civil emanada do Congresso Nacional — desde que não contrarie preceitos constitucionais — é absolutamente válida e imediatamente aplicável, sem restrições de natureza espacial ou pessoal. Neste sentido, é lícito ao intérprete — diante de qualquer problema de direito civil — buscar solução na legislação civil editada pela União e imediatamente aplicar as regras próprias aos casos concretos.

O mesmo não ocorre, todavia, com relação a normas de direito tributário (ou administrativo). A Constituição criou três esferas e fontes de direito tributário: União, Estados e Municípios. Isto se dá pela seguinte circunstância: a Constituição exige que o trato da matéria tributária, a ser feito, em caráter inaugural — sempre e necessariamente — por lei, o possa ser por obra de três legisladores ordinários: o da União, o do Estado e o do Município. Ao editarem leis tributárias, estão estes legisladores exercendo competências privativas e exclusivas, cujos parâmetros, limites e a própria tônica estão no Texto Constitucional, em caráter inderrogável, dado que não só a Constituição é rígida, como o próprio sistema constitucional tributário tem a característica de rigidez.

O mesmo se passa com o direito administrativo, que, por isso, RUY CIRNE LIMA qualifica de “direito de aplicação exclusiva”. É que o direito administrativo (e todos seus sub-ramos, inclusive o tributário) é instrumental das pessoas políticas; é meio de sua afirmação; é forma de explicitação de suas competências; instrumento de suas autonomias (arts. 13 e 15 da C.F.).

Pessoa política — ou pessoa jurídica pública de natureza política —, ensina CELSO ANTÔNIO, é a entidade titular de direitos e obrigações públicas por excelência, criada pela Constituição, ou por esta regida, dotada de Poder Legislativo, ou seja, de competência para editar regras inovadoras da ordem jurídica (leis). Daí a qualificação que RUY CIRNE LIMA lhes dá de pessoas constitucionais (no Brasil: União, Estados e Municípios). Estas pessoas necessariamente são plenamente competentes para criar **seu**

direito administrativo e, *ipso facto*, tributário. Assim surge o problema de se conciliar a privatividade, exclusividade, rigidez e inalterabilidade das competências tributárias dos legisladores ordinários com a competência que tem o Congresso Nacional para editar normas gerais de direito tributário. Impõe-se ao intérprete compatibilizar as competências tributárias privativas com a competência da União para editar as normas gerais. Da circunstância do legislador constituinte ter atribuído à lei ordinária a competência para, em caráter privativo e exclusivo, disciplinar matéria tributária no Estado, no Município e na União impõe-se a conclusão no sentido de que estas leis são imediatamente subordinadas à Constituição, nela encontrando seus únicos e exclusivos parâmetros e limites inderrogáveis, como bem o sublinhou SOUTO BORGES, no seu já clássico **Lei Complementar Tributária**.

Da circunstância de ao Congresso Nacional atribuir-se a faculdade de editar normas gerais, mediante leis complementares, como previsto no § 1º do art. 18 do Texto Constitucional — em confronto esta competência com as competências ordinárias dos legisladores federal, estadual e municipal — se impõe a dupla necessidade, em primeiro lugar, de distinguir a lei nacional das leis federais, para que se possa ter condições de discernir a norma geral de direito tributário, veiculada por lei nacional, das leis ordinárias federais, editadas pelo Congresso Nacional, que se integram na ordem jurídica parcial, que se opõem às ordens jurídicas parciais periféricas, na concepção de KELSEN (v. "Normas gerais na Constituição — leis nacionais e leis federais", in **Estudos e Pareceres**, GERALDO ATALIBA, vol. III).

Uma segunda conclusão se impõe: é no sentido de que esta competência, para edição de normas gerais, é excepcional. Ela é excepcional, no sentido de que vem abrir exceção à exclusividade da lei tributária federal, estadual e municipal. Na verdade, aplicando-se ao direito tributário a afirmação de CIRNE LIMA, no sentido de que o direito administrativo é direito de aplicação exclusiva, verifica-se que também o direito tributário é de aplicação exclusiva. A primeira vista, parece difícil a tarefa de compatibilizar legislações privativas (federal, estadual e municipal) com as normas gerais. Note-se que a Constituição não diz explicitamente que são normas gerais. Incumbe ao intérprete dizê-lo, procedendo à exegese do contexto sistemático da Constituição (v. GERALDO ATALIBA, **RDP**, vol. 10).

Quer dizer: diante da lei tributária ordinária aplicável a um caso concreto, o intérprete excluirá necessariamente — por força de exigência constitucional — a aplicação de toda e qualquer outra lei tributária (no sentido de lei tributária oriunda de legislador que não seja aquele constitucionalmente competente para disciplinar aquela matéria). Isto salienta o caráter excepcional da norma geral de direito tributário.

Ora, se dentro do sistema constitucional a norma geral é uma exceção, o primeiro (lógica e cronologicamente) intérprete do Texto Constitucional, que é o próprio legislador complementar, haverá de — no momento em que se entregue à tarefa de elaboração das normas gerais — interpretar restritivamente o próprio preceito constitucional do § 1º do art. 18. Elaborará, portanto, poucas regras, e de modo parcimonioso, dada a excepcionalidade da competência para editar normas gerais (**excepcionalidade** em confronto com sua competência ampla e irrestrita para legislar sobre direito civil, comercial etc.).

Em segundo lugar, deverá a própria norma assim elaborada (ou seja: elaborada no exercício dessa competência para edição de normas gerais de direito tributário), ser interpretada também restritivamente, porque cuida de exceções, além de estar num campo excepcional (v. nosso estudo in **RDP**, 10). Ao contrário do que muitos têm proposto, não se pode interpretar isoladamente o § 1º do art. 18 da Constituição, mas deve-se, pelo contrário, proceder a uma interpretação sistemática de todo o conjunto de princípios e normas constitucionais sobre a matéria, para então aportar-se a resultados seguros e coerentes.

Em consequência dessas exigências sistemáticas, o § 1º do art. 18 da Constituição assim deve ser lido pelo intérprete constitucional (o primeiro dos quais, lógica e cronologicamente, é o legislador, como rigorosamente observa **BISCARETTI DI RUFFIA**):

Mediante lei complementar, o Congresso Nacional expedirá normas gerais de direito tributário, dispondo sobre conflitos de competência em matéria tributária e regulando limitações constitucionais ao poder de tributar.

Tudo que o Congresso faça extravasando esse estrito campo será mera lei ordinária federal, só obrigatória para a União.

Limitações constitucionais do direito tributário

Desembargador ALCINO PINTO FALCÃO

Do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. Do Instituto dos Magistrados do Brasil

1. *Considerações introdutivas* — O tema escolhido para começar-se o Seminário, a meu ver, há de ser entendido como “Limitações constitucionais do poder de tributar”, aliás aquele da famosa obra do saudoso Professor ALIOMAR BALEEIRO ⁽¹⁾ de quem se podiam alimentar divergências quanto à atividade de militante político, mas que foi e continua sendo figura principal no assunto objeto da palestra de hoje; ou, como viria a dizer, poucos anos depois, RUBENS GOMES DE SOUSA ⁽²⁾, mais sinteticamente: “Limitações ao poder de tributar”.

Esses títulos implicam em considerar o aspecto *mecânico* da atividade financeira estatal e as regras constitucionais que a condicionam, que muito interessam à boa moralidade administrativa e, também, à coletividade contribuinte, se bem que nem sempre caiba aos contribuintes, por falta de legitimidade processual, ação para postular sua fiel observância. Como a mim me parece que esta última faceta seja a mais adequada ao Seminário, integrado por juízes, seria da minha preferência falar em “Direito tributário sob controle constitucional”, título, aliás, de precioso tratado de SCHMIDT-BLEIBTREU e KLEIN ⁽³⁾, onde, após uma colocação sistemática do sujeito, abunda ampla e significativa casuística pretoriana, na qual ainda irei forragear-me.

Resumo da palestra proferida a 4 de maio de 1981, iniciando o Seminário de Direito Tributário, organizado pela ESMAN (Escola Superior da Magistratura Nacional), em convênio com a Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

(1) O livro é de 1951, portanto, escrito com vistas à Constituição de 1946, mas continua fundamental, feitas as devidas adaptações à Carta Política da Revolução e suas emendas impostas pelo Príncipe.

(2) Estudo na *Revista de Direito Administrativo*, 87/4.

(3) *Steuerrecht unter Verfassungskontrolle*, Herne/Berlin, 1966.

E que a existência dessas normas jurídicas seja de capital importância para a atividade financeira do Estado moderno é dado que salta à vista. Não o negam os próprios doutores da *ciência das finanças*, embora seu conhecido pendor por uma perfeita autonomia frente ao que chamam de “juristas”; permito-me traduzir e transcrever o que observa o Professor CELESTINO ARENA, dos mais insígnis mestres da teoria geral da finança pública (4):

“28. *O elemento jurídico da atividade financeira* — As paredes do ordenamento técnico-jurídico, em que consiste a atividade financeira, são dadas pelo ordenamento jurídico. Da específica tonalidade política dos fatos financeiros deflui uma própria específica tonalidade institucionalística. É próprio da atividade financeira pública, enquanto estatal, de ser juridicizada. Havemos deparado um seu caráter distintivo, respeito à economia geral, neste modo particular de pôr-se no mundo da riqueza.”

“Em realidade, a atividade financeira pública, ao procurar-se os meios ocorrentes e deles dispor, usa quase sempre de um poder soberano coativo e sempre de determinadas formas jurídicas de direito público, correspondentes, de uma parte, à natureza pública dos fins a realizar e, da outra, à estrutura jurídica das relações entre propriedade e iniciativa privada e pública, que caracteriza um dado sistema social e com isso mesmo constitui os limites externos da atividade financeira. Sob o exemplo da Constituição francesa de 1793 (art. 20), que punha a fórmula da utilidade comum (posteriormente dita de utilidade geral no art. 15 da Constituição de 1848) como condição ao direito de imposto, as Constituições modernas declaram, solenemente, várias garantias dos cidadãos no que tange à atividade financeira do Estado. Assim, este último vincula seus órgãos a observarem certas normas, quanto à gestão do patrimônio e das empresas públicas e no que toca às relações com outros sujeitos da atividade financeira: entes públicos ou indivíduos privados.”

A mim me parece que a existência dessas normas nas Constituições seja de evidente interesse e importância; mais importante ainda é a forma de governo, pois que, se ela for daqueles regimes que se dizem livres, mesmo no silêncio ou ausência de texto constitucional expresso, da forma de governo livre

(4) Cf., sua exaustiva e profunda *Teoria Generale della Finanza Pubblica*, Nápoles, 1945, págs. 44/45. Exata a posição de A. D. GIANNINI, em seus *Elementi di Diritto Finanziario*, 1ª edição, nº 3, pág. 4: “... il diritto finanziario appartiene, come si è chiarito, al gruppo delle scienze giuridiche, mentre la scienza delle finanze rientra nel novero delle scienze economiche”. Contra essa distinção, porém, o lisboeta J. E. DIAS FERREIRA, *Tratado de Finanças Públicas*, 1949, pág. 7.

sempre haverá de resultar alguma limitação implícita, no que tange ao poder de tributar. É o que se nota, por exemplo, na prática inglesa, cabendo-me lembrar o famoso caso do Duque de Westminster (5), julgado (na sua função de órgão também judiciário) pela Casa dos Lordes, em que se fez invocação do princípio de liberdade, pelo qual qualquer súdito pode eleger a forma do negócio que lhe seja mais favorável, desde que tal negócio seja autorizado pela lei civil.

É o que, com precisão, também anota o Professor HENRY ROTTSCHAEFER (6): a exigência de que os tributos sejam cobrados para um fim público que em tempos idos derivava de teorias gerais sobre a sua natureza ou se acreditava isso *implícito* na natureza de governos livres (“or deemed implicit in the nature of free governments”), citando o caso “Citizens” Savings & Loan v. Topeka, 20 Wall. 655, de 1875, e esclarecendo que agora tal é previsto, com freqüência, por cláusulas específicas das Constituições estaduais norte-americanas (“It is now frequently imposed by a specific provision in State Constitution”).

Cumprime-me realçar, porém, que essa garantia, quando não expressa na Constituição, como implícita parece ter envelhecido, sendo por demais freqüente a imposição de tributos com finalidade insofismavelmente extrafiscal. . .

Volto, porém, ao caso *sui generis* do Duque de Westminster, por envolver ponto de garantia individual *implícita* no regime político. Em resumo, aquele nobre inglês, tendo grandes despesas com a criadagem numerosa, exigida pelo seu *status*, e não podendo abater do seu imposto de renda tais salários pagos aos serviçais, resolveu usar da liberdade contratual (plenamente assegurada no regime insular) e fez com os empregados contratos de renda, com o prazo de vigência por sete anos, pelos quais se comprometia a pagar-lhes quantia mais ou menos equivalente aos salários que vinham recebendo e, em assim procedendo, considerava que tais despesas — isto é, o pagamento das pensões ajustadas — seriam então dedutíveis, pela lei fiscal inglesa, no que encontrou impugnação do Fisco, que defendeu a tese de tratar-se de expediente em fraude à lei fiscal. E isso tanto mais que, contextualmente ao ato de instituição das pensões, o advogado do Duque entregara Cartas a cada um dos beneficiários, nas quais o Duque esclarecia que nada impedia os serviçais de continuarem a receber os respectivos salários, mas era de se *esperar* que

(5) No volume *Appeal Cases*, ano de 1936; sirvo-me, porém, do estudo de RUDOLF THEIL, “Wirtschaftliche Betrachtungsweise, Ja oder Nein?”, publicado às págs. 196 e segs. do volume dedicado à memória de ARMIN SPITALER, sob o título *Die Auslegung der Steuergesetze in Wissenschaft und Praxis*, Colônia, 1965.

(6) *Select Cases on the Law of Taxation*, terceira edição, pág. 19, comentando o caso “Carmichael v. Southern Coal & Coke Co”, relatado pelo Ministro STONE.

devolvessem, então, o que recebessem em razão da renda ajustada, ficando os empregados com essa obrigação moral, uma vez que assinaram a carta do advogado.

Apesar de evidente o propósito de diminuir o imposto de renda devido, a Câmara Alta denegou a pretensão fiscal, já que o Duque teria usado de sua faculdade civil de contratar e não haveria que invocar considerações econômicas do conteúdo dos contratos assinados — isto é, recorrer à chamada teoria do “conteúdo jurídico material do ato jurídico”, a que corresponde a “Wirtschaftliche Betrachtungsweise” da doutrina suíço-alemã — que é falsa, já que é direito de qualquer súdito: 1) ter a possibilidade de ordenar seus negócios de forma a ter que pagar menos, usando instrumentos civis previstos em lei, de acordo com as suas conveniências; 2) que o Fisco não pode compelir o contribuinte a optar por outro instituto civil, de modo a ter que pagar mais.

Sabidamente, a teoria defendida pelo Fisco inglês, censurada pela Câmara dos Lordes, tem seus sequazes, em especial os economistas e cultores da ciência das finanças, mas juridicamente sofre objeções, como a do suíço Dr. WALTER STORCK, autor de esmerada monografia sobre tal teoria (7), em que ressaltando os casos evidentes de opção *anormal* ou *insólita* por um determinado instituto civil — considera que, se aplicar a teoria ao nuto do Fisco, então perderiam para o direito tributário, sem mais qualquer significado de monta, quer o direito civil, quer o constitucional (“verloren solch wichtige Rechtsgebiete wie das Zivil-und Verfassungsrecht schlechthin jede wesentliche Bedeutung”).

Do que acabo de expor penso ter ficado claro que o ponto, posto que aparentado, não se confunde com o de mero problema de interpretação das normas fiscais, a ser tratado ainda no presente Seminário, tampouco conflitando com o princípio de que o legislador fiscal pode adotar tipicidade diversa da do direito civil. Ao contrário, trata-se de tema que implica numa limitação constitucional ao direito de tributar, implícita nas formas de governo livre.

Como primeira questão a ser debatida, coloco à apreciação esclarecida dos ilustres colegas a pergunta: Qual das três posições deve ser prestigiada pelo juiz brasileiro, isto é, a do Fisco, a rígida admitida no caso focalizado ou a moderada defendida pelo jurista helvético, aliás a da minha simpatia?

2. *Limitações decorrentes da forma federal de governo* — Esse tipo de limitações não encontra, em termos de ciência das finanças, espaço útil quando o Estado for do tipo unitário, já que neste o Estado pode e costuma atribuir competência impositiva a órgãos menores, de natureza territorial e até mesmo

(7) *Auslegungsprobleme im Steuerrecht bei zivil-rechtlichen Begriffen und Rechtsgestaltungen*, Zurique, 1954, pág. 40.

social, e a mesma será manifestação ou delegação da vontade do Estado unitário; por isso, quando se fala nele em atividade financeira pública ou estatal em gênero, nessa forma de Estado estar-se-á fazendo referência inclusive à atividade financeira das formas menores de cooperação política admitidas no ordenamento público do Estado.

Já não assim no chamado Estado federal, adverte o mestre já citado da ciência das finanças (ARENA, *op. cit.*, pág. 8), no que toca ao poder financeiro, que se apresenta repartido entre os Estados-Membros e a Federação do outro lado, *com uma recíproca limitação de competência* no captar as várias espécies de receitas e na *erogatio* das despesas atinentes aos diversos serviços.

Essa observação satisfaz à ciência das finanças, mas não atende à do direito, pois nós juristas sabemos que não há um modelo único de organização federal, em especial no que diz respeito à parte financeira, como algures ⁽⁸⁾ já me demorei a demonstrar, tendo em vista, principalmente, a atribulada via percorrida pelo federalismo alemão, ora a União sendo pensionista dos Estados (caso do Império, que apenas recebia contribuições dos países, de acordo com a respectiva população e, só em 1879, recebendo como receita própria os impostos aduaneiros e sobre o fumo, rol que foi acrescido em 1906 e 1913) e, posteriormente, com a Constituição de Weimar mudando-se, *ex diametro*, a situação, isto é, tornando-se os Estados pensionistas da União, sendo que a atual Lei Fundamental, aproximando-se do sistema em vigor entre nós, veio a adotar um sistema algo complexo, mas que, efetivamente, consagra uma recíproca limitação de competência tributária entre a Federação e os Estados.

Sendo a Constituição norte-americana a mais antiga e a primeira federal — e, talvez por isso, sua parcimoniosa regulação da divisão ou discriminação de competência é em geral tida como insuficiente e não deve servir de paradigma para as mais recentes. A crítica ao sistema dela derivado é geral, a ponto de permitir a um especialista francês, que estudou a fundo o sistema tributário norte-americano, isto é, a JEAN LUCET TALOMON ⁽⁹⁾ — depois de aduzir que o sistema americano à primeira vista se apresenta simples, mas, sob uma melhor observação, se percebe tratar-se de “simplicidade aparente” —, mostrar, a seguir, que se trata de regime fiscal singularmente complicado pela superposição de autoridades revestidas da autoridade fiscal e que ... “enfin, *il faut tenir compte du fait que de très rares dispositions sont prises pour éviter les superpositions des taxes. Du point de vue des autorités fiscales, il*

(8) Meu artigo, publicado na *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça* (Rio, 1973, vol. 30) e na *Revista de Direito Público*, vol. 21 (São Paulo, R.T.).

(9) *Les Taxes Fédérales sur les Sociétés de Capitaux aux États-Unis*, Paris, 1939, págs. 10/11.

n'existe guère que l'interdiction faite par la Constitution, à toute autre que l'État fédéral, de percevoir des droits de douane. Autrement, chaque État peut établir des impôts de même nature que ceux dont se servent déjà les États-Unis."

Comprende-se por que, embora a nossa primeira Constituição Republicana, de 1891, se tenha forrageado na vetusta americana, as posteriores, a partir de 1934 até à presente (filha castigada freqüentes vezes pela Revolução "permanente", que a gerou), se tenham afastado, neste ponto, daquele modelo, sendo abundantes em normas financeiras e de discriminação de competência tributária.

Nem todos, porém, concordam com esse minudenciar do texto constitucional; entre outros, um ilustre professor carioca, Dr. LEONEL DE ANDRADE VELOSO ⁽¹⁰⁾, em interessante e lúcido trabalho sobre contribuições especiais, quando enfatiza:

"A inscrição das normas de direito tributário no texto da Constituição é um erro, só justificável pelo temor gerado pela instabilidade do direito tributário positivo, *mutante* ao sabor da política econômica do Estado."

Não obstante os que assim pensam e que, sob um prisma puramente técnico — mas ideal, sem atender à pouco confortadora realidade brasileira, que vive em permanente labilidade das próprias normas constitucionais, *mutáveis* com uma freqüência cansativa —, teriam razão, *considero* que, no Brasil, plenamente se justifica a inclusão de tais normas no texto constitucional, ao menos para servirem de lembrete aos que empalmam o poder, que poderão, *por ato de força*, não respeitá-las, mas não poderão declarar à História que as desconheciam. E para ensejarem aos contribuintes — naqueles períodos em que os nossos leviatãs-mirins e caboclos estejam sonolentos — a possibilidade de invocarem a existência, no Brasil, de limitações constitucionais ao poder de tributar, tema do nosso colóquio de hoje...

E a inclusão de normas próprias do direito financeiro e tributário na Constituição traz ainda uma conseqüência, em termos de hermenêutica, como bem releva HEINRICH WILHELM KRUSE ⁽¹¹⁾: quando essa adoção é feita sem reservas ou modificações expressas, na interpretação dos textos constitucionais, há que homenagear essa origem, que em relação a esta não serão *mutantes*, pelo que o exegeta constitucional deverá sufragar os conceitos daquelas ciências.

(10) No 2º Simpósio Nacional de Direito Tributário, no volume "Caderno de Pesquisas Tributárias", nº 2 (Editora Resenha Tributária, SP, 1977), pág. 317.

(11) "Steuerrecht", 2ª edição (1969), pág. 20.

Essas normas constitucionais, na vigente Carta Política, estão, como se sabe, em especial nos seus artigos 18 (cujo parágrafo primeiro fala em "limitações constitucionais do poder de tributar") a 24.

De toda a evidência que no espaço de uma hora, em uma simples palestra, por maior que seja o espírito de síntese, não se conseguiria fazer uma apreciação minudente desses artigos, o que exigiria um seminário dedicado ao estudo do chamado SISTEMA CONSTITUCIONAL TRIBUTARIO BRASILEIRO ⁽¹²⁾, que é tema muito mais amplo do que o escolhido pela douta organização do nosso Seminário (Seminário de Direito Tributário) para a palestra de hoje, ou seja, o de LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS DO DIREITO TRIBUTÁRIO.

Não podendo fugir ao tema que me foi indicado e não desejando invadir o terreno das seguintes jornadas do nosso Seminário, em que mais autorizados e especializados conferencistas me sucederão, vou limitar-me a focalizar alguns pontos dentre os que se mostram pertinentes ao tema das limitações constitucionais.

Com a nova sistemática, já se pôs entre nós claro que não deixou o texto constitucional vigente, em matéria tributária, lugar para os chamados poderes residuais dos Estados, da técnica americana, ficando os Estados com os poderes expressos e concorrentes. É o que salienta GERALDO ATALIBA (livro citado, nº 322, pág. 160), no que sou obrigado a concordar, embora no regime da Constituição de 1946 haja defendido a persistência desses direitos residuais, quando JOSAPHAT MARINHO ⁽¹³⁾ então contra eles se levantava. O texto atual é diferente e curvo-me ao mesmo, que passou a adotar técnica em parte igual à constante da Lei Fundamental de Bonn, onde os poderes de tributar dos "Länder" ou são expressos ou concorrentes, não dando lugar aos poderes residuais do modelo norte-americano, se bem que lá a jurisprudência do Tribunal Constitucional, segundo MAUNZ e DÜRIG (veja-se meu trabalho, citado na nota 8 retro), venha construindo o que chamam de ANNEX-KOMPETENZEN, que acabam por vir a dar no mesmo que os "implied powers", e poderá isso vir a verificar-se entre nós, dada a força da tradição constitucional.

No que não posso concordar com o douto professor paulista, não obstante a minha estima e admiração por tão insigne tributarista, é quando ele (mesmo livro, nºs 329 a 331), defendendo a admissibilidade da *extrafiscalidade* (isto é,

(12) Editora Revista dos Tribunais, SP, 1968, a que ainda me referirei, no correr da palestra, livro clássico de GERALDO ATALIBA, sob o título *Sistema Constitucional Tributário Brasileiro*.

(13) Cf., minhas *Novas Instituições do Direito Político Brasileiro*, Rio, 1961, pág. 104; JOSAPHAT MARINHO, *Poderes Remanescentes na Federação Brasileira*, Bahia, 1954, pág. 55.

lançamento de fintas sem finalidade financeira, mas sim para intervir, p. ex., no domínio econômico) — no que me parece pontualmente certo —, sustenta que os Estados, pelo nosso vigente Diploma político, podem usar desse expediente da extrafiscalidade para intervirem, por sua vez, no domínio econômico, como faz a União, posto que só a esta se refira a Constituição Federal, no artigo 163, que recita:

“Art. 163 — São facultados a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei federal, quando indispensável por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais.

Parágrafo único — Para atender a intervenção de que trata este artigo, a União poderá instituir *contribuições* destinadas ao custeio dos respectivos serviços e encargos, na forma que a lei estabelecer.” (Grifo nosso.)

Parece-me que, face ao *caput* a intervenção há de ser por lei federal e, pelo parágrafo, a União é que, com finalidade extrafiscal, poderá lançar contribuições ao propósito.

Certo, o argumento *a contrario*, em direito constitucional, sofre temperamentos, mas a Constituição é um todo, forma um sistema e como tal tem que ser encarada e interpretada. A economia (o domínio econômico do texto!) é global, nacional e não matéria estadual ou municipal; outras matérias, que caibam nos poderes de polícia e que não se confundam com a “intervenção no domínio econômico”, poderão, ao contrário deste, incidir em tributação extrafiscal estadual e até municipal, mas não implicando em intervenção no domínio econômico, já que este, pela natureza das coisas, é federal.

A não ser assim, por exemplo, um Estado poderia vir a penalizar quem fizesse investimentos em outro, com o fim de incrementar a aplicação dos dinheiros dos seus residentes no próprio território. Apesar de nos Estados Unidos florescerem os poderes residuais, em certo caso julgado em 1935, tal uso da tributação para fins extrafiscais foi censurado, lê-se em ROTTESCHAEFER (livro citado, pág. 72, nota 2), que na verdade aponta julgado em contrário, mas isso em razão da amplitude da autonomia dos Estados norte-americanos e dos poderes residuais.

Não ignoro que, conforme esclarece G. FARJAT ⁽¹⁴⁾, na Alemanha Federal, naquilo que ele estima que ...“réalise une décentralisation heureuse”

(14) *Droit Economique*, 1971, pág. 292.

— os países (Länder) também legislam no tema de intervenção no domínio econômico, o que... “ouvre la possibilité de deux législations économiques”, mas isso porque lá o art. 74, nº 11, da Lei Fundamental, expressamente prevê a competência concorrente.

Dado o inequívoco interesse do ponto, submeto ao esclarecido debate do Seminário a pergunta: Há limitação de lançar tributos extrafiscais tendentes à intervenção no domínio econômico, em relação aos Estados?

3. *Limitações de vida curta* — As limitações ao poder de tributar, que acabamos de focalizar (com fim puramente exemplificativo e, de modo algum, com pretensão exaustiva) têm caráter de permanência, vigem enquanto em vigor a própria Constituição. Não assim outras, decorrentes de diferentes normas do Diploma, de vida curta, a valerem *pro tempore*, como, por exemplo, aquela isenção de imposto predial (durante o prazo de quinze anos) e de transmissão do imóvel adquirido para sua residência por jornalista que outro não possuísse, prevista no art. 27 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias de 1946.

Entre essas limitações *pro tempore*, não se deve incluir a de *vida curta*, mas que não se extingue após o decurso de certo período, antes renascendo a cada exercício (*ex novo, per annum*), como resultante da natureza formal da lei orçamentária, do princípio da anualidade e da vedação de se cobrarem tributos não criados por lei material anterior à aprovação do orçamento, como tudo deflui dos arts. 60 e 153, § 29, da atual Carta Política.

Sob esse aspecto da vigência das limitações constitucionais ao poder de tributar, temos assim *uma tripartição*, embora sem maior significado dogmático, salvo de que as segundas (*pro tempore*) às vezes são hoje adotadas com a mesma razão de ser da tributação extrafiscal já aludida (exigências de política econômica etc.), quando não com o fim de favores contrários ao princípio da igualdade perante a tributação e que por isso seriam inconstitucionais se não figurassem no próprio texto da Constituição.

Seja-me permitido, pois, dizer algumas palavras sobre as últimas, as limitações iterativas para cada exercício financeiro, conforme deflui da própria natureza de lei, só no sentido formal do orçamento, segundo a doutrina dominante e tradicional entre nós, embora sofra essa concepção, modernamente, a impugnação de importantes mestres do chamado direito econômico, como o ilustre ULRICH SCHEUNER⁽¹⁵⁾, sustentando (e dizendo-se esteado em

(15) Na coletânea de estudos sobre intervenção do Estado no domínio econômico, sob o título “Die staatliche Einwirkung auf die Wirtschaft”, publicada pela Athenäum Verlag, 1971, pág. 73.

julgado do Tribunal Constitucional alemão e opiniões de IPSEN, BADURA e outros) que “o orçamento é visto hoje como uma vera lei material, posto que com limitada vinculação interna, no que toca aos efeitos jurídicos”.

Para nós, porém, face à tradição e à própria letra restritiva do art. 60, que preceitua que “a lei orçamentária não conterà dispositivo estranho à fixação da despesa e à previsão da receita”, parece que, para o nosso ordenamento positivo, o orçamento é lei apenas no sentido formal. E assim temos, a meu ver, que continuar a qualificá-lo.

Essa restrição imposta entre nós ao conteúdo da lei orçamentária e a explicitação contida no § 29 do art. 153 são, sem dúvida, do ponto de vista do sujeito passivo da relação tributária, talvez a mais importante limitação ao poder de tributar.

Sua história, todavia, não é muito confortadora entre nós. Logo após a reconstitucionalização de 1946, houve o conhecido caso dos “adicionais do imposto de renda”, a mim cabendo proferir, senão a primeira, uma das primeiras sentenças concessivas de mandado de segurança, que afinal vieram a ser cassadas pelo Tribunal Federal de Recursos, em acórdão em que, por motivos patrióticos, se permitiu admitir caráter de lei material à lei orçamentária, capaz de, por si só, revigorar a vigência de lei de impostos, cujo prazo de vigência se vencera antes da aprovação do orçamento. Esse acórdão sofreu críticas gerais dos mais conspícuos juristas da época, sendo bem cáusticas as de ALIOMAR BALEEIRO (livro citado, págs. 22 e segs.).

Como o mau exemplo não tarda a encontrar seguidores, pouco depois veio em São Paulo o caso de vendas e consignações, motivando reservas fundamentadas dos doutos, sobressaindo ao propósito o parecer do saudoso Professor RUBENS GOMES DE SOUSA (livro mencionado, págs. 259 e segs.).

Não me convenço ainda hoje que se possam maltratar dispositivos constitucionais sob o pretexto do *bem comum*. Aliás, já o Dr. ANTÔNIO FERREIRA, nosso colega de séculos atrás, clássico da língua, fino e arguto magistrado, já bem definia o que tal conceito pode cobrir de injustiça, colocando na boca do sicário COELHO, conselheiro do Rei D. AFONSO IV, a mordaz observação: “O bem comum, Senhor, tem tais larguezas/Com que justifica obras duvidosas” (16).

Tenho que tal invocação é de todo exótica, incabível na aplicação e exegese dos textos constitucionais a que acabo de referir-me.

(16) *Tragédia Castro*, quarta edição, anotada pelo Prof. F. COSTA MARQUES, Coimbra, 1974, pág. 114.

Veto e técnica legislativa

THEREZINHA LUCIA FERREIRA CUNHA

Assessora da Consultoria Jurídica do
Ministério da Justiça

"J'appelle faculté de statuer le droit d'ordonner par soi-même, ou de corriger ce qui a été ordonné par un autre. J'appelle faculté d'empêcher le droit de rendre nulle une resolution prise par quelque autre, ce qui était la puissance des tribuns de Rome."

(MONTESQUIEU, *De l'Esprit des Loix.*)

SUMARIO

- I -- INTRODUÇÃO
 - 1) *Técnica legislativa e veto, sob o aspecto do Poder Legislativo*
 - 2) *Técnica legislativa e veto, sob o aspecto do Poder Executivo*
 - 3) *Técnica legislativa e veto parcial*
 - 4) *Técnica e cooperação*
- II -- CONCEITO E BREVE HISTÓRICO
- III -- NATUREZA DO VETO
- IV -- MOTIVOS DO VETO
 - 1) *Veto por inconstitucionalidade*
 - 2) *Veto por inoportunidade*
- V -- CLASSIFICAÇÃO DO VETO
 - 1) *Quanto à forma*
 - a) *explícito*
 - b) *tácito*
 - 2) *Quanto à extensão*
 - a) *absoluto*
 - b) *limitado*
 - b.1) *qualificado*
 - b.1.1) *total*
 - b.1.2) *parcial*
 - b.2) *suspensivo*
 - c) *pedido de nova deliberação*
 - 3) *Veto translativo*
- VI -- SANÇÃO E VETO
- VII -- O VETO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS
- VIII -- CONCLUSÃO
- IX -- BIBLIOGRAFIA

I — INTRODUÇÃO

A decisão de aprovar, ou desaprovar, projetos de lei votados pelo Congresso Nacional é importante função do Chefe do Poder Executivo.

Várias obras foram escritas sobre o veto presidencial, vários estudos analisaram-no sob diferentes aspectos: seu número, sua razão, o poder constitucional do veto. Poucos, todavia, se preocuparam em pesquisar o processo pelo qual o Presidente toma a decisão de vetar; e raros os que levaram em conta a necessidade da técnica jurídica, como meio de orientação e cooperação executivo-legislativa, e com a finalidade de se produzirem boas leis. Com essa orientação técnica, o uso do veto restringir-se-ia aos casos estritamente necessários, devendo o Chefe do Executivo preocupar-se somente com as aspirações e necessidades do País.

1. *Técnica legislativa e veto, sob o aspecto do Poder Legislativo*

É o Poder Legislativo o poder político por excelência, expressando a vontade popular ao elaborar as leis. Entretanto, muitas vezes, o Poder Legislativo vem a ser integrado por elementos que, apesar de representarem o povo, e da boa vontade em expressar as aspirações, esperanças e problemas sociais desse povo, não o conseguem por faltar-lhes a especialização para tanto. O desempenho de suas atribuições poderá ser prejudicado por faltar-lhes o conhecimento e a técnica jurídica, no momento da elaboração das leis.

A lei deve simbolizar o interesse mais profundo da coletividade de onde emana. Para que o pensamento do legislador se transforme nesse símbolo, há que se orientar pela técnica jurídica.

É para dirigir o legislador neste sentido que se faz necessário um trabalho de assessoria técnico-jurídica, através de comissões que realmente o façam com o objetivo de colocar a lei o mais próximo possível da perfeição.

Todas as indicações de ordem técnica devem ser fornecidas ao legislador, a fim de que os ditames por ele exarados não se apresentem evitados de vícios, prejudicando a feitura das leis e sua interpretação, conduzindo-as ao veto em virtude dessas falhas. O texto da lei, seus artigos, incisos, parágrafos, itens e letras devem ser determinados e harmonizados pela boa técnica legislativa.

A apresentação formal do projeto deve distinguir-se pela concisão, sobriedade e clareza; não deve ter expressões ornamentais, sem efeito prático e efetivo, e sim apresentar uma redação perfeita, que facilite o trabalho do intérprete. Para tal, deve obedecer à sintaxe, ao ordenamento sistemático das matérias e à divisão em assuntos, com redação aprimorada, de que, em parte, depende o seu prestígio.

Sob o aspecto substancial, por sua vez, deve o projeto exprimir a realidade, para que atinja o seu objetivo, tenha validade na coletividade a que se destina e represente o interesse geral dessa coletividade. Um bom projeto técnica e juridicamente bem feito, ajustado aos interesses

da Nação e obediente aos preceitos constitucionais, desde logo afastará os fundamentos do veto presidencial, que justamente só poderá se basear na inconstitucionalidade ou na contrariedade ao interesse público. Assim, formalmente e substancialmente perfeito, atingirá seu objetivo e se tornará viável.

2. *Técnica legislativa e veto, sob o aspecto do Poder Executivo*

O Poder Executivo, de seu turno, deve também representar a opinião pública. O povo vê no Presidente seu líder político, que irá resolver seus problemas sociais e melhorar suas condições de vida.

Como Chefe do Executivo, é ele levado, através do poder de veto, a participar do processo de elaboração legislativa. E é, muitas vezes, através deste poder que o povo espera que suas aspirações sejam alcançadas, como um freio aos abusos do Legislativo: o veto usado como uma constante fiscalização, para expressar a desaprovação a erros de qualquer política, de legalidade de técnica ou de procedimento, em grandes ou mínimos assuntos.

Todavia, nem sempre o veto é mera negativa; ocasiões há em que se torna instrumento positivo de liderança legislativa do Executivo. A propósito, a explicação de CORWIN:

“It should not be overlooked that the veto power is not always merely negative in nature; it is also a positive instrument of presidential legislative leadership” (1).

O poder de sancionar ou vetar é atribuído somente ao Presidente. Mas é de ver-se a impossibilidade de uma só pessoa examinar tantos projetos de lei, principalmente num país como o nosso, em que a elaboração de leis é inflacionária. Para tal, o Chefe do Executivo necessita, também, de assessores técnicos, que realmente o orientem e auxiliem nesta tarefa, como foi sugerido para o Poder Legislativo.

Torna-se necessário que os assessores parlamentares alertem o Presidente para uma larga escala de assuntos políticos, estendendo-lhe os parâmetros sociais. Importante será a política legislativa, prolongamento da técnica jurídica, que visa a aconselhar tanto ao legislador como ao intérprete. Analisando o projeto para sancioná-lo, ou vetá-lo, o Presidente deverá recorrer aos elementos fornecidos pela política legislativa, para constatar se há algum dispositivo inconstitucional ou contrário ao interesse público.

Através da política legislativa ver-se-á se o projeto que se quer tornar em lei vai se ajustar às particularidades e às necessidades do povo a que se destina. Esse critério de observação é essencial. Não se pode considerar o projeto apenas abstratamente; há de se ver se ele, ao se transformar em lei, irá ou não ao encontro das aspirações sociais. Caso contrário, deve o Presidente vetá-lo, por contrário ao interesse público.

(1) EDWARD CORWIN — *The President: Office and Power* — New York University Press, 1942, 3th ed., pág. 342.

Será fundamental que a política legislativa faça o levantamento dos fatos sociais, políticos e econômicos do País e informe o Presidente para que, ao examinar o projeto, possa refletir e considerar se ele se ajusta ou não à realidade do País. Esse importante dado, captado dentro da sociedade a que a lei se destina, é que dará à lei seu devido alcance, ou a motivação ao veto presidencial que, como será visto adiante, poderá se basear nessa inconveniência ao interesse da Nação. Se a técnica jurídica, através da política legislativa, obviar que o projeto é contrário ao interesse público, que não será um instrumento para solucionar os problemas sociais, só restará ao Presidente vetá-lo.

Da mesma forma, é através dos elementos da técnica que o Chefe do Estado verificará se o projeto deverá ser vetado por inconstitucionalidade. Não poderá o projeto contrariar a Constituição e os fins que esta levou em consideração, ao ser formulada. Somente a técnica poderá orientar o Executivo para constatar se há, no projeto, um dispositivo inconstitucional, seja ele quanto a defeito de forma ou de substância.

O mesmo tipo de análise da redação, já descrita no item 1, das formas específicas da técnica jurídica, deve ser renovado. Um texto pode ir contra a Constituição por descuido de redação; do mesmo modo, a técnica substancial evidenciará se há matéria inconstitucional e, portanto, sujeita a veto.

Teríamos assim, para o Executivo, o mesmo tipo de trabalho técnico que deve ser usado pelo Legislativo.

Lamentável realidade, no entanto, é o que se observa, o mais das vezes, na prática. De relatório feito pelo Senador MOURA ANDRADE, extrai-se este texto, que bem mostra a falta de cooperação na área executivo-legislativa:

“É curioso notar que quase todos os Ministérios dispõem de “Assessores Parlamentares”, que jamais freqüentam o Congresso, limitando-se a contatos telefônicos. Em regra, desconhecem por completo o processo legislativo e as autoridades das duas Casas. Poderiam, no entanto, tornar-se úteis, se estivessem em contato diário, pelas suas pessoas físicas, com a Câmara e o Senado, especialmente as Lideranças do Governo, inteirando-se do andamento das proposições, levando aos órgãos do Executivo os textos em estudo, para que pudessem ser por eles examinados e trazendo às Lideranças o pensamento desses órgãos sobre as matérias respectivas. Isso, de maneira constante, diária, e não episódica, a propósito de todas as proposições e não apenas das de origem governamental. Isso com o espírito de sugerir e propor e nunca de impor, como ocorre com certos projetos — principalmente os de natureza fiscal — no curso de cuja tramitação surgem os chamados técnicos do Executivo, querendo substituir-se aos legisladores e aos órgãos da Casa, até para interferir na redação do vencido, quando não para alterá-la.

Impressiona, também, no exame da lista dos elementos de ligação dos órgãos do Executivo com o Senado, o escassíssimo número deles, comprovando, ainda mais, o pouco interesse que tem havido, no Executivo, em colaborar com o Legislativo" (2).

3. Técnica legislativa e veto parcial

A consagração do veto parcial deve-se justamente à necessidade de corrigir ou eliminar as distorções imprimidas aos projetos de lei, o que poderia ser facilmente evitado, se a boa técnica desse a todas as palavras da lei o alcance e a compreensão indispensável à boa interpretação.

A finalidade do veto parcial é evitar abusos por parte do legislador. Entretanto, no Brasil, veio a permitir abusos por parte do Executivo.

Embora o veto parcial, como sustenta a doutrina, só deva ser usado para eliminar, no projeto, disposições completas que contenham inconveniência ou inconstitucionalidade, foi ele apostado a palavras isoladas, a frases, a orações de um dispositivo, com isso modificando o conteúdo da regra. Transformou-se, assim, de "faculté d'empêcher" em "faculté de statuer". Sua função, todavia, deve ser, estritamente, a de retirar inserções inócuas de leis necessárias, evitando o veto total de um bom projeto.

Conforme explanaremos no item V, existe o veto parcial, entre nós, desde 1926, com a finalidade apenas de sanear as leis. Não deve ser aceito que seja este tipo de veto desnaturado e transformado em instrumento de legislação, por parte do Presidente da República.

Em discurso, JOÃO MANGABEIRA já nos advertia:

"Acho que tem havido um abuso do veto parcial. O veto, por exemplo, da palavra "não" transforma a medida de negativa em positiva.

O projeto diz "não poderá". Vetada a palavra "não", fica "poderá". Isso líquida o projeto de lei, ou melhor, o transforma no seu contrário" (3).

Para evitar os abusos do veto parcial, o Senador JOSAPHAT MARI-NHO apresentou, em 1965, um projeto de emenda constitucional. Entre várias reformas sugeridas, incluiu a medida constitucional referente à disciplina do veto parcial.

Deste projeto, de que foi ele o Relator, extraímos essa proposição:

"No que concerne ao veto parcial, considerando sua origem e sua finalidade, declara-se que deve abranger o texto de artigo, parágrafo, inciso, item, número ou alínea" (4).

(2) Senador AURO DE MOURA ANDRADE — Relatório da Presidência, referente aos trabalhos da 4ª Sessão Legislativa Ordinária da 5ª Legislatura, de 1º de março de 1966.

(3) Debate da 2ª Mesa-Redonda sobre Poder Legislativo, realizada em 9-11-1965, no Instituto do Direito Público e Ciência Política da Fundação Getúlio Vargas.

E o art. 8º do projeto dizia:

“Art. 8º — O § 1º do art. 70 da Constituição passa a ter a seguinte redação:

“§ 1º — Se o Presidente da República julgar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário aos interesses nacionais, vetá-lo-á, total ou parcialmente, dentro de dez dias úteis, contados daquele em que o receber, e comunicará, no mesmo prazo, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto. Se a sanção for negada quando estiver finda a sessão legislativa, o Presidente da República publicará o veto. *O veto parcial deve abranger o texto de artigo, parágrafo, inciso, item, número ou alínea*” (grifo nosso) (4).

As medidas sugeridas no projeto foram aprovadas, resultando na Emenda Constitucional nº 17 à Constituição de 1946. Com a medida proposta no art. 8º, foi adicionado este último período ao § 1º do art. 70, proibindo-se, assim, o veto a palavras.

A restrição foi mantida na Constituição de 1967. A Emenda nº 1, de 1969, todavia, dando nova redação à Constituição, suprimiu-a.

Embora a doutrina reconheça ao veto parcial esta limitação, é necessário restabelecê-la, para que o seu uso não deforme um dispositivo lógico e para evitar a deturpação de sentido, até de uma lei inteira. Sobretudo, pode ele transformar-se em perigoso instrumento de favorecimento partidário, por parte do Executivo, como veremos no item VIII deste trabalho.

4. Técnica e cooperação

Poderíamos, então, do exposto, procurar uma solução para a elaboração da boa lei e, ao mesmo tempo, evitar o uso demasiado do veto, promovendo-se boas relações de trabalho entre os Poderes Legislativo e Executivo. O Presidente, tendo participação ativa no processo legislativo, fiscalizando a elaboração das leis, para torná-las constitucionais e adequadas à sociedade; o Congresso, por sua vez, chamando insistentemente o Executivo para relatórios e recomendações: é mais provável o Presidente ser criticado por inércia do que por atividade. Tanto o povo, como o Congresso, esperam sua participação ativa.

Com o objetivo de manter essa contínua colaboração entre os Poderes Executivo e Legislativo e visando a uma boa técnica de elaborar as leis, é imprescindível a existência de comissões que façam realmente uma assessoria técnica legislativo-executiva, composta de juristas, sociólogos, filólogos, enfim, especialistas em diversas áreas, de acordo com as necessidades técnicas, e à medida que forem elas surgindo. Seriam eles escolhidos pelos dois Poderes em questão, para fazerem a revisão final e a redação definitiva dos projetos de lei, sempre levando em consideração a boa técnica jurídica.

(4) e (5) JOSAPHAT MARINHO, “Reforma do Congresso Nacional” — *Revista de Informação Legislativa* — Senado Federal, nº 7, set. 1965, págs. 9 e 13.

Após a redação estar adequada, precisa, e atendidos os requisitos da técnica formal e da técnica substancial, o projeto iria ao Presidente, que seria também assessorado ao apreciá-lo.

A técnica, tendo já orientado todo o Legislativo, passaria agora ao Executivo; ao mesmo tempo, serviria como garantia, ao Legislativo, de que o Presidente está corretamente informado pela política legislativa.

No Executivo, a técnica deve cumprir a tarefa de aconselhar o Presidente, a fim de preveni-lo contra decisões apressadas ou mal-consideradas; ajudá-lo quanto à apreciação dos motivos, ao usar de seu poder de veto; excluir liminarmente o que for desnecessário à sua apreciação; e, principalmente, alertá-lo para que não transforme o uso do veto parcial em possível abuso.

II — CONCEITO E BREVE HISTÓRICO

1. *Conceito*

Veto é a recusa do Chefe do Poder Executivo, de forma total ou parcial, ao projeto de lei procedente do Congresso Nacional.

A palavra vem do latim *vetare*, que significa opor, vedar, proibir. Através do veto, o Presidente opõe-se à execução do projeto de lei que examinou, por motivos que posteriormente deverá alinhar.

É meio de que dispõe o Executivo como forma de contenção do Legislativo, indispensável para controlar o legislador, fiscalizando-lhe o trabalho. Neste sentido é clara a observação de BOMPARD:

“Mais les assemblées ont encore d'autres défauts.

Elles sont mobiles, impressionables dans la délibération, accessibles à la pression électorale. Elles votent souvent des lois hâtives, défigurées par des amendements hétérogènes. L'absence de responsabilité peut les entraîner plus facilement à commettre des iniquités. Enfin, elles ont cette tendance de tous les corps élus: étendre sans cesse leur action, annihiler le pouvoir exécutif” (6).

De seu turno, HAMILTON considera o veto não só como freio ao Legislativo, mas também como meio de defender o povo de más leis:

“The veto establishes a salutary check upon the legislative body, calculated to guard the community against the effects of faction, precipitancy, or of any impulse unfriendly to the public good, which may happen to influence a majority of that body” (7).

(6) RAOUL BOMPARD, *Le Veto du Président de la République* — Arthur Rousseau, Editeur Paris, 1906, pág. 107.

(7) HAMILTON, MADISON and JAY — *The Federalist* — Massachussets — Harvard University Press, 1961 — nº LXXIII.

O veto, portanto, é arma de equilíbrio, no sistema de divisão de poderes, em defesa da Constituição e do interesse público e, simultaneamente, meio de fiscalizar os projetos, antes que se tornem leis em definitivo.

2. Histórico

As mais remotas origens do veto datam dos romanos. Conheceram eles uma forma rudimentar de veto, exercido pelos tribunos do povo, para invalidar os atos dos magistrados da cidade.

Na Idade Média, reaparece o veto na Inglaterra, através da oposição do rei a determinados requerimentos do povo: era o veto originário, como prerrogativa real.

Durante a época feudal, era privativa do rei a decisão em qualquer processo. Apesar de as decisões necessitarem da opinião e do consentimento dos barões, o veto real era absoluto.

Na Inglaterra, desde 1707, o veto não é aplicado. Tal instituição não se coaduna de todo com o governo parlamentar, em que o Presidente apenas preside, mas, na realidade, não governa. O veto caiu, pois, em desuso. A iniciativa das leis, cabendo quase que exclusivamente ao Gabinete, faz com que este se acautele, para propor somente o que, na realidade, pode ser objeto de aprovação; quando o Parlamento vota a lei, está de pleno acordo com o Gabinete. Daí resulta a não-aplicabilidade constante do veto a este tipo de governo.

Em fins do século XVIII, ressurgiu o veto nos Estados Unidos; a Convenção da Filadélfia, que elaborou a Constituição de 1787, adotou o veto qualificado. Este tipo de veto, criação do regime presidencialista, foi adotado pelas demais nações latino-americanas. No Brasil, aparece pela primeira vez na Constituição de 1891, acompanhada pelas subseqüentes.

A expressão veto não foi empregada na Convenção de 1787; a palavra para designá-lo foi "recusa qualificada". Nos últimos meses de 1787 e no início de 1788, três membros da Convenção de Filadélfia, HAMILTON, JAY e MADISON, escreveram uma série de oitenta e cinco artigos em três periódicos de New York, explicando e defendendo a Constituição. Esses artigos foram depois condensados sob o nome de *The Federalist*, sendo o de nº LXXIII dedicado ao veto. É de HAMILTON a página que transcrevemos, com suas considerações sobre o veto:

"The last of the requisites to energy, which have been enumerated, are competent powers. Let us proceed to consider those which are proposed to be vested in the President of the United States.

The first thing that offers itself to our observation is the qualified negative of the President upon the acts or resolutions of the two houses of the legislature; or, in other words, his power of returning all bills with objections, to have the effect

of preventing their becoming laws, unless they should afterwards be retified by two thirds of each of the component members of the legislative body" (8).

Em França, o veto suspensivo foi introduzido na Constituição de 1791. Mas, seguindo o caminho do Parlamento inglês, pouco foi utilizado em países de regime parlamentarista, como a própria França, Itália e Bélgica. A Constituição francesa ainda a mantém, com o nome de "droit de demander une nouvelle délibération".

Na Alemanha, surge o veto translativo, ao submeter-se ao povo, em plebiscito, a solução da controvérsia.

Historicamente, portanto, o veto segue três etapas: o absoluto, vigente ao tempo de Roma; o suspensivo, oriundo do constitucionalismo; e o translativo, que teve origem na Alemanha de Weimar.

Do exposto, conclui-se que o veto é praticamente inviável nos países de regime parlamentarista. Nos Estados presidencialistas, entretanto, aparece como participação legislativa do Presidente da República.

III — NATUREZA DO VETO

Assunto controvertido entre os doutrinadores, que se dividem em duas correntes, ora é o veto considerado de natureza executiva, ora de caráter legislativo.

Para a corrente que concede a natureza executiva ao veto, a intervenção do Chefe do Executivo, ao defender os direitos constitucionais do Executivo, ou para proteger o interesse público, afasta-se inteiramente da função legislativa. É função eminentemente executiva: o exercício de um poder executivo que tem um efeito temporário ou suspensivo sobre o processo de formação das leis, em consequência do sistema de freios e contrapesos. A Constituição investe o Congresso em todos os poderes legislativos por ela conferidos, restando ao Presidente aprovar, ou não, a lei, após sua constituição, através de um ato meramente executivo. Filiam-se a esta corrente, entre outros, AURELINO LEAL, OCTACILIO ALECRIM e ALCINO FALÇAO. É deste último a seguinte opinião:

"Não nos parece que, face ao taxativo art. 37 — "O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal" —, se possa afirmar que o Presidente da República, no momento da sanção e do veto, faça parte do Poder Legislativo; será mero elaborador ou opositor, mas sem fazer parte do Poder Legislativo" (9).

(8) HAMILTON — *The Federalist* (number 73) — American State Papers. Great Books of the Western World, vol. 43, pág. 219, Encyclopaedia Britannica, Inc.

(9) ALCINO FALÇAO, *Constituição Anotada* — J. Konfino Editora — Rio de Janeiro, 1956, vol. I, pág. 174.

A segunda corrente de doutrinadores já focaliza o veto sob o ângulo legislativo. Se o projeto só se torna lei com a aprovação expressa ou tácita do Presidente, será lógico que, no caso do veto, a desaprovação será também um momento no processo de elaboração da lei, tendo assim o veto uma função legislativa, reflexo da participação presidencial na legislação. O ato se reveste de caráter legislativo, visto que é a própria Constituição que limita o monopólio da função legislativa pelo Congresso, instituindo o veto como poder legislativo do Presidente. A este pensamento doutrinário estão filiados os autores americanos e, entre nós, NAVARRO DE BRITO, de quem extraímos o seguinte parágrafo:

“Parece que a simples leitura da Constituição norte-americana, fonte originária do veto, conduzirá a conclusões bem diferentes. Segundo a sua letra, a sanção ou o veto presidencial é apostado ao projeto de lei; antes, portanto, que o texto adotado se transforme em lei, perfeita e acabada.

Pode-se dizer que o titular da recusa de sanção ou de veto, o Chefe do Estado, dispõe de uma atribuição legislativa para sustar as deliberações das Assembléias” (10).

Esta segunda corrente é a que merece o apoio de maior parte da doutrina, vez que o veto é apostado ao projeto para provocar o seu reexame pelo Congresso Nacional. Antes desse pronunciamento, a elaboração da lei não está concluída.

IV — MOTIVOS DO VETO

A Constituição vigente em nosso País, em seu art. 59, § 1º, estabelece que:

“§ 1º — Se o Presidente da República julgar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á, total ou parcialmente, dentro de quinze dias úteis, contados daquele em que o receber, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto. Se a sanção for negada, quando estiver finda a sessão legislativa, o Presidente da República publicará o veto.”

Foi o veto instituído com a finalidade de habilitar o Chefe do Governo a impedir, ou dificultar, que se transformem em leis disposições inconstitucionais ou inconvenientes para o bem comum. Diferentemente de outras Constituições, como a dos Estados Unidos, em que a motivação é omissa, a nossa a coloca como requisito indispensável, expresso.

Se o Presidente da República veta determinado projeto de lei, sem apresentar os motivos que o levaram a assim proceder, o Presidente do Senado deve devolver a parte vetada ao Presidente da República; se, decorrida a quinquena, e ainda assim, não o motivar, deliberadamente,

(10) LUIZ NAVARRO DE BRITO, *O Veto Legislativo* — Serviço de Documentação do Ministério da Justiça, 1966, pág. 20.

será o mesmo aprovado tacitamente. A lei será sancionada, de acordo com o § 2º do art. citado.

O Presidente da República só poderá apor seu veto a projeto de lei por dois motivos: a inconstitucionalidade ou a inoportunidade ao interesse público.

A motivação é essencial para evitar a subjetividade do ato presidencial, principalmente quanto à apreciação da contrariedade ao interesse público.

O exame de constitucionalidade restringe-se a verificar se o projeto apresentado, ou alguma de suas partes, colide com um preceito da Constituição Federal; o exame da oportunidade aos interesses nacionais tem como objetivo averiguar se o projeto de lei lhes é adverso e se, de algum modo, afeta contrariamente os negócios da Nação.

1. *Veto por inconstitucionalidade*

O veto por inconstitucionalidade poderá ser formal ou material.

Formal é a inconstitucionalidade decorrente do processo de formação da lei, ou de sua redação; tais vícios podem eivar a lei de tal forma que a farão entrar em conflito com a Constituição ou com a legislação em vigor. O Presidente, ao exercer seu controle, através do veto, sobre a elaboração legislativa, não poderá fazê-lo sem primeiro analisar se a forma do projeto não está confusa, ou mal elaborada, tornando-o inconstitucional.

Sob o aspecto material, ocorre o veto por inconstitucionalidade no caso em que há, no projeto, um ataque direto contra qualquer preceito da Constituição: é o instrumento de defesa geral da Constituição.

2. *Veto por contrariedade ao interesse público*

A recusa de sancionar o projeto de lei, neste caso, tem como fundamento evitar que surjam leis contrárias ao interesse público. O Presidente da República analisa o projeto tendo em vista o interesse geral. Apesar de formalmente constitucional, se o projeto de lei for prejudicial ao interesse público, deve o Presidente vetá-lo.

O motivo é uma relação necessária. Daí a conclusão categórica de PONTES DE MIRANDA:

“Os vetos têm que ter motivos de veto. Não é veto o que se emite sem fundamentação. Se o Presidente remete o projeto sem motivar o veto, o Congresso não o pode aceitar: ao Presidente do Senado cabe devolvê-lo ao Presidente da República e talvez esteja expirado o decêndio do art. 70, § 2º” (11).

(11) PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1946* — Henrique Cahen Editor, 3.ª ed., 1960, vol. II, pág. 510.

V — CLASSIFICAÇÃO DO VETO

1. Quanto à forma

Segundo a forma do veto, pode ele ser classificado em explícito ou tácito. Explícito, quando a recusa é traduzida em termos expressos. Tácito, quando o Presidente não assina o projeto e seu silêncio provoca o "pocket-veto", existente nos Estados Unidos. Nossa Constituição evita o "pocket-veto", ao declarar no art. 59, § 2º, que o silêncio do Presidente da República equivale à sua sanção. Tivemos, entretanto, esta forma tácita na nossa Constituição do Império, no art. 67. Atualmente, o veto será sempre expresso, como bem explica PONTES DE MIRANDA:

"O veto é ato formal; a sanção, ou é escrita, ou se exprime pelo silêncio comunicativo da vontade" (12).

2. Quanto à extensão

Acompanhando a classificação de LUIZ NAVARRO DE BRITO (13), podemos classificar o veto em absoluto, limitado e translativo.

a) Veto absoluto

O veto absoluto põe término definitivo ao projeto. É atualmente raro este tipo, tanto nas monarquias, como nas repúblicas. Atualmente, o "pocket-veto" é o único dos poucos tipos de veto absoluto adotado em Constituições republicanas.

Aparece este tipo absoluto, além do "pocket-veto" norte-americano, na Constituição do Chile de 1833, depois reformada, e na da Albânia, de 1925.

Através do veto absoluto, a decisão do Chefe do Estado não pode ser removida por qualquer nova deliberação do Legislativo.

b) Veto limitado

Ao contrário do absoluto, o veto é aqui limitado quanto aos seus efeitos. A recusa do Chefe do Estado em aprovar o projeto de lei apenas o paralisa temporariamente; há uma colaboração na elaboração da lei.

O veto limitado subclassifica-se em: suspensivo, qualificado e direito de pedir nova deliberação.

b.1) Veto qualificado

O veto qualificado é criação norte-americana e adotado por nossas Constituições desde a Carta de 1891. Representa a escolha de uma fórmula intermediária entre dois extremos: o veto absoluto, ilimitado, e a ausência de veto.

(12) PONTES DE MIRANDA — *op. cit.*, pág. 505.

(13) LUIZ NAVARRO DE BRITO — *O Veto Legislativo* — Serviço de Documentação do Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1966, pág. 43.

No caso da não-aprovação do projeto, o Presidente não o assina, mas o devolve à Casa de que o mesmo se originou, acompanhado de suas objeções. O projeto então vetado novamente passa por ambas as Câmaras, e somente por voto de pelo menos dois terços dos membros de cada uma das Casas é que poderá ser rejeitado. Sobre o aparecimento e a justificativa do veto qualificado, transcrevemos esta clara explicação de HAMILTON:

“But the convention have pursued a mean in this business which will both facilitate the exercise of the power vested in this respect in the executive magistrate, and make its efficacy to depend on the sense of a considerable part of the legislative body. Instead of an absolute negative, it is proposed to give the Executive the qualified negative already described. This is a power which would be much more readily exercised than the other. A man who might be afraid to defeat a law by his single VETO, might not scruple to return it for reconsideration; subject to being finally rejected only in the event of more than one third of each house concurring in the sufficiency of his objections” (14).

O veto qualificado poderá ainda ser subdividido em total e parcial.

b.1.1) *Veto total*

Veto total é aquele em que a recusa do Presidente incide sobre todo o projeto de lei. Foi sempre uma instituição sobretudo dos Estados Unidos, que não admite o veto parcial; não pode o Presidente da República limitar sua oposição a um ou alguns dispositivos: deverá vetar o projeto inteiro.

b.1.2) *Veto parcial*

Se a negativa do Chefe do Executivo se concentra em alguns dispositivos do projeto, temos o veto parcial, não adotado em todos os países.

Entre nós, o veto pode ser parcial. Foram as Constituições estaduais que primeiro adotaram o instituto. As Constituições da Bahia, do Maranhão e de Minas Gerais já o admitiam antes da revisão constitucional de 1926, quando foi admitido na Constituição Federal. Uma das emendas promulgadas em 1926 substituiu o texto do § 1º do art. 37 por outro, que dizia:

“Quando o Presidente da República julgar o projeto de lei, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário aos interesses nacionais, o vetará total ou parcialmente, dentro de dez dias úteis, a contar daquele em que o recebeu, devolvendo nesse prazo e com os motivos do veto, o projeto ou a parte vetada, à Câmara onde ele se houver iniciado.”

As Constituições federais posteriores conservaram o veto parcial, em termos bem semelhantes aos da Emenda de 1926.

(14) HAMILTON — *op. cit.*, págs. 220/221.

No nosso Direito, o veto parcial pode ser apostado a qualquer projeto de lei. Mas, assim como o veto total, deve ser motivado, sob um dos fundamentos previstos no § 1º do art. 59.

Aposto o veto parcial, seu efeito é meramente suspensivo: não põe fim ao projeto, mas o sujeita à reapreciação do Congresso. Somente a parte vetada é sujeita à apreciação; a parte não vetada, isto é, sancionada, é promulgada, para que, publicada, entre em vigor. Caso o veto parcial não seja aceito pelo Congresso, a reapreciação torna lei essa fração que fora vetada. Tal parte será então promulgada e depois publicada, para entrar em vigor. A parte de uma lei que tenha sofrido o veto parcial e depois mantida pelo Congresso terá, então, data de promulgação diferente daquela data do restante do projeto primitivo, não vetado. Podem, portanto, as disposições não vetadas e as vetadas (e posteriormente reiteradas pelo Congresso) entrar em vigor em datas diferentes.

É certo que o veto parcial pode proporcionar vantagens, como também trazer desvantagens, se seu uso não for adequado, conforme já comentamos na introdução deste trabalho. A principal vantagem do veto parcial é que, através dessa prerrogativa, o Presidente da República pode retirar apenas os preceitos inadequados ao projeto, evitando invalidá-lo totalmente. Um mesmo projeto pode apresentar aspectos bastante positivos e ter outros inaceitáveis.

b.2) *Veto suspensivo*

Este tipo de veto foi introduzido na Constituição francesa de 1791: no caso em que o rei recusasse seu consentimento, esta recusa teria apenas caráter suspensivo, e não definitivo, absoluto.

A Constituição brasileira do Império admitiu-o, assim como as Constituições espanhola de 1812, a portuguesa de 1822, a finlandesa de 1915 e a egípcia de 1930.

c) *Direito de pedir nova deliberação*

Adotado na França nas Constituições de 1875 e 1946, é a forma mais atenuada do veto limitado.

Através dele, o Chefe do Estado pede uma nova deliberação dos projetos. Em mensagem, o Presidente expõe os motivos da recusa, e o texto é devolvido ao Parlamento, que não pode recusar o pedido. É o que diz o art. 10 da Constituição francesa:

“Le président de la République promulgue les lois dans le mois que suit la transmission au gouvernement de la loi définitivement adoptée. Il doit promulguer, dans les trois jours, les lois dont la promulgation, par un vote exprès dans l'une et l'autre Chambre, aura été déclarée urgente. Dans le délai fixé pour la promulgation, le président de la République peut, par un message motivé, demander aux deux Chambres une nouvelle délibération qui ne peut être refusée.”

3. *Veto translativo*

Foi adotado no sistema da Constituição de Weimar, em 1919, e na Constituição da Estônia, de 1937. Através dele, o Poder Executivo tem a faculdade de apelar diretamente para o povo, contra uma lei do Parlamento. A solução do ponto controvertido é submetida ao povo, em plebiscito. O Chefe do Estado pode, assim, paralisar a aprovação de uma lei, até que a deliberação popular a resolva.

VI — A SANÇÃO E O VETO

A sanção e o veto somente recaem sobre projetos de lei e não, como se diz vulgarmente, sobre a lei. Daí a natureza legislativa desses dois atos, que aparecem na elaboração da lei, e não sobre a lei já definitiva.

Sanção é a adesão do Chefe do Executivo ao projeto de lei aprovado pelo Legislativo. A lei nasce com a sanção: esta é pressuposto de sua existência. Através da sanção, o Chefe do Estado dá a sua aquiescência a que o projeto aprovado pelo Congresso se converta em lei.

A sanção pode ser expressa, quando o Presidente assina o projeto (art. 59, § 1º, da Constituição vigente); ou tácita, quando, recebido o projeto para sanção, o Presidente silencia durante uma quinzena, não o assinando (art. 59, § 2º). Assim, se o Presidente silencia e deixa de vetar, o silêncio é sinônimo de sanção, e não de veto.

O Presidente da República só promulga a lei quando a sanção é tácita, porque, sendo expressa, basta ela; ou, quando o veto for rejeitado pelo Congresso, sob pena de fazê-lo o Presidente ou o Vice-Presidente do Senado (art. 62, §§ 3º e 4º, da Constituição atual).

A fórmula usada para a sanção é: "O Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei".

A sanção é um direito que o Chefe do Executivo exerce como parte integrante do Poder Legislativo. A lei votada pelas Câmaras não existirá, se não for reconhecida pela sanção. A sanção funciona como uma modalidade da promulgação, sendo a aposição de uma fórmula do Executivo.

O veto é justamente o oposto à sanção, o ato em que o Presidente nega a sanção. Enquanto a sanção é a aquiescência, o veto é a recusa.

Sanção e veto representam os dois atos pelos quais o Presidente da República intervém na feitura das leis elaboradas pelo Congresso. Só são sancionáveis os projetos de lei sobre as matérias indicadas no art. 43 da Constituição.

VII — O VETO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

1. Constituição do Império, 1824:

"Art. 64 — Recusando o Imperador o seu consentimento, responderá nos termos seguintes: "O Imperador quer meditar sobre o projeto de lei, para a seu tempo se resolver." Ao que a

Câmara responderá que “louva a Sua Majestade Imperial o interesse, que tem pela nação”.

Art. 65 — Esta denegação tem efeito suspensivo somente; pelo que, todas as vezes que as duas legislaturas que se seguirão àquela que tiver aprovado o projeto tornem sucessivamente a apresentá-lo nos mesmos termos, entender-se-á que o Imperador tem dado a sanção.

Art. 66 — O Imperador dará ou negará a sanção em cada decreto dentro de um mês depois que lhe for apresentado.

Art. 67 — Se o não fizer dentro do mencionado prazo, terá o mesmo efeito como se expressamente negasse a sanção, para serem contadas as legislaturas, em que poderá ainda recusar o seu consentimento, ou reputar-se o decreto obrigatório por já haver negado a sanção nas duas antecedentes legislaturas.

Art. 68 — Se o Imperador adotar o projeto da assembléa geral, se exprimirá assim: “O Imperador consente”, com o que fica sancionado e nos termos de ser promulgado como lei do Império e um dos dois autógrafos, depois de assinados pelo Imperador, será remetido para o arquivo da Câmara que o enviou e o outro servirá para por ele se fazer a promulgação da lei, pela respectiva Secretaria de Estado, onde será guardado.”

2. Constituição da República, 1891:

“Art. 37 — O projeto de lei, adotado numa das Câmaras, será submetido à outra; e esta, se o aprovar, enviá-lo-á ao Poder Executivo, que, aquiescendo, o sancionará e promulgará.

§ 1º — Se, porém o Presidente da República o julgar inconstitucional ou contrário aos interesses da Nação, negará sua sanção, dentro de dez dias úteis daquele em que recebeu o projeto, devolvendo-o, nesse mesmo prazo, à Câmara onde ele se houver iniciado, com os motivos da recusa.

§ 2º — O silêncio do Presidente da República no decêndio importa a sanção; e, no caso de ser esta negada quando já estiver encerrado o Congresso, o Presidente dará publicidade às suas razões.”

2.1. Reforma da Constituição de 1891 — Emenda de 1926:

“Art. 37 — O projeto de lei adotado numa das Câmaras será submetido à outra; e esta, se o aprovar, enviá-lo-á ao Poder Executivo, que, aquiescendo, o sancionará e promulgará.

§ 1º — Quando o Presidente da República julgar um projeto de lei, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário aos interesses nacionais, o vetará, total ou parcialmente, dentro de dez dias úteis a contar daquele em que o recebeu, devolvendo, nesse prazo e com os motivos do “veto”, o projeto, ou a parte vetada, à Câmara onde ele se houver iniciado.”

3. Constituição de 1934:

“Art. 45 — Quando o Presidente da República julgar um projeto de lei, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário aos interesses nacionais, o vetará, total ou parcialmente, dentro de dez dias úteis, a contar daquele em que o receber, devolvendo nesse prazo e com os motivos do veto, o projeto, ou a parte vetada, à Câmara dos Deputados.

§ 1º — O silêncio do Presidente da República, no decêndio, importa a sanção.

§ 2º — Devolvido o projeto à Câmara dos Deputados, será submetido, dentro de trinta dias do seu recebimento ou da reabertura dos trabalhos, com parecer ou sem ele, a discussão única, considerando-se aprovado se obtiver o voto da maioria de seus membros. Neste caso, o projeto será remetido ao Senado Federal, se este houver nele colaborado, e, sendo aprovado pelos mesmos trâmites e por igual maioria, será enviado, como lei, ao Presidente da República, para a formalidade da promulgação.

§ 3º — No intervalo das sessões legislativas, o veto será comunicado à Seção Permanente do Senado Federal, e esta o publicará, convocando extraordinariamente a Câmara dos Deputados para sobre ele deliberar, sempre que assim considerar necessário aos interesses nacionais.

§ 4º — A sanção e a promulgação efetuam-se por estas fórmulas:

- 1 — O Poder Legislativo decreta e eu sanciono a seguinte lei.
- 2 — O Poder Legislativo decreta e eu promulgo a seguinte lei.

Art. 46 — Não sendo a lei promulgada dentro de 48 (quarenta e oito) horas pelo Presidente da República, nos casos dos §§ 1º e 2º do artigo 45, o Presidente da Câmara dos Deputados a promulgará, usando da seguinte fórmula: “O Presidente da Câmara dos Deputados faz saber que o Poder Legislativo decreta e promulga a seguinte lei.”

4. Constituição de 1937:

“Art. 66 — O projeto de lei, adotado em uma das Câmaras, será submetido à outra, e esta, se o aprovar, enviá-lo-á ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará e promulgará.

§ 1º — Quando o Presidente da República julgar um projeto de lei, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário aos interesses nacionais, vetá-lo-á total ou parcialmente, dentro de trinta dias úteis, a contar daquele em que o houver recebi-

do, devolvendo, nesse prazo e com os motivos do veto, o projeto ou a parte vetada à Câmara onde ele se houver iniciado.

§ 2º — O decurso do prazo de trinta dias, sem que o Presidente da República se haja manifestado, importa sanção.

§ 3º — Devolvido o projeto à Câmara iniciadora, aí sujeitar-se-á a uma discussão e votação nominal, considerando-se aprovado se obtiver dois terços dos sufrágios presentes. Neste caso, o projeto será remetido à outra Câmara, que, se o aprovar, pelos mesmos trâmites e maioria, o fará publicar como lei no jornal oficial.”

5. Constituição de 1946:

“Art. 70 — Nos casos do art. 65, a Câmara onde se concluir a votação de um projeto enviá-lo-á ao Presidente da República, que, aqui escutando, o sancionará.

§ 1º — Se o Presidente da República julgar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á, total ou parcialmente, dentro de dez dias úteis, contados daquele em que o receber, e comunicará, no mesmo prazo, ao Presidente do Senado Federal, os motivos do veto. Se a sanção for negada quando estiver finda a sessão legislativa, o Presidente da República publicará o veto.

§ 2º — Decorrido o decêndio, o silêncio do Presidente da República importará sanção.

§ 3º — Comunicado o veto ao Presidente do Senado Federal, este convocará as duas Câmaras para, em sessão conjunta, dele conhecerem, considerando-se aprovado o projeto que obtiver o voto de dois terços dos deputados e senadores presentes. Neste caso, será o projeto enviado, para promulgação, ao Presidente da República.”

5.1. Emenda Constitucional nº 17 à Constituição de 1946, de 26-11-65:

“Art. 7º — O § 1º do art. 70 da Constituição passa a ter a seguinte redação:

“§ 1º — Se o Presidente da República julgar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, dentro de dez dias úteis, contados daquele em que o receber, e comunicará, no mesmo prazo, ao Presidente do Senado Federal, os motivos do veto.

Se a sanção for negada quando estiver finda a sessão legislativa, o Presidente da República publicará o veto. O veto parcial deve abranger o texto de artigo, parágrafo, inciso, item, número ou alínea.”

6. Constituição de 1967:

“Art. 62 — Nos casos do art. 46, a Câmara na qual se concluiu a votação enviará o projeto ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará.

§ 1º — Se o Presidente da República julgar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á, total ou parcialmente, dentro de dez dias úteis, contados daquele em que o receber, e comunicará dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal, os motivos do veto. Se a sanção for negada quando estiver finda a sessão legislativa, o Presidente da República publicará o veto. O veto parcial deve abranger o texto de artigo, parágrafo, inciso, item, número ou alínea.”

7. Texto constitucional vigente:

“Art. 59 — Nos casos do art. 43, a Câmara na qual se haja concluído a votação enviará o projeto ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará; para o mesmo fim, serão remetidos os projetos havidos por aprovados nos termos do § 3º do art. 51.

§ 1º — Se o Presidente da República julgar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, dentro de quinze dias úteis, contados daquele em que o receber, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto. Se a sanção for negada, quando estiver finda a sessão legislativa, o Presidente da República publicará o veto.”

Como se constata da comparação dos artigos sobre o veto nas nossas Constituições, não são grandes as variações, mas algumas são importantes. Na de 1824, existia o veto total expresso ou tácito e sua rejeição só seria viável quando mantido o projeto em duas legislaturas sucessivas (art. 67).

Na Constituição de 1891, surge o veto parcial, com a Emenda de 1926, que a reformou. O processo de elaboração legislativa era bem semelhante ao atual, diferindo apenas quanto ao processo de revisão e ao veto.

A Constituição de 1934 pouco inovou. O processo do veto foi modificado, passando a ser votado pela maioria absoluta dos membros das Câmaras, em separado (art. 45, § 2º).

Na de 1937, o Governo poderia sustar o andamento de qualquer projeto, desde que comunicasse o seu propósito de apresentar outro que regulasse o mesmo assunto (art. 64, § 2º).

Já a Constituição de 1946 trouxe importante inovação, através da Emenda Constitucional nº 17, que restringiu o uso do veto parcial.

A Constituição de 1967, apenas substituindo "interesse nacional" por "interesse público", manteve a restrição ao veto parcial, que, no entanto, foi retirada pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969.

VIII — CONCLUSÃO

O Executivo é investido em importante função na elaboração das leis. Cabe-lhe o ato final, de sanção ou veto, como reação à concentração do Poder Legislativo na elaboração das leis, procurando-se um equilíbrio coordenado dos dois Poderes para a obtenção das melhores leis.

Esta faculdade, conferida ao Executivo, de poder vetar os projetos elaborados pelo Legislativo é um aspecto da separação dos poderes e, simultaneamente, uma demonstração de que o sistema funciona com harmonia e flexibilidade.

O Presidente da República não é somente o Chefe do Executivo, mas, como se conclui, um fator importante da política e da elaboração legislativa. É errado pensar-se no Executivo isolado e distinto do Legislativo, vez que os princípios constitucionais não aderem rigidamente à separação dos poderes. A Constituição, expressamente, concede poder ao Presidente em matéria legislativa, e esses poderes têm tendido a aumentar com o uso.

O Chefe do Executivo está associado ao Congresso, não somente sob o aspecto de iniciativa de certas leis, como também no próprio processo legislativo, ao sancioná-lo ou vetá-lo. Sua função presidencial, em conexão com a legislativa, atrai mais a atenção do público, nos países democráticos, que sua função administrativa: se o povo sentir falta de liderança no Congresso em matéria legislativa, espera que o Presidente cubra essa falha. O sucesso de seu governo depende em grande parte da habilidade com a qual ele procura ir ao encontro dos anseios populares, através desse controle e da fiscalização das leis.

O processo de elaboração legislativa não se exaure no Congresso. O Executivo, no regime presidencial, participa do processo legislativo através do veto.

É poder do Presidente, e também um dever, observar detalhadamente o trabalho legislativo, no momento de feitura das leis, para que estas atinjam seus fins dentro da sociedade.

Além de meio de controle, é o veto uma quase-ameaça, uma advertência ao Legislativo. Os que se ligam a projetos ilegítimos terão logo em mente o perigo de encontrar oposição a seus propósitos.

Períodos de tensão aguda entre o Presidente e o Congresso podem trazer severas críticas ao veto presidencial. Sobre o exercício deste poder, há os que severamente o condenam, principalmente aqueles dentro do Congresso Nacional, aos quais o veto vai contrariar. Uma opinião mais apressada poderia, até mesmo, levar à crença de que esta medida não é bem vista. Entretanto, a limitação do Poder Executivo, pela motivação do veto, tem conduzido ao reconhecimento de sua utilidade.

A eficácia do poder de veto não deve ser mensurada apenas pela frequência de seu exercício. A ameaça do veto, por si só, pode ser tão efetiva quanto o próprio poder de vetar.

A mais séria crítica que se faz atualmente, sobre o assunto, é ao veto parcial.

Ao ser instituído, pretendia-se fornecer um meio ao Presidente para aproveitar bons projetos, principalmente em matéria financeira, que, muitas das vezes, continham as "caudas orçamentárias". Mas, além dos abusos já expostos neste trabalho, tal poder pode ser extremamente perigoso, vez que aumenta o poder legislativo do Presidente, permitindo-lhe, inclusive, o uso discricionário do veto para favorecer seu partido político, ou para punir seus inimigos. O abuso do Legislativo, que se quis evitar pelo veto parcial, pode transformar-se em abuso do Executivo.

Inversamente, pode também o Legislativo abusar. O efeito do veto parcial pode aumentar, ao invés de diminuir, a irresponsabilidade legislativa. Simplesmente para agradar seus eleitores, podem os legisladores colocar trechos para favorecê-los, sabendo que o Executivo irá vetá-los, e transferindo-lhe, assim, o ônus de tê-lo feito, desagradando a uma parte do povo.

Sobre o absoluto inconveniente do veto a palavras ou expressões isoladas, já tivemos oportunidade de tecer considerações no item I deste trabalho.

Outro aspecto a ser considerado é que, para Presidentes que se defrontam com um Congresso oposicionista, o veto pode ser orientado em uma direção: legislar. Ao dizer não ao Congresso, tanto pode o Chefe de Estado estar reafirmando a pureza de seu ponto de vista político, como pode simplesmente estar declarando sua independência do Legislativo, impondo-lhe a sua vontade.

Por outro lado, o veto provoca o reexame da matéria pelo Poder Legislativo. Uma vez aposto o veto, exaure-se a competência do Executivo e ressalva-se a sua responsabilidade. Caberá agora ao Legislativo apreciar as razões do veto, aceitando-o ou não. Aqui também, a forma de apreciá-lo pode ser dirigida por interesses políticos dentro do Congresso. Se o Presidente, de maneira pública, ou mesmo privativamente, der a conhecer que está contra o projeto, da maneira como ele está sendo elaborado pelo Congresso, ele pode nunca ser aprovado; ou, por outro lado, poderá ser alterado para torná-lo conforme o ponto de vista do Presidente, como já notava JOÃO MANGABEIRA:

"A Câmara e o Senado rejeitam veto do Presidente da República só em circunstâncias especialíssimas. A regra é aceitarem. Rejeitar um veto, atualmente, exige coragem" (15).

(15) Discurso cit.

O veto deve ser usado adequadamente, com a finalidade apenas de aperfeiçoar o processo legislativo. Deve-se basear em considerável reflexão e prudência. O Presidente só terá em vista as aspirações e necessidades sociais do País. Não deve o veto ser instrumento de abuso do Executivo e sim um instrumento para evitar abusos do Legislativo, tornando-se o resultado da conjugação de esforços dos dois poderes, para dar ao povo o que ele espera de seus representantes no Congresso e de seu Presidente. Será mais a expressão de excesso de zelo, que de precipitação, tornando-se uma garantia eficaz de lisura das leis.

IX — BIBLIOGRAFIA

ALECRIM, Octacílio — *O Sistema do Veto nos Estados Unidos*. Instituto de Estudos Políticos, Rio de Janeiro, 1954.

BOMPARD, Raoul — *Le Veto du Président de la République et la Sanction Royale*. Arthur Rousseau Editeur, Paris, 1906.

BRITO, Luiz Navarro — *O Veto Legislativo*. Serviço de Documentação do Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1966.

CALMON, Pedro — *Curso de Direito Constitucional Brasileiro*. 3ª ed., Rio, Ed. Freitas Bastos, 1954.

CASASANTA, Mário — *O Poder de Veto*. Imprensa Oficial — Os Amigos do Livro, Belo Horizonte.

CAVALCANTI, Themistocles — *A Constituição Federal Comentada*. Vol. II, José Konfino Editor, Rio, 1948.

CORWIN, Edward S. — *The President: Office and Powers*. 4ª ed., New York University Press, 1962.

HAMILTON, A., MADISON, J., JAY, J. — *The Federalist*. Massachusetts, Harvard University Press, 1961.

——— Great Books of the Western World, vol. 43, pág. 219, Encyclopaedia Britannica, Inc.

JACQUES, Paulino — *Curso de Direito Constitucional*. Forense, 5ª ed., Rio, 1967.

LEAL, Aurelino — *Theoria e Prática da Constituição Federal Brasileira*. F. Brigueit e Cia., Rio, 1925.

MAIER, Maurice — *Le Veto Législatif du Chef de l'État*. Librairie de l'Université Georg et Cie S.A., Genève, 1948.

MARINHO, Josaphat — "Reforma do Congresso Nacional". *Revista de Informação Legislativa* — Senado Federal, nº 7, set. 1965, págs. 9 e 13.

MILTON, George Fort — *The Use of Presidential Power*. Little — Brown and Company, NY, 1944.

PONTES DE MIRANDA — *Comentários à Constituição de 1946*. Henrique Cahen Editor, 3ª ed., vol. II, 1960.

ROSSITER, Clinton — *The American Presidency*. Harcourt, Brace and World, Inc., New York, 1960.

RUSSOMANO, Rosah — *Dos Poderes Legislativo e Executivo*. Livraria Freitas Bastos, Rio, 1976.

O Ministério Público e seu posicionamento no Estado de Direito

EDYLCÉA TAVARES NOGUEIRA DE PAULA

Procuradora da República. Professora de
Direito Administrativo do CEUB. Pro-
fessora de Direito Financeiro e Tribu-
tário da AEUDF.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

CAPÍTULO I — Histórico

CAPÍTULO II — Atribuições

CAPÍTULO III — Princípios Institucionais

CAPÍTULO IV — O Ministério Público nos Estados democráticos

1 — Na França

2 — Em Portugal

3 — Na Itália

4 — Na Espanha

5 — Na Colômbia

6 — Na Venezuela

7 — Nos Estados Unidos

CAPÍTULO V — O Ministério Público no Brasil

CONCLUSÃO

BIBLIOGRAFIA

ANEXOS I e II

“Entre todos os cargos . . . , o mais difícil, segundo me parece, é o do Ministério Público. Este, como sustentáculo da acusação, devia ser tão parcial como um advogado, e como guarda inflexível da lei, devia ser tão imparcial como um juiz. Advogado sem paixão, juiz sem imparcialidade, tal o absurdo psicológico, no qual o Ministério Público, se não adquirir o sentido de equilíbrio, se arrisca — momento a momento — a perder, por amor da sinceridade, a generosa combatividade do defensor ou, por amor da polêmica, a objetividade sem paixão do magistrado.” (1)

(1) CALAMANDREI, Piero — *Eles, os Juizes, Vistos por Nós, os Advogados*, trad. de ARY DOS SANTOS da obra *Elogio del Giudici scritto da un Avvocato*, 3.ª Ed., Livraria Clássica Editora, Lisboa, 1960, pág. 59.

INTRODUÇÃO

É o Ministério Público instituição das mais importantes no Estado de Direito.

Originária do direito europeu, em que fomos buscar suas raízes, constitui-se, hoje, em elemento de relevo em todos os países em que se pratica a democracia.

Procuraremos, neste trabalho, fazer um estudo generalizado da instituição mostrando suas características básicas, os princípios que a norteiam, suas atribuições e posição atual.

Tratando-se de instituição provocadora de discussões e posições doutrinárias divergentes, tentaremos alinhar seus aspectos de maior interesse em alguns Estados onde é profundamente respeitada.

No Brasil, o Ministério Público vem sendo aviltado, ao longo dos anos, recebendo tratamento diferenciado nas diversas Constituições.

Nosso propósito, assim, é o de procurar colocar a instituição no seu devido lugar, trazendo para tanto sugestões a fim de que se lhe possa permitir o funcionamento efetivo, assegurando-lhe, portanto, garantias e deveres na Carta Maior.

Esperamos poder contribuir para a valorização do Ministério Público, e, conseqüentemente, a de seus membros, que merecem a atenção dos dirigentes do País, já que seu trabalho silencioso e cuidadoso visa à aplicação da lei e da justiça.

Por fim, estabeleceremos linhas mestras que poderão ser seguidas como orientação desses dirigentes, com o objetivo de ter um Ministério Público responsável, digno e livre de controles nefastos, para assegurar aos seus membros o mínimo relevante e necessário à sua boa atuação no Estado de Direito, com o objetivo de poder velar pela fiel observância dos princípios democráticos.

CAPÍTULO I

Histórico

Não será muito fácil situar a instituição do Ministério Público na História, já que as breves notícias encontradas nos compêndios contradizem-se, prejudicando, assim, a certeza da nossa conclusão.

Haverá antecedentes remotos e próximos.

Certos autores, ao se referirem aos primeiros, afirmam originar-se a figura de um funcionário grego denominado **tesmoteti** ou **desmodetas**, espécie de servidor judicial, religioso e militar, cuja atribuição principal era vigiar pela aplicação correta das leis, um magistrado encarregado de administrar a justiça.

Alguns assinalam encontrar o precedente em Roma nos **advocatus fisci** e nos **Procuratores Caesaris**, funcionários que tinham o dever de defender o Estado romano e o tesouro do **Caesar**, respectivamente.

Atribuíam-se-lhes, ainda, certas funções especiais, de certo modo judiciais, como intervir em alguns juízos ou dispor de jurisdição especial. Entretanto, todas elas eram ligadas à idéia do **fiscus**, não possuindo a atribuição de acusar os criminosos.

A fiscalização que exerciam sempre se fazia no interesse do Imperador.

Certo é que os autores modernos concordam em afirmar a não-existência do Ministério Público como hoje é conhecido, antes do século XIV.

Apontam, assim, na França o primeiro texto que se refere à instituição: a **Ordonnance** de Philippe le Bel, de 25 de março de 1303, impondo aos **procureurs du Roi** o juramento dos magistrados e a proibição de exercer outra função, senão a defesa dos interesses do Rei.

Verificam os cientistas que já existia a instituição e exercia seus mistérios antes de a legislação a ela se referir.

Manifesta-se a respeito RASSAT:

“Ces ordonnances ne le créent pas, elles l'adoptent et l'organisent. Philippe le Bel réglemente leurs fonctions en des termes qui portent à croire que l'institution existait déjà depuis assez longtemps” (2).

Na realidade, o exercício daquelas funções obrigava-os a fiscalizar a aplicação das penas, já que algumas, de ordem pecuniária, interessavam ao seu cliente — o Rei.

A medida que o Rei começa a não prestar justiça pessoalmente, necessitava de alguém que o representasse, transformando o **procureur** em acusador oficial, incumbido, portanto, de defender os interesses gerais da sociedade e do Estado.

Este o embrião do Ministério Público.

Sua estruturação se deu após a Revolução Francesa, em que, aperfeiçoado, além de acusador oficial, tornou-se um vigia da aplicação das leis pelos tribunais.

Mais ou menos, hoje, mantém-se a mesma configuração nos vários Estados que o adotaram.

CAPITULO II

Atribuições

Inúmeras são as atribuições do Ministério Público.

Para bem poder situá-las junto aos vários cargos existentes, melhor bem compreendê-los; em geral, há, nos vários Estados, os seguintes cargos: Procurador da República, no âmbito federal, e Promotores Públicos

(2) RASSAT, Michèle — Laure — *Le Ministère Public entre son Passé et son Avenir*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1967, págs. 13/14.

ou Promotores de Justiça, no âmbito local, se Estado dividido em várias repartições (administrativas, nos Estados unitários, e entidades de direito público, nos Estados federados).

Esta é a organização básica que sofre as variações específicas de acordo com as influências do direito nacional, recebendo designações diversas.

Em princípio, assim, resumem-se as suas atribuições:

Ao Procurador da República compete:

- fiscalizar a observância da Constituição Federal, das leis e dos tratados internacionais;
- promover a ação penal e a ação civil públicas, como defensor da sociedade;
- officiar junto aos juízes e tribunais;
- promover diligências e investigações junto às repartições públicas necessárias à apuração das infrações penais e ao esclarecimento de quaisquer fatos;
- nos Estados, em que acumula as funções de advogado e procurador, representa aquele nas ações cíveis, quando parte (autor ou réu).

Ao Promotor Público ou de Justiça cabe:

- officiar como fiscal da Constituição e das leis junto aos juízes;
- promover as ações penal e civil públicas, como defensor da sociedade;
- officiar nas ações em que houver interesse público ou de incapazes, tais como causas em que se litiga o estado das pessoas, o pátrio poder, a tutela, a curatela, a declaração de ausência, a nulidade ou a dissolução da sociedade conjugal etc.

CAPITULO III

Princípios Institucionais

Possui o Ministério Público caracteres especiais que o distinguem de qualquer outra instituição: a unidade, a indivisibilidade, a hierarquia e a independência.

Significa o principio da unidade que todos os membros do **parquet** formam um todo único, importando, conseqüentemente, na sua indivisibilidade, isto é, a personalidade de cada um dos seus membros é absorvida pela função; cada um deles age como se todos estivessem presentes em uma só ação; ambos permitem ao chefe da instituição se fazer representar nas ações junto a todos os juízes ou tribunais por um de seus subordinados.

Todos os membros do Ministério Público são unidos pela hierarquia, subordinando-se diretamente ao chefe do **parquet**, que os dirige, fiscaliza, pune, a eles delegando ou retirando poderes.

Esta subordinação, entretanto, não implica a falta de liberdade no exercício de sua função. O membro da instituição é livre ao manifestar seu entendimento e pode fazê-lo sempre sem que isto indique cometimento de insubordinação. Nem mesmo o Procurador-Geral pode obrigá-lo a mudar sua posição ou violar sua consciência.

De todos esses princípios, talvez este seja o mais importante para se dar uma efetiva atuação do Ministério Público, aliado ao seguinte: a independência, pelo que seus membros são totalmente independentes dos vários poderes políticos do Estado, e principalmente dos juizes ou tribunais, perante os quais exercem suas funções, não podendo estes censurar seus atos, impedir sua manifestação ou cassá-la, devendo a Constituição do Estado atribuir-lhe direitos, garantias e deveres necessários a que essa qualidade seja assegurada.

CAPITULO IV

O Ministério Público nos Estados democráticos

Neste capítulo procuraremos dar uma idéia geral da posição do **parquet** em alguns Estados, onde é importante e sério o tratamento que lhe dão na Constituição.

1 — Na França

Neste país, como vimos, é que encontramos a sua origem.

O primeiro texto constitucional que tratou da matéria foi o de 1791, nos arts. 25, 26 e 27, em que seus membros eram denominados de **comissários do rei** e tinham por função observar e fiscalizar a aplicação da lei, fazer executar os julgamentos, ser ouvidos sobre todas as acusações. De notar que já se dava ao **parquet** as importantíssimas funções de velar pela liberdade individual dos cidadãos, pela percepção dos tributos e pela fiel observância das leis pelos tribunais.

Também aí vamos verificar o reflexo da desconfiança que o Executivo tinha pelo Judiciário, quando, no último artigo citado, se dá a competência ao Ministro da Justiça para, por intermédio dos comissários do Rei, denunciar os juizes por abuso de poder ao Tribunal de Cassação.

Ainda de relevar que este capítulo constitucional dizia respeito ao Poder Judiciário, considerado, assim, o membro do Ministério Público como autêntico magistrado.

Na Constituição de 1793, não há referência à instituição, deixando entrever, entretanto, que não foram derogados os princípios gerais estabelecidos pela Carta anterior.

Em 1795, com a Constituição do 5º Fructidor, ano III (22 de agosto), mantendo, em princípio, as mesmas diretrizes, uma novidade aparece: a dicotomia entre os acusadores públicos e os comissários do Poder Executivo. Aqueles incumbia exercer suas funções junto aos tribunais menores, promover o envio das denúncias de crimes de que tivessem conhecimento às autoridades policiais em nome do Rei. Aos últimos, cabia fiscalizar a aplicação da lei.

Começou aqui, assim, a se delinear a figura do Promotor de Justiça que hoje conhecemos.

A partir de 1799 (25 de dezembro) o texto constitucional consagra a função de acusador público no Comissário de Governo (art. 63), terminando com aquela dicotomia, e valorizando a figura do promotor de justiça, dando-lhe os contornos que, até hoje, podemos encontrar na instituição.

Em 1802, aparece pela primeira vez, em um texto constitucional (outubro), o princípio da hierarquia, segundo o qual os comissários que funcionavam junto aos tribunais superiores fiscalizavam os que exerciam suas funções junto aos tribunais inferiores.

Quando da edição da Constituição de 28/Floreal/ano XII (18-5-1804), designaram-se os comissários do governo de **procuradores imperiais**, designação esta que permanece em inúmeros países (no Brasil, Procuradores da República).

As Constituições seguintes (a de 1814, o Ato Adicional de 1815 e a de 1830) não trazem maiores modificações à instituição.

Já frisamos estar o Ministério Público sempre tratado no capítulo referente ao Poder Judiciário.

Entretanto, agora, a Constituição de 1848 (4-11) vem de referir expressamente o termo **Magistrados do Ministério Público** e o direito de recusa, o que quis significar dois importantes marcos na evolução da instituição.

A partir de 1862, não mais se tratou do Ministério Público na Constituição, deixando para a lei ordinária a sua estruturação, o que ocorre até os dias atuais.

Não se deve estranhar esta posição, já que até o Poder Judiciário, salvo com respeito a sua garantia de inamovibilidade, também se regula pelas **ordonnances**.

Atualmente, em França, assim se organiza a instituição: **procureurs** são os membros da instituição que funcionam junto à primeira instância; perante as Cortes de apelação, são denominados **Avocats généraux**; junto à Corte de Cassação, existe um **parquet** (reunião de Magistrados do Ministério Público em uma mesma jurisdição).

Há na França, ainda, uma estrutura muito peculiar, já que é Estado unitário o que, particularmente, a nós não interessa referir.

Devemos relevar, entretanto, a supervisão do Ministério da Justiça, que implica, realmente, uma dupla hierarquia, pelo que dispõe a **Ordonnance** nº 58, em seu art. 5º:

“Les Magistrats au parquet sont placés sous la direction et le contrôle de leurs Chefs hiérarchiques et sous l'autorité du garde des sceaux, ministre de la justice.”

Também o Código Penal francês estabelece a possibilidade de o Ministro denunciar ao Procurador-Geral as infrações ao seu texto (art. 36). Entretanto, devemos frisar que essa subordinação não traz nenhuma obrigatoriedade ao membro do **parquet**, que só pode sofrer punições disciplinares.

Esta colocação é importante no sentido de que nos traz a notícia de que a independência da consciência do membro do Ministério Público não pode, de forma alguma, ser violada.

Ponto de interesse e curiosidade é o fato de que a magistratura **du siège** (juizes) se coloca no mesmo plano da magistratura **debout** ou **du parquet** (Ministério Público).

A todos os seus membros é dado o mesmo tratamento e as mesmas honras, não se lhes dando nenhum liame ou subordinação, para assegurar o princípio da independência, sem o qual a função fiscalizadora da instituição sofreria cortes.

Também outro fato é de ser relatado: as carreiras serão interpenetradas. Um membro **du parquet** pode chegar à Magistratura **d'assise**, e vice-versa.

A instituição se subordina a polícia judiciária, cabendo ao Promotor de Justiça (ou Procurador da República) dirigir e orientar as investigações necessárias ao esclarecimento das infrações penais.

2 — Em Portugal

Existia, desde 1289, neste país, a figura do procurador do Rei, que se equipararia ao que hoje identificaríamos como *advogado do fisco*.

A partir de 1385, vêm-se definindo as atribuições dos procuradores do Rei e dos procuradores de justiça da Casa de Suplicação.

Aparecerão em 1521, regulamentadas, as atribuições dos procuradores dos feitos, dos promotores de justiça da Casa de Suplicação e dos promotores de justiça da Casa Civil.

Aperfeiçoando-se a instituição no século XIX, a ela se incorporou o princípio da hierarquia, separando, ainda, as funções de magistrados administrativos (que requerem e ordenam) das dos magistrados que julgam.

Em lei de 12-11-1822, criou-se a Procuradoria-Geral da Coroa por mandamento do art. 190 da Constituição, cujo chefe seria o Procurador-

Geral da Coroa funcionando junto ao Supremo Tribunal de Justiça (Decretos n.ºs 15 e 19, de maio de 1832).

Nesta organização se vislumbra também a função de Consultor Jurídico do Governo.

Importa citar como marco o Decreto de 12-11-1869 que fundiu a Procuradoria-Geral da Coroa e a Procuradoria-Geral da Fazenda, trazendo inúmeros problemas, em razão da acumulação dessas funções conflitantes.

Sua organização, hoje, basicamente, é a mesma e encontra seus baluartes na Constituição, sem que, no entanto, se lhe reserve um capítulo especial.

O art. 224, em Título "Dos Tribunais", determina que o Estado será representado pelo Ministério Público, que também exerce a ação penal, defende a legalidade democrática e os interesses que a lei determinar, concedendo, ainda, a seus membros, no dispositivo seguinte, como no direito francês, o tratamento de magistrados.

Vedado é às mulheres o exercício de funções da magistratura (Ministério Público e Judicial).

Na lei orgânica, encontramos, entre outras, a proibição de advogar.

Gozam os membros do **parquet**, do mesmo modo que no direito francês, da garantia da inamovibilidade.

Sofre, ainda, a instituição a ingerência de estranhos, em algumas hipóteses:

- a) quando da nomeação pelo Ministro da Justiça dos quinze ajudantes do Procurador-Geral;
- b) quando da nomeação pelo Procurador-Geral da República de advogados para coadjuvar ou substituir o Delegado (Promotor de Justiça) ou um de seus ajudantes acima referidos;
- c) quando da agregação à Procuradoria, a título eventual ou permanente, de técnicos para elaborar projetos legislativos.

Pelo Decreto-Lei nº 35.042, de 20-10-1945, foi criada a Polícia Judiciária, órgão auxiliar do Ministério Público, dirigida por um dos ajudantes do Procurador-Geral.

Este é nomeado e exonerado pelo Presidente da República por decreto e por proposta do Governo.

3 — Na Itália

Estruturado e desenvolvido nos moldes da instituição francesa, vemos, em 1865, na sua organização judiciária, art. 129, que cabia ao Ministério Público representar o Poder Executivo junto à autoridade judiciária, dirigido pelo Ministro da Justiça.

Permaneceu o **parquet** sob essa direção até 1946, quando o Ordinarmento nº 511, de 31 de maio, determinou, em seu art. 39, àquele Ministro a vigilância, apenas, da instituição.

Também, nesse país, o Ministério Público é tratado como Magistratura constitucionalmente, fixando a Lei Maior a sua independência no art. 108 e estendendo-lhe o gozo das garantias estabelecidas para o Judiciário (art. 107).

De elogiar o direito italiano, que separou a Magistratura **requirenti** (Ministério Público) da representação do Estado, para o que instituiu um corpo especial de advogados — a **avvocatura dello Stato** — pela Lei nº 100, de 31-1-1926.

Entretanto, devemos estranhar uma anomalia existente no Código Penal, art. 31: quem exerce as funções do Ministério Público junto à **pretura** (órgão com competência para julgar crimes, para os quais a lei fixe pena detentiva não superior a três anos ou pena pecuniária, isolada ou cumulada àquela) é o próprio Juiz (Pretor).

Cabe, ainda, ao **parquet** a direção da polícia judiciária, da mesma forma como ocorre no direito francês e no português.

4 — Na Espanha

Neste país, denomina-se a instituição Ministério Fiscal, e seus membros, Fiscais, reminiscências dos **actores fiscis**, encarregados de defender o patrimônio do Rei, o equivalente espanhol dos **Procuratores fiscis** romanos da Idade Média.

Continuou a instituição a defender o fisco e as prerrogativas da Coroa perante os tribunais até 1870, quando a **Ley Orgánica del Poder Judicial**, de 15-11, introduziu a sua função, hoje e sempre primordial, de **velar por la observancia de la Ley**, e tornou-a carreira judicial.

Em 1886, estabeleceu-se a dicotomia entre fiscal da lei e defensor do fisco, pela criação do corpo de advogados do Estado, encarregado desta última função, pelo Real Decreto de 10-3.

Em 1921, o Estatuto do Ministério Fiscal, de 21-6, e seu Regulamento separaram-no da carreira judicial, situação que permanece até hoje (Regulamento nº 437, de 27-2-1969).

Entretanto, seu tratamento constitucional é no Capítulo "Do Poder Judicial" (art. 124).

Como órgão auxiliar, a polícia judiciária subordina-se ao Ministério Fiscal, como também aos juizes e tribunais.

Existe, na Espanha, um processo de formação do membro da instituição digno de relevo: a passagem pela Escola Judicial. Os interessados prestam concurso através de provas escritas e orais (técnicas e de idiomas), todas eliminatórias. Se aprovados, ingressam como alunos e estu-

dam durante três semestres, após manifestarem sua preferência pela carreira do Ministério Público ou da Magistratura Judicial.

O cargo inicial da carreira é o de **Abogado Fiscal** equivalente ao Promotor de Justiça (âmbito local) ou Procurador da República (âmbito federal) no Brasil.

Não podem exercer as funções do Ministério Fiscal as mulheres.

É o Ministério Público espanhol imediatamente dependente do Ministério de Justiça.

De se ressaltar, também, a existência dos Tribunais de Honra, com competência para conhecer e sancionar atos desonrosos, não puníveis pelas leis penais, praticados pelos membros da instituição.

O **Fiscal General** é nomeado e exonerado pelo Rei, por proposta do Governo, ouvido o Conselho-Geral do Poder Judicial, como determina o item 4 do art. 124.

5 — Na Colômbia

Aqui, o Ministério Público é, também, tratado na Constituição, de par com a **Contratoria-General de la República**.

A esta cabe a gestão fiscal e do orçamento do Poder Executivo. Aquele compete a supervigilância de todas as atividades, de todos os funcionários, da ordem nacional, departamental e municipal e a defesa da Constituição e da lei.

Pertence, como nos Estados anteriormente citados, ao Poder Judiciário.

O chefe do **parquet** é o **Procurador-General de la Nación**, que nomeia livremente os Procuradores Delegados (em número de dez). Existem, ainda, na carreira os fiscais do órgão jurisdicional, e, em âmbito seccional, os procuradores de distrito judicial e os **jefes de oficinas seccionales**.

É nomeado livremente pelo Presidente da República o Procurador-Geral.

6 — Na Venezuela

O Ministério Público venezuelano é tratado constitucionalmente no Título "Do Poder Judiciário" (arts. 218 e ss.), e é chefiado pelo Fiscal-Geral da República, eleito pelas Câmaras da Corte Suprema de Justiça em sessão conjunta nos trinta primeiros dias de cada período constitucional.

Suas atribuições principais são: velar pelo respeito à Constituição, às leis, aos direitos e garantias individuais, pela administração da justiça, e exercer as ações penais e civis públicas em defesa da sociedade.

Vincula-se administrativamente ao Congresso Nacional, a quem presta contas de sua atuação, através do Fiscal-Geral.

É separado, assim, da Procuradoria-Geral da República (arts. 200 e ss.), que representa o Estado, acumulando as funções de Consultoria Jurídica.

7 — Nos Estados Unidos

Nos Estados de origem anglo-saxônica, o Ministério Público não tem a estrutura que possui nos oriundos dos latinos, e que conhecemos até agora.

A tendência é a adoção da figura sueca do ombudsman, para fiscalizar os atos das autoridades e a aplicação da lei, deixando aos Promotores, apenas, a propositura da ação penal pública.

Nesse passo, temos que existe, nos Estados Unidos, um Procurador-Geral da Justiça Federal (General Attorney at Law) a nível nacional, nomeado livremente pelo Presidente da República, assim como os Promotores Federais que lhe são subordinados.

Em quase todos os Estados-Membros, os Promotores e os Procuradores-Gerais são eleitos; em nove, são nomeados com mandato por um período determinado.

A vinculação, portanto, da instituição se dá ao Poder Executivo.

Junto à polícia, onde se instauram os inquéritos criminais, funcionam os Promotores de Justiça, sem que se lhes subordine, como vimos nos Estados anteriormente citados.

Curiosa e digna de nota é a prática americana da barganha — **plea bargaining**. Cita o Promotor Público em São Paulo, RENATO GUIMARÃES JÚNIOR, em artigo:

“(...) é a prática genuinamente americana de o Promotor negociar a não-contestabilidade da defesa. Tem lugar após o encerramento do inquérito e antes da eventual denúncia. Após o recebimento desta, a iniciativa para a negociação geralmente é do réu. Em qualquer caso, é efetuada através de contatos informais com o advogado de defesa estando o réu presente. O Promotor exhibe as provas que tem a articular e convida o indiciado a considerar, **querendo** a confissão de uma infração menos grave, subsidiária, ou aceitação parcial da denúncia... Executado o acordo, é sumariamente exposta a acusação acordada, que o réu aceita. O juiz examina as condições da validade dessa confissão e, não encontrando vícios, decreta a pena com fundamento no acordo, **não nas provas**” (grifos nossos) (3).

Entretanto, este fato por si só não interfere na atuação dos membros do **parquet**, que recebem o mesmo tratamento reservado aos juizes junto aos quais trabalham.

(3) GUIMARÃES JÚNIOR, Renato — “Magistratura e Ministério Público nos Estados Unidos segundo seus líderes e um olhar no futuro”, *Justitia*, ano XXXIX, vol. 98, São Paulo, 3.º Trimestre de 1977, págs. 128/129.

Tivemos por objetivo dar breves notícias sobre o Ministério Público nestes três últimos Estados.

Não podíamos deixar de referir alguns países da América do Sul nem os Estados Unidos.

A sua organização neste, entretanto, não é relevante para o estudo da nossa instituição, já que dela difere desde as origens.

Estas as razões por que fomos sucintos.

CAPÍTULO VI

O Ministério Público no Brasil

Ao abordarmos o Histórico da instituição, vimos que nasceu na Idade Média, na França, na figura do **Procureur du Roi**.

Este marco é de muita importância para o direito brasileiro porque é nele que vamos buscar, no período dos Governos-Gerais, a sua organização.

Após o descobrimento do Brasil, ninguém se preocupou em uniformizar a administração pública, mas em ocupar e em colonizar o território brasileiro.

Somente em 1609, em diploma legal de 9 de janeiro, em que se regulamentou o Tribunal de Relação da Bahia, vamos encontrar o Promotor de Justiça, como componente desse tribunal.

No Brasil Império, a instituição era tratada no Código de Processo Criminal, que lhe reservava uma seção inteira, não havendo sobre ela nenhuma referência constitucional.

Os Promotores eram escolhidos dentre as pessoas que preenchessem os requisitos, para serem jurados, em lista tríplice proposta pelas Câmaras Municipais, e nomeados pelo Governo da Corte ou pelos Presidentes das Províncias por um período de três anos.

Pelo art. 217 do Regulamento nº 120, de 31-1-1842, passaram os Promotores Públicos a servir enquanto conviesse "a sua conservação no serviço público, sendo, no caso contrário, indistintamente demitidos pelo imperador, ou pelos presidentes das províncias nas mesmas províncias".

No Aviso de 31-10-1859, encontramos uma proibição: a de advogar no cível nas causas que pudessem vir a ser objeto de processo criminal.

Em 1871, o Decreto nº 4.824, de 22-11, criou o cargo de Adjunto de Promotor, que substituiria este "em suas faltas ou impedimentos" (art. 1º).

Até então, não se usara da expressão Ministério Público, que aparece, pela primeira vez, em 1874, no Decreto nº 5.618, de 2-5, e não se dava aos Promotores nenhuma garantia. Eram exonerados, **ad nutum**, e nomeados livremente pelo Poder Executivo, que os considerava simples prepostos.

Proclamada a República, assume a pasta da Justiça do Governo Provisório o insigne estadista MANUEL FERRAZ DE CAMPOS SALES.

Côncio da importância da instituição, assinala na Exposição de Motivos que justifica a edição do Decreto nº 848, de 11-10-1890:

“O Ministério Público, instituição necessária em toda organização democrática, e imposta pelas boas normas da justiça, está representado nas duas esferas da justiça federal. Depois do Procurador-Geral da Justiça, vêm os procuradores seccionais, isto é, um em cada Estado. Compete-lhes, em geral, velar pela execução das leis, decretos e regulamentos que devam ser aplicados pela Justiça Federal e promover a ação pública onde ela convier. A sua independência foi devidamente resguardada.”

A seguir, em 14-11, promulgado o Decreto nº 1.030, vemos nitidamente relevadas as funções de advogado da lei, de fiscal de sua execução, de procurador dos interesses gerais do Distrito Federal e de promovente da ação pública contra todas as violações do direito (art. 162).

Na Constituição republicana de 1891, aparece apenas uma pequena alusão ao Procurador-Geral da República, que seria designado pelo Presidente da República, dentre os membros do Supremo Tribunal Federal (§ 2º do art. 57), remetendo o mesmo artigo da Seção que tratava do Poder Judiciário para a lei ordinária a definição de suas atribuições.

Em 1934, é colocado no Capítulo “Dos Órgãos de Cooperação nas Atividades Governamentais”, onde se lhe dá um tratamento digno: foi instituído o concurso público para ingresso na carreira; assegurada a garantia de perda do cargo de seus membros somente em razão de sentença judiciária ou após processo administrativo em que tenham podido amplamente oferecer defesa, proibido o exercício de qualquer outra função, exceto o magistério. Foram, ainda, estabelecidas as condições para o exercício da Chefia do Ministério Público: no âmbito federal, o Procurador-Geral era nomeado pelo Presidente da República, após a aprovação de seu nome pelo Senado Federal, depois de escolhido dentre os cidadãos que preenchessem os mesmos requisitos para serem Ministros da Corte Suprema, a quem se equiparava para todos os efeitos; sua exoneração, entretanto, prescindia de outra consulta ao Senado, já que o Presidente da República podia dispensá-lo **ad nutum**.

A este também cabia nomear e exonerar livremente o Chefe do **parquet** do Distrito Federal e dos Territórios, que era escolhido dentre juristas de notável saber e reputação ilibada, eleitores maiores de 30 anos, que eram equiparados aos desembargadores.

A Constituição de 1937 incluiu-o no Capítulo “Do Poder Judiciário”, referindo apenas sobre a chefia que seria exercida pelo Procurador-Geral, agora nomeado e exonerado livremente pelo Presidente da República, mantendo a exigência do preenchimento dos mesmos requisitos antes citados.

Na Constituição de 1946, aparece tratado em Título próprio, o de nº III, que remeteu a organização do Ministério Público da União à lei.

Manteve a exoneração **ad nutum** do Procurador-Geral, mas trouxe novamente a exigência de aprovação do seu nome pelo Senado Federal. A garantia da perda do cargo foi restaurada nos moldes da existente na Constituição de 1934 e introduzida a inamovibilidade. Restaurou-se também o ingresso na carreira mediante concurso público, requisito esse estendido aos Ministérios Públicos estaduais.

Pela primeira vez, surge na Constituição o acúmulo das funções do **parquet** com as de Advogado do Estado, influência esta do direito português, com grande prejuízo para a instituição.

Em 1967, volta a instituição a ser tratada no Capítulo "Do Poder Judiciário", mantendo as linhas gerais da Constituição anterior, exigindo para a escolha do Procurador-Geral, a nacionalidade brasileira nata.

Relevante frisar que esta Constituição, promulgada em meio a clima político conturbado, teve a sensibilidade necessária para elevar o Ministério Público à sua devida importância, estendendo-lhe as garantias dos juizes (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos) e a limitação na percepção de vencimentos de uma para outra entrância ou categoria da carreira, no parágrafo único do art. 139.

Em 1969, com a edição da Emenda Constitucional nº 1, a instituição torna a fazer parte do Capítulo "Do Poder Executivo", e a nomeação do Procurador-Geral passa a depender da livre escolha do Presidente da República, mantida a exigência da nacionalidade brasileira nata.

Retirou-se a parte inicial do § 2º do art. 138, da Constituição de 1967, correspondente ao atual art. 95, que rezava: "A União será representada em juízo pelos Procuradores da República, podendo a lei cometer esse encargo, nas comarcas do interior, ao Ministério Público local", permanecendo, apenas o final do dispositivo.

No mais conservou a estrutura anterior, excluídas, lamentavelmente, as garantias dos juizes que lhe haviam sido concedidas.

Outra Emenda Constitucional, a de nº 7, de 1977, conferiu à lei complementar os poderes para o estabelecimento de normas gerais que devam ser adotadas na organização do Ministério Público dos Estados-Membros. (*)

Estas, em essência, as colocações constitucionais que desejávamos fazer para melhor poder analisar a instituição e sugerir as modificações necessárias ao seu bom funcionamento.

Sendo o Brasil um Estado Federado, existem, por isso mesmo, vários Ministérios Públicos:

- a) a nível federal o Ministério Público da União, vinculado ao Ministério da Justiça, que se subdivide em:
 - Ministério Público Federal, atuando junto à Justiça Federal;
 - Ministério Público Militar, atuando junto à Justiça Militar;

N.R. — Vide Lei Complementar n.º 40, de 14-12-81, que "estabelece normas gerais a serem adotadas na Organização do Ministério Público estadual" (DO de 15-12-81).

- Ministério Público do Trabalho, atuando junto à Justiça do Trabalho;
- Ministério Público Eleitoral, atuando junto à Justiça Eleitoral;
- b) a nível local, o Ministério Público Estadual;
- c) diretamente vinculado ao Ministério da Justiça, o Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios.

No âmbito federal, ainda de ressaltar que o Ministério Público Federal acumula as funções de fiscal da lei com as de representação do Estado, herança esdrúxula dos portugueses, provocadora de verdadeiro tumulto na atuação de seus membros, que, na mor das vezes, confundem a representação do Estado com a advocacia do Poder Executivo, permitindo o cometimento de muitas irregularidades pelas autoridades da Administração.

No âmbito dos Estados federados, a dicotomia já se instalou na sua grande maioria, cabendo ao **parquet** as suas próprias atribuições, e às Procuradorias dos Estados, a representação fiscal e patrimonial.

De referir as opiniões que exigem a colocação da instituição como quarto poder do Estado⁽⁴⁾.

Somos contrários a elas, porque entendemos que MONTESQUIEU, quando desenvolveu, em seu **De l'Esprit des Lois**, a teoria da separação dos poderes do Estado, estabelecendo o controle do poder pelo poder (**le pouvoir arrête le pouvoir**), quis exatamente dizer que as funções executiva, legislativa e judiciária controlar-se-iam mutuamente e para isso indicou os caminhos a serem seguidos. Além disso, quem controlaria os abusos cometidos pelo Poder Controlador?

A instituição já existente foi, assim, aperfeiçoada e introduzida, erroneamente a nosso ver, no Poder Judiciário, em razão da desconfiança que os franceses a ele votavam.

Suas funções são típicas do Estado-Administração e não do Estado-Juiz, daí por que sua colocação correta seria no Poder Executivo, porém, dotado de garantias, deveres, direitos, erigidos seus princípios informadores a nível constitucional e tornada a escolha do Procurador-Geral um ato da própria instituição que o elegeria dentre seus membros mais capazes, por um período determinado.

A exclusão da vigilância do Ministério da Justiça também é medida que se faz necessária, para reafirmar a autonomia do **parquet**, devendo ser estruturado como órgão diretamente ligado à Chefia do Poder Executivo, sem que se lhe subordine.

Não se pode, também, importar, simplesmente, do direito estrangeiro a subordinação da polícia judiciária ao Ministério Público, por isso que nossa organização nesse passo é totalmente diferente e exigiria dos estadistas e dos nacionais um esforço enorme para efetivar a modificação.

(4) VALLADÃO, Alfredo — O Ministério Público, Quarto Poder do Estado e Outros Estudos Jurídicos, Livraria Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1973, pág. 33.

CONCLUSÃO

O posicionamento da instituição no Estado de Direito deve ser, assim, o de um órgão vinculado ao Poder Executivo, com organização suficiente para fazer valer a Constituição, as leis, os direitos e garantias individuais, sempre vigilando pela boa administração da justiça, junto ao Poder Judiciário.

Sua autonomia, independência, indivisibilidade e unidade deverão estar presentes nas Constituições democráticas, porque são estes princípios os garantidores do exercício de suas funções.

Todas as garantias conferidas à magistratura **d'assise** (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos) devem também lhe ser estendidas, porque considerados seus membros pertencentes à Magistratura **debout**, merecem o mesmo tratamento constitucional.

A eles também se devem estender, constitucionalmente, todos os deveres dos juízes, principalmente a proibição de exercer outra função, salvo a de magistério.

Só então, dessa forma estruturado, poderá atingir suas finalidades sociais e políticas de órgão de defesa da sociedade, contra todo e qualquer exercício ilegal de direitos, fazendo respeitados os caracteres do Estado de Direito: o império da lei, como expressão da vontade geral; a divisão de poderes; a legalidade da administração que deve atuar segundo a lei e se submeter ao controle judicial; os direitos e liberdades fundamentais do homem.

Diante de nossa colocação, que pode servir como justificativa à nossa proposta, modificações fundamentais deverão ser introduzidas na Seção VII — “Do Ministério Público”, do Capítulo VII — “Do Poder Executivo”, da Constituição Federal, de 1967, com a redação dada pelas Emendas Constitucionais subseqüentes.

Numa primeira etapa, devem os legisladores corrigir as distorções fundamentais existentes, para o que juntamos as sugestões que idealizamos em dois Anexos (I e II).

Numa segunda, a representação da União deverá ser conferida a um corpo de advogados, deixando apenas à instituição suas próprias atribuições já por demais numerosas e relevantes.

O Anexo II refere-se à aposentadoria dos membros da magistratura, cuja colocação na seção reservada aos juízes é feita impropriamente, porque atenta contra o princípio da igualdade perante a lei.

Senão vejamos: a aposentadoria facultativa dos funcionários públicos (geral, portanto) é estabelecida com vencimentos integrais para o homem aos trinta e cinco anos de serviço, e, para as mulheres, aos trinta anos.

Em relação aos juízes, homens, é reduzida para trinta anos, sendo a Constituição omissa a respeito das mulheres juízas.

Necessário, então, se faz modificar o § 2º do art. 113, para atender ao princípio da isonomia, consagrado no § 1º do art. 153, cujo entendimento filosófico se resume em tratar desigualmente os desiguais.

Instaurada a desigualdade no geral, pela própria Constituição Federal na alínea **a**, **in fine**, do inciso I do art. 102, impõe-se, por coerência filosófica e técnica, mantê-la no particular.

Assim, sugerimos a mudança do § 2º do inciso III do art. 113, pela redação constante do Anexo II.

BIBLIOGRAFIA

- (1) ALLORIO — **Pubblico Ministero**. Tomo I, Milano, 1957. [s. ed].
- (2) AYA GOÑI, Eduardo e outros — "El Ministerio Fiscal", in **Rev. de Derecho Judicial**, ano II, nº 8, Madrid, out/dez/1961.
- (3) BARTOLOTTO — **Il Pubblico Ministero**, Torino, 1906. [s. ed].
- (4) BATLAGLINI, Mário — "Appunti sulla Natura e sulle Funzioni del Pubblico Ministero nel Processo Civile", in **La Giustizia Penale**, ano LVII/VIII, da 6ª série, Tomo III, Roma, dez/1952.
- (5) CAETANO, Marcelo — **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. Lisboa, 1955, [s. ed].
- (6) CALAMANDREI, Piero — **Istituzioni di Diritto Processuale Civile**. Padova, 1948 [s. ed].
——— — **Eles, os Juízes, Vistos por Nós, os Advogados**, trad. de ARY DOS SANTOS da obra **Elogio del Giudici Scritto da un Avvocato**, 3ª Ed., Livraria Clássica Editora, Lisboa, 1960.
- (7) CAMPOS, Benedicto de — **O Ministério Público e o Novo Código de Processo Civil**. Editora Rev. dos Tribunais, São Paulo, 1976.
- (8) CARNELUTTI — "Mettere il Pubblico Ministero al suo Posto", Tomo I, 1953; "Principi del processo Penale; Istituzioni", 1941; "Prove Civil e Prove Penali", Tomo I, 1925. Todos in **Riv. Dir. Proc. Civile**. Roma.
- (9) CRISTOFOLINI — "Sulla Posizione e sul Potere del Pubblico Ministero nel Processo Civile" in **Riv. Dir. Proc. Civile**, Tomo II, Roma, 1930.
- (10) DE MIGUEL GARCILOPEZ — "El Fiscal en el Proceso Penal", in **Actas del I Congreso Nacional de Derecho Procesal**, Madrid, 1950.
- (11) ESTELLITA, Guilherme — **O Ministério Público e o Processo Civil**. Livraria Freitas Bastos S.A., Rio de Janeiro, 1956.
- (12) FERREIRA, Sérgio de André — "Princípios Institucionais do Ministério Público", in **Rev. do Instituto dos Advogados Brasileiros**, ano VII, Rio de Janeiro, 1973.
- (13) GARCIA VELASCO — "Independencia y Autonomia del Ministerio Fiscal", in **Rev. Derecho Procesal**, Tomo III, Madrid, 1967.
- (14) GOMES ORBANEJA — "La irrecusabilidad del Ministerio Fiscal", in **Rev. Derecho Procesal**, Madrid, 1949.
- (15) GOYET, Francisque — **Le Ministère Public en Matière Civile et en Matière Repressive et l'Exercice de l'Action Publique**, Librairie du Recueil Sirey, (Edição Rev. por MARCEL ROUSSELET e MAURICE PATIN), Paris, 1953.
- (16) GRANATA, L. "Posizione Costituzionale del Pubblico Ministero", in **Archivio Penale**, Roma, 1947.

- (17) GUILLEN, V. F. — "Las Leyes Orgánicas y el Ministerio Fiscal", in **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Tomo 21, Fascículo III, Madrid, 1968.
- (18) GUIMARÃES, Júnior, Renato — "Magistratura e Ministério Público nos Estados Unidos segundo seus líderes e um olhar no futuro", in **Justitia**, ano XXXIX, vol. 98, São Paulo, 3º trim./1977.
- (19) GUTIERREZ, A. — "Algunas Ideas Sobre el Origen del Ministerio Fiscal en España", in **Rev. de Derecho Procesal**, Madrid, 1952.
- (20) HAMILTON, Sérgio Demoro — "A presença do Ministério Público na Ação Penal Privada", in **Rev. de Direito da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**, ano III, nº 6, Rio de Janeiro, julho/dezembro/1977; e in **Justitia**, ano XL, vol. 101, São Paulo, 2º trim./1978.
- (21) J. TAVARES BASTOS — **As Atribuições do Promotor Público na República**. Livraria Gamier, Rio de Janeiro, 1904.
- (22) LEOPOLDO BRAGA — "O Ministério Público e os Recursos de Ofício criados pela Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951", in **Rev. de Direito do Ministério Público do Estado da Guanabara**, ano IV, nº 11, Rio de Janeiro, maio/agosto/1970.
- (23) LIMA, Carlos Octávio da Veiga — "A Posição do Ministério Público em face do Novo Código de Processo Civil", in **Rev. de Direito do Ministério Público do Estado da Guanabara**, ano VIII, nº 20, Rio de Janeiro, julho/dez./1974.
- (24) LOPES, José Fernando da Silva — **O Ministério Público e o Processo Civil; as posições fundamentais do MP no Novo Código de Processo Civil Brasileiro**. Saralva, São Paulo, 1976.
- (25) MANSO-PRETO, José Alfredo Soares — **Pareceres do Ministério Público (Trabalhos Forenses)**. Ed. Almedina, Coimbra, 1964.
- (26) MARINHO, Armando de Oliveira e BARROS, Celso Fernando de — **A Atuação do Ministério Público como Órgão Fiscalizador das Fundações**, tese apresentada no IV Congresso Fluminense do Ministério Público, 1972.
- (27) MÁRIO DIAS — **Ministério Público Brasileiro (Instituições, Atribuições, Processo)**. 2ª ed., Konfino, Rio de Janeiro, 1955.
- (28) MARQUES, José Frederico — **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. 1, 2ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1962.
- (29) MARTIN-GRANIZO, Mariano Fernandes — "El Ministerio Fiscal en España", in **Documentación Jurídica**, nº 10, Madrid, abril/junho/1976, e nº 11, Madrid, julho/setembro/1976.
- (30) MASSABIAU, M. — **Manuel du Ministère Public près les Cours d'Appel (Les Cours d'Assises et les Tribunaux Civils, Correctionnels et de Police)**, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Editores Marchal et Billard, Paris, 1946.
- (31) OLIVEIRA, Jacyr Villar de — "O Ministério Público e o Interesse Público no Processo Civil", in **Rev. de Direito da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**, ano I, nº 1, Rio de Janeiro, março/julho/1975.
- — "O Ministério Público na Relação Processual", *Idem*, ano I, nº 2, Rio de Janeiro, agosto/dezembro/1975.
- (32) PRIETRO CASTRO, L. — "Construcción Dogmática del Ministerio Fiscal en el Orden Civil", in **Trabajos y Orientaciones de Derecho Procesal**, Madrid, 1964.
- (33) RASSAT, Michéle-Laure. — **Le Ministère Public entre son Passé et son Avenir**. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1967.
- (34) REDL, A. — "Reglamentación de las Funciones de la Actuación del Ministerio Fiscal", in **Boletín Informativo del Instituto de Derecho Procesal**, nº 4, Madrid, 1954.
- (35) REIS, José Alberto dos — **Código de Processo Civil de Portugal Anotado**. 2ª edição, Lisboa, 1967.
- (36) RIBEIRO, Fávila — **O Ministério Público na Defesa da Ordem Constitucional**, Conferência pronunciada no I Encontro Regional de Procuradores da República — Norte/Nordeste — Teresina, 1976.

- (37) ROCHA, Clovis Paula da — "Perspectivas do Ministério Público", in **Rev. de Direito do Ministério Público do Estado da Guanabara**, ano VI, nº 16, Rio de Janeiro, julho/dez., 1972.
- — "O Ministério Público como Órgão Agente e como Órgão Interventente no Processo Civil", *idem*, ano VII, nº 17, Rio de Janeiro, jan./abril, 1973.
- (38) ROLLAND, M. — "Le Ministère Public en Droit Français", in **Jurisprudence Civile et Penale**, Tomo I, Paris, 1956.
- (39) SABATINI, Giuseppe — **Il Pubblico Ministero nel Diritto Processuale Penale**. Casa Editrice Dott Eugenio Jovene, Napoli, 1943.
- (40) SIQUEIRA, Geraldo Batista de — "Ministério Público: Opiniões delicti, Consequência vinculatória", in **Justitia**, ano XL, vol. 103, São Paulo, 4º Trim., 1978.
- (41) TEJEDOR, H. — "Perspectivas del Ministerio Fiscal según los Principios que Informan el Ordenamiento Jurídico Español", in **Rev. General de Legislación y Jurisprudencia**, Tomo 222, Madrid, 1967.
- (42) TOURINHO, Fernando da Costa — "A Intervenção do Ministério Público no Processo Civil é sempre obrigatória?", in **Rev. de Direito da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**, ano II, nº 4, Rio de Janeiro, julho/dezembro 1976.
- (43) VADILLO, E.R. — "Consideraciones sobre la naturaleza del Ministerio Fiscal", in **Rev. de Derecho Judicial**, nº 2, Madrid, 1966.
- (44) VALLADÃO, Alfredo — **O Ministério Público, Quarto Poder do Estado, e outros Estudos Jurídicos**. Livraria Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1973.
- (45) VELLANI, Mario. **Il Pubblico Ministero nel Processo Nicola Zanichelli**. Bologna, 1965.
- (46) REVISTA ARQUIVOS DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, nº 123, de setembro de 1972, número especial sobre o IV Congresso Interamericano do Ministério Público, realizado em Brasília, de 22 a 25 de maio de 1972:
- a) LINS, Waldemir de Oliveira (Promotor Público da Comarca de São Paulo, Capital) — **Da Fundação do Ministério Público na repressão ao crime: atribuições, poderes e meios de atuação**.
- b) MARQUARDT, Eduardo H. (Procurador-General de la Nación Argentina) — **Posição Institucional do Ministério Público e sua Organização nos Estados Americanos**.
- c) PINZON, Jesus Bernal (Procurador-General de la Nación Colombia) — **Posição Institucional do Ministério Público e sua Organização nos Estados Americanos**.
- (47) LEGISLAÇÕES:
- a) Anteprojeto da Lei Orgânica do Ministério Público dos Estados-membros, no Brasil;
- b) Anteprojeto da Lei Orgânica do Ministério Público da União;
- c) Constituição de la República de Venezuela, Editorial La Torre, Caracas, 1973;
- d) Constitución Española — Hauser Y Menet S.A., Madrid, 1978;
- e) Constituição da França — Serviço de Imprensa da Embaixada da França no Brasil, Brasília, 1978;
- f) Constituição da República Federativa do Brasil — Centro de Documentação e Informação da Câmara dos Deputados, Brasília, 1979;
- g) Constituição da República Portuguesa — Imprensa Nacional — Casa da Moeda, Lisboa, 1976;
- h) Constituição do Japão — Departamento de Informação Pública do Ministério dos Negócios Estrangeiros, Tóquio, 1979;

- l) Constituição dos Estados Unidos da América — Serviço de Divulgação e Relações Culturais da Embaixada dos EUA, Brasília, 1976;
- j) Constituições Brasileiras — Sugestões Literárias S/A, São Paulo, 1978;
- k) Decreto nº 848, de 11-10-1890;
- m) Lei Fundamental da República Federal da Alemanha — Departamento de Imprensa e Informação do Governo da RFA, Wiesbaden, 1976;
- n) Lei Orgânica do Ministério Público da União — Lei nº 1.341, de 30-1-51;
- o) Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de São Paulo — Decreto-Lei Complementar nº 12, de 9-3-1970;
- p) Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro — Lei nº 6.974, de 20-10-1972;
- q) Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul — Lei nº 6.535, de 31-1-1973;
- r) Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais — Lei nº 6.276, de 26-12-1973;
- s) "Reglamento Orgánico del Estatuto del Ministerio Fiscal de España", in **Código de Organización Judiciária do Poder Judiciário da Espanha**, Madrid, 1948.

ANEXO I

Art. 1º — O Ministério Público é o órgão encarregado de zelar pela fiel observância da Constituição e das leis, nos limites e na forma por elas estabelecidos, para o que age segundo os princípios da unidade, indivisibilidade, hierarquia e independência.

Art. 2º — O Ministério Público da União tem por chefe o Procurador-Geral da República, nomeado pelo Presidente da República, depois de escolhido por seus pares, dentre os membros da instituição, brasileiros natos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, maiores de trinta e cinco anos, por um período de quatro anos.

Parágrafo único — A lei organizará o Ministério Público da União em carreira, junto aos juizes e tribunais federais, assegurado aos seus membros o seguinte:

I — o ingresso na carreira far-se-á por concurso público de provas e títulos;

II — a demissão só se poderá dar após dois anos de efetivo exercício em virtude de sentença judicial ou de processo administrativo em que se lhes faculte ampla defesa;

III — a extensão das garantias conferidas aos juizes pelo art. 113.

Art. 3º — Ao Ministério Público Federal cabe a representação da União.

Parágrafo único — Nas comarcas do interior, essa representação poderá ser conferida ao Ministério Público local.

Art. 4º — O Ministério Público nos Estados-Membros será organizado em carreira por lei estadual, que obedecerá às normas gerais estabelecidas por Lei Complementar, de iniciativa do Presidente da República, observado o disposto no art. 2º e seu parágrafo único.

Art. 5º — É vedado aos membros do Ministério Público o exercício da advocacia.

ANEXO II

Art. 113 —

III —

§ 2º — A aposentadoria obedecerá aos princípios gerais dos arts. 101 e 102, salvo se facultativa, quando se dará após trinta anos de serviço público, para os homens, e vinte e cinco anos, para as mulheres.

Leituras de direito internacional: bibliografia seletiva

ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE

Ph.D. (Cambridge), Professor da Universidade de Brasília e do Instituto Rio Branco (Itamaraty), Ex-Assessor Jurídico do Escritório da ONU em Genebra, Chefe do Departamento de Ciência Política e Relações Internacionais da Universidade de Brasília

SUMARIO

- I) *Observações preliminares: a sistematização bibliográfica no campo do direito internacional*
 - II) *A solução pacífica de controvérsias internacionais*
 - III) *A solução pacífica de conflitos econômicos internacionais*
 - IV) *A regulamentação de conflitos armados no plano internacional*
 - V) *A jurisdição internacional*
 - VI) *O direito internacional e a nacionalização de bens estrangeiros*
 - VII) *A proteção internacional do meio ambiente*
 - VIII) *A proteção internacional dos direitos humanos*
 - IX) *O Brasil e o direito do mar contemporâneo*
 - X) *Considerações finais: a expansão do direito internacional*
-
- I) *Observações preliminares: a sistematização bibliográfica no campo do direito internacional*

Em recente estudo introdutório à primeira reedição dos clássicos *Apointamentos para o Direito Internacional (1864-1869)* de ANTONIO

PEREIRA PINTO (1), coletânea pioneira em nosso País no tocante aos tratados concluídos pelo Brasil e fatos e negociações a eles relacionados, tivemos a ocasião de inventariar e destacar fontes e elementos para uma sistematização da *prática* do direito internacional. Outro ponto, igualmente pouco desenvolvido em nosso País até o presente, afora alguns esforços esporádicos individuais (2), é o de uma possível sistematização da *bibliografia* do direito internacional. No tocante tanto à prática quanto à bibliografia da disciplina, um trabalho de sistematização compreenderia naturalmente um levantamento de dados pertinentes disponíveis em diversos países e em organismos internacionais.

A idéia de estudos bibliográficos globais na área do direito internacional não é recente. Já em 1938, por exemplo, KARL STRUPP lançava sua contribuição (3). Em 1972 foi dado a público o levantamento de GOULD e BARKUN (4), seguido, três anos após, do de DELUPIS (5), e em 1978, do de MERRILLS (6). Estes são apenas alguns exemplos, aos quais se poderiam acrescentar bibliografias gerais de áreas afins, como, e.g., a da teoria das relações internacionais (7).

A par das bibliografias gerais, têm sido elaboradas igualmente bibliografias setoriais, enfocando, e.g., determinados capítulos ou temas do direito internacional, como as organizações internacionais (8) (cuja expansão e complexidade podem bem levar a uma disciplina com especificidade própria), o direito do mar (9), a solução judicial de controvérsias

- (1) A. A. CANÇADO TRINDADE, "Prefácio à Reedição dos 'Apontamentos para o Direito Internacional' de A. PEREIRA PINTO", in ANTONIO PEREIRA PINTO, *Apontamentos para o Direito Internacional* (em 4 vols.), 2.ª ed., vol. I, Brasília, MJ/Imprensa Nacional, 1980, pp. III-XIII. Cf., ademais, A. A. CANÇADO TRINDADE, "Considerações acerca das Relações entre o Direito Internacional e a Prática Diplomática", 153 *Arquivos do Ministério da Justiça* (1980) pp. 203-216.
- (2) Cf., recentemente, A. A. CANÇADO TRINDADE, "Direito e Relações Internacionais: Resenha Bibliográfica Seletiva", 5 *Relações Internacionais* — Brasília (1980), pp. 82-93; foram incluídos na resenha os seguintes livros: J. ZOUREK, *L'interdiction de l'emploi de la force en droit international*, Leiden/Genève, Sijthoff/Inst. H.-Dunant, 1974, 155 pp.; A. RIGO SURERA, *The Evolution of the Right of Self-Determination — A Study of United Nations Practice*, Leiden, Sijthoff, 1973, 397 pp.; S. CALOGEROPOULOS-STRATIS, *Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes*, Bruxelles, Bruylant, 1973, 388 pp.; A. J. LLEONART Y AMSELEM, *Derecho de los Estados a Disponer Libremente de sus Recursos Naturales*, Madrid, CSIC/Inst. F. de Vitoria, 1978, 325 pp.; K. HJERTONSSON, *The New Law of the Sea — Influence of Latin American States on Recent Developments of the Law of the Sea*, Leiden/Stockholm, Sijthoff/Nordstedts, 1973, 187 pp.; W. CONRAD EKTAVOUR, *The Exclusive Economic Zone — A Study of the Evolution and Progressive Development of the International Law of the Sea*, Genève/Leiden, IJHEI/Sijthoff, 1979, 309 pp.; O. SEPULVEDA, *El Sistema Interamericano — Génesis, Integración, Decadencia*, 2.ª ed., México, Ed. Porrúa, 1974, 206 pp.; O. SEPULVEDA, *Las Fuentes del Derecho Internacional Americano*, México, Ed. Porrúa, 1975, 154 pp.
- (3) KARL STRUPP, *Bibliographie du Droit des Gens et des Relations Internationales*, Leyden, Sijthoff, 1938, pp. 1-517.
- (4) W. L. GOULD e M. BARKUN, *Social Science Literature: A Bibliography for International Law*, Princeton, NJ, Princeton University Press, 1972, pp. 1-608.
- (5) INGRID DELUPIS, *Bibliography of International Law*, London, Bowker, 1975, pp. 1-584.
- (6) J. G. MERRILLS, *A Current Bibliography of International Law*, London, Butterworths, 1978, pp. 1-276.
- (7) E. G., A. J. E. GROOM e C. R. MITCHELL (ed.), *International Relations Theory: A Bibliography*, London/NY, F. Pinter/Nichols, 1978, pp. 13-215.
- (8) G. P. SPEECKAERT, *Bibliographie Sélective sur l'Organisation Internationale/Select Bibliography on International Organization 1885-1964*, Bruxelles, Union des Associations Internationales, 1965, pp. 1-123.
- (9) A. BERMES e J.-P. LEVY, *Bibliographie du Droit de la Mer/Bibliography on the Law of the Sea*, Paris, Ed. Techniques et Economiques, 1974, pp. 13-130.

internacionais⁽¹⁰⁾, o reconhecimento (na prática dos Estados)⁽¹¹⁾, a proteção internacional dos direitos humanos⁽¹²⁾, a questão do desarmamento⁽¹³⁾, a questão das empresas transnacionais⁽¹⁴⁾, dentre outros.

O propósito do presente estudo bibliográfico é bem mais reduzido que o das bibliografias — gerais e setoriais — acima mencionadas. A exemplo de resenha seletiva recente (em que cobrimos títulos relativos a alguns dos principais temas do direito internacional contemporâneo, como o do uso da força no plano internacional, o do direito de autodeterminação dos povos, o da soberania permanente dos Estados sobre seus recursos naturais, o dos desenvolvimentos no direito do mar contemporâneo, e o do sistema interamericano)⁽¹⁵⁾, é aqui nosso propósito o de apresentar uma apreciação de alguns dos títulos significativos recentemente lançados no mercado internacional de livros, que tenham porventura passado despercebidos ao leitor nacional. Deliberadamente não nos limitamos, pois, ao exame de livros editados tão-somente no biênio passado, sendo critério, antes, o de seleção de distintas áreas de concentração que cubram alguns dos principais temas de direito internacional de interesse geral da atualidade. Seleccionamos, assim, os seguintes: a) a solução pacífica de controvérsias internacionais; b) a solução pacífica de conflitos econômicos internacionais; c) a regulamentação de conflitos armados no plano internacional; d) a jurisdição internacional; e) o direito internacional e a nacionalização de bens estrangeiros; f) a proteção internacional do meio ambiente; g) a proteção internacional dos direitos humanos; h) o Brasil e o direito do mar contemporâneo.

II) *A solução pacífica de controvérsias internacionais*

— K. VENKATA RAMAN (ed.), *Dispute Settlement through the United Nations* (publicada sob os auspícios do "United Nations Institute for Training and Research" — UNITAR), Dobbs Ferry N. Y., Oceana Publ., 1977, 749 pp.

O volumoso *Dispute Settlement through the United Nations* (749 pp.), editado por VENKATA RAMAN e publicado em 1977 sob os auspícios do UNITAR (United Nations Institute for Training and Research), constitui um acréscimo significativo à já extensa bibliografia especializada sobre um dos mais relevantes capítulos do direito inter-

(10) J. DOUMA, *Bibliographie de la Cour Internationale y Compris la Cour Permanente 1918/1964/ Bibliography on the International Court Including the Permanent Court 1918-1964*, Leyden, Sijthoff, 1966, pp. 1-321.

(11) B. LANDHEER e J. L. F. van ESSEN, *Recognition in International Law* (Selective Bibliographies of the Library of the Peace Palace, vol. II), Leyden, Sijthoff, 1954, pp. 5-26.

(12) E.g., Council of Europe/Conseil de l'Europe, *Bibliography Relating to the European Convention on Human Rights/Bibliographie Concernant la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Strasbourg, C.E., 1978, pp. 1-154.

(13) DAG HAMMARSKJOLD Library, *Disarmament: A Select Bibliography 1967-1972*, N. Y., United Nations, 1973, pp. 1-63.

(14) DAG HAMMARSKJOLD Library, *Transnational Corporations: A Select Bibliography*, N. Y., United Nations, 1975, pp. 1-23.

(15) A. A. CANÇADO TRINDADE, *op. cit. supra* n.º 2, pp. 82-93.

nacional: o da solução pacífica de controvérsias internacionais. Trata-se de uma coletânea de estudos de autores diversos, alguns dos quais já anteriormente publicados em forma de monografias. É o caso, por exemplo, do texto de F. Y. CHAI (pp. 517-575), antes editado em 1971 pelo próprio UNITAR (F. Y. CHAI, *Consultation and Consensus in the Security Council*, N. Y., UNITAR Study nº 4, 1971, 55 pp.). Nele o autor enfatiza o procedimento do consenso no Conselho de Segurança (por meio de consultas privadas) como manifestação de um processo flexível de negociação diplomática facilitando a adoção de medidas de solução pacífica de controvérsias internacionais (pp. 517-524).

A prática do consenso vem realçar as insuficiências da mecânica do sistema de votação pura e simples (além da importância do método de consultas). Enquanto na Assembléia Geral o consenso é tido como um substituto da votação, no Conselho de Segurança, no entanto, pode ou não ser submetido a voto. Com base na série *Resolutions and Decisions of the Security Council*, indica o autor que, de 1946 a 1970, o Conselho tomou 477 decisões; de 179 resoluções, que adotou, relativas à manutenção da paz e segurança internacionais, 50 foram por meio do consenso (pp. 523 e 525-547). Somente no biênio 1967-1968, o Conselho de Segurança adotou 20 decisões por consenso (p. 565). Como explicar o desenvolvimento dessa prática? Para o autor, as regras formais que regem a atividade do Conselho são "suplementadas por práticas informais. A maneira pela qual o Conselho, não apenas determina a natureza de seus poderes substantivos sob a Carta, mas, *a fortiori*, determina para si próprio o arranjo processual de seus assuntos, tem também facilitado o desenvolvimento de práticas informais pelo Conselho. Em outras palavras, o Conselho sempre se considera mestre de seu próprio procedimento dentro das limitações estabelecidas na Carta. Outro fator que tem contribuído para o desenvolvimento das práticas consultivas e de consenso no Conselho é a limitação da diplomacia pública. O debate público e a votação eram características do Conselho de Segurança em seus primeiros anos. Aquele novo método de 'discursos e votações' era freqüentemente contraproducente. O fato é que discursos e votos raramente resolvem disputas internacionais" (pp. 547-548).

Dai a busca de acordo e acomodação de interesses por meio de consultas informais e privadas ao invés de confrontação em sessões públicas, refletindo uma evolução no Conselho de Segurança: a de que o abordamento de solução de conflitos "baseia-se mais nos princípios de conciliação do que nos de medidas de implementação" (pp. 548 e 552). O consenso não é um substituto, mas uma alternativa ao processo de votação do Conselho de Segurança, acrescentando uma nova dimensão às modalidades de solução pacífica de controvérsias internacionais (pp. 565-567). A esse respeito, lembra o autor que a ONU não é uma organização supranacional e que, dadas as atuais condições internacionais, é pouco provável que sejam tomadas as medidas coercitivas sob o capítulo VII da Carta (p. 565).

Argumento semelhante é desenvolvido por PECHOTA em *paper* (pp. 149-220) também publicado anteriormente como estudo monográ-

fico do UNITAR (VRATISLAV PECHOTA, *Complementary Structures of Third-Party Settlement of International Disputes*, New York UNITAR Study nº 3, 1971, 63 pp.). Para o autor, a filosofia subjacente ao abor-damento da ONU à solução de controvérsias internacionais, em uma era de coexistência, continua a basear-se antes no princípio da conciliação do que no da implementação, a despeito das possibilidades de ação sob o capítulo VII da Carta adotadas na Conferência de San Francisco (p. 150). O autor detém-se nas estruturas diplomáticas (pp. 157-174) e de regulamentação (pp. 174-199) dos órgãos da ONU, enfatizando elementos como, *e.g.*, o consentimento das partes (na mediação e conciliação "clássicas") e a operação da "diplomacia parlamentar" na ONU. O aparato normativo da Carta é utilizado tanto por órgãos judiciais quanto não judiciais na solução de controvérsias, fortalecendo as funções mediatórias e conciliatórias da ONU (paralelamente à atual perda de entusiasmo pela solução judicial e arbitragem); aqui a estrutura normativa respeita, no *third-party settlement*, a função essencial da mediação e conciliação de buscar o acordo entre as partes em conformidade com o direito internacional (pp. 206 e 211-218).

Outro estudo interessante é o do editor da coletânea, K. VENKATA RAMAN, intitulado "A Study of United Nations Intermediary Assistance in the Peaceful Settlement of Disputes" (pp. 367-515; há uma pequena variação entre o título acima, à página 367, e o que figura no índice, à página IV, o que parece um erro de revisão). A ONU tem naturalmente condições de exercer uma função dinâmica de intermediária em situações de conflito, a exemplo do disposto no artigo 24 (2) da Carta quanto ao Conselho de Segurança e no artigo 14 quanto à Assembléia Geral (p. 450). No tocante à solução pacífica de disputas internacionais, há que se manter em mente que todas as modalidades de solução em princípio requerem o prévio consentimento das partes para sua operação; tal consentimento pode nem ser voluntário (devido a pressões e influências), mas questões que afetem a paz e a segurança internacionais podem ser trazidas perante a ONU, independentemente do consentimento das partes envolvidas, por qualquer membro da ONU perante o Conselho de Segurança ou a Assembléia Geral (artigo 35), ou pelo Secretário-Geral perante o Conselho de Segurança (artigo 99) (pp. 376, 378 e 384).

Na interpretação do autor, a prática da ONU revela raras referências a "competência" em relação à consideração de procedimentos para a solução de disputas, deixando, assim, no seu modo de ver, de fornecer uma base adequada para se avaliar até que ponto esse elemento — a "competência" — tem sido na prática levado em consideração (p. 415). Em outra passagem, pondera VENKATA RAMAN que o Conselho de Segurança tem interpretado o artigo 33 da Carta de maneira ampla, no sentido de que, quando uma situação venha a ameaçar a paz e segurança internacionais, é seu dever ir além de uma simples convocação às partes para buscar uma solução pacífica; o Conselho de Segurança tem freqüentemente tomado a iniciativa de aproximar as partes para negociações diretas sem recomendar uma determinada modalidade de solu-

ção. Quanto ao artigo 36, tem o Conselho de Segurança seguido o princípio de que a decisão quanto à modalidade de solução a ser utilizada cabe às próprias partes litigantes (pp. 389-390).

Estudo dos mais abrangentes é dedicado aos bons ofícios do Secretário-Geral da ONU (pp. 577-684), de autoria de V. PECHOTA, o único colaborador a ter dois *papers* incluídos na coletânea; também este estudo, a exemplo de dois outros supracitados, figurara anos antes na série de monografias do UNITAR (V. PECHOTA, *The Quiet Approach: A Study of the Good Offices Exercised by the United Nations Secretary-General in the Cause of Peace*, N.Y., UNITAR Study nº 6, 1972, 91 pp). Os últimos anos têm testemunhado a ampliação dos poderes do Secretário-Geral da ONU para exercer seus bons ofícios, o que veio a fortalecer sua função política (pp. 578-583). Tal fenômeno está ligado à tendência dentro da ONU, já indicada (*supra*), de "buscar soluções antes pelo consenso e conciliação do que através de procedimentos formais e medidas coercitivas" (p. 584).

A maioria dos conflitos internacionais, ao alcançarem os órgãos coletivos da ONU, encontram-se em estágio demasiado avançado para medidas preventivas eficazes; ora, o exercício de bons ofícios pelo Secretário-Geral, a seu turno, corresponde precisamente ao conceito de "diplomacia preventiva", com as vantagens da informalidade e de sua natureza *non-prejudicial* (pp. 673-674). As prerrogativas de bons ofícios do Secretário-Geral da ONU decorrem sobretudo do artigo 99 da Carta, mas também da aplicação da doutrina dos "poderes implícitos" da ONU, tal como consagrada, *e.g.*, pela Corte Internacional de Justiça nos casos da *Reparação de Danos* (1949) e de *Certas Despesas da ONU* (1962) (pp. 585-589; e, sobre a matéria, *cf.*, *e.g.*, R. KHAN, *Implied Powers of the United Nations*, Delhi/Bombay/Bangalore, Vikas Publ., 1970, pp. 1-222; A. A. CANÇADO TRINDADE, "Aspectos da Jurisprudência da Corte Internacional de Justiça, Através dos Votos dos Juizes Philadelpho Azevedo e Levi Carneiro", 4 *Relações Internacionais* — Brasília (1979), pp. 34-39).

Naturalmente, cabe às partes interessadas a escolha inicial do método apropriado de solução pacífica, mas, uma vez que estas se põem de acordo quanto ao uso dos bons ofícios do Secretário-Geral, estabelece-se, então, sua competência; tal escolha pode, ainda, resultar de uma recomendação do Conselho de Segurança nesse sentido, consoante o artigo 36 da Carta. Como, quando da redação do capítulo VI da Carta da ONU, a função do Secretário-Geral escapou uma definição precisa, "o procedimento real regendo os bons ofícios do Secretário-Geral veio a ser desenvolvido e testado pela prática subsequente"; com base na doutrina dos "poderes implícitos", expandiu-se sua autoridade além dos limites das prerrogativas decorrentes do artigo 99 da Carta, mas tendo sempre em vista a realização dos propósitos da ONU (pp. 588-589). O estudo contém inúmeros exemplos de casos em que atuou o Secretário-Geral (*cf.* pp. 597, 601-602, 618-620, 622-624, 628-671).

A contrário dos órgãos coletivos da ONU, que, ao examinarem determinada controvérsia, seguem as regras processuais relativas à ado-

ção de sua agenda, o Secretário-Geral considera, quase que automaticamente, o mérito de um caso, mesmo antes de comprometer-se a nele se envolver; e ainda que se comprometa, retém o direito de retirar-se a qualquer momento que considere oportuno (p. 591, e cf. p. 600). Na visão do autor, os bons ofícios do Secretário-Geral revelam uma tendência a “preencher as lacunas” resultantes das limitações político-operacionais dos órgãos coletivos da ONU (p. 597).

Enfim, relata o autor episódios em que o Secretário-Geral houve por bem colocar-se à disposição das partes litigantes, mesmo em situações que normalmente não recaem no “âmbito prático” de atuação da ONU (p. 598), além de argumentar no sentido de que mesmo situações internas com claras repercussões internacionais não estariam *a priori* fora do âmbito dos bons ofícios do Secretário-Geral (p. 606, e cf. pp. 604-606). Este último problema é objeto de análise de OSCAR SCHACHTER, sob o título “The United Nations and Internal Conflict” (pp. 301-364). O autor examina a diversidade de propósitos de envolvimento da ONU nesse contexto (*e.g., inter alia*, manutenção da paz e segurança internacionais, ou da soberania e independência nacionais; autodeterminação; integridade territorial dos Estados-Membros; desenvolvimento econômico-social — pp. 303-310), e identifica elementos que, em conflitos internos, permitiriam ou justificariam o envolvimento da ONU (tais como, *inter alia*, agressão, ameaça de intervenção externa, luta anticolonial, luta anti-racista — pp. 310-316). Além de relatar as técnicas utilizadas pela ONU (pp. 327-348), argumenta SCHACHTER que a cláusula do domínio reservado — artigo 2 (7) da Carta — não impede que um conflito interno seja discutido por um órgão da ONU, ou que este adote recomendações às partes interessadas ou ofereça bons ofícios ou outros métodos de solução pacífica do conflito (pp. 322-325). Esta tese é, a nosso ver, acertada, e consoante a prática consistente dos órgãos políticos da ONU sobre a matéria (A. A. CANÇADO TRINDADE, “The Domestic Jurisdiction of States in the Practice of the United Nations and Regional Organizations”, 25 *International and Comparative Law Quarterly* — Londres (1976) pp. 715-765; A. A. CANÇADO TRINDADE, *O Estado e as Relações Internacionais: O Domínio Reservado dos Estados na Prática das Nações Unidas e Organizações Regionais*, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1979, pp. 13-50).

Dois outros estudos do Projeto UNITAR sobre Solução Pacífica de Controvérsias constam da antologia editada por VENKATA RAMAN: um texto de EDMEAD sobre a mediação internacional (pp. 221-280), e um texto de SYDNEY BAILEY, conhecido estudioso dos órgãos políticos da ONU (cf. S. D. BAILEY, *The General Assembly of the United Nations*, 2ª ed., London/N.Y., Pall Mall/Praeger, 1964, pp. lss.; S. D. BAILEY, *The Procedure of the U. N. Security Council*, Oxford, Clarendon Press, 1975, pp. 3-379), contendo sugestões e propostas para pesquisas na área da solução pacífica de conflitos internacionais (pp. 73-148). Ambos os textos figuraram anteriormente na série de estudos monográficos do UNITAR (F. EDMEAD, *Analysis and Prediction in International Mediation*, N.Y., UNITAR Study nº 2, 1971, 50 pp.; S. D. BAILEY, *Peaceful*

Settlement of Disputes: Ideas and Proposals for Research, N.Y., UNITAR Study nº 1, 1971, 57 pp.).

Enfim, houve por bem o editor da presente antologia incluir um texto de MANFRED LACHS sobre solução pacífica de controvérsias (pp. 283-300), que fora anteriormente editado, com algumas alterações, pelo próprio Escritório das Nações Unidas em Genebra como fascículo da Série *Gilberto Amado Memorial Lectures* (3ª conferência), em homenagem ao internacionalista brasileiro que integrou a Comissão de Direito Internacional da ONU até seu falecimento em 1969 (MANFRED LACHS, *The Law and the Peaceful Settlement of Disputes*, Genebra, United Nations/Gilberto Amado Memorial Lecture, 1975, 13 pp.). Trata-se de conferência originalmente proferida pelo Juiz LACHS, então Presidente da Corte Internacional de Justiça, aos 11 de junho de 1975, durante os trabalhos do Seminário anual da Comissão de Direito Internacional da ONU (em Genebra), dos quais tivemos o privilégio de participar.

Para LACHS, vivemos na “era da negociação”, a qual “domina quase todas as áreas das relações internacionais”; as negociações são hoje bem mais complexas do que no passado recente. Aqui, um elemento da maior relevância é o impacto do fenômeno do *multilateralismo* na negociação como meio de solução pacífica de conflitos internacionais (pp. 287-289). Quanto aos métodos de solução pacífica, observa LACHS, com relação à arbitragem, por exemplo, que, enquanto no período 1945-1975 recorreu-se à solução arbitral em apenas aproximadamente 30 casos interestaduais e aproximadamente 20 disputas entre Estados e outras entidades, já no período que se estende dos tratados Jay (1794) até fins do século XIX foram proferidos 177 laudos arbitrais. Ainda mais claro é o declínio da solução judicial, refletido na descrença na Corte Internacional de Justiça em relação ao contencioso interestatal nos últimos anos; a jurisdição *consultiva* da Corte de Haia retém, no entanto, sua importância, a exemplo de seus célebres pareceres nos casos da *Reparação de Danos* (1949) e da *Namíbia* (1971), que vieram clarificar tantas questões do direito internacional e do direito das organizações internacionais (pp. 294-297).

Ademais, “o direito internacional contemporâneo atingiu um estágio de maturidade em que é difícil a qualquer árbitro ou juiz pronunciar um *non liquet*. (...) Em nenhum momento da história se procedeu a tamanha obra de codificação como nos últimos anos, a que a Comissão de Direito Internacional [da ONU] tem prestado uma contribuição decisiva” (p. 298). Tomando conjuntamente os métodos da conciliação, mediação, arbitragem e solução judicial, ressalta LACHS que tem havido situações em que tais métodos têm sido todos utilizados, em combinação (p. 294).

E acrescenta LACHS, significativamente: “Naturalmente, é verdade que, nos últimos 30 anos”, aqueles métodos de solução pacífica de controvérsias internacionais “têm sido menos usados do que no passado. No período entre 1918 e 1962, foram concluídos 301 tratados sobre solução pacífica de disputas por meio da conciliação, arbitragem e solução judi-

cial. Vale recordar que o caráter complexo das disputas contemporâneas tem-se também refletido na combinação desses métodos tradicionais com mecanismos modernos, multilaterais. Num plano mais amplo, a arbitragem e a solução judicial têm-se incorporado no sistema das organizações internacionais, retendo ao mesmo tempo seu caráter tradicional. Ilustrações podem ser encontradas no artigo 84 da Convenção de Chicago de 1944 sobre Aviação Civil Internacional; artigo 14 (2) da Constituição da UNESCO; ou artigo 17 da Constituição da FAO (emendada em 1950). Mediadores e conciliadores foram, em diversas ocasiões, nomeados pelas Nações Unidas, e comissões de conciliação foram estabelecidas pelos tratados de paz de Paris de 1946" (pp. 293-294). Em conclusão, segundo LACHS, "esta é uma era de negociações", e os novos foros de debate a nível internacional (e.g., os multilaterais) facilitam-nas (para um estudo recente da diplomacia multilateral, com atenção especial à prática brasileira, cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, "Posições Internacionais do Brasil no Plano Multilateral", 52 *Revista Brasileira de Estudos Políticos* (1981) pp. 147-218). Para LACHS, a essência do problema reside em que tanto os Estados quanto as organizações internacionais deveriam concordar em recorrer a essas novas possibilidades de solução pacífica de litígios, escolhendo os métodos mais eficazes e satisfatórios para cada caso (pp. 299-300).

Em uma seção final do livro são reunidas as conclusões gerais da coletânea extraída das contribuições que a compõem. Alguns pontos podem aqui ser destacados, como, por exemplo: a sempre presente necessidade do consentimento das partes na solução de litígios; o âmbito limitado do envolvimento institucional da ONU e as pressões sob as quais esta geralmente opera; o fato de que os esforços da ONU na solução pacífica de controvérsias não seguem um "padrão preestabelecido" (talvez o traço mais marcante da prática da ONU nessa área); e as possibilidades de inovação na solução pacífica de disputas internacionais com a interposição de terceiros (third-party assistance) (pp. 685-692). Completa a obra uma rica bibliografia seleta sobre a matéria (pp. 693-721); além de uma útil lista de "casos" e "disputas-situações" pertinentes (pp. XIII-XLX). A presente antologia é fruto de muitos anos de reflexão por parte de destacados pesquisadores, com a contribuição decisiva do UNITAR; sua publicação vem enriquecer a literatura especializada sobre a matéria, constituindo-se em fonte de informações preciosas cuidadosamente interpretadas e em leitura indispensável aos estudiosos desse capítulo substancial do direito internacional — o da solução pacífica de controvérsias internacionais.

III) *A solução pacífica de conflitos econômicos internacionais*

— JAMES FAWCETT, *International Economic Conflicts — Prevention and Resolution*, London, Europa Publ., 1977, 127 pp.

Desde o início da década de setenta, vem o *David Davies Memorial Institute of International Studies*, em associação com a "Europa Publications", de Londres, desenvolvendo um projeto editorial da maior rele-

vância e utilidade aos estudiosos do direito internacional e disciplinas afins, cobrindo minudentemente o capítulo dos conflitos internacionais em seus múltiplos aspectos. Assim, em 1971, foi dado a público o estudo *International Disputes: the Political Aspects*, de F. S. NORTHEGE e M. D. DONELAN, investigando as origens, desenvolvimento e solução de conflitos internacionais no período 1945-1970. A este volume seguiu-se, em 1972, o precioso relatório *International Disputes: the Legal Aspects*, de um Grupo de Estudos do *David Davies Memorial Institute*, abordando os métodos de solução pacífica de conflitos (tanto os mecanismos da ONU e de suas agências especializadas quanto os métodos tradicionais de negociação, mediação e bons ofícios, conciliação, arbitragem, solução judicial, *factfinding* e investigação) e um estudo de caso sobre o conflito fronteiriço argentino-chileno. No ano seguinte (1973), foi editado o *International Disputes: Case Histories 1945-1970*, de M. D. DONELAN e M. J. GRIEVE, cobrindo nada menos de cinquenta episódios no período em questão.

Esta trilogia, sob os auspícios do *David Davies Memorial Institute*, veio em boa hora suprir uma lacuna na bibliografia especializada e facilitar o acesso dos pesquisadores a um manancial de dados atualizados sobre conflitos internacionais. Mas o Instituto David Davies e a "Europa Publications" não pararam aí: mais recentemente, vêm de lançar o estudo de J. E. S. FAWCETT, professor de Direito Internacional do King's College, Universidade de Londres, intitulado *International Economic Conflicts — Prevention and Resolution* (1977). O Professor FAWCETT, Presidente da Comissão Européia de Direitos Humanos, já se tornou conhecido e respeitado nos círculos de internacionalistas, com sua monumental análise *The Application of the European Convention on Human Rights* (Oxford, Clarendon Press, 1969). Para a elaboração do presente livro certamente deverá ter contribuído sua experiência como ex-Consultor-Geral do Fundo Monetário Internacional (cargo que exerceu de 1955 a 1960).

O presente volume visa complementar, com um abordamento distinto, os três primeiros da série (supra); mas, ao eleger os conflitos internacionais de natureza econômica como objeto de sua investigação, o Professor FAWCETT insiste logo de início em que tais conflitos são inseparáveis da política: os aspectos econômicos, jurídicos e políticos são inseparáveis (pp. 2 e 9). Distingue o autor quatro categorias de instrumentos de prevenção ou solução de conflitos econômicos internacionais, quais sejam: a) a própria legislação nacional (pp. 10-15); b) acordos internacionais, multilaterais e bilaterais (como o GATT e o do FMI, e os diversos acordos internacionais sobre produtos de base — pp. 15-22); c) organismos internacionais dotados de poder de decisão, regulamentação ou persuasão (como o GATT, o FMI, a OECD — p. 23); d) a solução judicial ou arbitral de determinados conflitos (pp. 23-26).

A visão abrangente de FAWCETT do "econômico" (cf. p. 2) fica patente no rico conteúdo do capítulo 2 — sua principal contribuição —, em que percorre problemas cruciais como: a prevenção de discriminação no comércio internacional, o sistema generalizado de preferências (da

UNCTAD), atos de concorrência desleal (“unfair competition” — como, *e.g.*, em preços diferenciais de exportação e no *dumping*), manipulação de taxas de câmbio, a solução de disputas do FMI e de disputas de investimentos do BIRD, a regulamentação do comércio de matérias-primas (pp. 27-79).

Ao abordar os problemas gerados pela desigualdade no acesso e na distribuição de recursos entre países, FAWCETT também considera os conflitos que podem surgir (entre um Estado e uma empresa estrangeira) na extração de petróleo ou metais, e as reivindicações de recursos nos espaços marítimos. O autor, escritor esclarecido, constata que hoje, em casos de nacionalizações e expropriações, em que ainda se reconhece o direito de compensação de alguma forma, verifica-se uma “erosão” da antiga tese da indenização “pronta, adequada e efetiva” (cf. *infra*), lembrando, *e.g.*, que o Pacto da ONU sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (em vigor desde 1976) *não* consagra expressamente os direitos de propriedade (pp. 63-64). O Pacto vai mais além, facultando expressamente a um país em desenvolvimento “negar os direitos econômicos consignados no Pacto aos não nacionais, levando devidamente em conta os direitos humanos, o que quer que tal qualificação possa significar. Verifica-se uma clara tendência no sentido de estabelecer limites territoriais a direitos e interesses econômicos, sejam estrangeiros ou nacionais, e sujeitá-los exclusivamente à regulamentação e ao direito internos” (pp. 64-65).

Assim, passa o autor a referir-se aos inúmeros *acordos bilaterais* para a regulamentação e garantia do investimento privado estrangeiro: estão registrados 117 acordos dessa natureza concluídos desde 1945 e em vigor ao final de 1975 entre países industrializados e países em desenvolvimento, e 3 acordos de países em desenvolvimento entre si; no entanto, tais acordos bilaterais não incluem dispositivos precisos acerca da solução de disputas de investimento que possam ocorrer (pp. 65-66). Em suas ponderações, FAWCETT refere-se igualmente a resoluções da Assembleia Geral da ONU, de 1962 a 1974 (sobre soberania permanente dos Estados sobre seus recursos naturais), inclusive a Carta de Direitos e Deveres Econômicos dos Estados (pp. 61-64); mas pondera o autor com prudência que os dispositivos-chave desta última (como seu artigo 2-2c) ainda não podem ser tidos como refletindo uma nova regra do direito internacional, mas, mais propriamente, uma evolução de atitudes em muitos países e o surgimento de novos conceitos que têm, “pelo menos, implicações políticas que não podem ser ignoradas pelos países industrializados” (p. 66).

Quanto às reivindicações sobre os recursos dos oceanos, FAWCETT refere-se aos trabalhos das Conferências da ONU sobre Direito do Mar (distinguindo os usos do mar, como meio de comunicação e passagem, e como fonte de recursos minerais e animais e de energia) e a princípios emergentes como o do “patrimônio comum da humanidade” (construtivo e necessário em nossos dias, e incompatível com o “privilegio mercantilista” da liberdade dos mares); quanto à prevenção e solução de conflitos nessa área, o autor só acredita em um acordo geral (*e.g.*, para

delimitação de zonas de pesca e regulamentação da exploração dos fundos marinhos, a exemplo de acordos já concluídos para a delimitação de áreas da plataforma continental entre dois ou mais países), incluindo referência a órgãos arbitrais ou judiciais (pp. 67-69). Poderíamos aqui registrar os progressos alcançados na atual III Conferência da ONU sobre Direito do Mar, com a adoção dos artigos 279-298, parte XV, sobre Solução de Conflitos, do Texto Informal Composto de Negociação/Revisão 2 (ONU, doc. A/CONF. 62/WP.10/Rev. 2, de 11 de abril de 1980, pp. 136-143).

Em suas conclusões, procede o Professor FAWCETT a uma avaliação da "eficácia comparativa" das modalidades de solução pacífica de conflitos internacionais de natureza econômica (tais como o procedimento judicial e arbitral, a conciliação e persuasão, a negociação direta). O autor mostra-se cético quanto à solução judicial de conflitos internacionais de conteúdo econômico: embora alguns casos de conflito econômico tenham efetivamente sido levados à Corte de Haia, a utilização desta foi limitada e sua eficácia mínima (com a possível exceção da disputa anglo-norueguesa de zonas de pesca em que a decisão da Corte, de 1951, "exerceu influência decisiva no desenvolvimento de regras para a solução de conflitos marítimos"). Ademais, as agências especializadas da ONU operando no setor econômico têm claramente evitado fazer uso da faculdade que lhes cabe de solicitar pareceres à Corte (pp. 79-81).

No que tange ao procedimento arbitral, tão utilizado na prática das comissões arbitrais mistas (geralmente bilaterais), observa o autor que seu uso em grande parte se aplica à solução de reclamações de indivíduos e corporações, "embora na área da produção e distribuição de petróleo tenha havido decisões arbitrais significativas"; e não se poderia negar o valor e a influência do uso já antigo da arbitragem comercial internacional em suas várias formas e práticas (p. 81). Contudo, em suas ponderações finais, FAWCETT tampouco favorece a solução arbitral: "é claro que, na escala mais ampla do conflito econômico, a área de *decisão* é evitada, até mesmo a arbitragem sendo rara; (...) é na área de *persuasão* que a resolução de conflitos econômicos internacionais tem-se mostrado, e provavelmente tornar-se-á, da maior eficácia" (em instituições como o FMI, o GATT, a OECD, a CEE, o COMECON, para não falar nas diretrizes para "conciliação" precedendo votação em matéria econômica na UNCTAD — pp. 81-82).

O autor expõe a matéria, do início ao fim do livro, de forma bastante clara e didática. As suas conclusões acrescenta, em apêndices (pp. 85-127), excertos ilustrativos de dispositivos de tratados bilaterais para investimento privado internacional, os textos da Convenção (do BIRD, 1965) sobre Solução de Disputas de Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados (e o relatório, a esse respeito, dos Diretores Executivos do BIRD, 1965), e da Carta dos Direitos e Deveres Econômicos dos Estados (adotada pela Assembléia Geral da ONU em 12 de dezembro de 1974).

IV) *A regulamentação de conflitos armados no plano internacional*

— Stockholm International Peace Research Institute (SIPRI), *The Law of War and Dubious Weapons*, Estocolmo, Almqvist & Wiksell, 1976, 78 pp.

Para a decisão de elaboração deste livro devem ter contribuído decisivamente dois eventos recentes de importância, a saber, as repetidas ameaças correntemente trocadas entre a OTAN e o Pacto de Varsóvia, e a realização da Conferência Diplomática sobre a Reafirmação e o Desenvolvimento do Direito Humanitário (Genebra, 4 sessões, 1974-1977) conducente à adoção dos Protocolos Adicionais I e II às Convenções de Genebra de 1949 de Direito Humanitário (cf. dados in *Revue Internationale de la Croix Rouge* (1977) nº 703, pp. 381-418). A mensagem do livro não poderia ser mais clara: a necessidade urgente de impedir o crescente desenvolvimento de sofisticados meios de destruição e de proscriver o uso de armas de destruição em massa, particularmente armas nucleares.

Este é, com efeito, o 17º volume da coletânea editada pelo *Stockholm International Peace Research Institute* (SIPRI) devotada a problemas de desarmamento e controle de armamentos. (O SIPRI foi estabelecido em 1966 como um Instituto de Pesquisas independente, financiado pelo Parlamento sueco, e com composição e administração internacionais.) O presente volume deriva de um simpósio realizado em Estocolmo em janeiro de 1975, do qual participaram os Professores G. ABI-SAAB (Egito), D. BINDSCHEDLER-ROBERT (Suíça), H. BLIX (Suécia), I. BROWNLIE (Reino Unido), E. CASTRÉN (Finlândia), A. POLTORAK (União Soviética), M. SAHOVIC (Iugoslávia) e T. TAYLOR (Estados Unidos). A redação final do livro coube ao Professor BERT V. A. RÖLING e à Dra. OLGA SUKOVIC, membros do SIPRI.

Após recapitular alguns dos princípios tradicionais do direito regendo os conflitos armados (*e.g.*, os da proporcionalidade, do sofrimento desnecessário, do respeito pelas populações civis, dentre outros, para uma reavaliação e sugestões recentes, cf., *e.g.*, A. CASSESE, "Weapons Causing Unnecessary Suffering: Are They Prohibited?", 58 *Rivista di Diritto Internazionale* (1975) pp. 12-42), o estudo do SIPRI toma posição irredutivelmente contrária ao argumento da "guerra coercitiva", ressaltando o propósito primordial do direito dos conflitos armados de proscriver as armas nucleares. Os dados do SIPRI são de estarrecer: a indústria de armamentos — armas existentes e novas — "absorve atualmente por volta de \$ 20 bilhões, por ano e ocupa o tempo de aproximadamente 400.000 cientistas e engenheiros em todo o mundo" (cit. in p. 48). É a "balança de terror", refletida no "pesadelo" da teoria da *deterrence*, também rejeitada pelo SIPRI.

Os estrategistas da *deterrence* parecem crer que é possível evitar a guerra pela ameaça do uso de armas nucleares (a velha idéia do *si vis pacem para bellum*). Ora, lembra o SIPRI que, se ambas as partes oponentes no conflito tiverem a "disarming first-strike capability", o princípio da *deterrence* desmorona, e tal situação seria desastrosa em tempos de crise (p. 18, e cf. p. 20).

Recentemente, na Europa, levantou-se o argumento da *deterrence* com relação à autorização ou não da produção da bomba de neutrons (cf., e.g., *The Times*, Londres, 30-7-1977, p. 13, e 27-9-1977, p. 15). A esse respeito, em carta ao *Times* londrino, ponderou um parlamentar britânico que “o próprio conceito de uma arma destinada a destruir tudo o que tem vida e nada que não tem vida [é] o último insulto que o homem pode dirigir à raça humana” (*The Times*, 14-7-1977, p. 15)...

O relatório do SIPRI comenta, a certa altura, que, se na atualidade “o argumento de HUGO GROTIUS de que na guerra tudo seria permitido que fosse necessário *ad finem belli* ainda fosse válido, a guerra coercitiva seria legítima” (p. 23). Ao condenar a idéia da utilização de armas contra populações civis, o estudo do SIPRI acrescenta que, “se fosse verdade que a sobrevivência só pudesse ser alcançada pelo abandono dos valores da civilização e humanidade, teríamos, então, que optar pela sobrevivência. Mas não é este o dilema com que nos confrontamos: não se pode atribuir tamanha importância às teorias da *deterrence* ou da guerra coercitiva. Quaisquer vantagens a curto prazo que tais fatores possam oferecer na causa da paz podem, e deveriam, ser dispensadas devido aos efeitos nocivos que produzem a longo prazo” (p. 34). Pondera ainda o SIPRI que a “capitulação não pode ser alcançada pelo terror se ainda há esperança de êxito militar; se não há mais esperança alguma, o terror torna-se desnecessário. (...) É o destino trágico das ‘nações civilizadas’ que o uso indiscriminado de sua tecnologia se fizesse comprovadamente em detrimento de outras exigências da civilização” (pp. 24 e 32).

A Resolução nº 2.444 (XXIII), de 1968, da Assembléia Geral da ONU, condena efetivamente ataques contra populações civis (p. 32). No entanto, o SIPRI invoca exemplos recentes de atrocidades na guerra do Vietnã (pp. 29 e 40, e cf. dados in R. A. FALK (ed.) *The Vietnam War and International Law*, vol. 4, Princeton, University Press, 1976, pp. 49-93 e 147-475 — vários autores), advertindo gravemente que muitas armas incendiárias utilizáveis contra centros populacionais “são extremamente simples de fabricar, estando as matérias-primas necessárias prontamente disponíveis em todo o mundo. Isto ocorre particularmente com as bombas *napalm*, que já formam parte dos arsenais de inúmeros países” (p. 64).

The Law of War and Dubious Weapons toma a forma de um relatório do Instituto de Estocolmo, conforme já indicado. Os dados são apresentados concisa e compactamente, fazendo com que por vezes algumas imprecisões transpareçam (e.g., referência vaga a uma resolução adotada na XVI Assembléia Geral da ONU, p. 32; o primeiro trabalho de FALK, citado à página 76, data de 1965 e não 1964). Assim, alguns pontos poderiam ter sido mais detalhadamente elaborados pelo SIPRI, como, e.g., a referência ao princípio avançado pelo tribunal de Nuremberg (em 1946) de que “os indivíduos têm obrigações internacionais que transcendem as obrigações nacionais de obediência impostas pelo Estado individual” (cit. in p. 38). A esse respeito, caberia citar o bellissimo curso de C. Th. EUSTATHIADES, “Les sujets du droit international et la responsabilité internationale: nouvelles tendances, 84 *Recueil des Cours de*

l'Académie de Droit International (1953), pp. 401-614 — que não consta da bibliografia do presente volume do SIPRI — em que, de início, *inter alia*, se afirma a capacidade do indivíduo ao delito internacional (*op. cit.*, pp. 426-428); o saudoso Professor EUSTATHIADES não hesitou em ligar tal capacidade à implementação de responsabilidades internacionais (cf. *ibid.*, pp. 611-612 e 614). Ao que nos consta, o estudo jurisprudencial mais recente, devotado especificamente à questão acima, é o de L. C. GREEN, *Superior Orders in National and International Law*, Leiden, Sijthoff, 1976, pp. 1-374.

Outro episódio que talvez pudesse igualmente ter sido mais debatido pelo SIPRI é o caso de Shimoda e Outros *versus* Japão, em que vítimas dos bombardeios atômicos de Hiroshima e Nagasaki tentaram em vão obter, perante a Corte Distrital de Tóquio, em 7 de dezembro de 1963, reparação dos danos sofridos, com base no argumento da ilegalidade dos ataques nucleares contra as populações civis (p. 28; os dados acerca do caso são hoje disponíveis em língua inglesa tanto no *Japanese Annual of International Law* (1964), pp. 212-252, quanto no livro editado por R. A. FALK e S. H. MENDLOVITZ, *The Strategy of World Order: Toward a Theory of War Prevention*, vol. I, New York, World Law Fund, 1966, pp. 305-389). O caso é pertinente ilustração, senão advertência, das insuficiências do direito internacional quanto à conduta de conflitos armados, e particularmente ao uso de certas novas armas de destruição em massa que ainda não foram objeto de regulamentação.

O livro do SIPRI satisfaz, no entanto, seu propósito básico de enfatizar a necessidade crucial de impedir o armamentismo e proibir — antes que seja demasiado tarde — o uso de armas de destruição em massa. Ao enumerar diversas categorias do que entende por “dubious weapons” (p. 49), o SIPRI descreve os efeitos cruéis e selvagens, a nível *global*, das armas nucleares (pp. 49-50, e cf. ONU, documento A/6858). Não que uma simples proibição formal do uso de tais armas poderá nos assegurar dias mais tranquilos e seguros, pois esta é uma questão que em última análise envolve a confiança que cada um possa depositar no futuro da condição humana. Mas o presente estudo do SIPRI, invocando a Resolução da Assembléia Geral da ONU nº 1.653 (XVI), de 1961, condenando todo uso de armas nucleares como “um crime contra a humanidade e a civilização” (por dirigir-se não apenas ao “inimigo” mas também “contra a humanidade em geral” — p. 38), serve quando pouco o objetivo de questionar e denunciar a arriscada estratégia da *deterrence* (pp. 20-21 e 50) e a fragilidade do argumento — incorporado nos acordos SALT — de que “a destruição mutuamente assegurada” (entre as superpotências) poderia, de algum modo, servir a causa da paz.

V) *A jurisdição internacional*

— DAN CIOBANU, *Preliminary Objections Related to the Jurisdiction of the United Nations Political Organs*, The Hague. M. Nijhoff, 1975, 230 pp.

Já há alguns anos vêm atraindo a atenção dos especialistas os problemas jurisdicionais dos órgãos *judiciais* internacionais (cf., e.g., E.

HAMBRO, "The Jurisdiction of the International Court of Justice", 76 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1950), pp. 125-215; R. P. ANAND, *Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice*, Nova Délhi Asia Publ. House, 1961; S. ROSENNE, *The Law and Practice of the International Court*, 2 vols. Leyden, Sijthoff, 1965; A. A. CANÇADO TRINDADE, *The Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press — no prelo, ed. 1980-1981). Agora, com o presente trabalho de DAN CIOBANU, professor da *Fletcher School of Law and Diplomacy*, estamos diante de um estudo pioneiro dos problemas jurisdicionais dos próprios órgãos políticos internacionais da Organização das Nações Unidas.

Exceções ou objeções preliminares, que historicamente evoluíram na jurisprudência de órgãos judiciais, gradualmente se adaptaram aos procedimentos perante os órgãos políticos da ONU (pp. 61-149). A delimitação de competências entre os órgãos da ONU existe por "implicação necessária" da própria estrutura atual da Organização, e para preservar aquela delimitação tem-se recorrido na prática ao levantamento ou uso de exceções preliminares à competência também dos órgãos políticos da ONU (pp. 47-48 e 57). Dentre tais exceções, destaca o autor as de *ultra vires* e *conditio sine qua non*, dado seu caráter peremptório.

Era de se esperar que a doutrina dos "poderes implícitos" da ONU (cf., e.g., R. KHAN, *Implied Powers of the United Nations*, cit. supra, pp. 1-222) introduzisse um elemento de incerteza na determinação do excesso de poderes dos órgãos políticos da ONU (e.g., nas operações de forças de paz); a objeção de *ultra vires*, freqüentemente utilizada, tem sido uma "inferência necessária" dos dispositivos da Carta definindo a competência dos órgãos políticos. Assim tais órgãos "não podem exercer seus poderes em casos ou situações direta ou indiretamente excluídos" pela Carta; por exemplo, é sabido que certas medidas e decisões do Conselho de Segurança simplesmente não podem ser aplicadas contra seus membros permanentes (pp. 71-72)...

Igualmente forte, se não ainda mais, é a objeção de *conditio sine qua non*, pela qual, e.g., a determinação pelo Conselho de ameaças à paz, ruptura da paz e atos de agressão em cada caso concreto é um pré-requisito para tomada de decisões sob o capítulo VII da Carta da ONU (pp. 80 e 91). Três outras modalidades de exceções preliminares levantadas perante os órgãos políticos da ONU apresentam, a seu turno, um caráter permissivo, dependendo, até certo ponto, das contingências políticas dos casos em questão: *electa una via* (o Estado que opta por determinado procedimento de solução pacífica deverá em princípio segui-lo), *lis pendens* e *res judicata* (pp. 102-149).

Enfim, aborda o autor a questão da determinação final (judicial e política) da validade de tais exceções preliminares, por vezes (particularmente em casos envolvendo órgãos políticos da ONU) implicando interpretação da própria Carta da ONU (pp. 153-201). O trabalho de DAN CIOBANU, de rumos pioneiros conforme já indicado, abre novo e fértil campo de estudos aos especialistas e interessados na disciplina.

Subsiste, no entanto, o risco de se atribuir um certo formalismo jurídico às objeções à competência dos órgãos políticos da ONU. Mas o autor tem ao menos o cuidado aparente de evitar conclusões peremptórias sobre a matéria.

O livro de CIOBANU naturalmente não substitui ou dispensa a consulta aos volumes do precioso *Repertory of Practice of United Nations Organs*, e *Suplementos* sucessivos dados a público na última década e meia, manancial de informações fundamentais aos estudiosos da prática dos organismos internacionais. Mas um e outro complementam-se no tocante à competência dos órgãos políticos da ONU: a esse respeito em particular, além do *Repertório*, somos hoje brindados com o estudo de CIOBANU, como uma tentativa das mais válidas de sistematização da matéria, nos limites do tema examinado.

VI) *O direito internacional e a nacionalização de bens estrangeiros*

— RENATO RIBEIRO, *Nacionalização de Bens Estrangeiros ante o Direito Internacional*, São Paulo, Ed. Resenha Universitária, 1977, 129 pp.;

— Renato Ribeiro, *Nationalization of Foreign Property in International Law*, Washington D.C., Ed. Brazilian Embassy [1980], 147 pp.

O estudo monográfico do Dr. RENATO RIBEIRO, Secretário da Comissão Jurídica Interamericana da OEA, que para o benefício dos leitores nacionais é dado a público em língua portuguesa, enfoca um dos pontos mais interessantes — e não sem controvérsias — do direito internacional contemporâneo. Em boa hora veio a Embaixada Brasileira em Washington editá-lo também em sua versão em língua inglesa. Ao traçar a evolução histórica do conceito de propriedade privada, o autor indica o advento de um novo conceito baseado, como é sabido, na função social da propriedade, para então destacar o fundamento político da nacionalização: diferentemente da expropriação individualizada, as nacionalizações atendem a “mudanças operadas na estrutura econômico-social do Estado”, à luz do caráter social da propriedade e da conveniência de que seja esta transferida à entidade político-jurídica que representa a coletividade — o Estado — quando se trata dos meios de produção (pp. 23 e 20). Mostra o autor como a instituição da nacionalização, a ser utilizada no interesse coletivo e não mais no particular, recebeu consagração constitucional em diversos Estados (cf. pp. 25-26).

A questão é cuidadosamente examinada tanto à luz da prática dos Estados (na Europa, Américas, Ásia e África, pp. 48-58) quanto da doutrina (pp. 59-64) e das tentativas de codificação (particularmente do capítulo da responsabilidade dos Estados — pp. 64-71); referências são feitas também à jurisprudência internacional (particularmente da Corte de Haia — pp. 35-36 e 39-46) com relação a questões básicas correlatas ou subjacentes como o debate clássico acerca dos direitos e deveres dos Estados, a problemática das chamadas “fontes” do direito inter-

nacional, e a polémica irreconciliável entre os partidários dos padrões internacional ou mínimo e nacional de tratamento de estrangeiros.

Verifica-se em nossos dias um renascimento do interesse do estudo dessas questões básicas na adoção de resoluções sobre a matéria pelos órgãos da ONU e no debate corrente acerca dos direitos e deveres *econômicos* dos Estados. É mérito do autor levar igualmente em conta estes significativos desenvolvimentos recentes, ainda que de forma sumária (pp. 74-80), tornando o ensaio assim atualizado. À luz da prática e da doutrina internacionais vistoriadas, identifica o autor o reconhecimento do direito soberano dos Estados de nacionalizar, para fins públicos, bens de propriedade estrangeira, acompanhado do dever conexo de compensação. E aqui surge o problema crucial: que forma de indenização?

De um lado, há a tese clássica da "compensação pronta, adequada e efetiva", defendida, como se sabe, pelos Estados Unidos e outros países exportadores de capital — tese esta que, no entender do Dr. RIBEIRO, vem-se debilitando particularmente face aos casos de nacionalizações em ampla escala de países em desenvolvimento (pp. 81-90). Há mesmo quem proponha, em contrapartida, como compatível com o exercício do direito de nacionalização, uma "compensação adequada ou justa" (p. 91). Com efeito, a prática internacional já registra casos de compensação *diferida* (a exemplo dos *lump-sum payments*), de certo modo aliviando o peso financeiro que recai sobre o Estado nacionalizador; do exame do autor dos chamados "acordos globais de compensação" resulta em geral que "em sua quase totalidade as compensações oferecidas não foram adequadas, prontas nem efetivas" (p. 105, e cf. pp. 93-106). Assim, se, por um lado, a prática dos Estados não nega a obrigação de compensar, por outro lado, surgem diferenças quando se trata de precisar o alcance ou extensão daquela obrigação (pp. 107-112).

Ao final de seu ensaio, invoca o autor o princípio do enriquecimento injusto como possível fundamento legal da conduta dos Estados nessa matéria (p. 113), embora admita as grandes dificuldades de se determinar ou medir o conteúdo e extensão do enriquecimento injusto (p. 115). Não obstante, há casos arbitrais em que foi aplicado (pp. 116-117). A admissão desse princípio pode naturalmente ter "importantes repercussões sobre a extensão ou *quantum* da compensação"; na aplicação moderna do princípio do enriquecimento sem causa para determinação da extensão da indenização devida em casos de expropriações ou nacionalizações, pondera o autor, "tem-se admitido, como solução transaccional entre Estados interessados, a necessidade de tomar também em consideração as utilidades ou benefícios excessivos usufruídos pelos inversionistas estrangeiros para, então, deduzi-los do valor dos bens expropriados ou nacionalizados" (p. 129).

Tal princípio certamente angariaria hoje muito mais aceitação do que a antiga e questionável tese da proteção dos direitos adquiridos de propriedade (no plano internacional). A esse respeito, refere-se RENATO RIBEIRO ao estudo de E. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, em que o ex-

Juiz da Corte de Haia rejeita a tese dos direitos adquiridos como base de uma obrigação internacional dada a realidade da coexistência de diferentes sistemas e concepções político-econômicas em numerosos países do mundo contemporâneo; conforme já argumentava o governo mexicano em nota diplomática de 1938 ao governo norte-americano, "o direito de propriedade, com suas modalidades, não é um princípio de direito internacional, senão que sua validade é derivada do direito interno" (pp. 111-112) (16).

Poderíamos, ademais, recordar a esse propósito os ensinamentos isentos do Professor CLIVE PARRY, com a autoridade que lhe confere o conceito de pesquisador internacionalmente respeitado, em que chega à conclusão clara e inequívoca de que "there is no immediate concept of property in international law" (C. PARRY, "Some Considerations upon the Protection of Individuals in International Law", 90 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1956), p. 686). Contudo, alguns autores nos Estados Unidos continuam teimando em tentar assimilar ou confundir os fundamentos da proteção internacional dos direitos humanos com os da prática tradicional relativa à responsabilidade dos Estados por danos a interesses privados estrangeiros (cf. M. S. McDOUGAL, H. D. LASSWELL, L.-C. CHEN, "The Protection of Aliens from Discrimination and World Public Order: Responsibility of States Conjoined with Human Rights", 70 *American Journal of International Law* (1976), pp. 432-469; R. B. LILLICH, "The Problem of the Applicability of the Existing International Provisions for the Protection of Human Rights to Individuals Who are not Citizens of the Country in Which They Live", 70 *American Journal of International Law* (1976) pp. 507-510; R. B. LILLICH, "The Diplomatic Protection of Nationals Abroad: an Elementary Principle of International Law under Attack", 69 *American Journal of International Law* (1975), pp. 359-365).

Tal analogia parece-nos bastante infeliz e inteiramente infundada. Conforme mantivemos em pesquisa publicada em Paris, a construção peca, de início, ao colocar em um mesmo plano de relevância e interesse a proteção de certos direitos humanos *fundamentais* (e.g., direito à vida) e a proteção de interesses comerciais privados no exterior (ou, para usar de terminologia aparentemente *en vogue*, as assim chamadas "foreign wealth deprivations"). A seguir, equivoca-se a superficial construção ao invocar, no plano substantivo, "direitos humanos" de estrangeiros como "*membros da comunidade mundial*", ao mesmo tempo que, no plano processual, fica a depender das possibilidades e mecanismos da proteção diplomática discricionária interestatal — a despeito dos abusos do passado — além de basear-se inteiramente em distinções de nacionalidade que são de todo irrelevantes no verdadeiro exercício da proteção dos direitos humanos (confiada a órgãos internacionais e não ao contencioso diplomático interestatal). Enfim, conforme advertimos em nosso estudo, "qualquer associação deliberada entre proteção

(16) As referências de páginas correspondem à edição de 1977 do estudo do Dr. RIBEIRO, em língua portuguesa.

de direitos humanos *fundamentais* (comuns a todos os seres humanos) e proteção de interesses comerciais privados no exterior provavelmente prestará um desserviço ao direito internacional, pois poderá comprometer esforços bem orientados para conceber e assegurar com coerência e credibilidade um *corpus* de direitos humanos fundamentais mínimos a serem protegidos e que, justamente por incorporarem certos valores universais, podem tornar-se aceitáveis a todos os Estados, ou à maioria dos Estados, independentemente de diferenças em suas respectivas estruturas político-econômicas" (A. A. CANÇADO TRINDADE, "Exhaustion of Local Remedies in the Jurisprudence of the European Court: An Appraisal", 10 *Droit International et Comparé* — RDH/HRJ (1977), Paris, Pédone, p. 185).

Pode-se assim questionar seriamente a imparcialidade e o mérito científico de analogias entre conceitos aplicáveis em contextos fundamentalmente distintos. Haverá o leitor cuidadoso certamente que precaver-se contra doutrinas (senão sofismas) dessa natureza, aparentemente erigidas no intuito de proteger tão-somente determinada categoria de interesses. Tais construções, dada sua artificialidade, terão provavelmente vida efêmera, não resistindo ao passar dos tempos.

Foi justamente no ensaio de um autor nacional que encontramos um tratamento adequado e equilibrado de matéria tão polêmica e controvertida como a nacionalização de bens estrangeiros (e indenização) face ao direito internacional: é uma grata satisfação ler uma análise lúcida e abalizada como a do Dr. RENATO RIBEIRO. Em apenas 129 páginas (edição em língua portuguesa, de 1977) soube o autor expor a matéria com objetividade e bom senso, levando em conta os variados interesses em questão (tanto dos exportadores de capital quanto dos Estados nacionalizadores) à luz das novas concepções sobre a função social da propriedade, hoje consagradas tanto em atos internacionais quanto no direito interno (constituições e atos legislativos diversos — p. 120). É justamente este modo de enfocar a matéria que recomenda sem reservas o livro aos leitores, por tratar-se de trabalho de isenção e imparcialidade — atributos que parecem faltar às discussões supracitadas de outros autores estampadas no *American Journal of International Law*.

VII) *A proteção internacional do meio ambiente*

— SEVINC ERCMAN, *European Environmental Law — Legal and Economic Appraisal*, Berna, Bubenbergl-Verlag, 1977, 508 pp.;

— W. PAUL GORMLEY, *Human Rights and Environment: the Need for International Co-operation*, Leyden, Sijthoff, 1976, 255 pp.

O número crescente de compilações de fontes nacionais e internacionais do direito do meio ambiente, juntamente com as atas de recentes simpósios internacionais que se seguiram à Conferência da ONU sobre o Meio Ambiente, de 1972, em Estocolmo (*e.g.*, colóquios de Hala

em 1973, Bellagio em 1974, Londres em 1975), já fornecem um manancial considerável de dados e material de pesquisa sobre o tema (cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, Nota in 36 *Cambridge Law Journal* (1977), pp. 406-407). O presente livro organizado pela Dra. S. ERCMAN, Assessora Jurídica do Conselho da Europa para questões de meio ambiente, pretende oferecer uma coletânea e avaliação abrangentes de fontes nacionais — e suas repercussões transnacionais — assim como identificar traços comuns, a despeito de diversidade de modelos, nos países europeus, concluindo o estudo com algumas sugestões.

O livro é concebido e apresentado em duas partes bem equilibradas. Na parte I a autora procede a um levantamento da legislação sobre o meio ambiente de 27 países tanto da Europa Ocidental quanto do Leste Europeu, classificando medidas para a proteção e preservação do meio ambiente sob as rubricas de Controle da Poluição e Conservação dos Recursos Naturais (*e.g.*, fauna, flora e *habitat*). Nos países europeus, o controle da poluição tem atraído um volume de legislação maior do que a conservação dos recursos naturais, visando particularmente o controle de poluição dos mares, rios e atmosfera (pp. 31-180), e, em menor escala, controle em setores especiais (*e.g.*, redução de poluição sonora). O levantamento detalhado inclui *résumés* ou excertos de fontes primárias sistematicamente compiladas até abril de 1976, algumas das quais fornecidas pela Organização Mundial da Saúde. Seu propósito é o de identificar traços comuns nas diversas medidas legislativas, cuja comparação pode levar à “unificação das normas jurídicas” ou facilitar “a adoção de diretrizes sobre as medidas a serem levadas em conta no processo decisório tanto legislativo quanto administrativo” (p. 25).

O levantamento é complementado pela parte II, que compreende relatórios nacionais e comentários dos *rapporteurs* abaixo relacionados, que apresentam uma avaliação comparativa útil e por vezes atraente. Para esta segunda parte foram selecionados nove países europeus: pelos sistemas jurídicos germânicos, a Áustria (Professor N. WIMMER, da Universidade de Innsbruck), a República Federal da Alemanha (V. THIEM, Pesquisador do Instituto Max-Planck, Hamburgo), e a Suíça (Professor T. FLEINER, da Universidade de Friburgo); pelo sistema de *Common Law*, o Reino Unido (Professor D. C. M. YARDLEY, da Universidade de Birmingham); pelo grupo latino, a França (Professor A. Ch. KISS, Diretor de Pesquisas do *Centre National de la Recherche Scientifique*, e Professor C. LAMBRECHTS, da Universidade de Estrasburgo); pelo Leste Europeu, a República Democrática da Alemanha (R. LUMMERT, Pesquisador do Instituto Max-Planck, Hamburgo) e a União Soviética (H. J. ÜBOPUU, *Dozent* da Universidade de Salzburgo); pelos países escandinavos, a Suécia (S. WESTERLUND, Pesquisador da Universidade de Uppsala); pelo grupo Benelux, a Bélgica (Professor L. P. SUTENS, da Universidade de Louvain).

De modo geral, os nove relatórios nacionais revelam uma certa uniformidade de apresentação cobrindo áreas como legislação corrente sobre proteção do meio ambiente, questões sobre responsabilidade (na-

cional ou interna e transnacional) e processo (pertinentes a, *e.g.*, direitos e ações individuais ou de grupo, *ombudsman*), e problemas especiais, assim como questões econômicas (*e.g.*, impostos especiais, redução e/ou avaliação de taxas, efeitos da concorrência na indústria). Há, com efeito, um equilíbrio entre considerações jurídicas e econômicas no decorrer desta parte do livro.

Cada relatório contém informações úteis e condensadas sobre medidas de proteção do meio ambiente conforme o sistema jurídico interno em questão, de modo a possibilitar um paralelo entre as experiências dos nove países considerados. Alguns relatórios contêm, além disso, observações de natureza mais geral, *e.g.*, enfatizando o inter-relacionamento — por vezes a tensão — entre os interesses gerais do desenvolvimento econômico e os da conservação e proteção ambiental (Áustria, pp. 290-292; República Federal da Alemanha, pp. 346 e 349; Reino Unido, pp. 477-478; República Democrática da Alemanha, p. 379) (cf. também *infra*). Outros relatórios focalizam o dilema entre centralização e des-centralização na implementação de normas existentes (França, p. 344; Áustria, pp. 292-293).

Como o direito do meio ambiente de certo modo transcende fronteiras e, ao invés de incorporar conceitos absolutos, reflete antes a situação econômica básica de países em estágios distintos de desenvolvimento, foi particularmente feliz a decisão da autora de estender o âmbito do estudo comparativo a um círculo mais amplo de Estados europeus independentemente de seus sistemas políticos e estruturas sócio-econômicas; esta é uma das atrações de relevo do livro. A experiência da República Democrática da Alemanha em proteção do meio ambiente (medidas antipoluição), por exemplo, pode requerer uma reconsideração da premissa prematura de que a poluição era um legado exclusivo do capitalismo (pp. 387-388). Do mesmo modo, na União Soviética, nos últimos quinze anos, parece estar gradualmente ocorrendo uma mudança de ênfase da concentração — sintomática — inicial na conservação de recursos naturais para a conservação do meio ambiente (proteção em relação à urbanização e à industrialização) (pp. 433-434 e 447-452). Sugere-se assim que alguns dos problemas suscitados pela conservação e proteção do meio ambiente bem podem ser, até certo ponto, comuns a *todos* os países *industrializados*.

Os relatórios nacionais demonstram que problemas ambientais podem, às vezes, tornar-se mais predominantes a nível internacional, como, *e.g.*, nos casos de poluição transfronteiriça; algumas vezes, as iniciativas nacionais e internacionais têm-se complementado, como na poluição dos mares (p. 328), sem revelar necessariamente uma “convergência ecológica” (pp. 387-388).

A análise crítica final da Dra. ERCMAN indica áreas de potencial harmonização (nacional e internacional) em questões de política ambiental, demonstra como uma legislação mais cuidadosamente preparada pode auxiliar sua própria implementação, e endossa a corrente favorável a impor obrigações, mais do que a atribuir direitos, a Estados

e indivíduos como o único meio de se alcançar uma proteção eficaz do meio ambiente.

O livro reveste-se de interesse especial àqueles engajados em sua capacidade profissional na legislação nacional e no processo decisório administrativo, assim como às agências internacionais e intergovernamentais. Os leitores sentir-se-ão muito agradecidos a este grupo de *scholars* brilhantes e à Dra. ERCMAN, em particular, pela riqueza e utilidade das informações e dados examinados sobre esta área emergente da regulamentação jurídica que jaz na fronteira dos direitos soberanos e responsabilidades internacionais.

No contexto da América Latina, já há indicações de uma preocupação, a nível internacional, com a proteção do meio ambiente. Registre-se, *e.g.*, o Seminário sobre Estilos de Desenvolvimento e Meio Ambiente na América Latina, realizado em Santiago, em novembro de 1979, como parte do projeto do mesmo nome sob os auspícios da CEPAL e do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (UNEP). O Seminário, como parte do projeto, visou justamente apreciar a interação entre os estilos de desenvolvimento prevalentes na região e os problemas do meio ambiente e utilização de recursos, e sugerir medidas para aprimorar as condições ambientais e a utilização de recursos, incluindo estilos alternativos de desenvolvimento (cf. relatório in ONU, documento E/CEPAL/PROY.2/G.1, de 4 de janeiro de 1980, pp. 1-60).

No plano geral, o livro de W. P. GORMLEY representa um esforço interessante no sentido de apresentar o direito à proteção do meio ambiente como um direito humano fundamental emergente. Para isto, teve o autor que selecionar e examinar áreas do vasto *corpus* em formação do direito do meio ambiente que se revestiam de interesse imediato também para os mecanismos de proteção internacional dos direitos humanos. O autor percorre inicialmente as atividades correntes de agências especializadas do sistema da ONU (como a OIT, a OMS, a UNESCO) e de organismos como a OTAN e a OECD (capítulos I-II), para, a seguir, examinar mais detalhadamente os programas e medidas do Conselho da Europa na área (capítulos III-IV). São também descritas as iniciativas da ONU a partir da Conferência de Estocolmo de 1972 (capítulo V).

Os três últimos capítulos do livro (VI-VIII) são dos mais interessantes: constituem um estudo jurisprudencial da matéria, particularmente, *inter alia*, do já celebrado caso dos Testes Nucleares (Austrália e Nova Zelândia *versus* França, 1974). Para o autor, a simples apresentação do caso perante a Corte Internacional de Justiça representou um passo importante no reconhecimento dos direitos de grupos particulares e dos "interesses da comunidade global", principalmente levando-se em conta a argumentação, no caso, da Nova Zelândia — ainda mais do que a da Austrália —, "baseada nos direitos humanos dos povos — não limitada aos direitos de seus [próprios] nacionais" (pp. 146 e 152).

O caso em questão — relativo à proteção do meio ambiente contra efeitos nocivos e perigosos de testes nucleares tais como a contamina-

ção radioativa — é justificadamente ressaltado pelo autor, por apresentar um claro paralelo, senão aproximação, entre o direito internacional do meio ambiente e a proteção legal dos direitos humanos; não é, assim, surpreendente, que o autor se tenha insurgido contra o modo evasivo e reticente pelo qual a Corte de Haia livrou-se da questão (pp. 175, 178, 186, 219, e 231-232; e, para um exame crítico do desempenho da Corte no caso, cf. PIERRE LELLOUCHE, "The Nuclear Tests Cases: Judicial Silence v. Atomic Blasts", 16 *Harvard International Law Journal* (1975), pp. 614-637).

O argumento final do autor enfatiza a necessidade de se estender *locus standi* (direito de petição) a grupos e associações não governamentais para a conservação e defesa do meio ambiente perante não apenas tribunais arbitrais como também agências administrativas, para fazer valer os seus próprios direitos e os da chamada "comunidade internacional"; sugere ainda o autor que isto poderia contribuir para "impedir dano ecológico e ambiental", e que maior ênfase deveria de início necessariamente ser atribuída ao "aprimoramento de foros regionais e presumivelmente mais ampla utilização da competência das agências especializadas das Nações Unidas" para a implementação das normas existentes de proteção do meio ambiente (pp. 225 e 231).

A despeito da lucidez das conclusões, há certas passagens do livro que poderiam, no entanto, ter sido mais claras; ao tentar discorrer sobre o *rationale* do exercício da proteção diplomática e estendê-lo à argumentação abrangente da Nova Zelândia no caso dos *Testes Nucleares* (supra), por exemplo, o autor parece incorrer em contradições (pp. 153 e 158). No que tange ao estilo, o entusiasmo incontido do autor por vezes o leva a afirmações peremptórias, que requerem maior elaboração de sua parte, mas certamente, a esse respeito, houve muito progresso desde o lançamento de seu livro anterior (W. P. GORMLEY, *The Procedural Status of the Individual before International and Supranational Tribunals*, Haia, M. Nijhoff, 1966, pp. 1-194, em que o autor, *e.g.*, chegava mesmo a afirmar que os experimentos, sob o Conselho da Europa, da Convenção Européia de Direitos Humanos (infra) e seus Protocolos e da Carta Social Européia "representam a realização mais positiva na história dos organismos políticos internacionais porque o indivíduo é protegido tanto em suas liberdades fundamentais quanto em seus interesses econômicos!" — p. 90 — a exclamação é nossa...). Algumas passagens parecem às vezes apressadas (*e.g.*, o adjetivo "considerable" figura seis vezes às páginas XVII-XVIII do Prefácio do autor), e a revisão das provas tipográficas poderia ter sido mais rigorosa.

Mas substancialmente trata-se de um trabalho de inegável valor, que, por sua grande atualidade e pela gravidade do tema tratado, torna-se fonte recomendável de consulta sobretudo àqueles profissionalmente engajados na tarefa de proteção do meio ambiente. As reflexões — senão advertências — sinceras e honestas do autor despertam a simpatia dos leitores e constituem uma contribuição significativa para o estudo da nova disciplina e nova área de regulamentação com ênfase mais diretamente voltada às responsabilidades internacionais.

VIII) *A proteção internacional dos direitos humanos*

— J. B. MARIE, *La Commission des Droits de l'Homme de l'ONU*, Paris, Pédone, 1975, 352 pp.;

— A. H. ROBERTSON, *Human Rights in Europe*, 2ª ed., Manchester, University Press, 1977, 329 pp. (1ª ed. em 1963).

Em boa hora recebemos da editora o livro de J. B. MARIE, *La Commission des Droits de l'Homme de l'ONU*, por um motivo especial: até o lançamento desse livro, não havia a Comissão de Direitos Humanos da ONU, remontando a 1946-1947, sido ainda objeto de estudo sério e sistemático como o presente. Este é um ponto curioso e talvez surpreendente, pois o mesmo não se passou com os demais órgãos congêneres. A nível regional europeu, por exemplo, recorde-se que a Comissão Europeia de Direitos Humanos foi objeto de substancial estudo de FRANÇOIS MONCONDUIT, *La Commission Européenne des Droits de l'Homme*, Leiden, Sijthoff, 1965; tanto a Comissão quanto a Corte Europeias são examinadas em trabalhos consagrados, como, e.g.: J. E. S. FAWCETT, *The Application of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1969; K. VASAK, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Paris, LGDJ, 1964; C. C. MORRISSON JR., *The Developing European Law of Human Rights*, Leiden, Sijthoff, 1967; G. L. WEIL, *The European Convention on Human Rights*, Leiden, Sijthoff, 1963; há ainda estudos jurisprudenciais daqueles órgãos, como, e.g., N. ANTONOPOULOS, *La Jurisprudence des Organes de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Leiden, Sijthoff, 1967; A. A. CANÇADO TRINDADE, "Exhaustion of Local Remedies in the Jurisprudence of the European Court: An Appraisal", 10 *Droit International et Comparé* — RDH/HRJ (1977), pp. 141-185.

A nível regional americano, citem-se, por exemplo, os livros de VASAK e SCHREIBER sobre a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (K. VASAK, *La Commission Interamericaine des Droits de l'Homme*, Paris, LGDJ, 1968; ANNA P. SCHREIBER, *The Inter-American Commission on Human Rights*, Leiden, Sijthoff, 1970), e o estudo mais geral de DIEGO URIBE VARGAS, *Los Derechos Humanos y el Sistema Interamericano*, Madrid, Ed. Cultura Hispánica, 1972. A nível global, destaca-se naturalmente o clássico de HERSCH LAUTERPACHT, *International Law and Human Rights*, Londres, Stevens, 1950, seguido do estudo de M. GANJI, *International Protection of Human Rights*, Genebra/Paris, Droz/Minard, 1962. O presente volume de JEAN-BERNARD MARIE, derivado de tese doutoral do autor, apresentada na Universidade de Estrasburgo, constitui, no entanto, o primeiro estudo abrangente da Comissão de Direitos Humanos da ONU em particular, e o quinto volume da coletânea *René Cassin Amicorum Discipulorumque Liber*.

O livro divide-se em duas partes principais: a primeira, devotada a uma descrição do próprio órgão (pp. 5-129), subdivide-se em três capítulos, abordando, respectivamente, as origens, o estatuto e funções, e a organização e funcionamento da Comissão de Direitos Humanos

da ONU. A segunda parte (pp. 133-301) examina a obra da Comissão: para fins de exposição da vasta matéria, segue o autor o método da periodização, sugerindo a existência de três fases na vida da Comissão. Uma primeira fase, de 1947 a 1954, caracterizar-se-ia pela *redação* de instrumentos internacionais globais (tais como a Declaração Universal de Direitos Humanos e os projetos dos Pactos Internacionais de Direitos Humanos da ONU). A "fase de *promoção*", que se estenderia de 1955 a 1966, compreenderia serviços consultivos, estudos, projetos de declarações distintas e relatórios periódicos sobre direitos humanos desenvolvidos pela Comissão. A terceira fase, de 1967 em diante, seria a da *proteção* propriamente dita: é neste período que se formam os "grupos especiais de *experts*" para investigação de situações diversas e se cristalizam os novos mecanismos e procedimentos para o exame de comunicações ou petições relativas a supostas violações de direitos humanos (e.g., o sistema das Resoluções n.ºs 1.235 (XLII) e 1.503 (XLVIII) do ECOSOC).

É inegável que a contribuição da Comissão para a evolução dos direitos humanos é das mais significativas. Nos últimos anos, tem ocorrido uma crescente "politização" da Comissão, reflexo da dimensão política intrínseca dos direitos humanos (p. 318), valendo destacar a *diversidade de tarefas e funções* (p. 316) que hoje caracteriza sua vasta e pesada agenda de trabalho. A esse respeito, sugere enfim o autor uma reforma de estrutura, um reexame de prioridades e métodos visando sua maior eficácia, não se excluindo mesmo a possibilidade de erigi-la em um dos órgãos principais da ONU (em forma de Conselho, talvez ocupando o lugar do Conselho de Tutela — pp. 320-321).

Ressalta o autor que a Comissão tem logrado servir a causa dos direitos humanos "mais além das ideologias divergentes e dos sistemas políticos concorrentes" (p. 324), a exemplo do sucesso da redação inicial dos projetos de Pactos de Direitos Humanos da ONU em época de crises, tensões e dificuldades internacionais (pp. 168-169). É pertinente observar que, poucos meses após o lançamento do livro de J. B. MARIE, entraram em vigor os dois Pactos de Direitos Humanos da ONU, em 1976 (cf. 13 *U. N. Monthly Chronicle* (1976) pp. 50-52).

O presente volume compreende ainda uma série de anexos da maior utilidade, indicando, e.g., a participação dos Estados-Membros da Comissão nas trinta primeiras sessões do órgão, de 1947 a 1974, a situação da Comissão no sistema da ONU, e todas as questões examinadas pela Comissão — em índice alfabético — em suas trinta primeiras sessões, 1947-1974 (pp. 326-345). É-nos difícil, no entanto, evitar a impressão de que o autor, em seu aparente afã de manter-se estritamente fiel às atas e documentação classificada concernentes à Comissão, segue um abordamento talvez exageradamente histórico-descritivo (particularmente a primeira parte do livro). Ora, pode-se assumir, quando necessário, uma posição crítica sem deixar de ser rigorosamente fiel às fontes... Afora esta ressalva, o livro é um documento de base dos mais úteis sobre a Comissão, cobrindo sistematicamente suas trinta primeiras sessões; trata-se de um guia seguro e instrumento indispensável de

consulta para os que quiserem conhecer mais de perto o funcionamento e o trabalho da Comissão de Direitos Humanos da ONU.

Passando do contexto global ao regional europeu, os vinte e cinco anos de existência da Convenção Européia de Direitos Humanos (de 4 de novembro de 1950) completaram-se com o lançamento de novos estudos gerais, como, *e.g.*, os de F. CASTBERG, *The European Convention on Human Rights*, Leiden, Sijthoff/Oceana, 1974, e de F. G. JACOBS, *The European Convention on Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1975 — cuja leitura, entretanto, não substitui a do excelente trabalho anterior de FAWCETT (*cit. supra*). Dentre tais estudos, no entanto, apresenta especial interesse a 2ª edição, de 1977, do *Human Rights in Europe*, do Professor A. H. ROBERTSON, pela ampla experiência profissional do autor como ex-Diretor de Direitos Humanos do Conselho da Europa assim como por sua vasta obra na área, internacionalmente conhecida (bastando citar, dentre seus escritos, *inter alia*, o *Human Rights in the World*, Manchester, University Press, 1972, e o *European Institutions*, 3ª ed., Londres, Stevens/M. Bender, 1973). Caberia igualmente um paralelo entre o tratamento por parte do autor dos órgãos da Convenção Européia de Direitos Humanos e o estudo de J.-B. MARIE da Comissão da ONU (*supra*), uma vez que, no entender do Professor ROBERTSON, a Comissão de Direitos Humanos da ONU permanece predominantemente um órgão de *promoção*, ao passo que a Comissão e a Corte Européias apresentam-se como órgãos de *proteção*, destinados especificamente à implementação de uma convenção internacional existente (p. 279). As implicações para a prática são importantes, além de abrirem campo para um frutuoso estudo comparativo de órgãos internacionais atuando nessa área.

Como em todos os seus escritos, o Professor ROBERTSON, no presente volume, apresenta a matéria em linguagem simples, clara e objetiva. No capítulo inicial, cobrindo o histórico da Convenção, relata o autor o processo de determinação dos direitos a serem assegurados na futura Convenção e os mecanismos de aplicação da *garantia coletiva* consagrada na Convenção. A partir daí a exposição poderia ser dividida em duas partes: a primeira concernente aos direitos garantidos (capítulos II-III) e a segunda à estrutura e funcionamento dos órgãos da Convenção (Comissão, Corte, e Comitê de Ministros do Conselho da Europa, capítulos IV-VI).

O estudo do Professor ROBERTSON é um exemplo de equilíbrio e bom senso, rejeitando às vezes críticas infundadas ao mecanismo da Convenção (p. 159), em outras passagens formulando ele mesmo críticas construtivas a algumas insuficiências daquele mecanismo (pp. 185-186). O livro está repleto de ponderações pessoais, algumas das quais preciosas. É com imensa satisfação que lemos, por exemplo, à página 147, que o procedimento interestatal conforme o art. 24 da Convenção “vai bem além da doutrina clássica da proteção diplomática de nacionais no exterior”. Já tivéramos, com efeito, a ocasião de demonstrar a fragilidade e falsidade de analogias entre a proteção internacional

de direitos individuais a cargo de órgãos internacionais e a proteção de cidadãos no exterior no plano interestatal discricionário (A. A. CANÇADO TRINDADE, *The Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law* (Ph.D. Thesis), volume I, Universidade de Cambridge, 1977, pp. 315-456 (circul. interna); A. A. CANÇADO TRINDADE, "L'épuisement des recours internes dans des affaires inter-étatiques", 14 *Cahiers de Droit Européen* (1978), pp. 139-157).

O principal recurso instituído pela Convenção Européia, segundo ROBERTSON, é o direito de petição individual perante a Comissão (a ser reconhecido pelos Estados-Partes sob o art. 25): trata-se da pedra angular do sistema europeu de proteção — que tem por objetivo último a garantia dos direitos de seres humanos individuais e não dos chamados direitos dos Estados (pp. 149-152, e cf., a respeito, e.g., K. VASAK, "Le problème des 'pétitions' individuelles relatives aux droits de l'homme", *La Protection Internationale des Droits de l'Homme dans le Cadre Européen* (Colloque de Strasbourg, 1960), Paris, Dalloz, 1961, pp. 261-278). Assim, a Convenção oferece um meio de reparação internacional quando os meios nacionais são inadequados (p. 152). Não obstante, os órgãos nacionais retêm a responsabilidade *primária* pela salvaguarda dos direitos individuais fundamentais (cf. discussão in A. A. CANÇADO TRINDADE, "Exhaustion of Local Remedies in International Law and the Role of National Courts"; 17 *Archiv des Völkerrechts* (1977-1978), pp. 333-370; G. DAHM, "Die Subsidiarität des internationalen Rechtsschutzes bei Völkerrechtswidriger Verletzung von Privatpersonen", *Vom Deutschen zum Europäischen Recht — Festschrift für Hans Dölle*, vol. II, Tübingen, J. C. B. Mohr (P. Siebeck), 1963, pp. 3-33).

O autor expõe com lucidez as relações entre a Comissão e a Corte (pp. 207-208) assim como a natureza e as funções de ambos os órgãos (e.g., pp. 195 e 214). São também relatados com detalhes o procedimento de "solução amistosa" e os poderes de investigação da Comissão (artigo 28) (pp. 173-184). Quando a Corte ou o Comitê de Ministros conclui que ocorreu uma violação da Convenção, adverte ROBERTSON que a filosofia ou concepção básica da Convenção é no sentido de deixar ao governo em questão tirar suas próprias conclusões e decidir quanto à medida de reparação necessária (p. 209). O autor teve a feliz lembrança de incluir no livro um útil índice de casos citados (pp. IX-XIV), mas é sempre conveniente ter também em mãos o *Stock-Taking on the European Convention on Human Rights*, publicado pela Comissão Européia e atualizado periodicamente.

Assim como os livros de VASAK e MONCONDUIT (cit. supra) constituem os trabalhos modelares em língua francesa sobre o experimento europeu aqui considerado, os livros de FAWCETT e ROBERTSON (cit. supra) são os que se distinguem em língua inglesa. O de FAWCETT é uma análise verdadeiramente brilhante e *scholarly* da Convenção Européia, cláusula por cláusula; o de ROBERTSON, reeditado em boa hora, é um precioso depoimento pessoal de quem durante muitos anos

esteve à frente do programa de direitos humanos do Conselho da Europa em Estrasburgo.

IX) *O Brasil e o direito do mar contemporâneo*

— MICHAEL A. MORRIS, *International Politics and the Sea: The Case of Brazil*, Boulder/Col., Westview, 1979, 291 pp.

Difícilmente se encontrará, no vasto *corpus* do direito internacional contemporâneo, área que tenha recebido contribuição tão marcante dos países latino-americanos como a do direito do mar (cf. F. V. GARCIA AMADOR, "A Contribuição da América Latina para o Desenvolvimento do Direito do Mar", *Curso de Direito Internacional*, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1977, pp. 93-130; K. HJERTONSSON, *The New Law of the Sea — Influence of the Latin American States on Recent Developments of the Law of the Sea*, Leiden Stockholm, Sijthoff/Norstedts, 1973, pp. 19-179). O presente estudo, que gentilmente nos envia a Editora, concentra-se nas posições assumidas pelo Brasil no tocante a aspectos distintos do regime jurídico dos oceanos.

Nas décadas de cinquenta e sessenta a matéria não despertara no Congresso e no Executivo brasileiros o mesmo interesse que nos últimos anos. No que tange à extensão do mar territorial (cf., e.g., V. MAROTTA RANGEL, *Natureza Jurídica e Delimitação do Mar Territorial*, 2ª ed. rev., São Paulo, Ed. Rev. Trib., 1970, pp. 17-229), por exemplo, a posição do Brasil, nas duas primeiras Conferências da ONU sobre Direito do Mar (1958 e 1960), foi cautelosa e moderada, dado que a principal área de controvérsia dizia respeito justamente aos limites do mar territorial e da jurisdição sobre zonas de pesca costeiras (pp. 65-68 e 76-86; para as posições anteriores do Brasil, quando da convocação, em 1956, da I Conferência da ONU sobre Direito do Mar, para 1958, cf. GILBERTO AMADO, "O Brasil e o Direito do Mar", 169 *Revista Forense* (1957) pp. 9-15).

Com efeito, o mar territorial das 200 milhas só foi proposto no Congresso em 1967 — quando o Itamarati continuava assumindo posição cautelosa à luz das Convenções de Genebra sobre Direito do Mar de 1958 — e discutido em fins de 1969 e início de 1970 (grupo de trabalho informal, composto de representantes dos Ministérios das Relações Exteriores e da Marinha), sendo tal extensão finalmente aprovada pelo Congresso em maio de 1970 (pp. 31-33 e 35-44, e cf. também pp. 93-102). Desde então, na implementação da nova extensão do mar territorial, tem-se desviado a ênfase — na sugestão de MORRIS — de razões político-estratégicas e de segurança para razões de caráter econômico (pp. 45-46).

Nesse período que se seguiu, de preparo para a III Conferência da ONU sobre Direito do Mar (1974-1981), o Brasil reafirmou (em 1973) seu direito de estender o mar territorial a 200 milhas, mas sem prejuízo de sua postura basicamente territorialista também levou em conta a crescente aceitação da idéia de zona econômica/mar patrimonial, não

rejeitando a possibilidade de uma acomodação (pp. 141-142). Sua posição aparentemente mais flexível tornou-se mais visível na sessão de Caracas (1974) da III Conferência da ONU sobre Direito do Mar, o mesmo ocorrendo na 3ª e 4ª sessões (1975-1976) da Conferência (pp. 145-146, e cf. p. 150).

No momento presente (início de 1981), após a publicação do livro de MORRIS, as indicações são efetivamente no sentido de que o Brasil admitiria uma revisão de sua posição, com o retorno ao mar territorial tradicional (12 milhas) mas conservado seu direito sobre a exploração dos recursos econômicos na faixa das 200 milhas de sua zona econômica (cf. "Doze Milhas Agradam o Brasil", *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 7 de setembro de 1980, p. 12; "Mar Brasileiro Vai Ser de Doze Milhas", *Correio Braziliense*, Brasília, 5 de julho de 1980, p. 10; para a ênfase na utilização econômica do mar, cf. pronunciamento do delegado brasileiro in ONU, *Third U. N. Conference on the Law of the Sea — Official Records*, vol. I, 1973-1974, pp. 60-61). E, conforme adverte o *Relatório do Ministério das Relações Exteriores* de 1976, editado em 1979, o Itamarati tem-se oposto "às tentativas das potências marítimas de caracterizar a zona econômica como parte do alto-mar, onde os Estados costeiros exerceriam um número limitado de direitos específicos, por concessão da comunidade internacional" (*Relatório...*, cit. supra, p. 129; e cf., para um estudo recente sobre a matéria, A. A. CANÇADO TRINDADE, "Posições Internacionais do Brasil no Plano Multilateral", 52 *Revista Brasileira de Estudos Políticos* (1981), pp. 189-195).

Se, por um lado, o Brasil tem defendido os direitos do Estado costeiro sobre as águas sob jurisdição nacional (faixa marítima adjacente a suas costas), por outro lado tem o Brasil paralela e concomitantemente sido partidário de um sólido regime a ser aplicado à área dos fundos marinhos situados além das jurisdições nacionais (cf. p. 161). Desde 1970, na Assembléia Geral (Primeira Comissão) da ONU, defendia o Brasil o projeto de formulação de um regime internacional equitativo para os fundos marinhos e oceânicos (cf. MRE, *Documentos de Política Externa*, vol. IV, 1969-1970, pp. 283-289, e vol. V, 1971, pp. 34-39).

Conforme relembra com pertinência MORRIS, já nos trabalhos preparatórios da III Conferência da ONU sobre Direito do Mar realizados no seio da Comissão sobre o Fundo do Mar (Seabed Committee), advogavam os Estados latino-americanos poderes amplos para uma autoridade internacional para os fundos marinhos e oceânicos (desde a resolução *moratorium* de 1969), e o Brasil defendia tal regime internacional, porém mais flexível (pp. 127-132, 117 e 139-140). Como sintetiza o *Relatório* do Itamarati de 1976, "entre o princípio da livre exploração dos fundos marinhos, advogado pelos países industrializados, e o do controle dessa exploração por parte de uma Autoridade Internacional, posição dos países em desenvolvimento, busca-se uma fórmula intermédia capaz de contar com adesão generalizada" (*Relatório...*, cit. supra, p. 128; sobre a autoridade internacional para o fundo do mar, cf. *Informal Composite Negotiating Text/Revision 2*, da III Con-

ferência da ONU sobre Direito do Mar, ONU doc. A/CONF. 62/WP. 10/Rev. 2, de 11 de abril de 1980, pp. 86-101, arts. 156-183, e cf. também p. 76, artigo 136, para a consagração do princípio de "patrimônio comum da humanidade").

Como se depreende da própria natureza do tema tratado, o livro de MORRIS reveste-se do maior interesse para internacionalistas e estudiosos da política externa brasileira. Trata-se de estudo detalhado, bem documentado, e dos mais atualizados. Além dos aspectos acima indicados, o livro aborda também os interesses navais brasileiros (pp. 169-250, e cf. pp. 267-282), a pesca e as respostas brasileiras aos desafios dos grandes poderes (pp. 257-262), arriscando-se mesmo a delinear as diretrizes da política brasileira dos oceanos "em perspectiva comparativa" (pp. 283-291). O livro reveste-se, assim, de certa utilidade também para as chancelarias e àqueles engajados profissionalmente nas negociações correntes da III Conferência da ONU sobre Direito do Mar. Por vezes o autor se nos apresenta talvez excessivamente preocupado com a extensão do mar territorial brasileiro para 200 milhas e com o que chama de "corrente revisionista" no direito do mar; é ele bastante repetitivo no exame das posições dos chamados "revisionistas" do direito do mar (cf. pp. 30, 79, 81, 88, 90-95, 99-101, 103-104, 119-120 e 125).

A insistência do autor nas posições do que chama de "revisionistas" (contrapostas às dos poderes marítimos tradicionais) chega a chamar a atenção do leitor, senão a entediá-lo. Talvez tenha ocorrido aqui um certo exagero por parte do autor. Ademais, há também os que vislumbram nas posições dos Estados latino-americanos — ainda que não refletindo uniformemente as posições de um bloco monolítico — não única e propriamente uma "revisão" do direito do mar tradicional, mas mais *positivamente* um instrumental e contribuição de peso "na formação do novo direito [do mar], que incorpora muitos dos princípios e elementos mais importantes promovidos pelos Estados latino-americanos" (K. HJERTONSSON, *op. cit.*, p. 179 — livro revisto em nossa resenha in *3 Relações Internacionais* — Brasília (1980) pp. 87-89 (17)). Mas esta ressalva de modo algum subtrai ao livro de MICHAEL MORRIS, hoje professor de Ciência Política na Universidade Clemson, as qualidades já apontadas de trabalho bem documentado, detalhado, e da maior atualidade, — que mereceria talvez ser considerado pelas Editoras nacionais para edição em língua portuguesa.

X) *Considerações finais: a expansão do direito internacional*

Do presente estudo bibliográfico pode-se depreender que os temas selecionados encontram-se inter-relacionados: é o caso, por exemplo, dos três primeiros deles — solução pacífica de controvérsias internacionais, solução pacífica de conflitos econômicos internacionais e regulamentação de conflitos armados no plano internacional — cujas afi-

(17) Cf. notas 2 e 15, *supra*.

nidades são manifestas. Mesmo os problemas de jurisdição internacional não raro configuram-se no exercício dos mecanismos de solução pacífica de controvérsias internacionais. A ampla polêmica acerca da nacionalização de bens estrangeiros pode levar ao contencioso diplomático, revestindo-se assim de interesse de ordem tanto teórica quanto prática. Os desenvolvimentos recentes no direito do mar contemporâneo constituem outro tema da maior relevância e atualidade, ainda quando examinados da perspectiva de um dos inúmeros protagonistas do fascinante processo de negociação e formulação de um novo regime jurídico dos oceanos que é a III Conferência da ONU sobre Direito do Mar (1974-1981).

Hoje, os novos campos de proteção internacional do meio ambiente e dos direitos humanos, e da regulamentação de conflitos armados no plano internacional, aqui focalizados, apresentam-se em constante interação. O próprio livro do SIPRI, comentado supra, afirma a certa altura: "A responsabilidade pelo meio ambiente é reconhecida no direito internacional moderno da paz. Deveria também ser reconhecida em tempos de conflitos armados" (*op. cit.*, p. 41). São patentes as afinidades entre a proteção internacional do meio ambiente e a dos direitos humanos, chegando o trabalho de GORMLEY (supra) a apresentar o direito à proteção do meio ambiente como um direito humano fundamental incipiente. Ainda como testemunho da unidade da solução jurídica, é hoje possível detectar inúmeros exemplos de interação, em espírito de cooperação, entre órgãos nacionais e internacionais na implementação de dispositivos de tratados e convenções internacionais relativos à proteção de direitos humanos. E um ponto comum e central às três áreas aqui revistas é o da capacidade *processual* de particulares (indivíduos e grupos) no plano internacional (para um estudo dos experimentos internacionais pioneiros, cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, "Exhaustion of Local Remedies in International Law Experiments Granting Procedural Status to Individuals in the First Half of the Twentieth Century", 24 *Netherlands International Law Review* (1977), pp. 373-392).

Vale ademais aqui registrar esforços recentemente empreendidos no sentido de determinar a especificidade e as inter-relações entre o chamado direito internacional dos direitos humanos e o direito humanitário propriamente dito (*e.g.*, regulamentação dos conflitos armados). Dentre as iniciativas acadêmicas frutuosas e pioneiras neste setor, cabe-nos destacar principalmente as do Instituto Internacional de Direitos Humanos (Fundação René Cassin, Estrasburgo) ⁽¹⁸⁾, Instituto Henry-Dunant (Genebra), e Instituto Internacional de Direito Humanitário (San Remo) — sem falar na atuação do Comitê Internacional da Cruz Vermelha (Genebra).

(18) Cf., *e.g.*, Institut International des Droits de l'Homme, *Résumés des Cours* — 1977, Strasbourg, IIDH, 1977, pp. 1 ss.; Inst. Intl. Dr. Hom., *Résumés des Cours* — 1975, Strasbourg, IIDH, 1975, pp. 1 ss.; Inst. Intl. Dr. Hom., *Résumés des Cours* — 1974, Strasbourg, IIDH, 1974, pp. 1 ss.; Institut International des Droits de l'Homme, *Selected Readings on the International and Comparative Law of Human Rights*, Strasbourg, IIDH, 1974, pp. 1 ss.

Em sua maior parte, os temas cobertos pela presente resenha bibliográfica seletiva apontam alguns dos novos rumos trilhados pelo direito internacional contemporâneo. É o caso, por exemplo, da evolução de alguns dos mecanismos de solução pacífica de controvérsias internacionais, tão cuidadosamente examinados pelos pesquisadores do UNITAR; é igualmente o caso da III Conferência da ONU sobre Direito do Mar (e.g., com a evolução de conceitos clássicos, como o de plataforma continental, e a emergência de novos conceitos, como o de zona econômica exclusiva); assim como é o caso, no campo da jurisdição internacional, do interessante fenômeno da prática de levantamento de exceções preliminares perante órgãos políticos internacionais, ressaltado por CIOBANU; é, ademais, o caso dos esforços correntes visando coibir o armamentismo e regulamentar os conflitos armados no plano internacional.

Tudo leva a crer que, em relação a distintas áreas da atividade humana, a regulamentação jurídica internacional mostra-se em nossos dias preocupada bem mais com a proteção dos direitos fundamentais dos seres humanos do que com os chamados direitos dos Estados, como na doutrina clássica (quanto a estes últimos, cf. a cronologia útil e detalhada de RICARDO J. ALFARO, "The Rights and Duties of States", 97 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1959), pp. 95-202). Ora, já advertia a esse respeito o grande e saudoso internacionalista HERSCH LAUTERPACHT que "a analogia — ou melhor, a identidade essencial — das regras regendo a conduta dos Estados e indivíduos não se afirma pela razão de serem os Estados como os indivíduos; deve-se ao fato de que os Estados se compõem de seres humanos individuais..." (H. LAUTERPACHT, *International Law — Collected Papers*, vol. I, Cambridge, Cambridge University Press, 1975, p. 336).

As novas áreas aqui revistas evidenciam igualmente o anacronismo de certos conceitos do direito internacional clássico perante as novas realidades suscitadas em grande parte pelo progresso tecnológico. Para citar apenas um exemplo, os princípios clássicos da responsabilidade dos Estados (por danos causados a estrangeiros) partiam da premissa de que o dano ocorria necessariamente no território de Estado estrangeiro; ora, hoje, no campo da proteção do meio ambiente, a probabilidade de danos transfronteiriços destrói a sacrossantidade daquela premissa, e vem a requerer uma reavaliação global das normas de responsabilidade estatal no novo contexto (para uma discussão sobre este ponto, cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, *The Rule of Exhaustion...*, op. cit. supra, volume II, pp. 1.075-1.115).

Paralelamente à crescente vulnerabilidade do Estado territorial na era nuclear, desenvolvem-se diversas modalidades de relações transnacionais e multiplicam-se novas entidades não territoriais atuantes no plano internacional. Tais fatores geram naturalmente uma série de dificuldades para internacionalistas tradicionais e ortodoxos, habituados que estão a lidar com conceitos (como a soberania clássica) e

relações de base territorial, e para quem a relação de dependência-dominância nem sempre é tão evidente como para economistas ou politólogos (cf. as ponderações de L. DEMBINSKI, "Le territoire et le développement du droit international", 31 *Schweizerisches Jahrbuch für internationale Recht* (1975), p. 134). Mesmo em relação ao domínio mais específico de atuação das agências especializadas da ONU, pode-se hoje argumentar que os Estados não mais detêm os mesmos monopólios antigos de condição de membros, de representatividade e da palavra final nas resoluções e instrumentos adotados (cf. o estudo a respeito de A. H. ZARB, "Souveraineté et institutions spécialisées des Nations Unies", *La Souveraineté au XX.^e siècle*, Paris, Libr. A. Colin, 1971, cap. VIII, pp. 236-277).

Conforme ponderava FRIEDMANN em monografia hoje consagrada, a preocupação primordial do direito internacional clássico em sua época de formação era a evolução de regras de conduta geralmente aceitas na diplomacia internacional; pouco se preocupava, por conseguinte, a contrário do que ocorre hoje, com as condições econômicas das nações e questões de bem-estar dos povos. Com o passar do tempo, no entanto, formaram-se novas camadas de relações internacionais, paralelamente às relações interestatais de caráter diplomático, estendendo o âmbito do direito e das relações internacionais a áreas anteriormente inatingidas, como no plano das relações internacionais cooperativas (cf. W. FRIEDMANN, *Mudança da Estrutura do Direito Internacional*, Rio/São Paulo, Freitas Bastos, 1971, pp. 9 e 14-15).

Estamos hoje, em poucas palavras, diante do que McNAIR, já há duas décadas atrás, tão pertinentemente denominava de "expansão do direito internacional" (Lord McNAIR, *The Expansion of International Law*, Jerusalem, The Hebrew University, 1962, pp. 7-68) ⁽¹⁹⁾. Esse fenômeno reflete-se naturalmente na crescente e impressionante massa de publicações que florescem em diversos países no campo do direito internacional. Por si só certos capítulos do direito internacional são hoje capazes de consumir longos períodos de preparo e produção intelectual de pesquisadores da área. Felizmente a atual geração de internacionalistas pode hoje contar com subsídios valiosos, como, por exemplo, dentre outros, as bibliografias mensais (de livros e artigos selecionados) do Escritório da ONU em Genebra, a bibliografia semestral de direito internacional público do Instituto Max-Planck (Heidelberg), a bibliografia anual da Corte Internacional de Justiça (Haia), a seção de direito internacional da bibliografia da *International Political Science Association* (intitulada *International Political Science Abstracts/Documentation Politique Internationale*). Tais publicações, índices e fascículos bibliográficos constituem instrumento indispensável de consulta dos internacionalistas atentos e dedicados, além de realçarem a necessidade crescente de, a par de uma sistematização da prática do direito internacional, proceder-se igualmente a uma sistematização da *bibliografia* do direito internacional contemporâneo.

(19) Ainda sobre o tema da expansão do direito internacional, cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, "Considerações acerca das Relações...", *op. cit.* supra n.º 1, pp. 203 e ss.

O direito romano
e a unificação das normas jurídicas
relativas aos contratos
de compra e venda internacionais
de mercadorias

ANNA MARIA VILLELA

Professora da Universidade de Brasília
e do Instituto Rio Branco

SUMÁRIO

PRIMEIRA PARTE

**O espírito do direito romano e as novas reivindicações
doutrinárias em matéria de venda internacional**

- A) **As reivindicações doutrinárias**
 - a) **A impotência do direito internacional privado**
 - b) **O desejo de superar a idéia de propriedade**
 - c) **A necessidade de enfatizar a distinção dos bens em fungíveis e infungíveis**
- B) **As atitudes do direito romano**
 - a) **Quanto aos conflitos de leis**
 - b) **Quanto à irrelevância da propriedade para o contrato de compra e venda**
 - c) **Quanto à utilização da categoria de coisas fungíveis e infungíveis**

Trabalho apresentado como relato básico no Terceiro Congresso Latino-Americano de Direito Romano, em homenagem ao bicentenário de nascimento de Dom Andrés Bello, realizado em Bogotá, nos dias 2 a 7 de agosto de 1981, sob o patrocínio da Universidade Externado de Colômbia.

SEGUNDA PARTE

O conteúdo de direito romano na Convenção da ONU sobre a venda internacional de mercadorias

- A) O direito romano e as disposições gerais da CVIM
 - a) O artigo 7º
 - b) O artigo 8º
 - c) O artigo 11
- B) O direito romano e as disposições específicas da CVIM
 - a) Os artigos 35, 36, 39, 40 e 41
 - b) Os artigos 66, 67, 68 e 69
 - c) O artigo 71
 - d) Os artigos 78 e 84
 - e) O artigo 79
 - f) Os artigos 85, 86 e 88

CONCLUSÕES

Introdução

No mês de abril de 1980, em Viena, foi aberta à assinatura dos Estados-Membros da comunidade internacional, sob a iniciativa da ONU, uma convenção sobre os contratos de compra e venda internacional de mercadorias.

O preâmbulo do referido texto demonstra que os Estados participantes deste recente exercício de unificação jurídica tiveram em mente três objetivos principais, a saber: as resoluções da Assembléia Geral relativas à instauração de uma nova ordem econômica internacional; o desenvolvimento do comércio exterior, à base de igualdade e vantagens recíprocas, como elemento importante na promoção de relações amistosas entre os Estados; e, finalmente, a adoção de normas uniformes aplicáveis aos contratos de compra e venda internacional de mercadorias, compatíveis com os diferentes sistemas sociais, econômicos e jurídicos, capazes de contribuir para a eliminação dos obstáculos jurídicos às trocas internacionais (1).

Nesta ocasião solene em que se evoca a memória de Dom ANDRÉS BELLO, em razão do bicentenário de seu nascimento, estimamos que não seria sem sentido homenagear esta figura ímpar de romanista-internacionalista das Américas, escolhendo o mencionado texto como base de nossa contribuição a este Congresso.

[1] Nations Unies, Assemblée Générale, A (Conf. 97/18) — 10 avril 1980, Conférence des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, Vienne, 10 mars — 11 avril 1980, acte final de la Conférence, Annexe I, pág. 1.

Tal como nós, Dom ANDRÉS BELLO acreditava no carácter educativo do direito romano e, ao mesmo tempo, em sua **utilidade prática** (2), declarando, ao instalar a Universidade Chilena, que esta não daria "guarida ao preconceito que condena como **inútil** ou pernicioso o estudo das leis romanas"; e pensava, ao contrário, "que havia de conceder-lhe novo estímulo, assentando-o sobre bases mais amplas".

Nosso desejo, ao efetuar esta pesquisa, foi o de testar a possível atualidade do direito romano e o seu eventual poder de se transformar em **ius commune** (3) exatamente num campo onde se admite facilmente que outros sistemas jurídicos rivais do romano teriam mais contribuições úteis a trazer (4).

Que nos seja permitido recordar aqui as palavras mordazes do Marquês de Pombal, ao inspirar ao Rei português a célebre Lei da Boa Razão:

É "muito mais racional, e muito mais coerente, que nestas interessantes materias se recorra antes em caso de necessidade ao subsidio proximo das sobreditas Leis das Nações Christãs, illuminadas e polidas, que com ellas estão resplandecendo na boa, depurada e sã jurisprudencia; em muitas outras erudições uteis, e necessarias; e na felicidade; do que ir buscar sem boas razões, ou sem razão digna de attender-se, depois de mais de desessete seculos, o socorro às Leis de huns gentios: que nos seus principios moraes e civis forão muitas vezes perturbados, e corrompidos na sobredita fórma; que do Direito Natural tiverão apenas as poucas e geraes noções, que manifestão os termos, com que o definirão; que do Direito Divino he certo que não souberão cousa alguma, e que do commercio, da navegação, da Arithmetica Política, e da Economia de Estado, que hoje fazem tão importantes objectos dos Governos Supremos, não chegarão a ter o menor conhecimento" (5).

Na verdade, sempre nos é lembrado pela Doutrina que os romanos só cuidaram magnificamente do direito civil, não tendo dado muitas chances de expansão ao direito comercial, relegado às transformações

(2) CALDERA, R. Andrés Bello, Edições da Presidência da República, Caracas, 1973, pág. 129. V. nota do autor n.º 16, pág. 145: D. C., Santiago, VIII, 311. "O preconceito geral que reinava contra o estudo do direito romano reflete-se na *Vida de Bello*, de Amunátequi, nos argumentos com que o discípulo "defende" o mestre das acusações de romanista que lhe imputavam (págs. 346-347).

(3) V. *Projet d'une convention-cadre relative au droit commun du commerce international présenté par la délégation française à la 3ème session de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international* (New York, 1970), in BRUNO OPPETIT, *Droit du Commerce International*, Paris, Presses Universitaires de France, 1977, pág. 31.

(4) KAHN, P. *La Vente Commerciale Internationale*, Paris, Sirey, 1961, pág. 7. BONNELL, M. J. *Le Regole Oggettive del Commercio Internazionale*, Milano, Giuffrè, 1976, pág. 9. Ambos referindo-se a: RABEL, *Actes de la Conférence convoquée par le gouvernement royal des Pays-Bas sur un projet de convention relatif à une loi uniforme sur la vente d'objets mobiliers corporels en droit comparé*, Bruxelles, 1961, págs. 19-31.

(5) *Lei da Boa Razão* ou Lei de 18 de agosto de 1769, declarando a autoridade do direito romano, e canonico, assentos, estylos e costumes, in CANDIDO MENDES DE ALMEIDA, *Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal*, 14.ª edição, Rio, Typographia do Instituto Philomatico, 1870, págs. 725 e seguintes.

anuais dos editos dos pretores, numa sociedade que considerava, de certo modo, desprezível a atividade mercantil que, na grande maioria dos casos, se realizava por interposta pessoa, ou, melhor dizendo, por escravos (6).

É, portanto, bastante natural que o esforço doutrinário que precedeu à elaboração da Convenção da UNCITRAL, que pretendemos estudar à luz do direito romano, tenha se dirigido a mostrar novos caminhos, a apontar outros sistemas, a detectar lacunas e omissões a serem supridas, num mundo em que excessivo nacionalismo jurídico codificou e cristalizou princípios divergentes e antagônicos, produzindo danos e mal-estar aos agentes das relações econômicas internacionais (7).

Postularam-se, entre outras, as seguintes soluções:

1) Para dar às relações do comércio internacional um tratamento adequado, que realmente levasse em conta a sua especificidade, necessário seria abrir mão do nacionalismo jurídico excessivo e da intransigente soberania. Era preciso diminuir a incidência dos conflitos de leis, sempre solucionados por um determinado direito nacional, e promulgar normas realmente internacionais, inspiradas nos melhores exemplos da variedade reinante, capazes de dar tratamento adequado e, portanto, não forçosamente nacional, às relações que intrincam bens e pessoas de diferentes Estados.

2) Pretendeu-se que ao comércio internacional, que tem no contrato de compra e venda uma de suas facetas mais importantes, interessavam a eficiência e a segurança e não os requintes de abstração jurídica. Conseqüentemente, necessário seria realizar aquilo que se chamou a "superação" da noção de propriedade, e a ênfase devida e verdadeira deveria recair sobre a noção de entrega da coisa.

(6) OURLIAC, P. et DE MALAFOSSE, J. *Histoire du Droit Privé*, Paris, PUF, 1969, 2.^a edição, t. I, pág. 41. Dizem os autores: "O postulado de um direito comercial que não pode ser senão internacional parece pouco convincente: direito comercial interno e direito civil podem coexistir, do mesmo modo que direito prático e direito erudito. Em Roma, houve um direito comercial interno, mas os juristas, por preconceito de classe, nunca se interessaram por ele. Aristocratas em maioria, justamente orgulhosos de seu *jus civile*, constataam a existência de práticas comerciais do *jus gentium* apenas para vinculá-las a técnicas que, não somente lhes são familiares, mas também lhes parecem adequadas. Por que se surpreender com o fato de os juristas romanos não enfatizarem a originalidade destas práticas quando em nossa época, na qual o "direito civil se comercializou", "os juristas modernos se esforçam por explicar as práticas comerciais submetendo-as aos princípios gerais da legislação civil"? (RIPERT, *Traité Élémentaire de Droit Commercial*, Paris, 1951, pág. 27.)

(7) DAVID, R. "The International unification of private law", in *International Encyclopaedia of Comparative Law*, The Hague/Tübingen, Mouton, 1975, vol. II, Chapter 5, págs. 5-16: "O caráter internacional do direito comercial tem sido freqüentemente postulado. Um autor escreveu recentemente: "O direito do comércio internacional mostra gritante similitude entre os sistemas jurídicos nacionais... (Esta similitude transcende à divisão do mundo entre países de economia planificada e economia de mercado" (SCHMITTHOFF, *The Law of International Trade, its Growth, Formulation and Operation*: Schmitthoff ed. 3).

Infelizmente, esta declaração otimista (como convém num trabalho patrocinado pela ONU) destina-se a mostrar a existência de uma fraternidade entre os homens, mas não se coaduna com a realidade.

Necessita-se saber se um contrato válido foi concluído? Em direito Inglês uma oferta é sempre revogável; em direito alemão qualquer oferta é, em princípio, irrevogável; segundo o American Uniform Commercial Code, uma oferta feita por escrito é irrevogável. Na França, Alemanha e Suécia, não há requisitos de forma para os contratos; na União Soviética, todos os contratos concluídos por uma organização econômica soviética exigem um escrito *ad solemnitatem*.

3) Além disso, criticou-se o fato de os sistemas jurídicos, sobretudo romanistas, darem importância excessiva à categoria de bens móveis e imóveis para assim diferenciar os tratamentos jurídicos aplicáveis.

Para os comerciantes da vida internacional interessam sim diferentes enfoques jurídicos, mas partindo da característica importante que os bens podem apresentar, a saber, a fungibilidade ou a infungibilidade. Tais sugestões levariam progresso aos Estados detentores de textos legislativos ultrapassados que "visam um mundo idílico, em que vendedores e compradores se encontram pessoalmente, o mandatário negociando em seu próprio nome; em que o preço é pago à vista, em que a coisa é entregue imediatamente, ou melhor, é retirada pelo comprador da casa do vendedor, e onde o comprador inocente confia na habilidade profissional do vendedor, superior à sua própria" (8).

Com o presente estudo visamos mostrar, primeiramente, que estes três postulados não são incompatíveis com o direito romano e, muito pelo contrário, representam o seu espírito e as suas próprias vacilações e posteriores descobertas.

Mas que, além disto, muitas outras normas e princípios, que se corporificaram na recente Convenção da UNCITRAL sobre a compra e venda internacional, atestam a adaptabilidade do sistema romano às necessidades modernas e, até mesmo, inconscientemente o perpetuam, não só no que diz respeito a interpretação, estrutura, terminologia, vocabulário, mas também em termos de conteúdo material de normas.

1) O espírito do direito romano e as novas reivindicações doutrinárias em matéria de venda internacional

Retomemos as três referidas exigências doutrinárias para, subsequentemente, confrontá-las com as atitudes e posições do direito romano.

A) As reivindicações doutrinárias

Os autores modernos, tentando criar uma teoria nova capaz de atender aos apelos da prática internacional do comércio, acusam fenômenos nefastos no estágio atual de alguns ordenamentos jurídicos nacionais.

Eis alguns deles:

a) A impotência do direito internacional privado

Na verdade, é quase um lugar comum a denúncia contra a teoria dos conflitos de leis no espaço (9). Proclama-se, com razão, que a técnica aplicada pela norma de conflito é a de indicar, para a solução de um litígio comportando elementos estrangeiros, um determinado direito, sempre e forçosamente nacional. E tal fato acarreta uma verdadeira distorção

(8) RABEL, v. nota n.º 4.

(9) SCHAPIRA, J. *Le Droit International des Affaires*, Paris, PUF, 1972, pág. 10.

da relação jurídica pendente de solução que, desde a sua origem, diferia das situações meramente nacionais, apresentando um ou muitos fatores de estraneidade à ordem jurídica judicante. Argumenta-se, com fundamentados motivos, que direitos diferentes devem reger relações de natureza diferente e que, já que não se deveria poder aplicar uma solução nacional a uma controvérsia internacional, melhor seria criar, para as relações do comércio exterior, um direito material de formação igualmente internacional, onde, pela comparação criativa e funcional ⁽¹⁰⁾, se chegasse a um denominador comum aceitável pelos Estados e pelos vários atores do comércio.

Deste modo, rebela-se contra o nacionalismo jurídico exacerbado que, posteriormente às grandes codificações, colocou em compartimentos estanques usos e práticas mercantis que, antes, tinham conotação verdadeiramente internacional ⁽¹¹⁾.

A própria criação da UNCITRAL, dentro do esquema da ONU, teve por meta dar a um órgão supranacional legitimidade para confeccionar as normas desejáveis de uma nova ordem econômica já que, deixados a si mesmos, os próprios mercadores interessados vão utilizando outras práticas e costumes, de elaboração paraestatal, no desejo de suprir lacunas e insuficiências dos vários sistemas jurídicos locais ⁽¹²⁾, e que vem sendo denominada com freqüência como a *nova lex mercatoria* ⁽¹³⁾.

Mas o comércio internacional modernamente lançou uma necessidade outra, a saber:

b) O desejo de superar a idéia de propriedade

Eis uma outra linguagem do mundo dos negócios que, ao que nos parece, ninguém melhor que CARLO ANGELICI soube comentar e justificar ⁽¹⁴⁾.

É conhecida a diversidade legislativa entre os países que, ora adotam a idéia de que o contrato de compra e venda tem efeitos translatícios de direitos reais, ora limitam o referido contrato a conseqüências meramente obrigacionais ⁽¹⁵⁾.

(10) BONNEL, M. J. "Some critical reflections on the new UNCITRAL draft convention on international sale", in *Uniform Law Review*, Unidroit, Roma, 1978, vol. II, pág. 10.

(11) SCHAPIRA, J. *Op. cit.*, pág. 6.

(12) GOLDSTAJN, P. "The new law merchant reconsidered", in *Law and International Trade*, Frankfurt (M), Athenäum Verlag, 1973, pág. 175.

(13) BONNELL, M. J. *Op. cit.*, nota n.º 4, pág. 4.

— GOLDMAN, B. "Frontières du droit et *lex mercatoria*", in *Archives de Philosophie du Droit*, n.º 9, Paris, CNRS, págs. 177-192.

— HAYES, L. H. "A modern *lex mercatoria*: political rhetoric or substantive progress?", in *Brooklyn Journal of International Law*, vol. III, fall 1976, number 1, New York, 1977, págs. 210-232.

(14) ANGELICI, C. "Consegna" e "Proprietà" nella Vendita Internazionale, Milano, Giuffrè, 1979.

(15) GORLA, G. *Teoria e Prática da Compra e Venda* (tradução, com referências de direito brasileiro por ALCINO PINTO FALCÃO), Rio, Konfino, 1960, I, 364 págs.

Fácil imaginar a insegurança e a incerteza que disso defluiu na ordem internacional. Submetidas as controvérsias relativas aos direitos reais, na grande maioria dos Estados, à lei do lugar de situação dos bens, os agentes do comércio, que quase sempre se faz por transportes longos e demorados, nunca saberão de antemão quando e onde os bens em curso serão objeto de litígio e que tipo de solução jurídica será aplicado, no que diz respeito à propriedade deles.

Diante dessas áleas, manifestaram os comerciantes inúmeras vezes o seu "desinteresse" pela idéia abstrata de **propriedade** e a sua preferência maior pelo fato de serem detentores da **entrega** ou da **tradição** dos bens que lhes são destinados.

Esta preferência adquiriu maior relevo com o advento do regime socialista em matéria de propriedade que, dificilmente, equivale às idéias a respeito manifestadas no mundo dito capitalista.

Eis por que muitos textos legislativos mais realistas são evocados pelos autores para demonstrar, no comércio internacional, esta idéia de superação do direito de propriedade, a sua desmistificação ou desvalorização em benefício de uma "acentuação do significado operacional da "entrega" ou "tradição" " (16).

Do mesmo modo, autores pragmáticos e realistas (17), assim como precedentes jurisprudenciais de "common law" (18), mostram aceitação da nova retórica e da nova problemática.

Em suma, acentua-se o caráter político da idéia de propriedade e o seu difícil nivelamento entre os países partidários de concepções diversas, ao mesmo tempo em que se evidencia a natureza preferentemente "econômico-financeira" da idéia de entrega do bem, que é fato material e concreto almejado pelas partes contratantes que, embora tendo como escopo último a transferência da propriedade, sentem que esta não é a causa principal dos incidentes que terão de prever durante a fase dinâmica em que a operação da compra e venda se desenvolve (19).

(16) ANGELICI, C. Op. cit. Cita os INCOTERMS, que regulamentam a venda apenas quanto aos problemas diretamente concernentes às obrigações entre vendedor e comprador, pág. 25.

— O Código do Comércio Exterior da Tcheco-Eslováquia, pág. 26;

— a "lei escandinava", promulgada de 1905-1911 na Dinamarca, Noruega e Suécia, pág. 27;

— o art. 2 do Uniform Commercial Code (UCC), dos Estados Unidos, pág. 28;

— o art. 8 da Lei Uniforme sobre a Venda Internacional (LUVI), pág. 31.

(17) ANGELICI, C. Op. cit. Cita sobretudo LLEWELLYN e seus vários trabalhos sobre a venda internacional.

(18) Por exemplo: R. V. Ward Ltd. v. Bignell, in Q. B., 1967, I, 534 (p. 545), citado por ANGELICI, op. cit., pág. 1.

(19) ANGELICI, C. Op. cit., pág. 58. "Neste plano deve entender-se o tantas vezes afirmado "desinteresse" dos operadores comerciais pela "propriedade". Isso não significa, nem teria sentido supô-lo, que a sua transferência não represente também para eles o escopo último da compra e venda; exprime, ao contrário, uma atitude pela qual significa que os diversos "incidentes" que podem manifestar-se enquanto a operação se desenvolve, sejam diretamente considerados pelo seu significado econômico-financeiro, e excessivo relevo assume para tal fim a exigência de acertar quem, em determinado momento, possa considerar-se "proprietário" dos bens vendidos.

Claro está também, como assinalado, o específico alcance que estes temas assumem para a venda internacional: o pressuposto, em particular, que, antes da conclusão da operação econômica, não é, na verdade, reconhecível uma verdadeira "propriedade". Explícita torna-se aqui a dicotomia entre uma "fase dinâmica" e uma outra "estática", entre o resultado da operação, uma "propriedade" que não pode "localizar-se" em um único ordenamento, e os modos pelos quais esta se desenvolve, num plano "internacional", ao contrário, e antes mesmo, de tal "localização".

Outro fator relevado freqüentemente é:

c) A necessidade de enfatizar a distinção dos bens em fungíveis e infungíveis

Esta é a idéia que sobressai da tese, também clássica, de PHILIPPE KAHN, já muitas vezes mencionada.

Citemos, novamente, o autor:

"A regulamentação do contrato de venda, que permite fazer todas estas operações, foi elaborada pelos juristas romanos; depois, pelos autores do Code Civil e seus intérpretes, levando em conta as necessidades da sociedade de então. Somente os produtos agrícolas (matérias-primas e alimentos) eram objeto de um tráfico ativo no plano internacional. Pode-se até dizer que o mesmo acontecia no plano interno, onde as matérias-primas de origem agrícola serviam principalmente para alimentar uma pequena indústria artesanal. Os textos legislativos foram, pois, concebidos para reger uma tal situação, e o Código Civil francês é bem claro: conhece, sobretudo, as coisas que se vendem pelo peso, quantidade e medida (art. 1.585), as coisas que se degustam como o vinho ou o óleo (art. 1.587) e os corpos certos (art. 1.302), isto é, essencialmente os produtos agrícolas e artesanais.

Passou um século e meio e estes textos não mudaram. Contudo, como nos revelaram as estatísticas, os gêneros e produtos que se encontram no mercado internacional sofreram modificações tão importantes que os comerciantes, não podendo mais se valerem utilmente de uma regulamentação inadaptada, foram obrigados a utilizar novas classificações. Esta criação foi um dos fatores determinantes para tornar vendedores e compradores do mercado internacional conscientes de sua solidariedade e de sua unidade face aos Estados nacionais.

Esta classificação que utilizam vendedores e compradores repousa na distinção entre coisas fungíveis e infungíveis, distinção que existe na maioria dos direitos nacionais, mas não recebeu os desenvolvimentos que merece. Contudo, a noção de fungibilidade permitiu aos negociantes construir um **sistema jurídico completo**, dando-lhe a possibilidade de regulamentar os contratos de venda internacionais em função da produção moderna."

Raciocinando nestes termos, PHILIPPE KAHN demonstrou que existem duas vendas internacionais: uma venda de bens fungíveis e uma venda de bens não fungíveis, que determinam condições de formação e obrigações bem diferentes⁽²⁰⁾, de modo que se possa antever que, mesmo

(20) KAHN, P. Op. cit., nota n.º 4, pág. 10.

ratificada por número significativo de Estados, a Convenção da UNCITRAL acabaria por reger apenas as vendas internacionais de bens fungíveis (21), com toda a sua gama de compras e vendas de mercadorias de substituição (22).

A venda internacional das máquinas e equipamentos, bens por excelência infungíveis, continuaria regida pelos usos e práticas elaborados pelos profissionais interessados.

Veremos agora quais foram as verdadeiras atitudes do direito romano diante dos três fenômenos aflorados que, sem dúvida, em alguma escala, ele já pôde pressentir.

B) As atitudes do direito romano

É interessante constatar que os países de inspiração romanista, que ostentam atualmente as três insuficiências detectadas, que desnaturam as vendas internacionais, não podem acusar Roma de nenhuma participação neste resultado nefasto.

Tentaremos explicar os motivos de nossa afirmativa.

a) Quanto aos conflitos de leis

Roma não conheceu a teoria dos conflitos de leis ou o direito internacional privado, cuja paternidade se deve, sem dúvida, a BARTOLO DE SASSOFERATO, o grande mestre dos glosadores (23).

Certamente, por um ato de força!

Não se reconhecia aos magistrados romanos permissão de aplicar direito estrangeiro, originário de outras soberanias.

Tampouco se lhes admitia aplicar ao cidadão não romano as normas do *ius civile*.

E tendo em vista que se deu ao alienígena possibilidade de comerciar com os romanos antes mesmo de se lhe reconhecer o *ius civitatis*, o resultado foi a criação da figura do pretor peregrino. E este, não podendo aplicar o direito estrangeiro aos casos que lhe eram submetidos, foi, contudo, criando direito apropriado para cada espécie, recebendo e assimilando as práticas do *ius gentium*, tratando, adequadamente, as relações jurídicas internacionais, isto é, entre romanos e peregrinos ou peregrinos

(21) KAHN, P. Étude comparée des Conventions de La Haye du 1er juillet 1954 sur la vente internationale des objets mobiliers corporels et la formation du contrat et Projet de Convention sur les contrats de vente internationale des marchandises, préparé par La Commission des N. U. pour le droit du commerce international (CNUDCI), CEE, octobre 1979, mimeografado, pág. 73.

(22) O sistema da Convenção da ONU baseia-se na possibilidade para o vendedor de compensar defeitos de mercadorias entregues com bens de substituição, o que deixa inferir a idéia de fungibilidade. Por exemplo: art. 37.

(23) GUTZWILLER, M. "Le développement historique du droit international privé", in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1929, IV, págs. 296/297: "Embora baseadas, em parte, em textos do Digesto e do Código Justiniano, as soluções fundamentais, sobre as quais repousa nosso direito internacional privado moderno, não pertencem nem ao direito romano clássico, nem ao direito bizantino do VI século. Os pais do direito internacional privado moderno não são nem JULIANO, nem PAPINIANO ou ULPIANO, nem TRIBONIANO e seus colaboradores, mas juristas que viveram a partir do século XI.

entre si, com um direito criado em razão das circunstâncias e da especificidade das causas.

Exatamente, como hoje se quer fazer, isto é, dotar os juizes nacionais de dois tipos de direito material diferentes: um para as relações meramente internas; outro para as relações internacionais.

E tudo isto, prescindindo de norma de conflito, que aponta sempre um direito nacional, que, na maioria das vezes, foi elaborado apenas na previsibilidade de casos puramente internos.

Não havia, pois, que falar em nacionalismo jurídico do tipo surgido após as grandes codificações napoleônicas, no que diz respeito à Roma clássica.

O pretor era receptivo às influências estrangeiras na elaboração do direito casuístico e, segundo P. OURLIAC e J. DE MALAFOSSE, "com a era das conquistas, as práticas greco-orientais e cartaginesas sendo melhor conhecidas, elas terão ampla audiência junto ao pretor que não hesitará em sancioná-las" (24).

E na mesma linha de pensamento está ARANGIO-RUIZ (25):

"De fato, as relações comerciais que se estabeleceram entre Roma e os grandes mercados do Mediterrâneo, nos tempos posteriores à primeira guerra púnica, não teriam podido atuar-se segundo o rígido critério primitivo, pelo qual cada *norma jurídica* contemplava apenas os cidadãos: ocorria que certos negócios de um país fossem permitidos também aos estrangeiros, que outros fossem criados ou adaptados de modo a serem bem aceitos por contratantes de nacionalidades diversas, e que, em cada cidade, magistrados especiais tivessem *jurisdição* sobre os contratos assim celebrados. Seguindo o exemplo que já as cidades gregas tinham dado, nas relações entre elas próprias, introduziu-se também em Roma, por volta do ano 240 a.C., ao lado do magistrado com *jurisdição* entre os cidadãos (*praetor urbanus*), um novo pretor, *qui inter peregrinos (ou inter cives et peregrinos) ius dicit*: junto a ele encontravam reconhecimento os contratos consensuais de compra e venda, de locação, de sociedade, de mandato, as estipulações entre romanos e estrangeiros etc."

b) Quanto à irrelevância da propriedade para o contrato de compra e venda

Também é reveladora e atual a evolução sofrida pelo direito romano.

A princípio, partindo da distinção entre coisas *mancipi* e *non mancipi*, exerciam a função econômica da venda os institutos da *mancipatio* e da *in iure cessio* como meios hábeis de transmissão da propriedade, quanto ao *ius civile*. O mesmo se diga da *traditio* no que concerne ao *ius gentium* (26).

(24) OURLIAC, P. et DE MALAFOSSE, J. Op. cit., nota n.º 6, pág. 39.

(25) ARANGIO-RUIZ, V. *Istituzioni di Diritto Romano*, 14.ª ed. riveduta, Napoli, Jovene, 1980, págs. 26/27.

(26) CURZON, L. B. *Roman Law*, London, Macdonald & Evans, 1966, pág. 78.

Mas o intercâmbio comercial com outros povos, precedentemente relatado, fez surgir um tipo novo de contrato sinalagmático e de boa fé, que recebeu o nome de **emptio-venditio** e foi um dos quatro contratos consensuais que Roma conheceu.

Graças a ele, e no dizer de ARANGIO-RUIZ (27), o direito romano clássico tornou-se, entre todos os sistemas antigos e modernos dele conhecidos, "aquele que mais perfeitamente realizou a separação entre a fase contratual, em que nascem as obrigações, e a fase real, onde as obrigações são cumpridas e o resultado econômico atingido, mediante transferência da coisa e do preço". E comenta: "reservar à primeira fase, economicamente preparatória, o nome de **compra e venda** foi um ato de império dos juristas, certamente dos mais felizes entre todos os que foram efetuados pela jurisprudência romana".

Conseqüentemente, em direito romano, é função do vendedor entregar ao comprador a coisa vendida e garantir-lhe a **vacua possessio**, e nesta sua **obrigação de dar** (28) não se sente ele compelido a transferir a propriedade da coisa, sendo-lhe mesmo possível a venda de coisa alheia, acaso por ele possuída.

Ora, foi exatamente esta característica do direito romano clássico a que foi renegada por alguns importantes países romanistas, entre os quais a França e a Itália.

Paradoxalmente, a ela se mantiveram fiéis muitos países latino-americanos (29), sobretudo aqueles que se inspiraram do projeto de Código Civil para o Chile, elaborado por Dom ANDRÉS BELLO. (30).

(27) ARANGIO-RUIZ, V. *La Compravendita In Dirittio Romano*, vol. I, Napoli, Jovene, 1978, pág. 2.

(28) *Ibidem*, pág. 149.

(29) SILVA PEREIRA, C. M. *Instituições de Direito Civil*, vol. III, Rio, Forense, 1970, 2.ª ed., pág. 117 — cita o argentino, o brasileiro, o mexicano, o uruguaio e o chileno.

— O Código Civil chileno, de ANDRÉS BELLO, chega ao ponto de esclarecer: Art. 1.815 — A venda de coisa alheia vale, sem prejuízo dos direitos do dono da coisa vendida, enquanto não se extinguam por lapso de tempo.

— O Código Civil chileno faz exigência da tradição como modo de aquisição do domínio das coisas.

Comentando-o, na parte referente ao Título VI, "Da Tradição", PEDRO LIRA URQUIETA explica: "Não encontramos no Código francês um título, nem sequer um artigo que se ocupe particularmente da tradição. Abandonando o sistema romano e os claros ensinamentos de POTHIER, que BELLO teve muito em conta, prescindiu deste modo de adquirir, dando ao contrato o efeito correspondente.

Este título se inspira, pois, nas fontes romanas e nos velhos direitos francês e espanhol, para lançar normas gerais... "v. *Obras Completas de Andrés Bello*, XII, Código Civil de la República de Chile, I, pág. 455 — Ministerio de Educación de Venezuela, Caracas, 1954.

— Na exposição de motivos (mensagem pela qual o Presidente da República chilena e o Ministro da Justiça enviaram o projeto de Código Civil ao Congresso, em 22-11-1855) e, segundo os especialistas, elaborada pelo próprio ANDRÉS BELLO, lê-se: "A transferência e transmissão de domínio, a constituição de qualquer direito real, excetuadas, como disse, as servidões, exigem uma tradição; e a única forma de tradição que a esses atos corresponde é a inscrição no registro conservatório. Enquanto esta não se verifica, um contrato pode ser perfeito, pode produzir obrigações e direitos entre as partes, mas não transfere o domínio, não transfere nenhum direito real, nem tem, em relação a terceiros, existência alguma..." (*Obras Completas*, vol. cit., pág. 10).

(30) O Código Civil da Colômbia, em seu artigo 1.871, tem disposição idêntica ao art. 1.815 do Código Civil chileno e também permite a venda a *non domino*.

Em seu artigo 740, possui disposição idêntica ao art. 870 do Código Civil chileno ao definir a tradição como modo de adquirir domínio.

— Pelo art. 1.122 do Código Civil brasileiro: "pelo contrato de compra e venda um dos contraentes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro.

— É interessante comparar a redação dele com o art. 1.793 do Código Civil chileno: "A compra e venda é um contrato em que uma das partes se obriga a dar uma coisa e a outra a pagá-la em dinheiro. Aquela se diz vender e esta comprar. O dinheiro que o comprador dá pela coisa vendida se chama preço."

Neste ponto, os países representantes da primeira atitude assinalada (p.ex. França e Itália) se inspiraram de práticas medievais, predominantemente germânicas⁽³¹⁾ e de teorias de canonistas e jusnaturalistas, entre os quais se sobressai GROTIUS, cuja teoria não foi, contudo, aceita na própria Holanda⁽³²⁾.

A razão principal da cisão se encontra no Código de Napoleão⁽³³⁾, que ao adotar como dogma a autonomia da vontade, declara em seu artigo 1.138:

"A obrigação de entregar a coisa é perfeita pelo simples consentimento das partes contratantes.

Ela torna o credor proprietário e coloca a coisa a seus riscos desde o instante em que deve ser entregue, ainda que a tradição não se faça, a menos que o devedor esteja em mora de entregá-la, caso em que a coisa permanece sob os riscos deste último."

A aquisição da propriedade **solo consensu** é fonte de simplificações⁽³⁴⁾, mas causa insegurança no comércio, daí por que a atitude romana pareceu mais sensata a muitos povos.

(31) VILLEY, M. *Le Droit Romain*, Paris, PUF, 1972, 6.ª edição, pág. 115. A mais pesada das empresas contra o direito romano foi levada a cabo, no século passado (não falo das seqüelas hitlerianas), pelos sábios alemães ditos germanistas. Foram buscar, nas brumas das velhas florestas germânicas, os resquícios de um antigo sistema jurídico, mais másculo, ou mais humano, de qualquer modo superior ao sistema latino; no fervor de seu nacionalismo, chegaram um dia a descobrir que os princípios da autonomia da vontade, a transmissão dos direitos reais pelo simples consentimento, eram de origem germânica.

(32) CARBONNIER, J. *Droit Civil*, tome 3, Paris, PUF, 1969, 6.ª ed., pág. 131. "Nosso Antigo Direito que, à época franca, partiu do mesmo ponto que o direito romano, da mesma impotência em conceber a transferência da propriedade **solo consensu**, acabou por utilizar os processos da tradição fictícia e do constituto possessório"...

Contudo, espíritos mais teóricos, formados pelo direito romano das Escolas, não tiraram as conseqüências desta evolução...

O passo decisivo, na teoria jurídica, foi dado no exterior, pela Escola do Direito Natural: GROTIUS ensinava que o direito natural não impunha a tradição; PUFFENDORF juntou a explicação que, se a tradição, ato físico, pode ser exigida para deslocar a posse, que é um poder físico, o consentimento, ato puramente intelectual, deve bastar para transferir a propriedade, que é um poder puramente intelectual; e na via das abstrações, BURLAMAQUI (o mestre de J. J. ROUSSEAU) continua pretendendo que a tradição não tinha sido tomada em consideração, até aquele momento, senão como um signo manifestando a intenção de transferir a propriedade. Por trás destas fórmulas, é preciso sobretudo sentir uma exaltação individualista da vontade humana"...

(33) MAZEAUD, H. L. et J., *Leçons de Droit Civil*, tome II, Paris, Montchrestien, 1958, págs. 1.246/1.247.

"Afirmando o princípio da transferência **solo consensu**, os redatores do Código Civil não fizeram, pela obra inovadora: tinham somente consciência de confirmar as soluções mais geralmente admitidas ao fim do Antigo Direito. PORTALIS, apresentando o projeto ao Corps Législatif, opunha ao sistema do direito romano "o sistema do direito francês", isto é, aquele ao qual chegou nosso antigo direito (Fenet 14, pág. 113).

Os redatores do Código Civil não parecem, aliás, inteiramente desvinculados da regra romana. CAMBACERÈS se surpreende ainda (Fenet 12, pág. 4) pelo fato de o projeto não ter colocado a tradição entre os modos de aquisição de propriedade; TRONCHET teve de responder-lhe que "a tradição não é senão o modo de execução de um compromisso"; PORTALIS explica a transferência **solo consensu** recorrendo à idéia de tradição: "Opera-se pelo contrato uma espécie de tradição civil, que consoma o transporte do direito..."; ele completa, é verdade: "Assim, a vontade do homem, ajudada pela onipotência da lei, transpõe todas as distâncias, supera todos os obstáculos e torna-se, por toda parte, presente, tal como a própria lei". BIGOT DE PRÉAMENEU, depois de haver exatamente indicado que "não é necessária tradição real para que o credor deva ser considerado como proprietário... Não é mais, então, um simples direito à coisa que tem o credor, é um direito de propriedade *in re*", fixa como data de transferência não o momento do contrato, mas aquele em que a entrega da coisa deveria ter ocorrido".

(34) O *Sale of Goods Act*, 1979, da Inglaterra, determina: "17 — (1) Num contrato de venda de bens específicos ou determinados, a propriedade é transferida ao comprador no momento em que os contratantes entenderem transferi-la. 18 — Rule 1 — Num contrato incondicional de venda de bens determinados, em estado de serem entregues, a propriedade deles passa ao comprador no momento em que o contrato se celebra, e é irrelevante o fato de que o tempo do pagamento, o da tradição, ou ambos, seja diferido."

De qualquer maneira, para os fins deste estudo, interessa-nos constatar que o contrato de compra e venda romano prescindia, no que diz respeito ao vendedor, da obrigação de transferir a propriedade da coisa.

Sem dúvida, isto deve ter sido ocasionado pelo fato de celebrar-se a compra e venda preferentemente com estrangeiros, aos quais não era permitido o acesso à propriedade do *ius civile*.

O fato não deixa, contudo, de ser revelador.

Por motivos que lhe eram peculiares, Roma conheceu assim um tipo de contrato que possibilitava o intercâmbio comercial com estrangeiros, sem se ater aos interesses políticos, sempre ligados às concepções nacionalistas do direito de propriedade.

Foi, portanto, precursora das práticas mais recentes consubstanciadas nas leis escandinavas sobre a venda, elaboradas entre 1905 e 1911; no Código Tcheco de Comércio Exterior; no **Uniform Commercial Code** americano; na Lei Uniforme sobre a venda internacional (LUVI) e na própria Convenção UNCITRAL, que comentamos, que em seu artigo 4º (35) explica bem que não pretende incidir sobre os efeitos que o contrato de venda de mercadorias possa ter sobre a propriedade delas.

c) Quanto à utilização da categoria de coisas fungíveis e infungíveis

Pode-se dizer que ela também foi conhecida dos romanos, pois "as coisas que se determinam pelo peso, pelo número e pela medida são coisas de gênero, e as coisas de gênero são fungíveis entre si", ao passo que "um corpo certo não é fungível com nenhum outro bem" (36).

Segundo ARANGIO-RUIZ, esta "denominação balorda nasceu de uma frase romana de todo inocente (*res quae in genere suo functionem recipiunt*: D, 12, 1, 2, 1) e esconde um conceito bastante simples: o de que algumas coisas são consideradas, costumeiramente, pelo peso, número e medida, e outras são tomadas na sua individualidade (37).

Os gêneros, a moeda, os papiros fazem parte da primeira categoria; os escravos, os animais e as terras fazem parte da segunda.

Basta pensar no fato de os escravos serem coisas infungíveis para constatar a utilização da classificação para fins de regime jurídico diferente.

(35) Convenção das Nações Unidas sobre os contratos de venda internacional de mercadorias aberta à assinatura em Viena, 1980:

"Art. 4 — A presente Convenção rege exclusivamente a formação do contrato de venda e os direitos e obrigações que um tal contrato faz nascer entre vendedor e comprador. Em particular, salvo disposição expressa em contrário, pela presente Convenção, ela não concerne:

- a) a validade do contrato, nem a de nenhuma de suas cláusulas, e tampouco a dos usos;
- b) os efeitos que o contrato possa ter sobre a propriedade das mercadorias vendidas."

(36) CARBONNIER, J. *Op. cit.*, nota n.º 32, pág. 62.

(37) ARANGIO-RUIZ, V. *Op. cit.*, nota n.º 165.

Não foi exatamente a venda de escravos aquela que mais recebeu a atenção vigilante dos edis curuis e que determinou toda a teoria dos vícios redibitórios? (38).

Da mesma maneira, enquanto se aceitou a regra **res perit emptori**, uma das exceções ao princípio era exatamente relativa às coisas fungíveis, que se determinam pelo peso ou pela medida. Nestes casos, enquanto não fossem individualizadas, permaneciam sob a responsabilidade do vendedor em caso de perda ou deterioração (39).

Sem dúvida, o progresso científico, que tornou fungíveis coisas outrora infungíveis, determina também o surgimento de novos produtos infungíveis (40).

E com isso, uma maior sofisticação da categoria que, numa análise mais profunda, não se equipara à distinção entre coisas de gênero e corpo certo, como quer a doutrina francesa (41), nem a coisas que se medem, contam ou pesam, como quer o BGB (42). Mas, seria exigir demais dos romanos que pressentissem com precisão todas as possíveis consequências da revolução industrial, da produção em série, das novas descobertas, de modo a possibilitar, através do sistema jurídico que criaram, definições de fungibilidade tal como esta enunciada por PHILIPPE KAHN (43):

"Sob um ponto de vista jurídico e nas relações de duas pessoas entre si, pode-se contentar com a noção de equivalência ou de um mesmo poder liberatório; no interior de um grupo ampliado, para que os produtos sejam fungíveis entre si, é preciso que, globalmente, a oferta e a procura destes produtos sejam pelo menos iguais, e é mesmo preferível que a oferta seja superior à demanda."

Se Roma houvesse conhecido o atual estágio de nossa civilização, certamente, teria sabido encontrar no seu direito os elementos necessários para prosseguir na evolução.

Pois, na verdade, soube melhor que qualquer outra sociedade curvar-se às necessidades do comércio internacional e às sugestões de outras

(38) OURLIAC, P. et De MALAFOSSE, J. *Op. cit.*, pág. 229: "Encarregados da polícia dos mercados, os edis se preocupam em colocar um termo às numerosas fraudes às quais as vendas de escravos davam lugar. Foram levados a intervir tanto pela origem estrangeira quanto pela desonestidade proverbial dos vendedores, a qualidade das vítimas que são, muito freqüentemente, cidadãos romanos. ... A venda de escravos é o ato mais corrente do comércio internacional, e existe no Oriente, como na Grécia, uma regulamentação relativa aos vícios ocultos que se assemelha, surpreendentemente, às regras aplicadas em direito romano."

(39) BELLO, A. *Derecho Romano*, Caracas, Ministério de Educação, 1959, pág. 152. "Os riscos e as vantagens da coisa vendida são do comprador imediatamente após o aperfeiçoamento do contrato, sem embargo de que antes da tradição não se transfere para ele o domínio, salvo em caso de dolo ou culpa lata ou leve do vendedor, ou que este haja tomado para si as eventualidades, ou que se tenha vendido a número, peso ou medida; pois, neste caso, não se transferem os riscos, senão depois da contagem, pesagem ou mensuração, ou, enfim, tratando-se de venda à prova, pereça a coisa antes de ser degustada ou provada."

(40) KAHN, P. *Op. cit.*, nota n.º 4, pág. 13.

(41) CARBONNIER, J. *Op. cit.*, nota n.º 32, pág. 62.

(42) KAHN, P. *Op. cit.*, nota n.º 4, pág. 10.

(43) *Ibidem*, pág. 13.

ciudades para renovar-se e equipar-se de novos instrumentos jurídicos, de modo a permitir o domínio do **ius gentium** e a decadência do primitivo **ius civile**.

Descrever, pois, o seu contrato de compra e venda como idílico e superado, exigindo a presença das partes contratantes, o imediato pagamento do preço e a entrega incontinenti da coisa é desconhecer o que o jurisconsulto PAULO ensinou e o **Digesto** perpetuou:

“A compra e venda é de direito das gentes e por ele se realiza mediante consentimento e pode contratar-se entre ausentes, por mensageiro ou por carta” — (D. 18, 1, 1. Paul 33 ed.).

Ou o que nos deixou a marca de ULPIANO:

“Sem preço não há venda; mas é o acordo, e não a entrega do preço, que aperfeiçoa a compra e venda realizada sem escritura” — (D. 18, 1, 2, Ulp. 1 Sab.).

Não é, pois, surpreendente que a Convenção da ONU sobre a venda internacional ainda mantenha alguns princípios e soluções que são legados de Roma.

II) O conteúdo de direito romano na Convenção da ONU sobre a venda internacional de mercadorias

Quando se relembra que as Leis Uniformes de Haia sobre a venda internacional (LUVI) e a formação dos contratos (LUFC) foram os antecedentes próximos e os principais modelos da Convenção da ONU, objeto de nossa análise, é fácil imaginar que algum elemento de direito romano esta última deveria conter.

Na realidade, os textos anteriores de Haia tinham tido forte influência de redatores oriundos de países romanistas (44), embora desejassem representar um denominador comum ou “banco de prova” (45) entre países de **civil law** e **common law**.

Sem dúvida, o universo mais amplo representado na UNCITRAL, que congrega juristas originários dos mais variados sistemas jurídicos, contribuiria para uma menor predominância do vocábulo, da terminologia (46) e das estruturas romanistas, mas ainda assim uma leitura penetrante

(44) NADELMANN, K. H. “Uniform Law on the International Sale of Goods: A conflict of laws imbroglio”, 74 (1965) 449, tomo I. TUNC, A. The Uniform Law on the International Sale of goods: a reply to Professor Nadelmann”, in *Yale Law Journal*, 74 (1965) 1409, tomo II.

(45) LONGO, G. E. “La convenzione dell’Aia sulla formazione del contratti di vendita internazionale, banco di prova di un incontro fra ordinamenti “romanzi” e “Common Law”. Um nuovo progetto di studi”, in *Revista del Diritto Commerciale*, 64 (1968), 94, vol. I.

(46) KAHN, P. Op. cit., nota n.º 21, pág. 71. “Seu vocabulário, sua terminologia (da LUVI) são mais próximos das tradições jurídicas européias, enquanto que a CVIM procurou, sistematicamente, expressões acessíveis aos agentes do comércio internacional.”

descobriria, no texto mais recente, muito daquele direito latino, que até hoje maravilha os teóricos.

Talvez por isso se tenha dito que o texto é excessivamente clássico e, portanto, somente aplicável, na verdade, às vendas das mercadorias tradicionais do comércio internacional, a saber, produtos de base, bens intermediários e produtos acabados destinados ao consumo (47).

Antes de nos adentrarmos na pesquisa a que nos propomos, relativa aos elementos romanistas da CVIM, gostaríamos de deixar claro que duas de suas mais características tomadas de posição nada têm a ver com o direito romano.

Referimo-nos, primeiramente, à sua preferência pela classificação bipolar das contravenções ao contrato de compra e venda que podem ser: **essenciais e não essenciais** (48), tal como a assentou a construção jurisprudencial do sistema de **common law** (49). Esta bipartição é considerada, com razão, pelos autores como o **pivot** do texto comentado.

Em segundo lugar, a CVIM, ao traçar o seu complexo sistema de sanções às obrigações não cumpridas, do vendedor ou do comprador, lançou mão do conhecido conceito alemão da **Nachfrist** (50). E no desejo de conseguir, ao máximo, aquilo que é mais desejável em comércio internacional, a saber, a execução **in natura**, concede às partes contratantes prazos e chances suplementares, desconhecidos da teoria romana, que, como veremos, noutros pontos se mantém presente e viva no texto da ONU.

(47) *Ibidem*, pág. 17.

(48) Art. 25 CVIM: Uma contravenção ao contrato, cometida por uma das partes, é essencial quando causa à outra parte um prejuízo tal que a priva, substancialmente, daquilo que tinha direito de esperar do contrato, a menos que a parte em falta não tenha previsto um tal resultado, que uma pessoa razoável da mesma qualidade, colocada na mesma situação, não teria tampouco previsto.

(49) MAJOR, W. T. *The Law of Contract*, London, Macdonald & Evans, 1977, 4.ª edição, pág. 45. "A doutrina da contravenção essencial (fundamental breach) ou contravenção a uma cláusula essencial (breach of a fundamental term) aparece claramente como um resultado da política dos tribunais de lutar contra as cláusulas de isenção. A doutrina implica que há um "fundamental term", distinto de uma simples "condition". Esta distinção repousa no fato de que pode ser possível para uma parte confiar na proteção de uma cláusula de isenção na eventualidade de uma contravenção a uma "condition", mas não pode haver nenhuma proteção onde houver uma contravenção essencial.

Este foi o princípio enunciado pela Corte de Apelação em *Karsales v. Wallis* (1956), mas a decisão da House of Lords no caso *Suisse Atlantique* (1966) tornou claro que o princípio não é de direito, mas um problema de "construction", a ser decidido, tendo em conta o contrato como um todo."

(50) KAHN, P. *Op. cit.*, nota n.º 21, pág. 55. O comprador pode conceder ao vendedor um prazo suplementar para a execução.

"O comprador se vincula por este prazo e não pode utilizar os outros meios de sanção, que ficam suspensas até a expiração deste prazo. Este prazo suplementar não suprime o direito a perdas e danos, em caso de atraso na execução. É uma conciliação do sistema alemão da *Nachfrist*. É um dos processos utilizados para tentar obter do vendedor a execução *in natura* de suas obrigações."

— DAVID, R. *Op. cit.*, nota n.º 7, págs. 5-17.

Alemanha e Suíça adotam o "princípio segundo o qual um contrato pode ser passível de rescisão por simples declaração de intenção.

Em caso de prazo pela outra parte, este direito de declarar a rescisão, em princípio, somente pode ser exercido depois da expiração do prazo suplementar (*Nachfrist*), que lhe é concedido".

A) O direito romano e as disposições gerais da CVIM

A CVIM é um texto dividido em três partes, das quais a primeira corresponde às disposições gerais, que nos interessam para esta análise, através de seus artigos 7º, 8º e 11, que bem se filiam à sistemática romanista.

a) O artigo 7º

Interessa-nos sob dois pontos:

1) quando determina que, para a interpretação da Convenção, será levado em conta o seu caráter internacional, a necessidade de procurar a uniformidade de sua aplicação, assim como a de **assegurar o respeito da boa fé no comércio internacional**;

2) quando evoca os princípios gerais de que se inspira para preencher as lacunas de seu texto.

A alusão ao direito romano, na primeira parte, em comentário, nos parece evidente.

Foi em nome da boa fé que deveria reinar entre os agentes do comércio internacional que Roma admitiu o contrato de compra e venda com características consensuais.

Foi por causa dela que a teoria processual romana ganhou desenvolvimentos novos.

Diferentes ações sancionam o contrato. Nas **ações de direito estrito**, o juiz se vincula à letra da convenção, mas dela se libera quando se trata de **ações de boa fé**. Nestes casos, o poder de apreciação do juiz pode subentender a **exceptio doli**, fazer variar as perdas e danos, determinar livremente a responsabilidade, admitir a compensação ⁽⁵¹⁾.

Mas, a noção de boa fé tem também aplicação mais ampla, fora dos quadros da ação. Os juristas a generalizam e têm dela uma idéia "que leva menos em conta preocupações de ordem moral, provenientes dos princípios da justiça comutativa, e mais aquela **honestidade elementar sem a qual as relações comerciais são impossíveis**. Quer se trate de precisar as noções de dolo, de violência ou de erro, os romanos dão prova, antes de tudo, de senso prático. A proibição de se enriquecer em detrimento de outrem tem apenas o valor de um preceito moral, dela não se fazem senão aplicações ocasionais.

A habilidade nos negócios é admirada, a astúcia é tida como válida desde que se respeite a "regra do jogo" (**bonus dolus**), o direito se desin-

(51) OURLIAC, P. et De MALAFOSSE, J. Op. cit., nota n.º 8, pág. 24.

teressa dos medrosos e dos tolos; a atração do lucro está à base do sistema econômico clássico, liberal e individualista" (52).

Este conceito, ainda hoje, é rico em aplicações em certos países (53) e, até mesmo naqueles que o consideram inútil (54), existem vozes que se levantam para proclamar a sua necessidade.

Pensamos mesmo que, se a CVIM não tivesse expressamente recebido o princípio romano da boa fé, ele estaria implicitamente admitido, na segunda parte de seu artigo 7º, que solicita os princípios gerais de que se inspira para preencher suas lacunas.

Através desta indicação, é a todo o sistema jurídico romano que se faz uma alusão, embora indireta.

Na verdade, nenhum direito ostenta maior número de princípios gerais adaptáveis à matéria da compra e venda e, até hoje utilizáveis, pelo juiz ou pelo árbitro. Que se tenham em mente apenas aqueles referentes aos riscos, às garantias por evicção, aos vícios ocultos, às obrigações do vendedor e comprador, para avaliar a gama de soluções, que poderia ser oferecida a um julgador em dúvida.

b) O artigo 8º

Também toma diretriz semelhante ao evocar, como outros da CVIM, a figura abstrata do **homem razoável**, nestes termos:

"As indicações e os outros comportamentos de uma parte devem ser interpretados segundo o sentido que lhe teria dado uma pessoa razoável da mesma qualidade que a outra parte, colocada na mesma situação."

Ainda aqui a presença dos juriconsultos romanos, mostrando aos modernos a arte de interpretar eqüitativamente o direito, utilizando padrões abstratos de conduta.

Segundo diz PHILIPPE KAHN (55), e, a nosso ver, com razão, esta **pessoa razoável da mesma qualidade** nada mais é do que o **avatar** comercial do **bonus paterfamilias** e, concretamente, o profissional lúcido.

É o sábio critério que permite a adaptação das soluções às necessidades do comércio internacional e à evolução da tecnologia, sem mudança de fórmulas.

(52) *Ibidem*, pág. 41.

(53) CARBONNIER, J. *Droit Civil*, Paris, PUF, 1969, 6.ª ed., Tomo 3, pág. 171.

"A noção de boa fé, no artigo 1.134, alínea 3, teria podido ser de grandes consequências. A noção correspondente do BGB (§ 242: *Treu und Glauben*) a jurisprudência alemã reconheceu um papel importante, notadamente, fez dela uma das bases da revisão dos contratos por imprevisão."

(54) *Ibidem*, pág. 172. "Na França, é muito raro que os tribunais utilizem a noção, a ponto de se considerar como inútil. Contudo, muitos autores continuam a ser atraídos por um texto, que não é sem ressonância moral."

(55) KAHN, P. *Op. cit.*, nota n.º 21, pág. 54.

A comparação com comportamentos profissionais razoáveis facilita a atenuação de responsabilidades e a admissão de escusas, dentro da idéia que: "les professionnels ne sont pas des héros, mais plutôt des comptables" (56). E para usar o texto de Paulo (D. 9, 2, 31) "culpa é o que, podendo ter sido previsto por uma pessoa diligente, não o foi"....

c) O artigo 11

Evoca um princípio do direito romano ao declarar que "o contrato de compra e venda não necessita ser celebrado por escrito e não requer nenhuma outra condição de forma. Pode ser provado por todos os meios, inclusive por testemunhas".

Embora admitindo reserva da parte de Estados que, em certos casos, exigem um escrito *ad solemnitatem* (57), a CVIM mostra assim fidelidade aos contratos consensuais romanos dos quais a *emptio-venditio* foi exemplo típico.

Mas, não são estas as únicas reminiscências romanísticas do texto. Em outras de suas partes e disposições específicas ainda poderemos encontrar idêntica filiação.

B) O direito romano e as disposições específicas da CVIM

Nas suas disposições específicas, a CVIM, como a maioria dos textos internacionais sobre a compra e venda, pretendeu regulamentar, principalmente, os direitos e obrigações que vinculam vendedor e comprador.

Aproxima-se, sem dúvida, muito mais do sistema romano ao traçar as respectivas obrigações, do que enunciando os correlativos direitos (58).

Quanto às obrigações de ambos os contraentes, não difere fundamentalmente dos juristas latinos.

O vendedor está obrigado a entregar a mercadoria, a transferir a propriedade (59) e, se for o caso, a remeter os documentos relativos ao objeto vendido.

O comprador deve pagar o preço e receber as mercadorias.

(56) *Ibidem*, pág. 71.

(57) Por exemplo: na União Soviética, onde há monopólio estatal relativamente ao comércio exterior, todos os contratos concluídos por uma organização econômica soviética têm de ser feitos por escrito (*ad solemnitatem*). V. DAVID, R. *Op. cit.*, nota n.º 7, págs. 5-17.

(58) Uma característica da CVIM, em relação aos direitos do comprador e do vendedor, desconhecida do direito romano, é a possibilidade que lhes dá pelo art. 72:

"Se antes da data da execução do contrato, é manifesto que uma das partes cometerá uma contravenção essencial ao contrato, a outra parte pode declará-lo rescindido."

É o princípio inglês da chamada *anticipatory breach of contract*. V. DAVID, R., com a colaboração de KARSTRAT, F. G., *Les Contrats en Droit Anglais*, Paris, LGDJ, 1973, pág. 373.

(59) Embora a CVIM declare, em seu artigo 4, não incidir sobre os efeitos que o contrato de compra e venda possa ter sobre a propriedade das mercadorias, seu artigo 30 enumera, entre as obrigações do vendedor, a de transferir a propriedade. Repete, assim, atitude idêntica da LUVI.

Evidentemente, inúmeras outras garantias são atribuíveis a uma e outra parte contratante. Algumas são criações da vida moderna e de sistemas diferentes de direito.

Deter-nos-emos sobre alguns artigos da CVIM, a saber: 35, 36, 39, 40, 41, 55, 58, 59, 66, 67, 68, 69, 71, 78, 79, 84, 85, 86, 88.

a) os artigos 35, 36, 39, 40 e 41

Fazem parte da Secção II do Capítulo II, que se refere à conformidade das mercadorias e direitos ou pretensões de terceiros.

Mostram uma filiação evidente à teoria romana dos vícios redibitórios, embora a mudança de terminologia possa nos levar a duvidar disso.

O **artigo 35** determina que o vendedor deve entregar as mercadorias cuja quantidade, qualidade, tipo, embalagem e acondicionamento respondem às previsões do contrato. E ao enumerar circunstâncias em que as mercadorias devem ser consideradas como conformes ao contrato, afirma que tal acontece quando elas são apropriadas aos usos aos quais serviriam habitualmente mercadorias do mesmo tipo.

E relembrando a idéia romana de que o direito não protege os desatentos⁽⁸⁰⁾, determina que o vendedor não é responsável por defeitos de conformidade (*diriamos, vícios ostensivos*), que o comprador conhecia ou não podia ignorar no momento da conclusão do contrato.

O **artigo 36**, diferentemente, responsabiliza o vendedor por qualquer defeito de conformidade que exista no momento da transferência dos riscos ao comprador, mesmo se este defeito não aparece senão ulteriormente. E aí está clara a idéia de garantia por vícios ocultos, que só se manifestam posteriormente ao contrato, ou à transferência dos riscos ao comprador⁽⁸¹⁾.

O **artigo 39** relembra os exíguos prazos romanos para interposição da **actio redhibitoria** ou da **actio quanti minoris**⁽⁸²⁾. Diz que o comprador decai do direito de se prevalecer de uma falta de conformidade se não a denuncia ao vendedor, precisando a sua natureza, **num prazo razoável**, a partir do momento em que a constatou ou devia tê-la constatado.

Em qualquer caso, o comprador decai do direito de se prevalecer de uma falta de conformidade, se não a denuncia no prazo de dois anos,

(80) V. nota n.º 52.

(81) D., 21, 1, 14, 10 — (Ulp. 1 ed. sed. curul.) "Se não se declarou expressamente a enfermidade, mas esta é tal que a todos resulta perceptível (por ex.: se se vender um escravo cego ou com uma visível e perigosa cicatriz na cabeça, ou em outra parte do corpo), diz CELIO que, por este motivo, não fica mais obrigado do que se houvesse sido declarada expressamente a enfermidade. Há de admitir-se que o edito dos edis se refere àquelas enfermidades ou vícios que qualquer pessoa ignora ou pode ignorar."

(82) KAHN, P. Op. cit., nota n.º 21, pag. 52. Refere-se ao fato de que os direitos nacionais da Europa Continental admitem a velha ação romana em garantia pelos vícios ocultos ou defeitos e ausência de qualidade prometida, num prazo breve, mais breve que os convencionais.

a contar da data em que as mercadorias lhe foram efetivamente entregues, a menos que tal prazo seja incompatível com a duração de uma garantia contratual.

O **artigo 40** relembra a necessidade da boa fé nos contratos internacionais ao declarar que o vendedor não pode se prevalecer das disposições dos artigos 38 e 39, que lhe são favoráveis, quando a falta de conformidade recai sobre defeitos, que conhecia ou não podia ignorar e que não revelou ao comprador.

O **artigo 41**, em sua fraseologia, relembra a doutrina romana, que permitia a venda **a non domino**, tendo em vista que, no contrato de **emptio-venditio**, o vendedor não tinha a obrigação de transferir a propriedade do bem.

A CVIM afirma que o vendedor deve entregar as mercadorias livres de qualquer direito ou pretensão de terceiros, **a menos que o comprador aceite tomar as mercadorias nestas condições.**

Eis uma prova a mais, no sentido de que a CVIM se desinteressa da noção de propriedade, o que torna ainda mais estranha a sua atitude de enumerar a transmissão da propriedade como uma das obrigações do vendedor (63).

b) Os artigos 55, 58 e 59

São todos os três relativos ao pagamento do preço.

O **artigo 55** evoca a idéia romana de que o **pretium** e a sua fixação são elementos essenciais para a validade do contrato de venda (64).

Embora deixando para os direitos nacionais a competência para dizer se a venda é válida ou não, quando o preço não foi determinado, expressa ou implicitamente no contrato, a CVIM, no seu artigo 55, oferece uma possibilidade de encontrar sempre um preço para as mercadorias ao determinar que "as partes são consideradas terem-se referido ao preço habitualmente praticado, no momento da conclusão do contrato, no ramo comercial considerado, para as mesmas mercadorias vendidas em circunstâncias comparáveis".

Alega-se que esta é uma solução de **common law**, no sentido de que sempre se pode determinar o preço das mercadorias (65).

Ela não deixa, contudo, de vir preencher a exigência romana, no sentido de que, "sem preço não há venda" (66).

(63) V. nota n.º 59.

(64) D. 18, 1, 2, 1. (Ulp. 1. Sab.)

(65) KAHN, P. *Op. cit.*, nota n.º 21.

(66) V. *Institutas de JUSTINIANO* (3, 23, 1): pretium autem constitui oportet: nam nulla emptio sine pretio esse potest.

O **artigo 58** ordena que, salvo convenção em contrário, o comprador pague o preço quando o vendedor coloca a mercadoria à sua disposição, ou os documentos que a representem.

Mas o vendedor pode fazer do pagamento do preço uma condição para a entrega da mercadoria ou dos documentos.

Com isso, o texto evoca também a discussão doutrinária segundo a qual o preço deveria ser pago antes da **traditio**.

O **artigo 59** enuncia que o comprador deve pagar o preço à data fixada no contrato, sem que seja necessária uma solicitação ou outra formalidade da parte do vendedor.

É o célebre princípio **dies interpellat pro homine**, deduzido pelos glosadores, segundo alguns, erradamente, de um texto de PAPINIANO (D., 22, 1, 9, 1), relativo à cláusula penal ⁽⁶⁷⁾. A regra existe em certos códigos, entre os quais o alemão e o suíço, mas não foi aceita em França, nem nos países que imitaram o Código Napoleão, neste ponto.

c) Os artigos 66, 67, 68 e 69

São relativos à transferência dos riscos; denotam, com atenuações, a influência de Roma sobre esta importante matéria.

O **artigo 66** proclama que a perda ou deterioração das mercadorias, ocorridas após a transferência dos riscos ao comprador, não o liberam de sua obrigação de pagar o preço, a menos que estes acontecimentos se devam a um fato do vendedor.

Prescindindo de dizer o momento em que os riscos se transferem ao comprador, o texto faz, contudo, alusão clara à regra das **Institutas** de JUSTINIANO, que oferece idêntica solução ⁽⁶⁸⁾.

O **artigo 67** determina que, quando um contrato de venda implica o transporte das mercadorias e que o vendedor não é obrigado a remetê-las a um lugar determinado, os riscos são transferidos ao comprador, a partir da entrega da coisa ao primeiro transportador, para transmissão ao comprador, conforme o contrato de venda.

No entanto, os riscos não são transferidos ao comprador, enquanto as mercadorias não forem claramente identificadas.

Eis outra regra romana, que se aplicava, sobretudo, às coisas de gênero e fazia diferir o momento da transmissão dos riscos até a efetiva individualização delas através da pesagem, contagem e mensuração ⁽⁶⁹⁾.

O **artigo 68** aceita, claramente, o princípio romano de transmissão dos riscos ao comprador, imediatamente após a celebração do contrato,

(67) GIFFARD, A. E. *Droit Romain et Ancien Droit Français*, Paris, Daloz, 1958, pág. 347. Trata-se do texto de PAPINIANO (D., 22, 1, 9, 1).

(68) I., 3, 23, 1, 3 — ... emptoris damnum est, cui necesse est, licet rem non fuerit nactus, pretium solvere. Quidquid enim sine dolo et culpa venditoris accidit, in eo venditor securus est.

(69) CURZON, L. B. *Op. cit.*, nota n.º 26, pág. 152.

e independentemente de qualquer tradição: (Cum autem emptio et venditio contracta sit periculum rei venditae **statim** ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit — I, 3, 23, 1, 3).

Esta conseqüência, por tantos considerada injusta, teve de ser justificada por JUSTINIANO e aparece, apenas numa circunstância, na CVIM.

Trata-se do caso da venda de mercadorias em trânsito.

O **artigo 68** determina que, "no que diz respeito às mercadorias vendidas em curso de transporte, os riscos são transferidos ao comprador, a partir do momento em que o contrato é celebrado".

Mas, retornando ao espírito da Convenção que é dar uma isonomia de tratamento a compradores e vendedores, no contrato sinalagmático, admite derrogações à regra, tendo em conta, principalmente, as exigências da **fides**:

"Se, no momento da conclusão do contrato, o vendedor tinha conhecimento, ou podia ter conhecimento do fato de que as mercadorias tinham perecido ou se deteriorado, não tendo disso informado o comprador, a perda ou a deterioração permanecem a seus riscos."

O **artigo 69**, legislando para casos outros de mercadorias não transportadas, admite a transferência dos riscos ao comprador a partir do momento em que retira as mercadorias ou, se não o faz em tempo hábil, a partir do momento em que as mercadorias são colocadas à sua disposição, e ele comete uma contravenção ao contrato não as recebendo.

Vê-se, pois, que a vida comercial exige a transferência dos riscos ao comprador, independentemente de **efetiva tradição** da coisa, na grande maioria dos casos. E o fato mostra a atualidade do princípio **res perit emptori**, no meio profissional hodierno, que prescinde da idéia de **dominus**, para dar ao comércio internacional segurança, eficiência e celeridade, sem onerar excessivamente aqueles que, organizados em associações poderosas, cumprem nele o papel de vendedores.

d) O artigo 71

É uma conseqüência da **exceptio non adimplet contractus**.

Admite que uma parte possa diferir a execução de suas obrigações quando surgem, após a conclusão do contrato, motivos que a façam pensar que a outra parte não executará suas obrigações. ⁽⁷⁰⁾.

Embora se afirme que a **exceptio** como tal não era conhecida dos romanos, mas criação dos juristas medievais, não se pode negar que os

(70) Art. 71 CVIM: 1) Uma parte pode diferir a execução de suas obrigações quando se evidencia, após a conclusão do contrato, que a outra parte não executará uma parte essencial de suas obrigações em razão: a) de uma grave insuficiência na capacidade de execução desta parte ou na sua solvabilidade; b) da maneira pela qual ela se propõe a executar, ou executa, o contrato.

jurisconsultos reconheciam a existência de uma relação, de um elemento de conexão, entre as obrigações do vendedor e do comprador (71).

e) Os artigos 78 e 84

Também espelham doutrina latina.

O **artigo 78** enuncia que, se uma parte não paga o preço ou qualquer outra soma devida, a outra parte tem direito a juros sobre esta soma, sem prejuízo das perdas e danos devidos.

O **artigo 84** determina que, se o vendedor é obrigado a restituir o preço, deve também pagar juros sobre o montante deste preço, a partir do dia do pagamento.

Embora a questão seja discutida, admite-se (72) que o direito romano era favorável, em caso de dívidas em dinheiro, ao pagamento de juros moratórios, a partir da **interpellatio**, que se apreciavam segundo o costume do lugar do pagamento.

Um texto do **Digesto** (D. 22, 1, 32, 2) traz a afirmativa de MARCIANO, no sentido de que, "nos contratos de boa fé, são devidos juros em caso de mora".

f) O artigo 79

Refere-se à **vis major**.

Enuncia que uma parte não é responsável pela inexecução de qualquer de suas obrigações, quando prova que esta inexecução é devida a um impedimento independente de sua vontade e que não se poderia razoavelmente esperar dela que o tomasse em consideração, no momento da conclusão do contrato, que o previsse ou o superasse, ou **que previsse ou superasse as suas conseqüências**.

O texto alude às características detectadas por JEAN CARBONNIER (73):

"Um acontecimento não se constitui em **força maior**, senão quando apresenta a tríplice característica de **irresistibilidade** (a que faz mais propriamente alusão a expressão **força maior, vis major**); **imprevisibilidade** (o que exprime mais especificamente o **caso fortuito**) e **exterioridade**, e é nisso que a **força maior é uma causa exógena**".

(71) OURLIAC, P. et De MALAFOSSE, J. *Op. cit.*, nota pág. 273.

— BEVILÁQUA, C. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, Rio, Francisco Alves, 1958, vol. IV, pág. 206. No comentário ao art. 1.092 do Código Civil Brasileiro.

(72) GIFFARD, A. E. *Op. cit.*, nota n.º 67, pág. 348.

— OURLIAC, P. et De MALAFOSSE, J. *Op. cit.*, nota n.º 6, págs. 191, 195 e 264

(73) CARBONNIER, J. *Op. cit.*, nota n.º 32, págs. 242 e 243.

Estas considerações foram possíveis graças à inteligência dos romanos que, para isentar, em certos casos, o devedor de qualquer responsabilidade (tanto nos contratos de direito estrito, quanto nos contratos de boa fé), admitiram que ele fizesse a prova de que a impossibilidade de execução tinha resultado de um acontecimento insuperável (**vis major**) ou imprevisível (**damnum fatale**)⁽⁷⁴⁾.

g) Os artigos 85, 86 e 88

São todos relacionados ao direito de retenção, cuja origem romana é incontestável.

O **artigo 85** permite ao vendedor o direito de retenção das mercadorias, que ficam mais longamente em seu poder, pelo fato da mora do comprador em recebê-las ou em pagar o preço.

Esta retenção visa a indenização das despesas razoáveis feitas pelo vendedor em vista da conservação das mercadorias vendidas, mas ainda não entregues ao comprador.

O **artigo 86** dá idêntico poder ao comprador quando este, embora tendo-as recebido, pretende exercer o direito de devolvê-las.

As despesas de conservação dos bens, durante o espaço de tempo decorrido entre a entrega e a sua devolução, quando razoáveis, serão asseguradas pela retenção das coisas até total reembolso pelo vendedor.

O **artigo 88** oferece à parte que vende as mercadorias o direito de reter, no produto da venda, um montante igual às despesas razoáveis de conservação que tenha realizado, devolvendo o restante à outra parte.

Na verdade, muitas vezes, tratando-se de bens perecíveis ou de conservação muito onerosa, a necessidade se impõe da venda do bem como medida útil.

Os três textos mencionados possibilitam assim uma prática conhecida dos juristas romanos, pelo menos, desde o II século a.C.

Admitia-se que o vendedor conservasse a coisa a título de garantia, para forçar o pagamento do preço.

E do mesmo modo, o comprador a crédito podia reter o preço, quando do vencimento da dívida, se desejasse reclamar da inexecução total ou parcial do contrato.

É o que dizem os textos⁽⁷⁵⁾, embora pouco comentadas pela Doutrina.

(74) OURLIAC, P. et De MALAFOSSE, J. *Op. cit.*, nota n.º 6, pág. 272.

(75) D. 18, 4, 22 e D. 19, 1, 13, 8.

CONCLUSÕES

Ao contrário do que se poderia esperar, na proximidade do século XXI, o sistema jurídico romano ainda é capaz de nos oferecer exemplos dignos de imitação.

E isto, não apenas em termos de lógica, estrutura, vocabulário, cânones de interpretação ou princípios gerais.

O texto da Convenção da ONU sobre a compra e venda internacional mostra que regras de fundo ou substanciais deste sistema jurídico ainda permanecem ricas de atualidade e bom senso.

E, exatamente, num setor em que os romanos sempre foram considerados pouco criativos, ou mesmo ignorantes e insensíveis, a saber, as práticas mercantis.

Os principais constrangimentos observáveis nas operações atuais do comércio internacional são muito mais originários de legislações discordantes de povos excessivamente nacionalistas, que de uma eventual recepção do direito romano, como fonte de inspiração.

A deficiente teoria dos conflitos de leis no espaço, que tanta insegurança acarreta no mundo dos negócios, não foi criação de Roma, que reservou às relações econômicas internacionais um direito material de conteúdo diferente, que levava em conta a sua especificidade.

O pretor peregrino desvencilhou-se de uma perspectiva nacionalista, observou práticas estrangeiras, construiu direito novo e não deixou estagnar-se a sua jurisprudência.

Esta é a atitude que deveriam tomar os povos herdeiros destas lições e, muito especialmente, os latino-americanos, que guardaram, mais fielmente que outros, a tradição jusromanista.

Aos foros internacionais dos órgãos que formulam os textos do novo **ius commune** do comércio internacional, deveríamos levar uma atitude de respeito, conhecimento e conciliação frente aos sistemas jurídicos rivais daquele a que nos afiliamos.

Mas não deveríamos permitir que o imperialismo jurídico de países partidários de outras inspirações nos impusesse regras, princípios ou uma linguagem jurídica nova, senão depois de ponderar devidamente a superioridade dos modelos propostos.

Manter a nossa identidade jurídica dentro da diversidade legislativa; utilizar nossa importância numérica na fidelidade às nossas origens latinas é uma maneira, sem dúvida válida, de honrar a memória dos construtores de nossa unidade, entre os quais desponta Dom ANDRÉS BELLO como figura maior.

Código Civil - artigo 219, n.º IV: norma esclerosada e humilhante

Desembargador DOMINGOS SÁVIO BRANDÃO LIMA

Professor da Universidade Federal de
Mato Grosso

Em célere bosquejo histórico, se nos detivermos, mesmo de soslaio, a observar todas as sociedades acentuadamente patriarcais e de características pouco evoluídas, uma vez que concordo plenamente com DEMICHELI, "tudo o que não passou pelo espírito, pela imaginação e pelo coração da mulher, não conta na educação intelectual, estética e moral da espécie", encontramos sempre a predominância de uma regulamentação do comportamento sócio-sexual da mulher, imposta pelo fundado receio de que um equilíbrio no relacionamento venha desajustar completamente o obsoleto sistema imperante, mantido apenas pela perpetuação de tabus, superstições e preconceitos injustificados, graças à ignorância, à má fé, à religiosidade tacanha, à prepotência e ao carrancismo.

Inexiste um padrão nessa moralidade unilateral, um denominador comum nessa repressão. Detectamos tão-só uma palavra-chave, que ordena a inferiorização da mulher, que executa a sua submissão. A normatividade tanto pode permitir a liberdade de certas práticas sexuais como extremar uma restrição absoluta.

Parece-nos que ARISTÓFANES, de PLATÃO, no *Symposium*, teve razão em seu humorismo, quando afirmou: "Tempo houve em que os dois sexos eram um, mas em virtude da maldade do homem, Deus cortou-o em dois, como quem parte uma maçã, ou divide um ovo com um fio de cabelo... Cada um de nós, assim cortado, tornou-se metade que anda sempre em procura de outra metade... O desejo e o anseio do todo chama-se amor." Embora não erudita, serve como uma boa justificativa para o inexplicável, para afirmação de que mulheres e homens se desejam e se necessitam para completar-se. Entretanto, pode ter dado princípio aos maiores prazeres e complicações humanas.

O Império Romano, cujo destino grandioso tinha sido condicionado por Numa à castidade de suas vestais, estruturou a célula *mater de* sua sociedade sobre os alicerces moveáveis da castidade de suas noivas e da fidelidade de suas mulheres casadas. “Era querer suspender por um fio o colosso de Rodes. De resto, o fio partiu-se várias vezes e Roma subsistiu”, ironizou MARCIAL, tanto que a história assinala uns treze a dezoito casos do rompimento desse voto proferido entre a ingenuidade dos seis aos dez anos de idade.

Enquanto isso, os apetites sexuais masculinos sofreram a sua mais pesada restrição — o incesto, a proibição de ligação carnal entre ascendentes pelo sangue e descendentes naturais até o sexto grau de parentesco. Não obstante todas as vantagens quotidianas, os “pobres homens” tinham de esperar sua alforria nas “liberalia” e nas saturnais. Segundo o testemunho de um personagem de PLAUTO, esse era o momento em que “cada um pode comer o que quiser, ir aonde desejar, e fazer amor com quem escolher, desde que deixe tranqüilas as esposas, as viúvas, as jovens e os rapazes”, o que, traduzido no linguajar comum hodierno, significa um tremendo *habeas corpus* amplo, irrestrito e indimensionável.

Os romanos da era republicana já coabitavam pacificamente com uma verdadeira multidão de deuses, entre os quais Hímen ou Himeneu e Priapo, com todas as suas virtudes e façanhas conhecidas. Em certas cidades, segundo o censo estatístico de PETRÔNIO, os deuses eram mais numerosos que os habitantes terrenos. Extremamente irrequietos e sensuais, os deuses romanos, ao contrário das demais religiões, não se confinavam no céu. Sua maioria preferia viver na terra, onde sentiam, com quilômetros de distância, o perfume de uma mulher atraente e, assim, saboreavam as excitações e prodigalidades humanas.

Para resguardar os vulneráveis seres masculinos de seus malefícios, divinos e satânicos, surgiram os colégios ou ordens religiosas, entre eles, a única feminina — a das vestais. Admitidas entre os seis a dez anos de idade, deveriam prestar serviço religioso pelo longo e irrecuperável espaço de trinta anos, em castidade absoluta. Uma vestal devia ser a mais imaculada das mulheres, o símbolo de toda a perfeição e beleza humanas. O simples fato de requestá-la constituía um grave atentado contra os costumes. Estas virgens sagradas desfrutavam de todas as honras inerentes ao seu sacrifício, ocupando lugares de evidência nos espetáculos públicos e tinham de indultar criminosos se os encontrassem em seu caminho. Seu traje era diferente e elegante, velando sua beleza para torná-la mais provocante, deixando-lhe sempre um braço seminu. MINUCIUS FELIX desabafou: “houve mais vestais punidas por incesto do que inocentes; e as que foram acusadas não eram talvez as mais culpadas, senão as mais infelizes”. Elas poderiam casar depois dos trinta anos de serviço religioso, ou seja, depois dos trinta e seis ou quarenta anos de idade, o que, para a época, significava uma liberdade extremamente tardia, uma vez que os romanos desconheciam inteiramente as vantagens descritas por BALZAC. PRUDÊNCIO chegou a afirmar que uma vestal “levava para o leito conjugal as suas honrosas rugas e que devia ter dificuldade em se excitar no leito nupcial”. E PLUTARCO afiançou que “muito poucas, entre elas, se aproveitaram

dessa liberdade, que essas poucas, longe de por esse fato serem de se aplaudir, passaram na tristeza e no arrependimento o resto da vida”.

As cerimônias rituais da *confarreatio* também enalteciam a castidade! Iniciavam-se com a saída da noiva da câmara virginal, envolta num vestido branco, com um cinto cingido ao corpo por um nó, que o marido desatava no leito conjugal, cabeça coberta por um véu vermelho e adornada por uma coroa de flores, colhidas com suas próprias mãos. Concluía-se com a entrega ao esposo por uma matrona, chamada prônuba, que devia ser unívira, uma vez que consideravam as segundas núpcias uma decadência. Nessa parte final, a *domum deductio*, um cortejo de tocadores de flautas conduzia a esposa ao leito do marido, entoando cânticos eróticos, os versos fascínicos ou fesceninos, tão livres e até obscenos para os mais pudicos, epigramas legados pelas sabinas, onde se celebrava a virgem, entregue ao esposo ardendo em desejos, exortando-o a ser forte e audacioso:

“Coragem, mancebo, não deixes escapar dos teus braços a virgem, quando ela te dilacerar com as unhas desumanas. O prazer disputado é cem vezes mais doce, e a beleza que nos foge mais nos inflama. Avermelha com o sangue virginal os tecidos de Sidon... Depois, vencedor, e glorioso das feridas que te custar essa noite, abandona o úmido teatro do combate.”

“Ide, jovens, misturai o suor de vossos corpos. Que as pombas não suspirem mais amorosamente do que vós: que vossos braços se entrelacem, semelhantes à hera, e, nos vossos ternos abraços, conservai-vos unidos como se unem duas conchas. Coragem! Gozai, mas não apagueis as lâmpadas vigilantes. Testemunhas mudas dos mistérios da noite, elas nada revelam ao dia.”

O poeta CATULO, em epitalâmio composto para as bodas de Mânlio e Júnia, faz uma elegante descrição do deus Hímen, que o vate imagina revestido do traje nupcial, onde destaco:

“És tu — diz ao Hímen — és tu quem levas até às mãos do ardente jovem a jovem arrebatada dos braços maternos... Sem ti, Vênus não pode gozar de nenhum prazer confessado pela honra; mas poderá, se tu quiseres: quem ousaria comparar-se a um deus como tu?”

Propércio, no elogio fúnebre de Cornélia, mulher de L. Emílio Paulo, afirmou a respeito daquele matrimônio ideal: “desde o momento em que abandonei as vestes de solteira pelas tochas do hímen, estive unida ao teu leito, a este leito que nunca deverei abandonar a não ser para morrer: sobre minha tumba se escreverá que fui mulher de um só homem”, concluindo mais abaixo: “minha vida jamais se alterou, conservou-se sem qualquer reprovação: vivi orgulhosa desde a tocha nupcial à tocha funerária”.

No matrimônio romano, a mulher desfrutava de maior intimidade e consideração, e, nos versos fascínicos, se lhe aconselhava a “que coisa alguma recusasse a seu marido, quaisquer que fossem as suas exigências”. Não havia apo-

sentos especiais destinados às mulheres nem outros que lhes fossem vetados. Ela não devia imiscuir-se nos negócios do marido, contratuais ou carnais. A principal das qualidades exigidas era a submissão; a discrição e a ignorância eram ditadas pela perspicácia feminina. O nome da esposa era um título de dignidade, nunca de prazer, explicava Aelius Verus, filho adotivo de Adriano, quando sua mulher lhe censurava suas constantes infidelidades. PETRÔNIO doutrinava que “deve amar-se a esposa como propriedade legítima; e eu não quero ser condenado a amar apenas a minha propriedade”.

A moral social, muito rígida com as meninas e as mulheres casadas, permanecia demais liberal e indulgente com os rapazes e homens. Embora condenado pela lei e tolerado pelos costumes, o homossexualismo floresceu. HORÁCIO se rejubila ter sido “ferido pelo dardo do amor, por Lisíaco, que, em matéria de ternura, suplanta qualquer mulher”, afirmando que dessa paixão só se livraria com “outro amor por alguma linda virgem ou gracioso rapaz”. MARCIAL consagrou seus melhores e mais inspirados epigramas à pederastia. JUVENAL, em uma de suas mais impubescíveis sátiras, relata o clamor de uma mulher sobre esta ultrajante competição. A *Priapéia*, poema erótico, hétero e homossexual, era bastante lida.

SÊNECA lamenta que tudo era provado antes da aquisição, menos a noiva pelo noivo...

O adultério tornou-se um fato comum e generalizado. O primeiro SÊNECA extravasa sua indignação:

“Quem teria hoje vergonha do adultério, depois que chegamos ao ponto de mulher nenhuma arranjar marido senão para excitar um amante? A virtude é apenas uma prova de fealdade. Qual é a mulher bastante repelente, bastante miserável, para se contentar com um só par de amantes, para não ter as suas horas para cada um, sem que o dia lhe chegue para todos, e que se não veja com liteira para casa de um ou no leito do outro? Apenas alguma ingênua ou alguma mulher dos tempos antigos é que não sabe que o adultério com um só se chama casamento.”

Para o segundo SÊNECA, mulher casada que se satisfazia apenas com dois amantes era um modelo de fidelidade. OVIDIO contava que “mulher pura, só as que nunca foram solicitadas; e não passa de um bruto o marido que se zanga com os amores da esposa”. Uma adúltera de JUVENAL diz calmamente ao marido que entrara inesperadamente: “acaso não combinamos que viveríamos os dois como quiséssemos?”.

“Atrás dessas heroínas, escreve WILL DURANTE, depois de mencionar diversos modelos de virtude, estão as mulheres anônimas cuja fidelidade marital e cujos sacrifícios sustentavam toda a estrutura da vida romana”. Mesmo assim, seguindo as naturais pegadas da Bíblia, procurou a argumentação varonil atribuir às Evas romanas, forte minoria, a responsabilidade pela dissolução de seus costumes e degradação de suas famílias.

Desde os iniciantes albores do Cristianismo, mais uma vez, tornaram-se elas o epicentro da agitação moral, que iria convulsionar o mundo e a cultura ocidentais, encastelando-se nas torres medievais para enraizar-se na mentalidade pouco elástica de muitos "crentes", com aquela certeza dogmática de um prelado gaúcho que, há poucos dias, por cinismo ou ignorância, acaba de responsabilizar a promulgação da Lei do Aborto, na Itália, como culpada pelos terremotos ali ocorridos, resultantes de acomodações geológicas.

Não podemos negar que o Cristianismo medieval elevou a condição social da mulher, contudo, sempre a considerou inferior ao homem. TOMAS DE AQUINO chegou a ensinar que "a mulher é subordinada ao homem em virtude da fraqueza de sua natureza, tanto no espírito como no corpo"... "O homem é começo da mulher e é o seu fim, assim como Deus é o começo e o fim de todas as criaturas." CRISOSTOMO considerava a mulher "um mal necessário, tentação natural, calamidade desejável, perigo doméstico, fascinação mortal, o próprio mal que se apresenta disfarçado". É São Paulo que, em epístola aos coríntios, insiste em afirmar que a nova religião não alterou a condição da mulher. É TERTULIANO quem sentencia: "mulher, tu devias andar coberta de luto e andrajosa, tu perdeste o gênero humano". É São Jerônimo quem a incrimina: "a mulher é a porta de Satã, o caminho da injustiça, o agulhão do escorpião". É no Concílio Provincial de Mâcon, no século sexto, que se discutiu seriamente a questão de saber se a mulher tinha uma alma.

O culto à virgindade insinuou-se novamente, figurando como uma das mais excelsas virtudes cristãs. E a Igreja, tão coerente quanto contraditória, às vezes, jamais poderia deixar de enaltecer e proteger a virgindade. Mesmo pregando a salvação da alma, foi encarar o sexo como um marco de perdição, foi atrelar a nobreza dos sentimentos da mulher à existência de uma simples membranal...

A influência da Igreja contaminou Portugal e chegou até nós, sem solucionar as investidas da nobreza medieval, e dos barões, traduzidos entre nós, pelos senhores de engenho, fazendeiros e "coronéis".

Ao permitir a anulação do matrimônio por erro essencial quanto à pessoa do outro cônjuge, o artigo 219 do Código Civil brasileiro arrolou em sexto e último lugar — "o defloramento da mulher, ignorado pelo marido", tendo antes (art. 178, § 1º) o cuidado de fixar dez dias contados do casamento para a prescrição da ação ordinária respectiva.

Era o odiado cinto medieval da castidade himenal que se fechava sobre a mulher brasileira... Tudo lhe estava facultado, desde que não rompesse aquela membranal...

Ao longo da caminhada de uma vida humana, em seus naturais resvalos e ascensões, podemos localizar e individualizar uma perpétua mudança de idéias e ideais, de interesse e condições econômicos, de cultura e hábitos, de métodos e execução, de costumes e tradições jurídicas e sociais mais arraigados. Entretanto, apenas os reflexos hereditários ou solidificados durante a infância é que quase nunca mudam e parecem imunes à ação do tempo e da civilização. De tal modo que é perfeitamente possível esquadriarmos as origens de um homem já avançado e traçarmos o seu perfil, estudando tão-só os seus reflexos.

Eis aí a reconstituição do passado, através dos reflexos indelévels de uma fixação himenal, de uma conceituação errônea da inferioridade feminina, de uma desigualdade gritante, de uma ação inqualificável de propriedade exclusiva do homem, sem liberdade de ser porque o quer e querer porque o é, que permitem a motivação arcaica do texto legal, inserido em nossa legislação civil ao alvorecer do século vinte, embora os raios cósmicos que o iluminassem datassem de antanho.

Tudo isso se me afigura como um reflexo, para não dizer complexo, da mentalidade brasileira, ainda impregnada de um clericalismo estreito e subser-viente, ainda não erradicado, de concepções obsoletas e inaceitáveis, quando o casamento de uma mulher não virgem era considerado um fato excepcional e inadmissível ao "orgulho" masculino.

Que é defloramento? A origem latina — *defloro, as, avi, atum, are* — quer dizer tomar, colher a flor, extrair as principais passagens de uma obra, extre-mar, escolher e, em sentido figurado, deflorar, deslustrar, denegrir, manchar. *Defloratus* é aquele sem a flor, que perdeu a flor, destruído, murcho, seco.

ANTONIO DE MORAES SILVA, em seu Dicionário, em 1813, já registra o vocábulo como "tirar a flor", em sentido figurado: "desonrar a donzela"; a defloração, como o ato de deflorar a donzela, o corrompimento dela.

Virgindade (*virginitas, de virgo*) estado da pessoa virgem, pureza original, é a castidade, a continência, a honra, a pureza, o pudor, a virtude.

É a virgindade física, a pureza do corpo em relação aos prazeres sexuais, sua integridade pela não contaminação decorrente da cópula. Por isso, a castidade é acolhida como uma virtude pela qual se modera e restringe, nos limites do dever, a inclinação para os prazeres sensuais, a abstinência completa dos prazeres sensuais proibidos. Honra, pudor e virtude só são sinônimos de castidade, continência e pureza, quando se aplicam às mulheres.

De maneira geral, a prova da integridade himenal ressalta a ausência de cópula e atesta a virgindade física, embora as exceções sejam múltiplas nos himens que LEGRAND DE SAULE alcunhou de "complacentes" e que MARTINELLI chamou de "singulares", permanecendo ainda o argumento de PLENK: *virginitatis primarium signum est hymenis integritas*.

Hímen (do grego *hymen* = tecido, película, membrana), quer se considere de origem vulvar ou vestibular, é uma membrana que fecha, em parte, no maior número de virgens, o conduto vulvovaginal. É formada por uma prega na mucosa. Desde os antigos que pode ser conhecida por *virginitatis claustrum, integritatis, castitatis zona, flos virgineus, panniculus virginalis, interseptum virginalle, columna virginitatis*, todos indicando a mentalidade popular de que ele representa a melhor prova de virgindade.

Em botânica, o hímen representa a membrana que envolve a perfumada corola em botão e se rasga na ocasião de desabrochar. Talvez pelo sentimento enraizado no povo de que a virgindade é uma flor perfumada, de que a

dilaceração do hímen representa o desabrochar e o perfume de uma nova mulher, chamou-se “defloramento” ao desvirginamento.

Para CHRYSÓLITO DE GUSMÃO, tomada a defloração na acepção material, como ruptura do hímen pela cópula, seria atribuir o intuito de proteger, não a virgindade, mas a muçulmana defesa de um sinal falível e meramente material dessa mesma virgindade.

A honra, apanágio da pessoa que sabe preservar a própria respeitabilidade, sentimento ou consciência da própria dignidade que se exprime nas qualidades que constituem sua integridade moral, no que tange à probidade, à retidão, à lealdade, à personalidade, patrimônio inalienável, gerado pelo esforço e pelo valor pessoais, jamais poderá condicionar-se à existência ou à ruptura de uma membrana!

Estaria resguardada e sacramentada a honra de uma mulher se, por inexistência do ato carnal *cum masculis*, que mereça a tipificação de cópula, as carícias realizadas não tivessem eficácia para determinar o seu rompimento?

Estaria preservada a virgindade, mesmo que a natural concupiscência lhe tenha exulcerado as entranhas, mesmo que tenha provado da lascívia e das manifestações de voluptuosidade próprias de grandes amantes, mesmo que tenha sido realizada a cópula apenas tentada, frustrada ou principitada, o coito vestibular, a cópula onanista, o coito anal, a *fellatio* ou a cunilíngua?

Sim, para todos aqueles que consideram a mulher, não como uma adorável companheira, de presença insubstituível, como uma outra metade atuante, dotada de vida sexual pessoal, de sentimentos e personalidade próprios, com diminutas e indispensáveis diferenças apenas biológicas, mas como objeto de propriedade masculina, a integridade hímenal se superpõe a todo o elenco de suas qualificações pessoais, culturais, profissionais, sexuais e humanas.

Sim, a virgindade não é nem será um mandamento legal, a exigência da imbecilidade e do egoísmo masculinos, mas um estado físico ou mental, resultante da falta de oportunidade e de escolha. É mais um atestado do homem primitivo e orgulhoso, que prefere ser o primeiro e o último numa relação que terminou ao nascer, em vez de saber aceitar uma personalidade sedenta de afeto e desejosa apenas de dar e receber amor, sem nada exigir em troca. O essencial não reside no estar, mas no ser; não significa iniciar, mas saber continuar; não quer dizer romper, é, antes, o encantamento e a magia do viver a dois. O amor e o prazer consentido e compartilhado, a relação entre um homem e uma mulher deve ser um profundo entendimento, uma irmanação generosa, uma troca vital de idéias e ideais, de gestos e pensamentos, de sonhos e aspirações, sem se atrelarem a frivolidades e preconceitos plurisseculares.

Sim, para nós que entendemos o “casamento” como convivência natural e sadia de um homem e uma mulher, não apenas como a formalização da união sexual, a satisfação biológica e social regulamentada, mas uma fase adulta da vida humana, uma conjunção de matéria e espírito, solidificada em perene admiração de dois seres inteligentes que, para atingirem a plenitude do desen-

volvimento de sua personalidade, se interpenetram e se confundem pelo companheirismo da tolerância e da compreensão na formação de um todo inseparável, enquanto reconhecem a necessidade e a importância dessa comunhão” (meu *Desquite Amigável* – 2ª ed., pág. 21) – o patriarcalismo himenolátrico tradicional é um mito.

Sim, para nós que doutrinamos que o “casamento não é apenas uma convenção, uma palavra solenemente empenhada, um elenco legal de obrigações e direitos assumidos, a mais singular e abrangente sociedade, cuja dilação todos reputamos necessária para a realização dos valores básicos da sociedade civilizada, afigura-se-nos, antes de tudo, uma contínua renovação de estímulos, uma relação entre duas pessoas, dinâmica, progressiva e vívida, onde cada um dos cônjuges reconhece, advoga e pratica a necessidade da vida em comum” (ver meu *A Nova Lei do Divórcio Comentada* – pág. 13) – a virgindade poderá ter um sentido apenas intelectual.

Sim, para quem aceita “o casamento indissolúvel apenas pela vontade dos cônjuges, possui sua dinâmica própria, vive intensa e profundamente em sua renovação quotidiana. Nele, as palavras, atos e fatos corriqueiros assumem sua verdadeira dimensão e magnitude, quando ditados e influenciados pela espontaneidade sincera do amor. Assemelha-se a um jardim tratado diligentemente a quatro mãos, coordenadas por um mesmo impulso. Se orvalhado pela compreensão, regado pela ajuda mútua, adubado pela confiança, opulentado pela convivência feliz e construtiva, sob o calor aconchegante da irmanação de dois seres que se necessitam e se confundem sem despersonalizar-se” (meu *Sevícia ou Injúria Grave – a mais ampla causa-síntese de desquite* – págs. 68/9) – os himenófilos não têm razão de existir.

Sim, para quem, como nós, acha que “a evolução moral e mental do mundo vem-se acentuando com celeridade fora do comum, os intransponíveis tabus se tornaram ridículos e abomináveis. Ruíram fragorosamente os sólidos esteios de muitos costumes inatacáveis e de diversas tradições restritivas. Os preconceitos e convencionalismos seculares foram tragados no vórtice do desenvolvimento. O rígido código de conduta sexual e moral de antanho, baseado na ignorância, na repressão indevida e na hipocrisia, foi incinerado sem maiores festividades” (meu *Adulterio, a Mais Infamante Causa do Divórcio* – 2ª ed., pág. 137) – essa política legislativa não mais corresponde às transformações sociais do País, nem sequer à doutrina dominante do direito canônico.

Sim, para mim, “o matrimônio é costume social e os costumes têm evoluído de maneira vertiginosa e surpreendente. A moral hodierna não é mais traçada pelo catecismo de antanho. Acabou-se o dogma daquela eterna e conveniente submissão” (ver nosso *A Nova Lei do Divórcio Comentada* – pág. 14). O que interessa é o companheirismo, a afeição e o amor.

Sim, para quem, como eu, entende que a mulher mudou e que “essa avançada dos tempos fez ruir os antigos e invioláveis tabus, aquela ignorância, característica de uma moral restrita, concebida sob a égide do que ALÍPIO SILVEIRA chamou de “patriarcalismo himenolátrico tradicional”, não mais deixou vestígios. Sua liberdade jamais constituirá um passaporte à licenciosidade, uma

carta de alforria à libertinagem, tampouco um mandado de reclusão ou ingresso no claustro para as que tiveram o desprazer da falibilidade humana e erraram na escolha do objeto visual de seus sonhos casamenteiros ou de sua humana necessidade. A mulher se tornou livre para escolher o preferido de seus sentimentos, sem limitações, até que descubra e desfrute da felicidade por que anseia. Livre de tudo e de todos, atenta apenas ao seu código, está ela psicologicamente preparada para enfrentar suas necessidades biológicas e profissionais com o realismo que a sua maturidade sexual e mental exige e reclama" (obra citada acima).

Lei alguma, divina ou humana, norma moral ou religiosa, compromisso social ou familiar, poderá impingir a uma jovem, em toda a plenitude de seu vigor sexual, na etapa incandescente em que a vida fugaz lhe oferta todo o esplendor e magnificência que o amor lhe desperta e insinua, que se torne uma vestal romana ou uma virtuosa freira, imolando-se na continência ou estancando na frieza do insulamento a seiva estuante que se agita em seu organismo sadio, só porque teve a infelicidade de sentir na própria carne o estigma da frustração em sua vida – sentenciávamos em 5 de junho de 1967, na primeira vara, em Cuiabá.

Indefinível esse sentimento profundamente humano que se enraíza no espírito! Capaz de "mover o sol e as demais estrelas" e sublimar as almas, materializando-se no interesse do homem em perseguir a mulher, só encontra equidade no interesse da mulher em ser perseguida e perseguir, espiritualizando-se na devoção de Dante, no êxtase de Petrarca, na lealdade de Heloisa para com Abelardo, no fluxo inesgotável de poesia épica, lírica, dramática, romântica, na criação fecunda da arte, ciência e literatura, visualizado na violenta paixão das feras, na crua luxúria do selvagem, nos olhos cismadores da adolescência, nos sonetos de ELISABETH BROWNING, no romance de FRANCESCA ou no contentamento dos velhinhos, adornado de serenidade e bondade, ao comemorar os aniversários dos netinhos.

Injusto seria que tudo isso fenecesse na aridez de um ser, onde não conseguia medrar a semente do amor! Criminoso seria condenar-se a mulher a reclusão. Humano incentivar-lhe o vôo, sondar outras plagas, desejar o desejado, irmanar-se na outra metade, entremostrear-se na mesma afinidade, na mesma disposição e caminhar outra vez iluminada pela ventura do amor.

WILL DURANTE, em sua *Filosofia de Vida*, escrevera:

"Todas as coisas morrem menos o amor, pois que o amor salta por cima das tumbas e por meio da geração anula a morte. Parece a coisa fugaz por excelência e é, no entanto, o que há de perene no quadro geral da vida humana; só ele opera o milagre de passar a chama dum organismo periclitante e já a caminho do fim para as mãos dum rebento vigoroso. O que no mundo chamamos de riqueza é um enfado, e nossa sabedoria não passa de luzinha vacilante; mas o amor nos aquece os corações com indizível ternura maior ainda quando dada do que quando recebida. Tudo é fútil na vida, exceto o amor."

Admito e reconheço, como homem, que nunca se poderá incriminar uma mulher, qualquer que seja sua idade ou motivação, por haver amado. Certa mu-

lher, censurada por um juiz francês pelo fato de viver com um ladrão, retorquiu: "mas quando não estou amando, não sou nada". Essa mulher anônima, como tantas, certamente sabia que a nossa felicidade não está na posse de bens, na conquista de posição social, de uma profissão digna ou de poder — sim, no amar e ser amado.

As razões do amor de uma mulher, mais sinceras e mais profundas que as do homem, serão sempre uma maravilhosa incógnita, uma suprema razão que escapa a nossos sentidos, uma das mais fantásticas e misteriosas forças universais. O amor é seu destino, seu alimento, sua missão, sua essência. Vetá-lo é estiolá-la, matá-la de inanição, atentar contra sua natureza intrínseca, violentar a si própria, incapacitá-la a viver sem completar-se. É o "agora para agora", naquela curiosa expressão que os nativos de Trindade usam para demonstrar sua crença de que o momento imediato é tudo que o homem pode contar na vida e, se não tirar proveito imediato, está jogando fora sua vida. Assim, o ontem já passou; o amanhã ainda não chegou; resta viver o hoje, com intensidade e realismo, tirando o máximo benefício.

SALOMÃO, em sua sabedoria e inspiração admiráveis, discriminou três coisas difíceis de saber e uma outra impossível de determinar: o rastro da água no céu, o caminho da cobra na pedra e o sulco do navio no mar, de um lado e do outro, o vestígio deixado pelo homem na mulher que possui.

O homem, adúltero e libertino por natureza e educação sócio-familiar, evoluiu pouquíssimo. Ficou perplexo diante da súbita transformação feminina, do novo papel que passou a desempenhar com segurança e naturalidade. Viu impassível sua vetusta e cansada argumentação perder sentido e forma de convencimento. Tudo lhe era permitido... por não trazer filhos estranhos ao casamento, embora os fizesse lá fora, porque trabalhava, sustentava a família e nunca se envolvia sentimentalmente com a eventual parceira.

Enquanto isso, inculcava na mentalidade feminina, dócil e submissa, o sentido precioso da pureza, do recato e do pudor, da vergonha e da honra, impondo-lhe a vestalidade e o temor religioso pelas relações impuras e "pecaminosas". A castidade da mulher purificaria o impudor do homem! Sua virgindade servia para alimentar uma vaidade selvagem em exibir a camisa e os panos da noiva manchados de sangue, como a mais indiscreta das recordações de uma noite, que permaneceria indelével no patrimônio daqueles dois seres se outras fossem realmente as realizações...

A mulher emancipou-se dos preconceitos que a inibiam e refreavam. Sem renunciar a sua qualidade natural, aprendeu a amar à semelhança dos homens, sem envolver-se emocionalmente, sob a garantia dos anticoncepcionais. Solteira, casada, viúva ou separada judicialmente, proclamou ser o amor uma necessidade biológica, uma gratificação, impulso de alta frequência destinado a descarregar as tensões nervosas, e partiu livre para conquistar o orgasmo integral que sempre lhe fora negado.

O direito, expressão viva da vontade do corpo social, intérprete autêntico das aspirações e necessidades humanas, e sempre disposto ao atendimento de

novas e oportunas solicitações do progresso e de novos reclamos do desenvolvimento econômico, social e cultural, nunca poderá apartar-se da vida, como uma entidade insulada; é, antes, parte integrante e inseparável dela. "O direito — dogmatiza HENRI DE PAGE — é essencialmente uma coisa viva. Está ele destinado a reger homens, isto é, seres que se movem, pensam, agem, mudam, se modificam. O fim da lei não deve ser imobilização ou a cristalização da vida, e sim, manter contato íntimo com esta, segui-la em sua evolução e adaptar-se a ela. Daí resulta que o direito é destinado a um fim social, de que deve o juiz participar ao interpretar as leis, sem se aferrar ao texto, às palavras, mas tendo em conta não só as necessidades sociais que elas visam disciplinar, como ainda as exigências da justiça e da equidade que constituem o seu fim."

O texto da lei civil existe, apresenta-se rígido, sem qualquer elasticidade. Não mais está em condições de satisfazer às exigências novas de uma sociedade em eterno movimento, não mais condiz com as aspirações femininas. Não basta que deixe de ser aplicado, para ser tacitamente ab-rogado pelo costume, por estar em contradição com as exigências do corpo social. Além de esclerosado, é humilhante por negar à mulher todas as suas conquistas e submetê-la à escravidão himenal.

Uma união só poderá ser estável, uma vida em comum só existe quando nasce da participação, doação mútua sem obrigação, amor. Amor com serenidade, prazer amadurecido e consentido, realização perene. Amor que percorre inteiramente o caminho da transformação que vai da tranqüilidade e da confiança do teórico intelectual à entrega plena daquele que quer, daquele que deseja e necessita, e, finalmente, daquele que se realiza na entrega consciente, não a algo próprio, mas àquilo que é.

Agora que o projeto de lei de autoria da Senadora EUNICE MICHILES (*) está em andamento, em nosso Congresso, torna-se por demais oportuna uma arremendação da consciência nacional para extirpar de nossa legislação essa norma que, além de obsoleta, se torna extremamente humilhante para qualquer mulher, mesmo para as mais incultas.

(*) N.R.: — PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 237, DE 1980

Revoga o § 1º do art. 178 e o item IV do art. 219 do Código Civil — Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, corrigida pela Lei nº 3.725, de 15 de janeiro de 1919.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º — São revogados o § 1º do art. 178 e o item IV do art. 219 do Código Civil — Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, corrigida pela Lei nº 3.725, de 15 de janeiro de 1919.

Art. 2º — Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 3º — Revogam-se as disposições em contrário.

Justificação

Nos termos do nosso Código Civil, editado em 1916, constitui erro essencial de pessoa, justificando anulação de casamento "o defloramento da mulher, ignorado pelo marido" (art. 219, item IV). Essa ação anulatória prescreve em dez dias contados do matrimônio (art. 178, § 1º).

É certo que o Código Civil brasileiro, que contou para a sua feitura com a colaboração de figuras excepcionais da ciência jurídica, consubstancia realmente uma notável produção que ainda hoje, em quase todos os seus aspectos, merece o acatamento dos estudiosos e aprofundadores do direito.

A dinâmica social, contudo, está a exigir reparos nesse instituto do nosso direito privado, a fim de que as suas normas se ajustem à realidade contemporânea, já despida de certas limitações ditadas pela moral então recomendável e universalmente aceita.

Assim é, por exemplo, a hipótese do erro essencial que se identifica no fato de ignorar o marido a circunstância de, no casamento, já não ser mais virgem a sua esposa.

Sem sermos propugnadores do incentivo às conjunções livres, pois entendemos que o casamento santifica a função natural de procriar, não podemos deixar de reconhecer, de outra parte, que a obrigação de virgindade, como imposição legal, constitui exagero que cumpre ser erradicado de nossa legislação civil.

Assim, o nível de importância que o nosso vetusto Código atribui ao fato de que deve ser conhecida pelo homem antes do casamento a situação de defloração da mulher está em absoluta antinomia com os sentimentos mais evidentes da sociedade que integramos, produzindo, no particular, uma verdadeira distorção entre o social e o jurídico.

Já é tempo, portanto, de começarmos a encarar o sexo com naturalidade, na sua destinação mais pura, que nada tem de misterioso, de confessável ou de inconfessável.

Além do mais, na conquista da igualdade de direitos para a mulher, já não se admite seja o homem detentor da prerrogativa exclusiva de inquiridor dos atos praticados pela mulher antes do casamento, quando os seus próprios permanecem a salvo de qualquer averiguação.

Sala das Sessões, 16 de setembro de 1980. — *Eunice Michiles.*

LEGISLAÇÃO CITADA

CÓDIGO CIVIL

.....
Art. 178 — Prescreve:

§ 1º — Em dez dias, contados do casamento, a ação do marido para anular o matrimônio contraído com mulher já deflorada (arts. 218, 219, nº IV, e 220).
.....

Art. 219 — Considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge:

I — o que diz respeito à identidade do outro cônjuge, sua honra e boa fama, sendo esse erro tal que o seu conhecimento ulterior torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado;

II — a ignorância de crime inafiançável, anterior ao casamento e definitivamente julgado por sentença condenatória;

III — a ignorância, anterior ao casamento, de defeito físico irremediável ou de moléstia grave e transmissível, por contágio ou herança, capaz de pôr em risco a saúde do outro cônjuge ou de sua descendência;

IV — o defloração da mulher, ignorado pelo marido.
.....

Publicado no DCN (Seção II), de 17-9-80.

O erro de direito e o concurso de pessoas no anteprojeto de Código Penal de 1981

EVERARDO DA CUNHA LUNA

Catedrático de Direito Penal da Faculdade de Direito do Recife — UFFe,
Membro do Conselho Nacional de Política Penitenciária

I — O ERRO DE DIREITO

1 — O Erro de Direito no Código de 1940

A culpabilidade, ou vontade culposa, é um dos dois elementos do fato criminoso — precisamente o elemento subjetivo. Externada pela ação, que é o elemento objetivo do crime, constitui o fato psicológico juridicamente tratado ou valorizado. Compreende o dolo e a culpa no sentido estrito, espécies ou formas da culpabilidade que consistem, sinteticamente, de **fato e valor**.

Causas existem que excluem a culpabilidade, chamadas, por isso mesmo, causas de exculpação, exculpantes, causas de exclusão da culpa-

O presente trabalho foi apresentado e debatido no Seminário sobre a Reforma Penal, realizado em junho de 1981, na Faculdade de Direito da Universidade de Goiás.

bilidade, excludentes da culpabilidade ou causas de inculpabilidade. Compreendem tais causas as exculpantes propriamente ditas e as causas de exclusão da imputabilidade, excludentes da imputabilidade ou causas de inimputabilidade. As primeiras consistem, para o agente, numa anormalidade das circunstâncias por ele vividas, e as segundas, numa anormalidade pessoal do agente, um estado que se **dinamiza** no momento da ação.

As excludentes propriamente ditas, ou, simplesmente, as exculpantes, viciam a inteligência ou a vontade. Quando viciam a inteligência, chamam-se erro ou ignorância; e quando viciam a vontade, chamam-se coação moral irresistível. O erro, quando invencível ou inevitável, exclui a culpabilidade em ambas as suas formas: dolosa e culposa; quando vencível ou evitável, exclui o dolo somente, restando intocável a forma residual da culpa. A coação moral irresistível, como o próprio nome está a dizer, é invencível ou inevitável, pelo que exclui o dolo e a culpa, ou, simplesmente, a culpabilidade. Quando, porém, resistível, vencível, evitável, não exclui a culpabilidade, valendo como obrigatória circunstância atenuante da pena.

Como o crime, fato jurídico que é, compreende fatos e valores, estabeleceu-se, para esses fatos e valores, a milenar distinção entre erro de fato e erro de direito. E, por força da tradição, o princípio de que o erro de fato exclui, e o erro de direito não exclui a culpabilidade. O erro de **direito, quando escusável, vale, assim como a coação quando resistível, como uma obrigatória circunstância atenuante da pena.**

Uma vez que fatos e valores são incindíveis, porque gravitam dentro da realidade jurídica, que é, a um tempo, direito e realidade, concluiu-se que a distinção entre erro de fato e erro de direito não era uma distinção substancial, existindo, apenas, para o atendimento de certas finalidades práticas. E como a distinção, em tela, pelo férreo comando que encerra, cria, não raro, sérias injustiças na aplicação da lei penal, começou-se a atacá-la, precisamente, em sua natureza substancial. E afirmou-se que, assim como em todos os erros de fato está insito um erro de direito, assim também, em todos os erros de direito, insere-se, inapelavelmente, um erro de fato. Deste modo, no clássico exemplo de FINGER, que via um erro de direito tanto no fato de conduzir cocaína sem autorização, quanto no fato de conduzi-la sem conhecê-la.

A essa primeira objeção, respondia-se que uma coisa é conhecer a cocaína proibida e outra a proibição da cocaína. Na primeira hipótese, desconhecimento de um elemento do fato criminoso: logo, erro de fato. Na segunda hipótese, desconhecimento da proibição de fato como um todo: logo, erro de direito. Essa resposta, porém, deparava com uma di-

ficuldade, que consistia na observação de que, em alguns crimes, figurava a própria proibição do fato como elemento do fato. Tentou-se, então, remover a dificuldade pela simples negação da dificuldade, ou seja, tentou-se provar que não existiam proibições como elementos do fato, porque o que ocorria, nessas aparentes proibições, era a **pressa do legislador**. Ao que se respondeu que a pressa do legislador, se existisse, destacar-se-ia dos dizeres da lei, feita **apressadamente**.

Sucede, porém, que, mesmo considerando-se que a distinção entre erro de fato e erro de direito não ataca substancialmente a realidade, mesmo assim, é inegável a dificuldade para unificar o erro e tratá-lo com a obediência que a justiça material exige. Se a distinção não é substancial, e se a justiça exige para o erro de fato e o erro de direito um igual tratamento, a solução correta, cientificamente, é a da chamada teoria estrita do dolo: sem o conhecimento do direito, exclui-se a culpabilidade, e, se o conhecimento do direito era possível, subsiste a culpa nas hipóteses em que estiver prevista, na lei, a forma culposa. Tudo acontecendo, como se vê, como acontece no erro de fato. Tudo, como igualmente se vê, **de lege ferenda**.

Sucede, também, que nem todas as soluções corretamente científicas são, de logo, as praticamente exigíveis. Surgem dificuldades, antinomias. E o jurista dogmata vê-se obrigado a apelar para uma crítica propriamente dogmática, e também para a política criminal, no sentido de alcançar conclusões sobre a relação entre a política criminal e a dogmática jurídico-penal.

“Ambas son dos ámbitos independientes, pero que se compenetran en múltiples aspectos. Así, es misión de la dogmática en el marco de la política criminal **conseguir posibilidades de solución acordes con el sistema para objetivos politicocriminales**. La política criminal parte de un sólido fundamento cuando mantiene sus decisiones de acuerdo con la evolución de la dogmática, así como, viceversa, la dogmática ha de desarrollar sus soluciones en el marco de la concepción global politicocriminal, dado que su afetividad se mide igualmente según su valor para la realización de los objetivos politicocriminales” (cf. el agudo pronóstico de Tröndle, NJW, 1973, 32: “La dogmática del derecho penal será en el futuro lo que lleve a cabo la política criminal” in HEINZ ZIPF, **Introducción a la Política Criminal**, Traducción: MIGUEL IZQUIERDO MACÍAS — PICAVEA, de la edición española EDERSAN, 1979, 5 a 6).

Nos marcos da crítica intra e extradogmática, duas soluções jurisprudenciais surgiram para atenuar os rigores do comando pelo qual o erro

de direito não exclui a culpabilidade. A primeira diz respeito ao chamado erro de direito extrapenal, que deve ser tratado como erro de fato. A segunda caminha conforme o princípio de que só existe o dolo quando o conhecimento da antijuricidade é um dos seus elementos. Ou seja: na ausência da antijuricidade, o dolo não existe.

A segunda solução, doutrinária ou pretoriana, fundamenta-se, entre nós, numa crítica ao artigo 16 do Código Penal, o qual, sob a rubrica IGNORANCIA OU ERRO DE DIREITO, preceitua:

“A ignorância ou a errada compreensão da lei não eximem de pena.”

É de toda a evidência que o preceito referido não alcança somente o conhecimento da existência da lei, o conhecimento dos artigos ou dos tipos legais. Se assim fora, não haveria razão para uma questão tormentosa. O que o preceito do artigo 16 do Código Penal compreende é o conhecimento da lei, penal ou extrapenal, não só em sua forma como em sua matéria. O preceito referido alcança a lei e o conteúdo da lei. Numa palavra: compreende o erro de direito em sua expressão cabal, completa. Férreo comando, mas comando. Portanto, a crítica, doutrinária ou pretoriana, ao interpretá-lo formalmente, existencialmente, dele separando a materialidade, o conteúdo, a significação enfim, procura dar-lhe uma interpretação estrita para servir a melhores reclamos da justiça.

Deste modo, se alguém pratica um fato que corresponde a um sutil artigo do Código Penal, ignorando o artigo legal e ignorando que o fato é contrário à ordem jurídica, pratica, sem sombra de dúvida, conforme o artigo 16 mencionado, um crime. Se, porém, desconhece o artigo que incrimina, e sabe que o fato praticado contraria o direito, pratica um crime tanto à luz do Código Penal como segundo a solução crítica em questão. E se, conhecendo o artigo incriminante, pratica o fato na consciência plena de que age juridicamente, o erro de direito exclui a culpabilidade, segundo a solução crítica, porque também no direito, como na religião, o espírito sobrepõe-se à palavra. De resto, se não era possível, ao agente, conhecer a antijuricidade de sua ação, é ocioso indagar se ele conhecia, desconhecia, ou mal conhecia a lei incriminante. A indagação do conhecimento da lei incriminante é válida, porém, para a hipótese em que o agente podia ou devia conhecer a antijuricidade de sua ação, ou seja, para a hipótese de evitabilidade do erro, ou do erro culposos.

O mesmo se diga quando entram em questão as chamadas excludentes de criminalidade, excludentes da antijuricidade, causas de ausência de criminalidade, causas de ausência da antijuricidade, causas de exclusão de criminalidade, causas de exclusão da antijuricidade, jus-

tificantes ou causas de justificação. Se alguém, por exemplo, pratica um fato, julgando fazê-lo, por erro inevitável, nos limites de uma justificante, age sem consciência da antijuricidade da ação. Assim, enquanto nas justificantes putativas fatuais, que constituem erro de fato, existe um erro sobre o fato que fundamenta a justificação, nas justificantes putativas valorativas, existe um erro sobre a justificação que valoriza o fato. Perante o artigo 16 do Código Penal, as justificantes putativas valorativas não têm força de exclusão da culpabilidade, porque representam hipóteses de erro de direito. Tê-lo-ão, porém, conforme a construção crítica que exige, entre os elementos do dolo, a ausência do conhecimento da antijuricidade. Tudo acontece como nos casos gerais do erro de direito.

É interessante notar que o excesso, nas justificantes, tanto pode encerrar um erro sobre o fato, como um erro sobre a justificação. Na segunda hipótese, entra em causa a ausência da antijuricidade da ação, que pode, igualmente, ser evitável ou inevitável.

2 — O Erro de Direito no Anteprojeto de 1981

O pensamento doutrinário que concede valor escusante ao erro de direito, pode-se afirmar com certeza, é o pensamento dominante. Na Alemanha, diga-se, a jurisprudência é pacífica no sentido de considerar o erro de direito como causa de exclusão da culpabilidade, fato este que, aliado com a doutrina, levou o legislador alemão, na reforma de 1975, a colocar no Código Penal o preceito salutar do artigo 17, assim redigido:

“Verbotsirrtum. Fehlt dem Täter bei Begehung der Tat die Einsicht, Unrecht zu tun, so handelt er ohne Schuld, wenn er diesen Irrtum nicht vermeiden konnte. Konnte der Täter den Irrtum vermeiden, so kann die Strafe nach § 49 Abs. 1 gemildert werden” (Se, no momento do ato, falta, por erro inevitável, a consciência do ilícito, exclui-se a culpabilidade do autor. Se o autor podia evitar o erro, a pena pode ser atenuada conforme o § 49, número 1).

Como se pode verificar, o Código Penal alemão não segue a teoria estrita do dolo (erro invencível e erro culposos), mas a teoria limitada do dolo (erro inevitável escusante e erro evitável com pena atenuada). De lado, também, a teoria estrita e limitada da culpabilidade (impossibilidade da consciência da antijuricidade, abrangendo a primeira as justificantes putativas fatuais como hipóteses de erro de proibição).

Como solução conciliatória, a melhor solução sem dúvida. A teoria estrita do dolo será a solução do futuro. O anteprojeto brasileiro de 1981

segue, com alguns acréscimos que não julgamos essenciais, a solução do legislador alemão. A redação do anteprojeto é esta: "**Erro sobre a ilicitude do fato.** Art. 21 — O conhecimento das leis vigentes presume-se em relação a todos. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá atenuá-la. Parágrafo único — Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência."

O primeiro período do **caput** do artigo 21 — "O conhecimento das leis vigentes presume-se em relação a todos", interpretado em relação ao segundo período do artigo referido, ao contrário dos dizeres do artigo 16 do Código Penal, refere-se às leis sob o puro aspecto formal, sobre a existência delas. É um período dispensável, sob o rigoroso ângulo técnico-legislativo. Valerá, contudo, como norma pedagógica? Duvidoso. Pode valer — como dissemos em carta ao eminente Coordenador da Reforma Penal no Brasil, Professor FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, que nos deu a honra de uma consulta justamente sobre matéria em que é mestre incontestável — pode valer, famos dizendo, como um anteparo contra o provável impacto que causará, no âmbito legislativo, o preceito inovador da escusabilidade do erro de direito inevitável. Por outro lado, porém, provavelmente criará, no âmbito judiciário, maiores dificuldades para uma matéria, já pela própria natureza, espinhosa e difícil. Deste modo, e já que o modelo do anteprojeto, na matéria em exame, é o Código Penal alemão, o melhor caminho é suprimir o primeiro período do artigo 21: "O conhecimento das leis vigentes presume-se em relação a todos." O valor pedagógico do preceito, se é que existe, é muito escasso. Além de tudo, bem examinadas as coisas, ver-se-á que o segundo período do artigo 21, que contém o expressivo preceito — "O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena" —, implicitamente está a dizer que não se trata de excluir a simples ignorância ou erro da lei formalmente considerada.

Por sua vez, o parágrafo único do artigo 21 do anteprojeto é, igualmente, dispensável, podendo valer, contudo, como norma pedagógica para os destinatários da lei, o povo em geral e os magistrados. Lembre-se que o Código Penal alemão não contém dispositivo semelhante ao parágrafo em exame, o que nos parece ser a solução mais correta. Suprimindo-se o parágrafo, para cuja redação também colaborei, por solicitação do Dr. FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, ganha-se em economia legislativa.

O termo **ilicitude**, em lugar de **antijuricidade** ou **antijuridicidade**, deve ser mantido, porque mais antigo e mais simples. Aliás, o termo **ilicitude** foi o que preferimos, ao redigirmos o nosso primeiro livro em 1955 — **Abuso de Direito**, Forense, Rio, 1959, *passim*.

Na rubrica do art. 21, não se emprega a expressão **erro de proibição**, mas **erro, sobre a ilicitude do fato**. Entendemos que a expressão tradicional, romanista, **erro de direito**, é a preferível para a rubrica. Além da força da tradição, da história — e o direito é também essencialmente história —, existe outro fundamento para a preferência. Vejamos. O termo **direito** é termo riquíssimo de conteúdo. Para a matéria que nos interessa neste momento, considera-se erro de direito: 1 — o erro sobre elemento normativo do fato (a alheidade da **coisa**, nos crimes contra o patrimônio); 2 — o erro de direito extrapenal (a qualidade de funcionário público, no direito administrativo para o tipo penal da prevaricação, por exemplo); e 3 — o erro sobre a antijuricidade ou ilicitude do fato como um todo. As duas primeiras espécies de erro, como excludentes da culpabilidade, são erros de fato, ou erros sobre elemento do tipo, conforme o anteprojeto. A última espécie de erro é o erro de direito propriamente dito. Se o denominarmos **erro sobre a ilicitude do fato**, nada se ganha em clareza, porque a segunda espécie de erro, acima indicada, é, também, erro sobre a antijuricidade ou sobre a ilicitude do fato.

Na rubrica do art. 20, emprega-se a expressão **erro sobre elementos do tipo**. **Do tipo**, por quê? Veja-se que o conceito de tipo é doutrinário, discutível, passível de interpretações várias, mais extensas umas, menos extensas outras. Basta lembrar que existe a doutrina dos elementos negativos do tipo, e, conforme o espírito dessa doutrina, não se pode considerar o erro sobre um desses elementos como erro de tipo ou de fato, mas precisamente como erro sobre a ilicitude ou erro de direito. Por tudo isso, melhor a rubrica **erro sobre elementos do fato**, e melhor ainda a tradicional e romanista **erro de fato**.

No que toca à redação do art. 20 do anteprojeto, que disciplina o **erro de tipo** (ou **de fato**), queremos fazer, *obiter dictum*, uma observação. Preceitua o aludido artigo: “O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por fato culposo, se prevista em lei”. A redação possibilita a seguinte interpretação cavilosa: havendo erro de fato, exclui-se o dolo e pune-se a culpa. Observe-se que o Código Penal, no § 1º do artigo 17, não possibilita tal interpretação, pela explicitude em que está redigido: “Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo”. Diante disso, além de sugerirmos que a expressão **do tipo legal do crime** seja substituída pela expressão singela e tradicional **do fato**, sugerimos, ainda, para o artigo 20 do anteprojeto a seguinte redação:

“O erro sobre elemento constitutivo do fato exclui o dolo, punindo-se a culpa ocorrente, se previsto em lei o crime culposo.”

Estabelecida, em lei, a ausência da consciência da ilicitude como causa de exclusão da culpabilidade, surge esta indagação: a que **ilicitude**

a lei se refere? À ilicitude especial, ou à geral? À ilicitude como contrariedade ao direito, ou à sociedade? Satisfazer-se com a consciência da chamada ilicitude especial ou penal, entendida esta na qualidade de espécie do gênero que é a antijuricidade geral ou contrariedade à ordem jurídica considerada como um todo, é insuficiente. De resto, a consciência da antijuricidade penal confunde-se com a consciência da punibilidade, a qual também se distingue do conhecimento da lei. Por outro lado, exigir a consciência da anti-sociedade e da ação é demasiado. Suficiente é a ilicitude como contrariedade ao direito. Contrariedade atual, e não apenas possível; consciência da antijuricidade, e não consciência da possibilidade da antijuricidade.

Uma outra questão surge. Considerada a consciência da ilicitude como excludente da culpabilidade quando o erro é inevitável, e atenuada a pena quando o erro é evitável, como tratar as hipóteses da também chamada antijuricidade **especial**, entendida esta como a antijuricidade que constitui um dos elementos do tipo penal, ou do fato criminoso, elemento valorativo e normativo que se distingue da antijuricidade como valorização do fato como um todo? Se a ilicitude está ausente, e não existe, na lei, a forma culposa do crime, nenhum problema. Mas, se ao lado de um tipo penal de dolo, que contiver uma referência à antijuricidade, existir o correspondente tipo penal de culpa, qual deve ser o tratamento punitivo da culpa? Atenuar a pena prevista para o dolo, conforme a regra geral? De modo nenhum. Havendo antijuricidade **especial** como elemento do tipo, **especial** tem de ser o tratamento punitivo da culpa, quando legal e separadamente prevista. **Separadamente**, porque pode acontecer, embora raramente, que o tipo penal englobe, nos seus dispositivos, as formas dolosa e culposa da culpabilidade. E tudo assim acontece porque a consciência da antijuricidade especial deve ser tratada como a consciência de qualquer outro elemento normativo ou valorativo do tipo penal, o que implica que, na ausência dessa consciência, depara-se um erro sobre elemento do tipo ou do fato, e não um erro sobre a ilicitude do fato ou erro de direito, como já dissemos acima.

Vimos que, conforme o artigo 21 do anteprojeto, o erro evitável atenua a pena. Trata-se, portanto, de uma circunstância atenuante especial. Sucede que, no artigo 65, que contém o elenco das circunstâncias atenuantes legais, encontra-se, entre estas, sob o número II, "a ignorância ou o erro quando evitáveis". Como interpretar tal circunstância?

Não se trata de erro de fato ou sobre elemento do tipo, porque o erro de fato, quando escusável, é erro culposo. Não se trata, igualmente, de erro sobre direito ou lei extrapenal, que, funcionando como conteúdo da lei penal em branco, figura como hipótese da chamada antijuricidade especial, considerada esta um elemento normativo do tipo, cuja ignorância, já

o dissemos, é erro de fato ou erro sobre elemento do tipo. Não se trata também do erro de direito ou sobre a ilicitude, porque o erro sobre a ilicitude, quando evitável, beneficiando-se com uma atenuante especial, não pode ser duplamente beneficiado com a atenuante genérica. Partir para uma gradação da evitabilidade, ou seja, para uma maior ou menor facilidade de evitar o erro, é especioso.

Resta-nos dizer que a atenuante em questão refere-se à ignorância ou ao erro sobre a antijuricidade especial, no sentido de antijuricidade penal, cujo conteúdo é a punibilidade. Deste modo, o erro sobre a punibilidade, a ignorância de que a ação praticada está prevista, por lei, como crime, atenua a pena. Suponha-se o exemplo de quem pratica uma ação julgando-a somente um ilícito administrativo quando, na realidade, a ação é também considerada penalmente ilícita. A ação é punível pela consciência da ilicitude, e atenuada pela ausência de consciência da punibilidade, da lei penal que incrimina. Atenuante simplesmente genérica.

Sucedo, porém, que a ignorância ou o erro pode ser inevitável... Diante disso, para que a atenuante seja mantida, é preciso suprimir o adjetivo, e dizer, simplesmente: "a ignorância ou o erro". A nosso ver, como estamos diante de matéria nova no Código Penal, o melhor é evitar, o quanto possível, complicações, ou seja, o melhor é suprimir a atenuante genérica em exame. Veja-se que o Código Penal alemão, modelo do anteprojeto no que respeita a erro de direito, não contém dispositivo semelhante, ou análogo.

II — O CONCURSO DE PESSOAS

Como salientou o Dr. FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, em conferência pronunciada no Clube de Criminologia do Recife, um dos fundamentos do anteprojeto de 1981 é o princípio da culpabilidade. Louvável, indiscutivelmente louvável propósito. E a preocupação da maioria dos ilustres membros da Comissão de Reforma do Código Penal levou o propósito referido a tal ponto que, por amor ao dogma da culpabilidade, acabou por esquecer, em dois tópicos, outros princípios, também essenciais, do direito penal.

Quanto ao primeiro, não queremos insistir neste momento. Referimo-nos ao preceito que está contido no artigo 19 do anteprojeto. Em trabalho sobre os crimes qualificados pelo resultado, filiando-nos a uma corrente minoritária da doutrina, revelamos o nosso pensamento contrário à possibilidade de uma ação mista de dolo e culpa. Em que pese a mantermos, hoje, o mesmo pensamento, não podemos deixar de reconhecer que a doutrina e a legislação vitoriosas são aquelas que consagram o princípio da culpa no sentido estrito para o resultado que agrava especialmente a pena.

Neste momento, queremos externar a nossa preocupação de que o preceito, em estudo, pode conduzir os magistrados a extremos opostos, na conformidade de sua personalidade empírica: ou reconhecer, sempre, a presença da forma culposa no resultado agravante, ou jamais reconhecê-la. E tudo isso porque tal reconhecimento, se não for impossível na vida política, é extremamente difícil. Para empregarmos um termo da moda, vemos, no artigo 19 do anteprojeto, um preceito de natureza **retórica**.

Passemos ao segundo tópico, que merece, neste momento, uma análise detalhada. Referimo-nos à cláusula contida no artigo 29 do anteprojeto, destinado à disciplina fundamental do concurso de pessoas: “na medida de sua culpabilidade”. Que função tem a culpabilidade na cláusula mencionada? Tentemos destrinchá-la.

A cláusula não existe no Código Penal de 1940, nem no Anteprojeto Hungria. Passou a existir no Código Penal de 1969, no § 1º do artigo 35, deste modo: “A punibilidade de qualquer dos concorrentes é independente da dos outros, determinando-se segundo a sua própria culpabilidade.” Quando fomos honrados pelo então Ministro da Justiça, Professor ALFREDO BUZUID, o Professor RUY DA COSTA ANTUNES e eu, para oferecermos, separadamente, as nossas sugestões às modificações, em 1972, do Código Penal de 1969, já naquela época, estranhei, por escrito, a presença da novidade em nossa lei penal. Novidade que permanece no anteprojeto de 1981, e diante da qual renovei a estranheza à Comissão de Reforma do Código Penal reunida na última sessão de seu longo trabalho, sessão a que compareci, atendendo ao convite muito honroso que me fizeram os seus eminentes membros.

A cláusula “na medida de sua culpabilidade”, do artigo 29 do anteprojeto, foi inspirada pelo parágrafo 29 do Código alemão: “... **Selbständige Strafbarkeit des Beteiligten**. Jeder Beteiligte wird ohne Rücksicht auf die Schuld des anderen nach seiner Schuld bestraft”. (**Penalidade pessoal do partícipe**. Sem consideração pela culpabilidade dos demais partícipes, cada um deles será punido segundo a sua própria culpabilidade). Perguntamos, agora, qual o fundamento do parágrafo 29 do Código Penal alemão, acima transcrito?

O parágrafo em exame, que reproduz o espírito da reforma penal alemã de 1943, tem um especial fundamento: afastar a dúvida, diante da lei, entre acessoriedade estrita e limitada. E, ao fazê-lo, deu preferência à acessoriedade limitada, ou seja, aquela que exige, para a existência da acessoriedade, não que a ação do autor principal seja culposa, mas que seja típica e antijurídica, pelo que representa, dentro do espírito da reforma penal alemã de 1975, um reforço dos parágrafos 26, 27 e 28 (Schnönke—Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, München, 1976, 330 e seguintes e 376; Lackner, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, München, 1978, 141). Dessa forma, se o

autor ou co-autor agem sem culpabilidade, os instigadores e os cúmplices serão punidos por sua culpabilidade. E se o autor age sem culpabilidade, os co-autores (se existirem), os instigadores e os cúmplices serão castigados por sua culpabilidade.

Ora, se o anteprojeto de 1981, dentro de nossa tradição legislativa penal, adota a fórmula unitária do concurso, que equipara, em abstrato, para fim de punição, todos os que concorrem no crime, admitindo, porém, em concreto, diferentes graus de pena, dentro dos limites legais do mínimo e máximo, para cada um dos partícipes na conformidade de sua pessoal participação, perguntamos: que necessidade tem a nossa futura lei penal de uma referência expressa à acessoriedade limitada? Pensamos que nenhuma. E isto pela simples razão de que o anteprojeto mantém a doutrina do concurso unitário.

Pode-se dizer que, no anteprojeto, a cláusula “na medida de sua culpabilidade” funciona, não como fixação, na lei, da acessoriedade limitada, mas como reforço, no concurso unitário, do princípio de que a equiparação dos partícipes é temperada pela individualização da pena. O mesmo pode-se dizer em relação ao Código Penal tipo para a América Latina, considerando-se a “medida da culpabilidade” como “medida de valoração” e como medida do que “exista de subjetivo no objeto valorado” (ENRIQUE RAMOS MEJIA, “El principio de la culpabilidad en la legislación penal argentina”, in *Jornadas Internacionales de Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, 1973, 146). Essa possível resposta merece dois reparos. Vejamos.

Em primeiro lugar, no Código Penal alemão, como dissemos acima, o fundamento primeiro do parágrafo 29 é estabelecer o princípio da acessoriedade limitada, segundo a qual rege o princípio da independência da culpabilidade. Deste modo, se o referido parágrafo funciona como fundamento da medida da culpabilidade, o faz combinado com os parágrafos que disciplinam a aplicação da pena a autores, instigadores e cúmplices. Observe-se a essencial ligação do parágrafo 29, não só no que respeita à acessoriedade limitada, mas também no que toca à medida da culpabilidade, com os parágrafos que disciplinam a instigação, a cumplicidade e as especiais características pessoais (26, 27, 28), (JOHANNES WESSELS, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Heidelberg — Karlsruhe, 1978; 76 a 77 e 108; HANS-HEINRICH JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, Berlin, 1978, 380 a 383, e 537 a 538).

Em segundo lugar, pensamos que o preceito, contido no artigo 30 do anteprojeto, sobre a incomunicabilidade das circunstâncias de caráter pessoal, bem como o preceito do artigo 62, sobre agravantes no caso de concurso de agentes, e o elenco de todas as circunstâncias legais e judiciais do anteprojeto, dispensam uma referência legal especial à culpabilidade de cada partícipe, porque a culpabilidade é, em última instância, uma circunstância de caráter pessoal.

Diante das razões, acima expostas, sugerimos a supressão, no artigo 29 do anteprojeto, da cláusula “na medida de sua culpabilidade”, permanecendo a redação do artigo 25 do Código Penal. A doutrina do concurso unitário dispensa a presença, na lei, da cláusula referida, cláusula que pode complicar, em vez de melhor esclarecer a árdua matéria do concurso de pessoas.

III — CONCLUSÕES

1ª) — O artigo 20 do anteprojeto deve ter a seguinte redação:

Erro de Fato

Art. 20 — O erro sobre elemento constitutivo do fato exclui o dolo, punindo-se a culpa ocorrente, se previsto em lei o crime culposo.

2ª) — O artigo 21, *caput*, do anteprojeto deve ter a seguinte redação:

Erro de Direito

Art. 21 — O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá atenuá-la.

3ª) — Suprima-se o parágrafo único do artigo 21.

4ª) — Suprima-se, no artigo 65, II, a expressão “a ignorância ou o erro quando evitáveis”, passando o item II, referido, a conter o preceito do item III do mesmo artigo 65, deste modo:

Circunstâncias atenuantes

Art. 65 — São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

I — ser o agente menor de vinte e um, na data do fato, ou maior de setenta anos, na data da sentença;

II — ter o agente:

- a) cometido o crime . . .
- b) procurando . . .
- c) cometido o crime sob coação . . .
- d) confessado espontaneamente . . .
- e) cometido o crime sob a influência . . .

5ª) — Suprima-se, no art. 29, a expressão “na medida de sua culpabilidade”.

¿Tiene futuro la prisión?

J. CARLOS GARCÍA BASALO

Inspector General (R) Servicio
Penitenciario Federal Argentino

SUMARIO

- I — *Los tres niveles de la crisis.*
- II — *De la cárcel a la institución penitenciaria*
- III — *La crisis de la prisión*
- IV — *Alternativas de la prisión*
- V — *La prisión del futuro*
 - 1) *Replanteo de la prisión preventiva*
 - 2) *Notas para un perfil de la prisión del porvenir*

I — *Los tres niveles de la crisis*

La denominada crisis de las penas privativas de libertad —mucho más amplia y profunda que la de la prisión, que es sólo el último de sus posibles aspectos— plantéase en tres niveles, que han recibido y reciben muy distinta atención. Mientras sobre uno de ellos se concentra casi toda la investigación y la crítica, los otros dos —que lo preceden y lo condicionan fuertemente— pasan poco menos que desapercibidos o ignorados. Esos tres niveles son:

a) *legal*, caracterizado por la anacrónica e ilusoria multiplicidad de las penas privativas de libertad y por un dimensionamiento basado en una noción de tiempo que no se corresponde con la intensidad y valor que éste tiene en el mundo actual ⁽¹⁾;

Este artículo basase en el trabajo presentado, como Relator Nacional del tema "La Crisis de las Penas Privativas de Libertad. Sistemas Supletorios", al Congreso Panamericano de Criminología (Buenos Aires, 6-10 de noviembre de 1979). Un desarrollo más completo puede verse en nuestra contribución a los "Estudios Penales en Homenaje al Doctor Alfonso Quiróz Cuarón: ¿A dónde va la prisión? (Revista Mexicana de Ciencias Penales, México DF año III, N° 3, julio 1979 - junio 1980, pp. 139-171).

(1) GEORGES SLIWOWSKI, A "Sociologia do Tempo" e a Pena Privativa da Liberdade. Traducción de ARMIDA BERGAMINI MIOTTO. En Revista de Informação Legislativa, Brasília, año XIII, N.º 48, janeiro a março, 1976, pp. 123-136.

b) *judicial*, en el que suele incidir desfavorablemente la casi general im-preparación criminológica de los magistrados encargados de individualizar la sanción penal a imponer al delincuente;

c) *ejecutivo*, en el que se advierte en la mayoría de los sistemas peniten-ciarios deficiencias o insuficiencias, que no sólo traban o impiden la implanta-ción de auténticos métodos de tratamiento, sino que, además, no observan si-quiera la Primera Parte —Reglas de Aplicación General— de las *Reglas Míni-mas para el Tratamiento de los Reclusos*, aprobadas por las Naciones Unidas en 1955.

No obstante esta clara complejidad de la crisis, y la inconveniencia de es-cindir para su consideración algunos de sus aspectos, tan interrelacionados en-tre sí, las presentes circunstancias imponen reducir nuestro enfoque al último de sus niveles, el que se refiere a la ejecución de las penas privativas de libertad.

II — De la cárcel a la institución penitenciaria

Para el hombre de nuestro tiempo la asociación del delito como causa a la privación de la libertad como pena es uno de esos estereotipos que se aceptan sin análisis ni resistencia alguna. Parece natural que así suceda o debiera suce-der. Hasta podría enunciarse esa creencia mediante una simple fórmula:

$$\text{Delito} + \text{Policía} + \text{Justicia Penal} = X \text{ años de prisión}$$

Es más, se cree que siempre fue y será así. Sin embargo, ni siempre fue así y es probable que no lo sea indefinidamente. La pena privativa de libertad en modo alguno tiene la antigüedad de otras sanciones penales, como la pena capital o las penas pecuniarias. Su existencia, en trance de inminente extinción, si se cumplieran ciertas predicciones periódicamente actualizadas, no sobrepasa los dos siglos. Lo que ocurre, con lamentable frecuencia, es que se confunden dos instituciones. Adviértese con más facilidad ciertas semejanzas externas y secundarias, que sus íntimas y profundas diferencias esenciales.

Por lo tanto, lo primero que tenemos que hacer es establecer o, más bien, *reestablecer* la diferencia existente entre la cárcel y la institución penitenciaria. No se trata sólo de limitarse a una distinción meramente conceptual, que para algunos hasta podría carecer de interés e importancia desde el punto de vista práctico. Trátase de eso y además de separar físicamente ambas instituciones para que cada una de ellas, en su propia órbita y sin colisiones ni confusiones, pueda cumplir debidamente su propia misión. Una —*la cárcel*— vinculada úni-camente al proceso penal; la otra —*la institución penitenciaria*— al servicio exclusivo de la ejecución de la pena privativa de libertad, mediante una amplia gama de métodos de tratamiento de base criminológica, con el simultáneo pro-pósito de proteger a la sociedad y contribuir, lo más eficazmente posible, a la *re-instalación social* del condenado.

La cárcel existe desde tiempo inmemorial. Con distintas características ma-teriales, se puede constatar su presencia en el seno de todos los pueblos desde la edad antigua. Su constante papel específico consiste en detener, en retener, al presunto delincuente durante el proceso penal y, de ser condenado, hasta

el momento de la ejecución de la pena impuesta, que se propondrá su eliminación definitiva (penas capitales) o parcial (penas corporales mutilantes) o bien su utilización, reduciéndolo a la condición de esclavo —siervo de la pena— y aplicando sus energías físicas, según los tiempos, al rudo trabajo en las minas, a remar en las galeras, a agotarse en las pesadas faenas de presidios y arsenales o en otras variantes laborales igualmente duras y penosas.

El complejo proceso doctrinal, político, jurídico y social que culminará con la preeminencia de las penas privativas de libertad se acelera a fines del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX. La transformación del derecho penal que suscita la publicación en 1764 del famoso panfleto del marqués de Beccaria (1738-1794) *Dei delitti e delle pene* y la edición en 1777 de la obra de John Howard (1726-1790) *State of the Prison...*, a la larga produce, entre otros resultados —como la abolición de la tortura judicial—, una importante limitación y, en ciertos casos, la abolición de las penas capitales y corporales. Recién entonces la privación de la libertad del condenado se convierte en una verdadera e importante pena. En consecuencia, surge la institución penitenciaria como medio indispensable para su ejecución, procurando la enmienda y la reforma moral del condenado. La existencia previa y la experiencia derivada de diversas instituciones correccionales para menores, jóvenes adultos y asociales de ambos sexos —como las Casas de Trabajo de los Países Bajos y las Casas de Corrección de Inglaterra, Bélgica, Italia, España y Alemania— contribuyen decisivamente a hacer concebible, admisible —y posible— la organización del régimen penitenciario.

Es indudable que ubicada en su correcta perspectiva histórica, la introducción de la pena privativa de libertad como medio de protección social y posibilidad de promover la corrección del delincuente, constituye un innegable progreso y que es impensable un retorno a la bárbara penología de antaño.

III — La crisis de la prisión

Las posibilidades y limitaciones de la prisión como medio de protección social e instrumento correccional no constituyen precisamente un tema novedoso para la penología y la ciencia penitenciaria. Aparece casi con la incorporación de la prisión como pena. Su tratamiento aumenta considerablemente con el análisis y crítica de los diversos regímenes penitenciarios que se suceden buscando siempre fórmulas eficaces y socialmente admisibles. En ciertos casos, la insatisfacción desborda el cuestionamiento de este o aquel régimen penitenciario y culmina en la prematura conclusión de que lo equivocado, lo ineficaz, lo pernicioso, radica en la propia prisión.

Las reacciones motivadas por las limitaciones inherentes o atribuidas a la prisión clásica del siglo XIX pronto asumen dos direcciones fundamentales. Una busca perfeccionarla, la otra sustituirla. No deja de ser aleccionador el hecho de que antes de que el régimen penitenciario cerrado —único concebible y operable en ese tiempo— alcanzase su pleno apogeo, aparezcan ya manifestaciones significativas de ambas aspiraciones.

Entre los esfuerzos más serios destinados a romper la rigidez e incomunicación social de los primeros regímenes penitenciarios —filadélfico, auburniano—, recordemos, por ejemplo, que WALTER CROFTON (1815-1897), en su

ingeniosa técnica del régimen progresivo, integra y combina nuevos métodos, que van de la institución abierta, pasando por los permisos de salida y el régimen de semi-libertad, hasta la libertad condicional. Eso ocurre al promediar el siglo pasado. Conviene recordarlo, de vez en cuando, para moderar nuestra soberbia y colocar en una correcta perspectiva los avances que se puedan realizar y, sobre todo, consolidar.

Como manifestación de la otra tendencia, la que preconiza el reemplazo de la prisión, será suficiente mencionar la *probación*, nacida empíricamente en 1841 en Massachusetts (Estados Unidos), por obra de JOHN AUGUSTUS (1784-1859), un mediano fabricante de calzado.

Poco interesa ahora que esas y otras experiencias hayan sido intuitivas, empíricas o sistemáticas, efímeras o duraderas. Valen como signo de insatisfacción y anhelo de superación. Indican una nueva dirección, señalan el comienzo de un movimiento destinado a abatir la prisión clásica, encerrada en sí misma, de espaldas a la vida. Inician el gradual desplazamiento del secuestro social del delincuente por un proceso resocializador, cuya bondad no podrá consistir nunca en formar buenos presos sino en re-instalar en la sociedad hombres de carne y hueso, capaces por sí mismos de no volver a sucumbir a la tentación de quebrantar las normas de convivencia protegidas por el derecho penal. Como sucede con los auténticos precursores en todos los campos, esos nuevos métodos, unos destinados a abrir brechas irreparables en la muralla de la prisión clásica y otros a introducir razonables medidas no institucionales, momentáneamente quedan detenidos en su desarrollo, a la espera de un clima social favorable.

Desde entonces se viene profetizando la crisis de la prisión. O, por mejor decir, la agonía de la prisión, es decir esa lucha postrera, desesperada, que precede a la muerte.

El capítulo de cargos que, en forma indiscriminada, se formula contra la prisión, es nutrido y variado. Puesta bajo el microscopio de una hipercrítica implacable, se la examina y juzga desde todos los aspectos imaginables. Empero, con frecuencia, el cuestionamiento corresponde más bien a aspectos de un régimen determinado, a un tipo de institución en un país y en un momento dados, que a la prisión en sí misma como posibilidad correccional y de defensa social. Todas las críticas acumuladas podrían resumirse en estos dos argumentos esenciales: efectos nocivos de la prisión y fracaso como medio de reforma, supuesto que esta última fuere su única finalidad.

Si bien el tema es ya un viejo problema penológico y de política criminal, periódicamente se reactualiza. Así, por ejemplo, el Segundo Congreso Internacional de Criminología (París, 1950) discute esta cuestión: "¿La prisión es un factor criminógeno?". Es decir, la prisión en lugar de ser el agente de protección social y de reforma que se presume, es, por el contrario, otro factor de criminalidad? La síntesis de esos debates enumera con metódica prolijidad gala las objeciones que se formulan a la prisión desde los puntos de vista físico, psicológico y social. En ese recuento hay verdades innegables, correspondientes a casos concretos y situaciones delimitadas. Esos rasgos negativos podrían señalarse, antaño y hogaño, en este o aquel sistema penitenciario. Pero su fuerza demostrativa se debilita por una generalización excesiva y una visión parcial, unilateral

de la realidad global. Con todo, luego de tales rotundas constataciones, cabría esperar tan sólo conclusiones, recomendaciones o resoluciones igualmente terminantes, destinadas a abolir la prisión. Como otras veces, no ocurre así. No es imposible, y tal vez resulte fácil, reunir aliados, procedentes de todos los cuadrantes, cuando se trate de ir contra algo o alguien. Pero es mucho más difícil, sino imposible, mantener esas alianzas, basadas en coincidencias circunstanciales y no en convicciones compartidas sin reservas, cuando tras la alegre demolición se trata de construir o siquiera reconstruir, utilizando materiales todavía útiles del edificio derribado. Entonces aparecen las frágiles soluciones de compromiso, que al cabo del tiempo ni son soluciones ni son compromiso. Así acontece en el Congreso de París, cuya Asamblea aprueba estos dos votos:

1º) Es conveniente solicitar a las instituciones oficiales y a las sociedades científicas que, cada una en la medida de su competencia respectiva, inicien y prosigan el estudio de los problemas particulares de la cuestión, así, como el de otras penas y medidas como factores criminógenos...

2º) En lo que concierne al problema particular de la prisión como factor criminógeno, es necesario profundizar el estudio según los distintos tipos de prisión y los distintos tipos de reclusos, con el fin de determinar la correspondencia existente entre el elemento humano y el elemento institucional (2).

En buen romance: el Congreso no estimó ni científico ni sensato pronunciar una condena global de la prisión. Como lo indica correctamente su segundo voto, hay y habrá siempre que distinguir distintos tipos de prisión y distintos tipos de reclusos y esto dentro de un contexto social y temporal concretos y bien delimitados.

Como podemos apreciar, lejos, muy lejos se está de quienes como BARNES y TEETERS estiman que "El mejor modo de mejorar la prisión es suprimirla". Más cerca de la verdad se encuentran quienes afirman que el mejor modo de mejorar la prisión es suprimir las malas prisiones, perfeccionar sus reemplazos e introducir alguna de sus alternativas en los casos en que resulte posible y socialmente conveniente.

Al ocuparse de la "Supresión definitiva de la prisión como pena, principio postulado apasionadamente por diversos pensadores críticos, de signo anarquista o marxista", sensatamente, BUENO ARÚS comenta:

"Pero esto, que es factible respecto de las penas de corta duración (principio de oportunidad, renuncia a la pena), plantea, respecto de las penas largas, el tema de encontrar con qué sustituir a la prisión, que mejore las condiciones de ésta y desempeñe el mismo papel defensivo y ejemplar para la opinión pública. Hasta la fecha, no ha habido imaginación bastante para conseguirlo. Es indudable que no basta cambiar

(2) El pronunciamiento del Congreso tiene otros cuatro puntos. Uno sobre las relaciones de la criminología con la ciencia penitenciaria. Otro reiterando el reemplazo de las penas cortas por otros medios, preferentemente no institucionales. Los dos últimos, incorporados por iniciativa de participantes argentinos, expresan que "Se debe estudiar la posibilidad de introducir en el régimen penitenciario un sistema de prelibertad y un sistema de semi-libertad" (No en vano ENOCH C. WINES afirmó que CROFTON iba un siglo delante de sus contemporáneos), y que "La observación del recluso constituye la clave de su readaptación social".

las estructuras sociales, como se nos repite frecuentemente, desde el momento en que cualquier Estado y cualquier Régimen de los hoy existentes mantiene la pena de prisión (y no todo cambio ha sido precisamente para mejorarla)" (3).

IV - Alternativas de la prisión

Si bien hoy resulta impensable e irrealizable la abolición de la pena privativa de libertad, desde mucho tiempo atrás se admite la conveniencia y la posibilidad de que en ciertas circunstancias y bajo precisas condiciones, se la reemplace por otras medidas penales. El caso más frecuente y que menos resistencia ofrece es el de las llamadas penas privativas de libertad de corta duración, cuya nocividad e ineficacia han sido reiteradamente denunciadas.

Aun cuando resultaría imposible una definición de la pena corta de validez internacional, todo el mundo está de acuerdo en que las penas cortas o de breve duración existen y plantean dificultades individuales y sociales inculcables. En la mayoría de los países los condenados a estas penas, en relación a las de mediana o larga duración, representan constantemente el más alto porcentaje (4). Si a la brevedad se añade el cómputo del tiempo de la detención preventiva, muchas veces proporcionalmente considerable, poco o nada resta para completar su cumplimiento. Esto, en buena medida, explica que, por regla general, se terminen de agotar en superpobladas cárceles para procesados y aún en meros locales policiales, sin posibilidad de tratamiento alguno. Los resultados son francamente malos y se manifiestan en la velocidad de la reincidencia, para desembocar en la habitualidad en el delito.

No debe, pues, extrañar que se renueven y multipliquen en escala nacional e internacional los esfuerzos encaminados a buscar alternativas más eficaces a las penas cortas. Uno de los trabajos recientes más serios y sistemáticos en la materia lo realizó, entre 1972 y 1975, el Comité Europeo para los Problemas Criminales del Consejo de Europa, mediante su Subcomité N° XXVIII, cuyo informe final motivó la Resolución (76) 10 del 9 de marzo de 1976 del Consejo de Ministros de los Estados Miembros.

(3) FRANCISCO BUENO ARÓS, El sistema de penas en el proyecto de Código Penal de 1980, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, junio de 1980, pp. 558-559. Hay separata.

(4) Si nos atenemos a la metodología que utiliza el Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Carcelaria para clasificar las penas privativas de libertad por su duración, parece que dentro de la noción de pena corta quedan comprendidas las penas hasta dos años. Su representación en esa estadística de la penalidad es abrumadora:

Año	Total de sentencias condenatorias	Penas hasta 2 años	
1972	18.306	12.741	69,60 %
1973	18.500	12.804	69,12 %
1974	16.963	11.859	69,91 %
1975	15.730	10.540	67,01 %
1976	18.757	14.732	78,54 %
1977	22.229	15.214	68,44 %

En esos años la condena de ejecución condicional tuvo las cifras y porcentajes siguientes:

1972	8.410	45,94 %
1973	8.710	47,08 %
1974	9.343	55,08 %
1975	8.340	52,02 %
1976	9.928	52,92 %
1977	11.979	53,89 %

El informe de ese Subcomité especializado, en uno de sus anexos documentales, presenta un cuadro de las *Medidas sustitutivas de las penas privativas de libertad en la legislación y en la práctica de los Estados Miembros*, que permite apreciar la variedad de medios utilizados en esos países, aunque, lamentablemente, no se proporcionan datos ni elementos de juicio para estimar la escala, significativa o no, de su efectiva aplicación⁽⁵⁾. En síntesis, ese cuadro es el siguiente:

A) *Medidas adoptadas antes de la decisión judicial sobre la culpabilidad;*

1 – Detención o suspensión de la acción judicial.

2 – Transacción.

B) *Medidas adoptadas luego de la decisión judicial sobre la culpabilidad;*

1 – *Medidas nominales:*

a) Eximición (*discharge*) absoluta o condicional.

b) Perdón judicial.

c) *Binding over* (Promesa de buena conducta).

d) Sanciones morales: amonestación o reprimenda.

2 – *Probación y sursis:*

a) Probación.

b) Condena de ejecución condicional.

c) Condena de ejecución condicional supervisada.

3 – *Sanciones pecuniarias.*

4 – *Medidas de carácter patrimonial emparentadas con las sanciones pecuniarias:*

a) Mandamiento penal.

b) Indemnización a la víctima o restauración de la situación anterior.

c) Obligación de entregar una suma a una institución de fines no lucrativos.

d) Confiscación de los instrumentos y beneficios del delito.

5 – *Interdicciones.*

(5) CONSEIL DE L'EUROPE. *Mesures pénales de substitution aux peines privatives de liberté*. Strasbourg, 1976, pp. 73-79. Tras la Introducción, el informe trata: I) Desarrollo de las medidas substitutivas de las penas privativas de libertad. Observaciones generales. II) Evaluación del papel de las medidas substitutivas que disponen los tribunales. III) Recursos. IV) Política penal y tribunales. V) Medios para lograr la adhesión del público a la obra de rehabilitación de los delincuentes mediante las medidas substitutivas de las penas privativas de libertad y VI) Conclusiones. Con anterioridad, el Subcomité XI estudió el tratamiento de corta duración de los delincuentes adultos (COMITÉ EUROPÉEN POUR LES PROBLÈMES CRIMINELS, *Traitement de courte durée des délinquants adultes*, Strasbourg, 1974, p. 80).

6 — *Semi-detención y medidas similares:*

- a) Semi-detención.
- b) Colocación al exterior (*work release, day parole* etc.).
- c) Arresto de fin de semana.
- d) Hostales (*foyers, hostels*).

7 — *Detención domiciliaria.*

8 — *Permanencia disciplinaria (attendance centres).*

9 — *Servicios en provecho de la comunidad.*

Por supuesto, cada una de estas medidas alternativas tiene un campo de aplicación propio y limitado, bien por la naturaleza y gravedad de la infracción penal o por la personalidad o antecedentes del acusado. Según se desprende del informe del Subcomité, los sucedáneos más frecuentes de la prisión son las sanciones pecuniarias, la probación, la condena de ejecución condicional (sistema franco-belga) y la condena de ejecución condicional supervisada (*mise a l'épreuve*).

La recepción de la probación y de la condena de ejecución condicional se produce en las últimas décadas del siglo pasado. Las primeras leyes de probación se dictan en 1878 en el Estado de Massachussets (Estados Unidos), que permite designar el primer agente de prueba profesional (*The Massachusetts Statue on Probation*), y en 1879 en Gran Bretaña (*Summary Jurisdiction Act*). La primera ley de condena condicional es sancionada en Bélgica, el 31 de mayo de 1888. La condena condicional supervisada, que añade a la condena condicional simple elementos de asistencia y supervisión típicos de la probación, se introduce y extiende en la última postguerra en países tradicionalmente partidarios del sistema franco-belga.

Al lado de las medidas no institucionales, entre los substitutos empleados por los Estados Miembros del Consejo de Europa, se destacan otros que no representan una renuncia completa a la prisión sino su empleo parcial. Trátase de métodos de tratamiento semi-institucionales, como la semi-detención —que no debe confundirse, como se ha hecho en nuestro país en un proyecto de código penal, con la semi-detención—, o el *work release* y sus variantes, y de métodos institucionales discontinuos, como el arresto de fin de semana (6). Además, hay que subrayar que, aunque parezca paradójico y contradictorio, en la aplicación de ciertos métodos no institucionales, como la probación, en algunos países, si el caso lo requiere, no se vacila en recurrir a una cierta institucionalización o internación, como la residencia impuesta en hostales, casas o departamentos *ad hoc*. Este movimiento pendular demuestra, una vez más, lo

(6) Para una clasificación y naturaleza de los actuales métodos de tratamiento, véase nuestro trabajo *Algunas tendencias actuales de la ciencia penitenciaria*, Bs. Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1970, pp. 28-69.

arduo que resulta querer trazar fronteras definitivamente clausuradas entre el tratamiento en libertad y el tratamiento en algún tipo de institución.

Por otra parte, hay que tener presente que toda política de desinstitucionalización del tratamiento requiere siempre para su aceptación y consolidación una comprensión y un apoyo sociales que no es fácil suscitar ni mantener. Esta resistencia o inercia sociales la conocen debidamente quienes tienen alguna experiencia en la supervisión de liberados condicionales, en la aplicación del régimen de semi-libertad o en la implantación de una institución abierta. Empero, es indudable que aunque en forma lenta, gradual, quizá no exenta de algún retroceso circunstancial, estamos en presencia de una declinación de la prisión, pero todavía bastante lejos de su abolición completa y menos aún definitiva.

V — La prisión del futuro

Esto demuestra, una vez más, que siguen válidas las sensatas conclusiones de CUELLO CALÓN al tratar el problema de si debe suprimirse o no la pena privativa de libertad:

“Hablar de la abolición de la prisión es utópico, al menos en nuestros días. La prisión desempeña aún una función necesaria para la protección social contra la criminalidad.”

Admite sí y preconiza la reducción de su campo de aplicación y su prudente reemplazo por otros medios penales, que se presumen más eficaces o menos nocivos. Abrese así el tema de la llamada función residual de la prisión. Trátase de saber quiénes deberían ser excluidos de su radio de acción y quiénes tendrían o podrían quedar aún comprendidos en él. Y aquí también no será fácil lograr coincidencias. Em opinión del propio CUELLO CALÓN, el reemplazo de la pena privativa de libertad es admisible en estos dos casos: a) autores de delitos que no revelen especial peligrosidad; b) culpables de delitos no graves cuando los antecedentes y condiciones personales no exigen un aseguramiento eficaz. En cualquier hipótesis, descarta la posible substitución para los culpables de delitos graves (7).

Además no debemos perder de vista el hecho de que cuando fracasen en su aplicación concreta sus posibles alternativas, por exigencias ineludibles de la defensa social, fatalmente se reabrirá, de una o otra forma, la instancia penitenciaria. *Salus populi suprema lex...*

(7) EUGENIO CUELLO CALÓN, *La Moderna Penología*, Tomo I (Único), Barcelona, Ed. Bosch, 1958, p. 623. Veinte años después, en la exposición de motivos del anteproyecto de ley penitenciaria de España, elaborado por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, a cargo de CARLOS GARCÍA VALDÉS, se expresa: “Los cambios en las estructuras sociales y de los regímenes políticos determinarán, sin duda, modificaciones esenciales en la concepción y realidad sociológica de la delincuencia, así como de las sanciones legales encaminadas a su prevención y castigo, pero es difícil imaginar el momento en que la pena privativa de libertad, predominante hoy en día en los ordenamientos penales de todos los países, pueda ser substituida por otra de distinta naturaleza, que, evitando los males y defectos inherentes a la reclusión, pueda servir en la misma o en mejor medida a las necesidades requeridas por la defensa social”. (Cfr.: *Anteproyecto de ley general penitenciaria*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, Tomo XXXI, Fascículo II, mayo-agosto, MCMLXXVIII, p. 366).

En resumen, se puede decir que en materia penal la privación de libertad continuará siendo un medio no descartable aún por lo menos en los tres casos siguientes:

1) en la etapa *procesal*, cuando resulte imprescindible asegurar la presencia del acusado hasta la sentencia definitiva;

2) como *pena*, cuando —y mientras— resulten inaplicables cualquiera de sus alternativas. Esta es la función residual, cuya delimitación y régimen preocupen en la actualidad a los penólogos ⁽⁸⁾;

3) como *pena*, y como último recurso, en los casos de definitivo fracaso de sus posibles alternativas (probación, condena de ejecución condicional etc.).

Puesto que la pena privativa de libertad tiene aún futuro más amplio o más limitado, según los posibles cambios y circunstancias sociales y las manifestaciones predominantes de la criminalidad, parece pertinente aventurarse a conjeturar algunos rasgos de la prisión del futuro.

La prisión del futuro no podrá partir de cero, sino de su propia experiencia histórica. No será, ni podría ser, consecuencia de una generación espontánea o de una transformación repentina, sin transiciones. La prisión del futuro será el resultado de un proceso evolutivo, en marcha desde hace tiempo aunque muchas veces no nos demos cuenta de ello, tal vez porque todavía no tenemos el coraje de mirar decididamente y sin temor hacia adelante. Sin duda este proceso tiene un ritmo y una profundidad diferentes, según las condiciones sociales y el volumen y tendencias de una criminalidad determinada. Podrá llegar antes o después a su término, según la impredecible incidencia de las múltiples variables que se puedan presentar. Pero si la sociedad desea que la privación de libertad —la prisión— sirva realmente para su propia protección, más allá del tiempo de internación, favoreciendo una adecuada re-instalación del condenado en la vida libre, ese proceso no podrá detenerse y menos interrumpirse indefinidamente. De lo contrario, tendrá que renunciar a esas metas, resignarse a frontar el creciente costo social y económico del delito y la prisión correrá el riesgo de lo que muchas veces fue y es: lugar de mero encierro: "Contiene, pero no corrige", como afirmara RUIZ FUNES ⁽⁹⁾.

1 — Replanteo de la prisión preventiva

La privación de libertad como pena normalmente está precedida de la prisión preventiva. Si observamos las condiciones en que, por lo general, se cum-

(8) Sobre el posible papel residual de la prisión, véase el documento de las Naciones Unidas A/CONF. 58/6, párrafos 67-64: "Lo que resta de la cárcel para el delincuente peligroso". Una hipótesis de "Una cárcel para criminales violentos reincidentes", en NORVAL MORRIS, *El futuro de las prisiones*, Ed. Siglo XXI, México, 1978, pp. 113-183. El tema fue considerado en el Sexto Congreso de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (Caracas, 1980): "Desinstitucionalización de la corrección y sus consecuencias para el preso que sigue encarcelado". La Secretaría presentó un documento de trabajo (A/CONF. 87/7) que trata: I — Tendencias de las políticas y prácticas penales; II — Desinstitucionalización y alternativa a la reclusión, y III — Consecuencias para el preso "residual".

(9) MARIANO RUIZ FUNES, *La crisis de la prisión*. La Habana, 1949. Prólogo, p. 7. Agrega: "Cumple un fin que no es su fin. Constituye un obstáculo negativo, pero no llena función positiva. Mantiene al hombre apartado de la sociedad, pero no crea en él aquellas disposiciones sociales cuya carencia puso de relieve en el delito."

ple esta medida procesal, que afecta a quienes la ley presume inocentes, comprobaremos que muchas, *casi todas las criticas que se dirigen a la institución penitenciaria son más bien directa y en primer término aplicables a la cárcel preventiva*. El evidente descuido en que si tiene el trato del procesado en comparación con el presunto tratamiento que se pretende dispensar luego al condenado en definitiva viene de lejos. Por lo general, cuando se habla de reforma penitenciaria se alude más bien al régimen aplicable a quienes, tras el debido proceso, han sido condenados en definitiva. La preocupación por la suerte de los presuntos inocentes, cuya situación en no pocas ocasiones es menos favorable que la de los penados, queda relegada a un segundo o tercer plano. Se olvida además que cuantitativamente en muchos países, como ocurre en América Latina, la población penal está principalmente formada por procesados. Una estadística difundida por las Naciones Unidas en 1975 muestra estos elevados porcentajes de procesados en relación a la población total de las cárceles de cada país ⁽¹⁰⁾:

1) Venezuela	80,78%
2) Colombia	74,72%
3) El Salvador	65,64%
4) Argentina	62,70%
5) Panamá	48,31%
6) Chile	44,28%
7) México	40,39%
8) Ecuador	33,04%

Dentro del insatisfactorio estado de las cárceles para procesados, en las que con suma frecuencia se alojan también condenados a penas de distinta duración, se destacan dos notas persistentes: la crónica superpoblación y la promiscuidad. Es decir, la mezcla de edades —y a veces de sexo—, la convivencia de quienes son portadores de una elevada peligrosidad social y de graves perversiones morales con quienes todavía poseen ponderables reservas morales, que hay que proteger y apuntalar. Esta situación, que en buena parte se origina en el abuso de la prisión preventiva —tanto por su imposición legal como por su prolongación indebida ante la falta de decisión judicial—, en su tiempo motiva una reacción de FRANCISCO CARRARA, que recordamos más de una vez y no podemos eludir al tratar este tema. En 1872, en ocasión del Congreso Penitenciario de Londres, CARRARA envía unas breves y urticantes páginas sobre la *Inmoralidad de la prisión preventiva*, que más tarde incluye en el tomo IV de sus *Opuscoli di diritto criminale* (1874). A ese *pensiero*, como lo llama su autor, CARRARA pone este incisivo lema:

“Las sociedades civiles deben estudiar los modos para conseguir que la *punición corrija*.”

Pero deberían además estudiar los modos de impedir que la *prevención corrompa*.”

(10) A/CONF. 56/6, *El tratamiento del delincuente, bajo custodia o en la comunidad, con especial referencia a la aplicación de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos*, pp. 67-74.

CARRARA reflexiona sobre la responsabilidad social por la reforma de los delincuentes y la preservación moral de quienes se presume inocentes, y concluye:

“... haciendo votos para que a los estudios de las cárceles *penales* se acompañen los estudios sobre las cárceles para encausados; y para que los gobiernos que han sentido finalmente su deber de hacer obra para las reformas carcelarias, *empiecen* seriamente la obra reformadora de las cárceles para encausados. Ello lleva a dos modos de reforma:

- 1) Aclarar lo más posible y abreviar las encarcelaciones preventivas;
- 2) y éstas, reducidas dentro de los límites de la más estricta necesidad, estructurar de manera que no sean tirocinio de pervertimiento moral” (11).

En muchas partes, los ya centenarios votos de CARRARA continúan siendo tan sólo una buena expresión de deseos incumplidos. Puesto aparte el problema de los posibles sistemas supletorios de la prisión preventiva, cabe insistir en señalar que mientras no se coloque en el primer plano de la política penitenciaria y con la máxima prioridad la correcta organización y funcionamiento de las cárceles para procesados, es decir impedir que la *prevención corrompa*, es irracional y utópico pretender o esperar que la *punición corrija*.

La prisión preventiva, aunque no la única, es una de las causas de la superpoblación carcelaria de diversos países. Su excesiva o indebida prolongación determina por otra parte que, por su imputación al cumplimiento de la condena impuesta, el tiempo efectivamente disponible para el tratamiento penitenciario —que sólo podrá comenzar a partir de la recepción del título ejecutivo, por imperio del principio de legalidad de la ejecución—, en la práctica y con frecuencia, resulte considerablemente reducido. Y no sólo tratándose de penas cortas. Así una pena de mediana duración en el código penal o en el fallo judicial, por una desmesurada prisión preventiva, se transforma en una pena corta, casi sin margen para que actúe un tratamiento penitenciario. En otros casos ese margen, por estrecho que se lo imagine, sencillamente no existe. La prisión preventiva, a hurtadillas, devoró la ejecución de la pena. En la Argentina, por ejemplo, en el período 1973-1977, entre un 4,23 % y un 2,72 % de las penas de prisión impuestas se deron por cumplidas con el tiempo de la prisión preventiva. Además se carece de datos confiables que permitan determinar el porcentaje de condenados que pasa del cómodo status jurídico de procesado a la libertad condicional, con evidente menoscabo de lo que dispone la Ley Penitenciaria Nacional, complementaria del Código Penal (arts. 8, inc. c, y 53), sin tratamiento alguno, sin posibilidad de tratamiento alguno, multiplicando los problemas y las responsabilidades de los eventuales servicios de asistencia y supervisión post-institucional. En tales casos, la libertad condicional se logra simplemente porque transcurrió un cierto tiempo legal y el peticionante se portó bien en la cárcel o en la dependencia policial que lo aloja precaria-

(11) FRANCISCO CARRARA, *Inmoralidad de la prisión preventiva*, en MARCELO FINZI, *La Prisión Preventiva*, Bs. Aires, Ed. Depalma, 1952, p. 12.

mente. Y las filas de los multirreincidentes y habituales están repletas de presos que en la cárcel cada día se portaban mejor... (12).

El abuso de la prisión preventiva contribuye a una deformación del sistema penitenciario. Origina una situación de hecho que impide, limita o anula las posibilidades de tratamiento. Aludimos a la acostumbrada coexistencia en una misma institución, por norma cerrada, de procesados y penados de todo tipo. Trátase del nefasto establecimiento "mixto" que, aunque se lo denomine de otro modo para estar a la *page*, sea un edificio viejo o una construcción reciente, pero no moderna, reproduce en lo esencial la "cárcel-penitenciaria" del siglo pasado, que ni era propiamente cárcel ni era realmente penitenciaria. Allí, a la corta o a la larga, es decir en definitiva, no se logra implantar y menos mantener un adecuado trato de los procesados ni menos aún en mediano tratamiento de los condenados.

Por lo tanto, la primer meta a alcanzar en el camino hacia la prisión del futuro habrá de ser la implacable erradicación de ese tipo de establecimiento híbrido, que no puede ser ni cárcel de procesados ni es instituto penitenciario. A la cárcel solamente quienes se encuentren sometidos a proceso penal, a la espera del fallo definitivo y no puedan ser comprendidos en los sistemas de excarcelación o eximición de prisión. A la institución penitenciaria, cualquiera que sea su tipo —cerrado, semi-abierto o abierto—, tan sólo los condenados en definitiva. Mientras no se procure y logre esta separación plena, que por otra parte disponen los ordenamientos legales y aconseja la experiencia universal, poco o nada se podrá avanzar.

El re-establecimiento de la cárcel en su función propia —retener al acusado hasta la sentencia definitiva— debe ir acompañado de la incorporación de los servicios criminológicos necesarios para el estudio médico-psicológico-social del procesado, a fin de permitir al juez penal una mejor individualización de la sanción, orientándolo en la elección de la pena o medida más apropiada, en la determinación de su duración y aún en las modalidades básicas de su ejecución.

En cuanto al régimen carcelario propiamente dicho, entre otros aspectos, deberá abordarse resueltamente el reexamen de la cuestión del trabajo del procesado. Problema obscurecido en su planteo y solución por el peso muerto de

(12) Una reciente investigación arriba a estas conclusiones: a) "una buena parte de los encausados agotan su condena en el instituto de detención, debido a la paridad que se da entre el monto de la pena privativa de libertad infligida y el tiempo de duración del proceso". Según constataciones de los autores de este trabajo, ese hecho se produce en los delitos de hurto en un 61,6%; estafa en un 66% e robo en un 20,4%; b) "otros procesados permanecen detenidos por más o menos tiempo, para recuperar —al fin— su libertad por sobreesimiento o absolución"; y c) "sólo una mínima parte de los condenados lo son por tiempos suficientemente prolongados como para dar lugar a la aplicación del régimen progresivo de cumplimiento de la pena" (Cfr.: CARLOS A. TOZZINI y MARÍA DE LAS MERCEDES ARQUEROS, *Los procesos y la efectividad de las penas de encierro*, Bs. Aires, Ed. Depalma, 1978, pp. 48-50 y 61). Observemos que si se hubieran investigado otros aspectos del problema, como el lapso que media entre la fecha de la sentencia definitiva y su comunicación al Servicio Penitenciario Federal, con testimonio literal de la sentencia de todas las instancias, como lo dispone el art. 516 (ley 18.861) del Código de Procedimientos en lo Criminal, o los casos en que con el mero cómputo de la prisión preventiva queda cubierto el tiempo mínimo requerido para solicitar y obtener la libertad condicional (Art. 13, CP), esos y otros porcentajes tendrían que ser aún mayores. Desde el punto de vista criminológico, cabe señalar una vez más que esas anomalías se dan preferentemente en los autores de delitos contra la propiedad, que son los que registran una constante mayor tasa y velocidad en la reincidencia.

una concepción del trabajo penal que ha dejado de tener validez en la doctrina, en la legislación y en la práctica de los sistemas penitenciarios más aceptables de nuestro tiempo. El procesado, como cualquier ciudadano, mantiene el derecho y el deber social de trabajar, de atender en la medida de lo posible a su subsistencia y la de su familia dependiente. Lo contrario es privilegiar la ociosidad y fomentar hábitos esencialmente antisociales y de difícil desarraigo, y en el caso de los delincuentes profesionales refractarios al trabajo de la conocida clasificación de ERNESTO SEELIG⁽¹³⁾, que son legión, afirmar y subsidiar su persistente peligrosidad social.

2 - Notas para un perfil de la prisión del porvenir

Erradicado el establecimiento híbrido, despojada la cárcel preventiva de sus influencias negativas, paralelamente se ampliarán las posibilidades de tratamiento de las instituciones penitenciarias.

No es posible aquí y ahora esbozar el modelo de la prisión del porvenir. Entre otros motivos porque a la luz del principio vertebral de la individualización del tratamiento es absurdo pensar en un solo, en un único tipo de institución penitenciaria. Precisamente, la negación de la prisión del futuro consiste en pretender concebir o atenerse a un modelo único, exclusivo, de establecimiento. La prisión modelo no tiene ni puede tener sentido en la moderna penología. Por lo tanto, un sistema penitenciario dado, según el tamaño y las características de su potencial clientela, deberá estar dotado de un número mayor o menor de instituciones diversificadas, con programas apropiados a las reales necesidades predominantes de sus alojados: jóvenes adultos —el problema más urgente en América Latina—, adultos de mayor o menor peligrosidad social, reincidentes, habituales, etc.

No obstante, ya podemos conjeturar algunos rasgos que, debidamente interrelacionados entre sí, formarán parte del perfil de la prisión del porvenir. Por ejemplo:

- Consolidación del principio de legalidad de la ejecución.
- Mayor y creciente exclaustración de ciertos aspectos del régimen directamente vinculados con la socialización del interno, en particular en los campos educativo, laboral, médico, religioso, recreativo y social.
- Efectiva y significada diversificación de las instituciones: cerradas, semi-abiertas, abiertas, residencias de semi-libertad...
- Multiplicación de los programas de tratamiento individualizado, a partir siempre de un serio examen médico-psicológico-social del condenado.
- Diversificación de los métodos de tratamiento, de lo puramente institucional a la libertad condicional, que deberá convertirse en una parte *normal*, no excepcional como ahora, de la ejecución de la pena, pasando por una aplicación en mayor escala de los métodos transicionales, como las salidas transitorias y el régimen de semi-libertad.

(13) ERNESTO SEELIG, *Tratado de Criminología*, Trad. de JOSÉ MARIA RODRIGUEZ DE VESA, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958, pp. 74-124.

— Integración del trabajo penitenciario en la economía local, regional y nacional.

— Sistematización de la preparación del interno para el egreso, sea condicional o definitivo, mediante auténticos y realistas programas de pre-libertad.

— Redefinición y coordinación de los roles básicos del personal.

— Integración del tratamiento institucional con la asistencia post-institucional, la gran carencia de los actuales sistemas de América Latina.

La prisión del futuro requiere la existencia de una sólida y estable organización post-penitenciaria, tanto como de un enlace pleno y firme entre lo institucional y lo post-institucional, sin egoismos ni cotos cerrados, que asegure la *unidad y continuidad del tratamiento individualizado*, sin menoscabo del rol específico e incumbencias que puedan y deban corresponder a los organismos e instituciones involucradas. La gran carencia de los sistemas penitenciarios actuales consiste en la inexistencia, insuficiencia e inoperancia de los servicios post-institucionales.

Esos y otros rasgos, que permiten vislumbrar, a distancia y siquiera parcialmente, el perfil de la prisión del porvenir, en alguna medida ya están presentes y actuantes en ciertos sistemas penitenciarios de nuestro tiempo. Constituyen las notas alentadoras dentro del panorama global que presentan las prisiones para que dejen de ser, como se ha observado, un punto negro en la historia social de nuestra época. Lo novedoso, lo creativo, lo fecundo, el auténtico desafío a la planificación de la defensa social y la consiguiente política penitenciaria, consiste, nada más ni nada menos, que en extender, en generalizar, a medida que lo permitan las circunstancias, su incorporación y asegurar su continuidad en todo el sistema penitenciario. Es decir que lo que hoy por hoy puede constituir la excepción y lo experimental satisfactorio, paulatinamente, pero sin pausa, se convierta en la norma del sistema penitenciario en su conjunto.

La clave de las claves de este proceso hacia la prisión del porvenir reside y residirá siempre en la *calidad e idoneidad* del personal. Bien se dijo:

“Ni los programas de tratamiento más progresivos, ni los establecimientos más perfectos pueden operar una mejora del recluso sin un personal a la altura de su misión. El personal si no es todo, es casi todo” (14).

Pero cuando hoy se habla de personal comprometido en el tratamiento no se le alude sólo al tradicional, cuyo rol tiene que ser constantemente renovado y enriquecido. Por exigencias de la terapia múltiple a que recurre el tratamiento individualizado, cada día tiende a ser mayor el número y variedad de otros profesionales que participan activamente en su aplicación, porque el personal penitenciario tradicional donde exista auténtica selección, estabilidad y carrera y formación previa y durante el servicio, también constituye una profesión diferenciada. El nuevo concepto de la función penitenciaria “se refleja en la tendencia a incluir en el personal un número cada vez mayor de especialistas, por ejemplo, médicos, psiquiatras, psicólogos, trabajadores sociales, educadores

(14) CUELLO CALÓN, Ob. cit., p. 516.

e instructores técnicos" (15). Tanto unos como otros deben poseer una idoneidad particular para poder actuar con eficacia y sin fricciones en un medio tan complejo y conflictivo como es el de una institución penitenciaria. Sin excepciones, pues, esa idoneidad debe ser exigida a todo el que aspire a desempeñar un rol cualquiera en una institución o tomar parte en el manejo de un sistema penitenciario. Subrayando una vez más su importancia, STANISLAW PLAWSKI recientemente expresó en la "Société Générale des Prisons et de Législation Criminelle", de París:

El porvenir de las prisiones depende del personal (16).

En resumen, el problema de la re-instalación social del penado comienza *antes* de la institución penitenciaria —en la cárcel de procesados— y culmina después de su egreso, con la asistencia post-institucional indispensable. Es un proceso unitario, cuyo resultado final está comprometido en todas y cada una de sus etapas. Cabe, pues, insistir en la necesidad de asegurar la coordinación e integración del tratamiento institucional con la asistencia post-institucional. Como decía el Dr. JORGE H. FRIAS, fundador del Patronato de Liberados de Buenos Aires, la institución decana en América Latina, "Hay casos en que el liberado no pide ayuda material porque la tiene; lo que necesita es protección social de quienes desean mantenerlo en el fango social".

Mientras llegue la hora de su reemplazo por eficaces alternativas no institucionales —objetivo que no parece al alcance de la mano—, es necesario no descuidar todo aquello que, razonablemente, pueda contribuir a perfeccionar los métodos de tratamiento institucional, recordando además que, como sensatamente expresara en su hora refiriéndose a la sustitución de la pena capital CARLOS TEJEDOR, el primer codificador del derecho penal argentino: "El legislador no debe anticiparse; sino seguir a la sociedad".

(15) A/CONF. 6/1, *Recomendaciones sobre selección y formación del personal penitenciario*, p. 80.

(16) Comentarios sobre la previa exposición de Leteneur, director regional de los servicios penitenciarios de Dijon, en la sesión del 12 de mayo de 1980 de la Sociedad de Prisiones de Francia, sobre el tema "El personal penitenciario y la prisión", en *Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal*, París, n.º 3, Juillet-Septembre 1980, pp. 281-282. PLAWSKI replantea la vieja cuestión: "¿Es necesario dar prioridad al personal socio-educativo o al personal de vigilancia?". Lo estima un falso problema. "En la mayoría de los países socialistas, especialmente en la URSS —dice— el personal socio-educativo no tiene ningún contacto con el personal de vigilancia y lo mismo ocurre en las prisiones italianas. En los países nórdicos, como Dinamarca y Suecia, no hay distinción: no existe más que personal técnico, que tiene una formación técnica, psicológica, médica, social y así cada supervisor es al mismo tiempo un poco educador. Francia está en una situación intermedia: siempre hay divergencias entre el personal socio-educativo y el personal de supervisión, lo que me parece anormal. En lugar de diferenciar la corrección y la seguridad, es necesario hacerlas converger. Por supuesto, hay criminales peligrosos que deban vigilar-se, pero no deben ser considerados como seres separados del mundo exterior, sin que se busque ejercer sobre ellos la menor influencia. Si se adoptara como idea directriz que supervisar es también educar, creo que se podría establecer el equilibrio; pero sé que, en la práctica, es extremadamente difícil". Esta situación, que a veces groseramente se equívoca como un conflicto insoluble entre custodia versus tratamiento, no es exclusiva de los métodos institucionales. Se la advierte también en el ámbito de la aplicación de métodos no institucionales, como la probation y transinstitucionales, como la libertad condicional, señalándose una desarmonía funcional entre los roles de supervisión y los de orientación y apoyo social. ¿Será impertinente recordar que en la Argentina la Ley Penitenciaria Nacional, complementaria del Código Penal, dispone que, entre los medios mínimos que debe contar toda institución destinada al cumplimiento de penas privativas de libertad, menciona en primer término: Personal idóneo, en particular el que se encuentra en contacto estrecho con los internos, que deberá ejercer una actividad predominante educativa (art. 104, inc. a)?

Modelo de sistema de garantia de emprego no Brasil

PAULO EMÍLIO RIBEIRO DE VILHENA

Juiz aposentado do TRT da 3ª Região.
Professor da Faculdade de Direito da
UFMG. Advogado em Belo Horizonte

1. Diagnóstico jurídico-conceitual

A modelagem de uma estrutura jurídica visando à implantação de um sistema de segurança do emprego no Brasil impõe ao analista, como postura necessária e prévia, um exame dogmático-conceitual do **statu quo** vigente no jogo das regras constitucionais e do espírito que presidiu à sua modificação e à conseqüente abertura de rumos novos no desfecho legislativo do instituto do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

Veremos que o tratamento dessa questão diz com os próprios destinos do Direito do Trabalho em nossa terra, hoje bipartido em seus pontos de arranque e em suas formulações tutelares básicas.

Seria demasiada ingenuidade do estudioso, engolfado na realidade trabalhista brasileira, ignorar que a elaboração de um sistema de segurança no emprego inelutavelmente importará não em uma simples tarefa de acabamento de uma linha construtiva em marcha, mas em uma retomada do curso histórico-evolutivo de uma disciplina partida em seus vigamentos básicos, isto é, na direção e na ponderação dos interesses objeto de proteção jurídica.

Nesse campo, em Direito do Trabalho, estamos partindo de zero ou, mais realisticamente ainda, o empuche vem encontrar o veículo em ré, pois a implantação do sistema do Fundo de Garantia importou no regresso aos postulados econômico-negociais do liberalismo, quando praticamente se recolocou em mãos das partes, portanto, do empregador, o destino da relação de emprego.

Assim afirmávamos:

“Se hoje se fracionaram em dois regimes jurídicos diversos os efeitos e as garantias da rescisão do contrato de trabalho — indenização e estabilidade, de um lado, e fundo de garantia pelo tempo de serviço, do outro —, com a diluição daqueles dois primeiros institutos e a eliminação da proteção básica do trabalhador, como conseqüência do corte da estabilidade e de sua perspectiva, esse fato, que aos olhos dos juristas mais autorizados, representa uma regressão do Direito do Trabalho brasileiro e o rompimento com a unidade conceitual do princípio de tutela por ele visado (CESARINO JUNIOR, A. F. **Estabilidade e Fundo de Garantia**. Vol. 4, págs. 15 e segs., esp. 64-5 e segs.; CATHARINO, José Martins. **Em defesa da Estabilidade**. Cit., págs. 63 e segs. e RUSSOMANO. **Temas Atuais** . . . , cit., págs. 24 e segs., esp. 32 e segs.), não obsta a codificação.

Os institutos jurídicos compreendidos pela indenização, pela estabilidade (certamente ociosas, em face da “opção patronal” no ato de admitir) e pelo fundo de garantia serão regulamentados entre os efeitos da rescisão do contrato de trabalho, ainda que o último goze de algumas incidências antes de verificar-se esta.

Convenha-se que o Direito do Trabalho brasileiro atravessa uma fase de desarvoramento e que, nessa fase, tenha perdido seus rumos.

A imprecação explica-se porque, ao ser totalmente retirada do trabalhador a garantia do emprego, ainda que indiretamente abrigada pelo instituto da indenização, a constante ameaça da despedida e a ampla possibilidade de efetuar-se sem ônus qualquer para o empregador retiraram-lhe, ao empregado, o domínio mínimo da relação contratual em que se encontra.

Ora, sem qualquer sustentação jurídica, que assegure a manutenção do vínculo obrigacional como um todo, **ipso facto**, inexistente, para o empregado, base jurídica e negocial para a defesa dos próprios direitos internos daquele vínculo, tais como correto pagamento de salários, horas extraordinárias contraprestadas, observância do horário regulamentar etc.

Com o regime da opção, a lei fez voltar ao arbítrio das partes, no contrato de trabalho, o conteúdo jurídico que deva preenchê-lo e transmutou em leis supletivas uma relação antes fundada em normas imperativas.

O fundo negocial acha-se encoberto, pois, se a espécie de pacto pode ser livremente ajustada quanto à oportunidade de sua dissolução, os demais atos do contrato, ainda que originados em obrigações legais, ficam, em sua exigibilidade, sempre na pendência do exercício livre de sua extinção.

Volta o Direito do Trabalho brasileiro, em seus fundamentos, ao princípio da negociabilidade à defrontação pura e simples de empregado

e empregador, ainda que um exiba ao outro um extraordinariamente minucioso quadro de direitos e deveres a serem por eles observados.

Entretanto — é importante frisar —, para que se torne negocial o fundo valorativo de uma disciplina jurídica, torna-se indispensável se proporcionem às partes, envolvidas no jogo dos interesses, condições básicas de negociabilidade, isto é, eqüipolência no plano social e econômico, para que exercitem, em sua acepção concreta, o princípio da autonomia da vontade, e se permutem, em condições de igualdade, as forças geradoras das obrigações.

“Esse ponto de vista é jurídico e não, exclusivamente, econômico” (VILHENA, Paulo Emilio Ribeiro de. **Relação de Emprego**. São Paulo, Saraiva, 1975, págs. 34/35).

Portanto, como erguimento de obra desde seus alicerces, a perspectiva de segurança do emprego no Brasil impõe um exame reflexivo do jogo das implicações e dos efeitos conceituais extraídos dos preceitos da Constituição e da legislação ordinária vigente.

Como assim o procedêramos, mantemos nos mesmos moldes a explicação do fenômeno jurídico hoje ocorrente no campo do Direito do Trabalho brasileiro e sobre essa explicação extraímos as idéias do possível, **de lege ferenda**, em termos de segurança no emprego:

“... A admissão constitucional de um regime jurídico concernente à tutela da relação de trabalho diverso daquele tradicionalmente estabelecido pela Consolidação das Leis do Trabalho, com vista, sobretudo, à extinção da estabilidade, trouxe certa perplexidade aos meios jurídicos, sobrelevando os Tribunais do Trabalho, que se desencadeou em choques de interpretação de regras e das posições jurídicas resultantes da aplicação do novo regime, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

Em seus fundamentos, esse choque parte da diversidade de direção de tutela que a Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966, veio imprimir no Direito brasileiro do Trabalho.

Por aí, chega-se à inelutável perspectiva de que o conflito interpretativo não vem a ser senão fruto de uma inovação de princípios que, em realidade, a Constituição de 1967 (e), depois com a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro.

A inovação, que melhor se enuncia como justaposição de princípios, acarretou, como não poderia deixar de fazê-lo, uma cisão conceitual no Direito do Trabalho, sempre apreendido em fisionomia harmônica e sobre linhas dispostas em direção uniforme.

Desde logo, impõe se saliente que a instituição do regime do FGTS contribuiu para a abertura, ou reabertura, do plano

negocial das relações individuais de trabalho e, conseqüentemente, para o desfiguramento da rigidez estrutural que representa a Consolidação das Leis do Trabalho, em sua integralidade.

Por outro lado, formou-se um sistema de canalização de créditos trabalhistas que, acumulando-se, retendo-se e se escoando por órgãos estatais ou vinculados em suas operações, a diretrizes estatais (o Fundo e o BNH), extralimitou ao mesmo tempo em que peculiarizou o campo finalístico do Direito do Trabalho. Para além da tutela das relações entre empregado e empregador e (ou) da tonificação da vontade jurídica deste, o economicamente débil, na acepção de GALLART FOLCH (**Derecho Español del Trabajo**, Barcelona — Rio de Janeiro, Editorial Labor S.A., 1936, pág. 16), cumpre essa disciplina destinações ligadas a programas estatais de desenvolvimento econômico e de bem-estar geral (o problema da habitação), fim esse, quanto à sua especificidade, inteiramente estranho àqueles que, direta e correntemente, lhe dizem respeito (cf. PEREZ BOTIJA, Eugênio. "El Derecho del Trabajo". Madrid, in **Revista de Derecho Privado**, 1947, págs. 19 a 33, esp. 26 e seqs.).

Ressalve-se, em corte econômico, que a intensa programação de investimentos na faixa da construção civil atende à procura de emprego, reduz os percentuais de desemprego, o que acaba por fazer com que o Direito do Trabalho se reencontre com um de seus fins sociais e econômicos: o pleno emprego e a expansiva redistribuição de rendas (cf. BARLETTA, Salvatore. **La Disoccupazione — Cause e Remedi**. Milano. A. Giuffrè Ed., 1954, págs. 21/22; e SALVADOR BULLÓN, Pablo e SALVADOR BULLÓN, Hilário. **La Teoría del Full-employment, o Trabajo para Todos**, Madrid. Ministerio del Trabajo, 1955, págs. 119 a 121).

Entretanto, com a amplificação e (ou) o deslocamento de fins, alterou-se o tônus impressivo dos princípios que, tradicionalmente, marcavam a singularidade desse novo ramo do direito.

O intérprete e o aplicador, ao depararem situações jurídicas trabalhistas em conflito, não mais podem prender-se a supostos indiscriminados e uniformes de hermenêutica, porque o Direito do Trabalho não mais se reduz à exclusiva tutela do trabalho (com ele, a do trabalhador) e da atividade empresarial.

Nessa complexa fenomenologia sócio-econômico-jurídica, em que se multifacetou o Direito brasileiro do Trabalho, distinguem-se, à nitidez, os campos da diversidade de tutela.

Antes de distribuí-los em função do novo regime do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, é indispensável se advirta outra direção da ordem jurídica brasileira, quando se refere às relações de trabalho com a União, as autarquias federais e as

empresas públicas federais, seja no que toca ao direito material (art. 106 da Constituição Federal), seja no que toca à competência (arts. 110 e 125, I, da Constituição Federal).

Essa direção, de preeminência de tutela do Estado-empregador, apreende-se também no Decreto-Lei nº 779, de 21 de agosto de 1969.

Dentro, porém, da temática que nos propusemos, triparte-se a tônica tutelar do Direito brasileiro do Trabalho, certo que nas duas primeiras manifestações ela se conflita.

De um lado, em curso a relação, permanece robustecida a proteção ao trabalho, ao trabalhador e, em pontos menos frequentes mas básicos, a tutela à atividade empresarial (vejam-se, v.g., as regras relativas a horários, descansos, trabalhos perigosos ou insalubres, prescrição, tonificação de vontade contratual (alterações), justas causas, regime disciplinar etc.).

De outro, reduzida ou eliminada a segurança do emprego, com o desencargo do empregador de indenizar ou a extinção da estabilidade, no momento da opção, voltou a entregar-lhe a ordem jurídica enorme força negocial e as relações de trabalho passam a caracterizar-se por extrema flexibilidade, franqueadas as despedidas, cujos custos já de antemão estão previstos ou assegurados, através do recolhimento de 8% para o FGTS.

Finalmente, o emprego de capitais do Fundo em planos nacionais de habitação torna o Estado parte patrimonialmente interessada na relação de emprego, o que configura uma especificidade de interesse, que é público e é objeto de tutela especial.

A participação do Estado, como sujeito de direito, que, antes, na relação de trabalho, se circunscrevia à esfera administrativa, ao poder de polícia (inspeção e fiscalização, autuação e multas), vem a ser agora também de ordem patrimonial, com a gestão das importâncias arrecadadas na forma do art. 2º da citada Lei nº 5.107/66, conforme dispõem seus arts. 11, 12, 13, 14 e 15.

A peculiaridade da tutela desse interesse encontra-se não somente nos poderes de gestão do BNH (dispositivos acima citados), como na pretensão à cobrança das respectivas parcelas, através do INPS, o que representa o exercício de direitos conferidos a pessoas e titulares de bens jurídicos, bem que, aqui, como administradoras e com prescrições legais reguladas na mesma dimensão e no mesmo resguardo com que tratam créditos previdenciários e fiscais (Lei nº 5.107, arts. 11, 13, 19 e 20).

Observe-se, **en passant**, que a legitimação ordinária para a cobrança de contribuição do FGTS não recolhida cabe ao BNH, como se vê dos arts. 20 e 21 da mesma lei.

O juiz, portanto, ao decidir questões de trabalho não pode fugir a uma atitude exegética trifacetada, aplicando, em cada uma das três situações jurídicas, o princípio jurídico básico que, em cada uma delas, visou preservar a Constituição e a lei ordinária.

Se anteriormente se admitia a conformação unitária da tarefa julgadora, conjugando-se a interpretação sistemática e a teleológica (art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil) com o espírito eminentemente tutelar do trabalho, hoje essa tarefa como que se compartimentaliza em função dos específicos institutos jurídicos e dos singulares princípios que os regem.

Exemplifica-se: se não optante o empregado, todas as presunções correm a favor da preservação do emprego e da higidez contratual; se optante, ganha dimensões mais amplas a faculdade conferida ao empregador, para despedir.

As direções não são as mesmas e ao juiz não é dado aquinhoar o empregado optante com efeitos de rescisão do contrato de trabalho na mesma direção exegética com que está decidindo a rescisão do não-optante, estábilatório ou preestabilatório, e vice-versa.

Tanto assim é que a jurisprudência encaminha-se, com toda a correção, no sentido de afirmar que a dispensa do empregado, em vésperas da estabilidade, porque não optou, configura a obstatividade, na forma do art. 499, § 3º, da CLT.

Se, porém, optou o trabalhador, rege-se a rescisão pelos princípios da flexibilidade do novo sistema. Se, entretanto, esse mesmo trabalhador é portador de direitos patrimoniais anteriores à opção — indenização simples ou em dobro —, toda a tessitura normativa e tutelar da CLT deve presidir o convencimento no tocante a esses direitos.

Somente assim procedendo, estará o juiz cumprindo a heterogeneidade exegética na aplicação de preceitos que, a despeito de contidos em uma mesma relação (a de emprego, globalmente considerada), entre si se excluem.

Quanto à contribuição para o FGTS, se não goza da natureza de recolhimento tributário ou previdenciário, acha-se tutelada como se previdenciária e tributária fosse.

Nada de estranho há em sustentar que a prescrição para ser acionada consuma-se com trinta e não dois anos (Lei nº 5.107, art. 19, parte final, que diz: "pela mesma forma e com os mesmos privilégios das contribuições devidas à Previdência Social").

Nos quadros dessa exposição, será agora examinada a situação do empregado estável que opta e depois vem a ser despedido.

O exame de tão delicada questão não pode reter-se nos marcos da lei ordinária. Impõe incursões à Constituição. Há corrente doutrinária e manifestações jurisprudenciais que sustentam dever a despedida, em casos tais, preceder-se de inquérito judicial e só por sentença consumir-se.

Prima por asseverar essa corrente que, estável o empregado, essa condição não desaparece quando se trata da forma a ser observada para a sua dispensa.

Os seguintes são os fundamentos básicos, em que se estribam os doutrinadores e juízes que a perfilham:

- a) direito adquirido;
- b) a estabilidade só desaparece com o recebimento, pelo empregado, da indenização ou de 60% de seu valor;
- c) a restauração do art. 500 da CLT e a formalidade da renúncia;
- d) no plano constitucional, estabelece-se, em exegese gramatical, a concomitância entre FGTS e indenização e não entre FGTS e estabilidade, que, portanto, permanece incólume.

Do ângulo oposto, espousa-se a tese da autorização da despedida pura e simples, pois a indenização, ainda a dobrada, será objeto de reclamatória, ao entendimento de que a questão se acha dominada pelo art. 16 da Lei nº 5.107, com remissão ao Capítulo V do Título IV e não ao Capítulo VII da CLT.

Desse vértice partiremos para o desenvolvimento do tema, cuja controvérsia deve alçar ao plano constitucional não só pelas vias do direito adquirido como pelas garantias mínimas e irrenunciáveis conferidas ao trabalhador pela Constituição de 1967 e sua Emenda nº 1, de 17 de outubro de 1969.

A regra do art. 160, I a VI, da Constituição tem caráter principiológico. Condensa pensamento político dominante, como postulado e diretriz, que atenderá o Estado brasileiro na sua destinação econômico-social.

Já o seu art. 165 desdobra-se em preceitos de natureza programática, com direto comando ao legislador ordinário.

A exceção de seu item IV, não contém suas disposições força vinculante imediata, porque carecem, como se exige a uma regra de direito munida de executoriedade, dos suportes de incidência e que lhes formem o juízo hipotético configurador da lei como tal.

Enunciam uma proposição jurídica (Vorsatz), não um preceito jurídico (Rechtssatz).

Ambos os dispositivos, os arts. 160 e 165 da Carta de 1967, com a Emenda Constitucional de 17 de outubro, condensam ordenações jurídicas fundamentais que, no ensinamento de HELMUT COING, modelam, no plano político, social e econômico, uma ordem jurídica (**Diesen Ordnungs grundsätze ergeben vorbildliche Modelle der sozialen Ordnung**) (**Grundzüge der Rechtsphilosophie**, 2. Auflage, Berlin, Walter de Gruyter & Co., 1970, S. 199, 2).

A invocação, portanto, do nº XIII do art. 165 não poderá ser incrementada senão através do sentido que lhe deu o legislador ordinário, a quem se dirige.

E isso porque a virtualidade do dispositivo constitucional não vai além da abertura de um amplo campo de projeção jurídica, que a lei ordinária preencherá e, preenchendo-o, lhe interpretará o espírito e a finalidade.

Ainda no campo da Constituição, fala-se em "direito adquirido" à condição de estável.

Não resta a menor dúvida que, aqui, se está diante de uma garantia diretamente conferida ao titular de um direito, que se põe a salvo das mutações introduzidas na ordem jurídica pelas mãos do legislador.

No caso, mais próprio é falar-se em situação jurídica adquirida (*erworbener Rechtsstellung*) do que em direito adquirido (*Wohlerworbenerrecht*), visto compor a Lei do Fundo de Garantia, como o é, de sua parte, o regime da Consolidação das Leis do Trabalho, naqueles direitos que se excluem, uma constelação de atos-fatos-jurídicos relativa à rescisão do contrato de trabalho e seus efeitos.

O que sucede, porém, a despeito da força imediatamente asseguradora do § 3º do art. 153 da Constituição Federal — que resguarda o direito adquirido —, é que esse dispositivo não tem aplicação na situação jurídica ora em exame, por se definirem de maneira diversa as posições jurídicas, cuja titularidade se arroga o empregado estável-optante e dispensado.

O princípio, que se preserva com o direito adquirido é o princípio da inviolabilidade do bem jurídico de que é portador seu titular assim como sua inalterabilidade por vontade estranha, ainda a do legislador.

Quando a Constituição de 1967, no preceito que inovou o nº XII do art. 157 da então Carta de 46, formulou a alternativa de regimes jurídicos, pelo ora vigente artigo 165, nº XIII, deixou claro um axioma da maior relevância e que afasta quaisquer mitos ou preconceitos de desnível e de distinção dos regimes quanto à tutela jurídica: pela Constituição tem-se como assegurada a situação jurídica do trabalhador, em indiscutível paridade

tutelar, esteja ela sobre as condições rescisórias da CLT, esteja ela regulada pelos efeitos do FGTS.

Os termos da estabilidade, da equivalência, do fundo e da indenização, quem os regulará ou dosará é o legislador, pois assim está no comando do art. 165, XIII, citado, e é o que se encontra no art. 1º da Lei nº 5.107/66.

Desde que os tenha regulado o legislador, dentro dos conteúdos mínimos previstos nas regras constitucionais do art. 160, I a VI, e na linha de flexibilidade admitida no art. 165, XIII, a segurança jurídica do titular dos respectivos direitos passa a comportar plena flexibilidade e pleno exercício de vontade, para, de um regime, trasladar-se a outro, dentro, é verdade, dos limites de exercício firmados na própria lei.

O que a esta era vedado seria pura e simplesmente extinguir a estabilidade e (ou) a indenização. Criar-lhes, porém, substitutivo em contornos de equivalência, isso está no incisivo comando do preceito constitucional.

Por outro lado, definido o direito subjetivo como um poder jurídico ou negocial, que a ordem jurídica confere a determinada pessoa (*Rechtsmacht*), como, em geral o acepçiona LANGE — “Das Subjektive Recht ist einmal mehr als ein allgemeines gesellschaftliches oder rechtliches Dürfen” (cf. LANGE, Heinrich, **BGB-Algemeiner Teil**, 10. Auflage, München, Verlag C. H. Beck, 1968, S. 81, 2 “a”) e definido o direito adquirido como a intocabilidade ou a imutabilidade desse poder jurídico por vontade estranha à de seu titular, chega-se a elementar conclusão que também o poder de disponibilidade e de negociabilidade desse direito é garantido pela ordem jurídica.

O que se quer deixar aqui claro é que o empregado, quando opta, não sofre violação de algum direito adquirido ou da estabilidade: exercitou um poder jurídico, através do qual, segundo preceitos legais, passou de um regime jurídico a outro regime jurídico.

Por outras palavras, substituiu situações jurídicas que encerram efeitos assecuratórios diferentes, bem que, à luz da Constituição, uma e outra se equivalham, tomando-se em consideração o princípio básico da tutela do emprego.

Por essa mesma razão, é impróprio falar-se, quando da opção, em renúncia à estabilidade, com os consectários formais de sua eficácia.

A renúncia pressupõe o despojamento de um direito. O seu titular dele abdica-se, como condensa CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, ao defini-la o abandono voluntário do direito (**Instituições de Direito Civil**, Rio, Ed. Forense, 1966, t. I, pág. 278). Por ela não se contrapresta. Encontra-se límpida em sua fonte

de irradiação jurídica no ato unilateral do titular de direito, que dele abre mão.

A opção opera-se pela substituição de regimes jurídicos; portanto, o patrimônio do titular, no tocante a direitos patrimonializados ou a expectativas, não sofre despojamentos desconpensados.

Se estável o optante, preserva-se-lhe a indenização (em que se converteu, pelo regime anterior substituído, a estabilidade) e se passa ao gozo de outra situação, o levantamento do fundo.

Por ato dependente de sua vontade que, em se tratando de estabilidade, não sofre a mínima interferência da vontade de empregador (salvo, como, por vezes sucede, a pressão por sanções indiretas, de natureza econômica, com a supressão de aumentos espontâneos, cessação de estímulos financeiros ou de natureza funcional, pelas alterações admissíveis, não-acesso), o empregado garante-se de situação jurídica diversa da que anteriormente o titularizava a ordem jurídica (cf., para a transmissão de direito, como uma de suas modalidades, o poder de disposição do sujeito — “abhängige Verfügung über seine Rechtsmacht”, LANGE — ob. cit., S. 96, I, b).

Em perfeita sincronização com esses conceitos, a Lei nº 5.107 não impõe qualquer formalidade especial para a passagem de uma situação jurídica para a outra, senão o termo de opção.

Conjuguem-se os seus arts. 1º e 16 e ver-se-á que esses dispositivos não se esmeram senão em preservar situações patrimoniais, que se comunicam pela afinidade de proteção jurídica.

Tanto isso é certo que, da estabilidade, se acautelou a indenização em dobro.

Indo além, observa-se que o antessuposto direto e necessário desse preceito (o art. 16) é não a permanência no emprego como direito personalíssimo ao **status**, mas o seu conteúdo patrimonial, o que, aliás, não é adverso ao campo de eficácia da própria Consolidação das Leis do Trabalho, como o autorizam os seus arts. 497 e 498.

Insiste-se, de outro ponto, em que o art. 500 da CLT foi restaurado pelo art. 17, § 2º, da mesma Lei nº 5.107.

Mas a direção da norma rediviva é específica: incide nos casos de admissão, ou seja, de renúncia ao emprego.

O afirmar, pois, que a estabilidade só se extingue com o acionamento do § 3º do mesmo art. 17 (transação, na base de 60%) importa em legar o inciso a um alcance que não contém.

Sua finalidade e sua área hipotética restringem-se à transação, que é figura diversa e para a qual se fixou um limite mínimo: os 60% da indenização.

Condicionar, ainda, o desaparecimento da estabilidade ao depósito de que cuida o § 2º do art. 16 da Lei nº 5.107 será formar um nexo que não existe, pois a importância a ser depositada, correspondente ao período anterior à opção, não passa às mãos do empregado. Retém-se no Fundo, e o trabalhador somente a retirará se despedido e ainda assim, em tema de grande controvérsia jurisprudencial e doutrinária, sem justa causa.

De mais a mais, trata-se de norma que permite a negociabilidade da situação estabilitária, seja com o fim de extinguir-se o contrato de trabalho, seja no propósito de o prosseguirem as partes, pelo regime do FGTS.

E mais, a importância correspondente a 60%, do § 3º, dirige-se à cobertura do direito patrimonial da indenização e o extingue.

A relevância jurídica da estabilidade compõe-se em seu valor pecuniário, através do qual é transacionada.

Na esteira dessa tese, os Tribunais, se a importância paga não corresponde ao mínimo de 60%, não determinam a restauração do vínculo, mas a complementação do valor devido.

Nunca é demasiado repetir: a hipótese diz respeito à conversão de regimes, nela compreendida uma soma de direitos e obrigações, entre os quais o direito ao emprego, que como se transfunde na aceitação do novo sistema que com ele é incompatível.

Finalmente, se não há falar em estabilidade, não há falar em inquérito.

Este não se define por outra razão jurídica que a de remédio processual que tem como pressuposto material de acionabilidade a existência da estabilidade.

Quem o diz são os arts. 492 e 494 da Consolidação das Leis do Trabalho.

A consecrariade do direito adjetivo (espécie de ação) ao direito material (estabilidade) é inafastável.

Pode-se, sem temor a erro, ir além e afirmar-se: o inquérito é uma forma processual de exaurir-se a estabilidade.

Não visa, em princípio, a pretensão à indenização dobrada, mas a reintegração (art. 495 da CLT). Se ocorre a conversão do art. 496 da CLT, essa é excepcional, está no arbítrio do juiz ("poderá", diz a lei) e só se defere porque a volta ao emprego se tornou ou impossível ou desaconselhável.

A indenização resultante de um inquérito judicial reforça até o convencimento de que esse remédio processual não tem por fim hipóteses dos arts. 497, 498 e 499, **caput**, da CLT; cumpre-se pelas vias da reclamatória.

Convir na pertinência de inquérito, como meio de rescindir-se o contrato de trabalho do empregado estável-optante, será adotar um remédio processual que, por sua índole, se destina a assegurar a permanência no emprego, a reintegração do empregado.

Este, ao optar, deixou de ser estável e desvinculou o empregador do dever jurídico de postular inquérito para dispensa, que se autoriza diretamente.

Em linha de conclusão: **a)** no plano constitucional, equivalem-se os regimes da CLT e do FGTS; **b)** quem dita os termos dessa equivalência é o legislador ordinário; **c)** o direito adquirido ao emprego pode ser objeto de transação; **d)** transação não se confunde com renúncia e com renúncia não se confunde a opção, que é a forma de substituição de regimes jurídicos; **e)** optante ou empregado estável, nada obsta seja despedido; **f)** o remédio processual em que se vai discutir a indenização do estável-optante despedido é a reclamatória comum e não inquérito; **g)** este tem por exclusiva finalidade a dispensa do empregado, se portador de estabilidade." (VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Direito do Trabalho & Fundo de Garantia**. S. Paulo, LTr, 1978, págs. 17 a 25).

Ora a remodelação do quadro jurídico exposto e a reconstituição dos princípios especiais do Direito do Trabalho, que importará na reunificação conceitual da disciplina, para o restabelecimento de uma efetiva segurança no emprego, deverá atender a certas diretrizes de ordem sócio-econômica e a uma dogmática precisa. É o que, finalmente, em organograma fundamentado e descritivo passaremos a expor, como forma de equacionamento.

2. Questões preliminares de equacionamento

Ao elaborarmos essa contribuição ao problema da estabilidade no Brasil, partimos de certos pressupostos de ordem ideológica e conjuntural que ora se expõem.

Como professor de Direito do Trabalho e comprometido antes com a concepção jurídica da vida, não poderíamos fugir ao primado da tutela do trabalhador, como finalidade básica da disciplina trabalhista, sobre o fato econômico. Trata-se de perspectiva jurídico-trabalhista e donde deverá partir a idéia de equacionamento de qualquer normatividade que se procura estabelecer.

Essa perspectiva, do ângulo do Direito do Trabalho, é tão respeitável quanto a oposta, a sustentada do ângulo dos economistas puros e se-

gundo a qual cabe o primado aos ciclos da vida econômica, em seus processos naturais de conformação e de expansão.

Contudo, toda a formação jurídica, que supõe a consideração do direito como técnica ordenada da realidade — nela incrustado o fato econômico —, acompanhada da absorção de princípios retores da atividade humana em apreço a fins de bem-estar e justiça social, impõe-nos o acatamento às elaborações doutrinárias dos professores de Direito do Trabalho em sua defesa da estabilidade (exemplifiquem-se com as figuras conspícuas de CESARINO JÚNIOR, MARTINS CATHARINO e EVARISTO DE MORAES FILHO).

Por outro lado, sob o aspecto conjuntural e o da viabilidade política, é indispensável que se tenha presente a opção brasileira, resultante da lei do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, que demandará uma revisão nas fórmulas e métodos tradicionais de reconhecimento da estabilidade, para técnicas mais harmônicas — nos conflitos entre capital e trabalho — de criação de sistemas de segurança no emprego.

3. Natureza principiológica

A segurança no emprego, como aspiração nacional de cunho político, deverá inscrever-se entre os princípios básicos da Ordem Econômica e Social da Constituição.

A sua elaboração, como preceito de natureza programática, dirigir-se-á aos encarregados da elaboração da lei com a mesma intensidade e o mesmo realismo sócio-político com que se dirige a cada um dos destinatários específicos da comunidade jurídica, o empregado e o empregador.

Tem-se em mente que a segurança no emprego, como um instituto do Direito do Trabalho e que visa, portanto, à tutela da pessoa-trabalhadora — qualquer que seja a esfera em que preste serviços regulados pela legislação trabalhista, seja a esfera pública, seja a esfera privada — insere-se no campo mais amplo da atividade econômica. Quer-se, com isso, significar que o terreno de implantação da segurança no emprego deverá ser respeitado em suas peculiaridades e em sua natureza, como fonte de criação de riquezas e de bem-estar social.

Em apreço ao encontro de concepções ideológicas e aparentemente díspares das oriundas das forças dinamizadoras de produção, o capital e o trabalho, a segurança no emprego deverá revelar um critério firme de compatibilização de interesses e de harmonia, através do qual se sintam os empregados como participantes efetivos da produção e não se tenham os empregadores como usurpados em direitos inerentes à estrutura ordenadora da empresa.

4. Natureza conceitual

Na técnica de sua execução jurídica, a segurança no emprego deverá definir-se por critérios precisos, que vedem as dispensas do empregado.

Os suportes da segurança no emprego virão predispostos em lei como regra geral, aberto às partes um período prévio de testificação de

aptidões e de aclimação do empregado e de técnicas de direção do empregador.

Embora definido, o conceito de segurança no emprego não será um conceito rígido e haverá de adscrever-se à realidade econômica sobre que deva recair, sob pena de tornar-se ou inexecutável ou atentatório aos princípios de resguardo do desenvolvimento econômico e da tutela do trabalho.

5. Sistema de execução

A busca de sua maior adequação à realidade econômica, com vista à experiência pregressa brasileira, na malograda estabilidade decenária e indenizável e não alheio ao estado ulterior de liberalização e economia das relações de trabalho, representado pelo advento da lei do Fundo de Garantia, o legislador, para conter-se em um plano admissível de execução de regras reguladoras da segurança no emprego, deverá considerá-la como um procedimento jurídico de conciliação e de compromisso.

É importante atentar-se para a circunstância tópica do país, em que, não se aplicando a lei do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço aos trabalhadores no campo, mesmo no plano da estrutura empresarial há uma defasagem de garantias, em que a atividade rural suporta os remanescentes de uma relação de emprego indenizável (de forma simples ou dobrada), de que foram exonerados a indústria, o comércio e a atividade pública.

Em seu sistema de execução, a concessão da segurança no emprego comporta os seguintes desdobramentos, através dos quais se procurará alcançar o mínimo de equilíbrio nas relações de trabalho dentro de um avanço nas técnicas de realização da justiça distributiva:

5.1. a segurança no emprego deverá conciliar as forças econômicas — em sua liberdade de indústria, de desenvolvimento e ampliação, em suas técnicas operacionais de aperfeiçoamento e dinamização — com a capacidade de colaboração e de integração das forças de trabalho na empresa, de modo tal que não se cerceie o desenvolvimento industrial nem se restrinja a participação do trabalhador nos resultados da renda nacional;

5.2. a segurança no emprego há de responder a uma conciliação entre o princípio de tutela do trabalhador, que tem no trabalho o seu único meio de subsistência e de melhoria de condição de vida e o princípio do maior rendimento, que se traduz em uma entrega regular (normal e efetiva) de energia-trabalho à empresa;

5.3. no plano da conciliação global, a segurança no emprego deverá observar as peculiaridades de cada setor de produção, a qualificação do trabalhador e a natureza da atividade empresarial;

5.4. no plano do casuísmo, como execução de um princípio de justiça econômico-social, a segurança no emprego não alcançará certas

categorias de trabalhadores, aqueles cuja atividade por lei prefixada o seja transitória e/ou possa ser objeto de contratos a tempo determinado. A transitoriedade da atividade empresarial ou da função do empregado exclui a segurança no emprego em termos de definitividade. Exemplifiquem-se com os trabalhadores temporários, safristas, os titulares de contrato a termo etc.;

5.5. o contrato de experiência e/ou de prova passa a constituir pacto preliminar nos contratos em que se admite a segurança no emprego.

6. Conferida a segurança no emprego, admitir-se-á a rescisão por fatores definidos, tais como:

6.1. justa causa;

6.2. inadaptação funcional;

6.3. extinção da empresa, do estabelecimento ou de atividade, por necessidade econômica ou intervenção estatal;

6.4. remodelação da maquinaria, que importa na exigência de mão-de-obra imediatamente especializada e ociosidade forçada do trabalhador existente;

6.5. força maior.

7. Desde que as categorias sejam constituídas em sindicato, o reconhecimento da segurança no emprego poderá derivar da disciplina coletiva, como manifestação de autonomia grupal e de localização de critérios específicos de tutela, respeitados sempre os princípios deduzidos das normas legais.

Sob esse aspecto, passa-se a admitir a formulação de sistemas de segurança no emprego através de procedimentos elaborados pelas categorias econômicas e profissionais — os sindicatos —, onde se resguardará o princípio da igualdade de forças na negociação e o da liberdade de equacionamento dos interesses conflitantes.

Ao sistema impositivo legal, que atuará como quadro de fundo, dar-se-á prioridade à autonomia negocial dos grupos, cuja participação na solução das aspirações e dos conflitos visando à segurança no emprego atenderá à realidade próxima e específica de cada categoria e ao resguardo do estabelecimento de regras jurídicas pelas próprias forças sociais comprometidas no processo de produção.

8. Aos modelos grupais alcançados e dotados de plena eficácia jurídica dever-se-á emprestar também a índole de técnicas experimentais para a implantação realística de um sistema global de segurança no emprego, atendendo-se sempre a que não se afetem os limites — mínimos e máximos — da economia do país, tanto na regularidade de seu desenvolvimento como na sua capacidade de absorção de mão-de-obra, nem a tutela do trabalhador, programados na Constituição e preservados, em suas linhas básicas, na legislação federal.

9. A segurança no emprego atuará como um sistema puro de garantia de permanência do trabalhador na empresa, desacompanhada de qualquer sanção ou de qualquer anteparo de natureza reparatória (indenização) e o rompimento do contrato de trabalho fora dos quadros admitidos na regra jurídica será apreciado apenas como forma abusiva de exercício de direito, declarando-se nulo o ato do empregador e a volta ao **statu quo ante** do restabelecimento do vínculo, como se não rompido tivesse sido em seus efeitos patrimoniais e estatutários.

10. Nada obsta seja mantido, em atuação paralela e de natureza econômica, mas independente, o atual sistema do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, que passa a gozar de uma feição seguradora e previdenciária, sem qualquer nexos com a espécie de dissolução do contrato de trabalho. No plano de sua compreensão seguradora estará prevista uma cobertura em caso de desemprego forçado.

11. Finalmente, o que, aliás, deveria constar como cláusula prévia, todos os contratos de trabalho que comportarem a estabilidade como forma de segurança no emprego serão precedidos de um pacto de prova ou de experiência, através do qual se ensejará às empresas testemunhem as aptidões do trabalhador, assegurando-se a este também a rescisão se não se adapta às técnicas de administração e comando da empresa. Cumprido o período de experiência, salvo inadaptação comprovada, o empregado adquire o direito à permanência no emprego.

12. A segurança no emprego gozará de efetividade, sujeitos os direitos e obrigações dela decorrentes a ato de decisão do Poder Judiciário, salvo entendimento das partes homologado por autoridade ou órgão competente.

BIBLIOGRAFIA BÁSICA RESIDUAL

Arquivos do Instituto de Direito Social. Simpósio sobre a estabilidade. João da Gama Cerqueira — Hélio de Miranda Guimarães — Luiz Roberto de Rezende Puech — Fernando Henrique Cardoso — Ruy de Azevedo Sodré — São Paulo, dezembro 1959.

BOGLIANO, Palmiro. *La Estabilidad en el Contrato de Trabajo*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1957, págs. 7 a 45.

CATHARINO, José Martins. *Em Defesa da Estabilidade (Despedida & Estabilidade)*. São Paulo. LTr Editora, s/d.

CESARINO JÚNIOR, A. F. *Estabilidade e Fundo de Garantia*. Rio de Janeiro, Forense, 1968.

KATZ, Ernesto R. *La Estabilidad en el Derecho*. Buenos Aires, Ed. Depalma, 1957, pág. 2.

KROTOSCHIN, Ernesto. *Manual de Derecho del Trabajo*. Buenos Aires, Ed. Depalma, 3ª ed., 1977, págs. 139 a 161.

PISTONE, Mateo Juan. *Derecho a la Estabilidad de los Trabajadores Dependientes*. Buenos Aires, Edlar, 1965 (concalto de estabilidade, págs. 19-26).

Contrato individual do trabalho

Liberdade de contratar e autonomia da vontade

JOÃO BATISTA DA SILVA

Juiz do Trabalho — Presidente da
Junta de Conciliação e Julgamento
do Cabo — Pernambuco

SUMARIO

Introdução

1. Síntese da evolução: no direito romano e na Idade Média.
2. Apogeu da teoria contratual: fundamentos filosóficos.
3. O individualismo como instrumento da burguesia.
4. O liberalismo econômico como expressão da liberdade e autonomia da vontade.
5. Repercussão no direito.
6. Situação social do empregado no decorrer do século XIX.
7. Liberdade de trabalho no direito romano.
8. Liberdade e autonomia de vontade do operário, no Código de Napoleão.
9. Inadequação da disciplina legal.
10. Conceito clássico e crise da teoria contratual.
11. Liberdade e autonomia da vontade na relação de emprego: posição atual e conclusão.

Introdução

O tema escolhido pode parecer que já tenha sido sobejamente abordado em várias oportunidades. Todo manual ou tratado de direito do trabalho, ao enfrentar o tema contrato individual de trabalho, fá-lo estabelecendo como ponto pacífico, não merecedor de maior aprofundamento, o que diz respeito ao papel da liberdade contratual ou autonomia da vontade. Enquadra-se a relação de trabalho dentro da moldura da teoria contratualista sem procurar investigar — ou fazendo-o superficialmente — se no vínculo consta o elemento tipificador clássico do contrato, qual seja, a liberdade contratual e autonomia da vontade. A presença desse elemento é tomada quase como um postulado.

Ver-se-á, todavia, que na relação de trabalho empregado/empregador nada mais ou pouca coisa ainda resta de autonomia da vontade. Mesmo assim é mais cômodo rotular a relação de trabalho com denominações forçadas, tais como contrato de adesão, contrato-realidade

etc., do que deter-se e perscrutar-lhe, com realismo, a verdadeira natureza com que ela, atualmente, se nos apresenta.

Mister, por isso, afrontar, inicialmente, o conceito genérico de contrato, para nele examinar o elemento que o caracteriza, na teoria clássica, tomando-o desde o seu nascedouro até o momento de seu apogeu para finalizar na observação de sua fase atual.

Com vistas à compreensão da relação de trabalho, far-se-á, ainda, necessário especular também a posição atual da teoria, registrar a crise por que passa e verificar de sua repercussão no campo da relação de trabalho.

Urge fazer uma revisão da forma como evoluiu o conceito de contrato com o objetivo de demonstrar que, na essência, ele sempre foi definido com base nesse ponto essencial, qual seja, o consentimento da vontade que, de acordo com as épocas e as diferentes culturas, ora teve larga e quase absoluta participação no conceito, ora se adelgaçou ou rarefez-se ao ponto de quase não se deixar perceber.

A figura do contrato quase que se confunde com este seu elemento conceitual: consentimento, que é, de sua vez essencialmente vontade (1).

Ter-se-á, outrossim, oportunidade de ver, com a revisão que se fará, o apego quase religioso, o modo ou receio de parte dos juristas, a maioria, mesmo diante da flagrante transformação do conceito, com o desaparecimento, em outras situações, do elemento consensual, de admitir a inexistência da figura contratual, lançando um dos mais variados e artificiais recursos e ficções para se manterem fiéis à figura, ocorrendo o que poderíamos chamar, com a devida vênia, de "ativismo" jurídico.

Não obstante haver a doutrina, desde as épocas mais longínquas, acumulado, em torno da idéia de contrato, material de toda classe, buscando precisar, com exatidão, seu verdadeiro significado, não se pode desconhecer que o elemento consenso — que no decorrer dos tempos veio de tomar várias denominações — foi sempre o traço característico desta figura jurídica que ainda sobrevive em nossos dias, a duras penas. Mas existe e sempre existirá. E o parâmetro que está sempre a lhe fixar as lindes, ampliando ou restringindo-lhe o círculo conceitual, será, sempre, o consenso das partes; excluído isso, o que resta é *status* resultante de disposições legais cogentes onde não se deixa margem para criação pela vontade. No caso de contrato, têm as partes o poder de, dentro de uma margem onde (2) não incide norma (esta sempre estatal) proibi-

(1) CESARE PEDRAZZI. *Enciclopedia del Diritto*, vol. IX, Giuffrè Editore, Milano, 1961, pág. 147.

(2) O Professor LOURIVAL VILANOVA denomina, com justeza, de "espaço juridicamente qualificado" aquele correspondente à área reservada aos sujeitos com possibilidade normativa de fazer ou omitir tudo o que não está proibido, nem está obrigado, mesmo reconhecendo que não se trata de simples possibilidade factual de agir, de mero arbítrio de tomar qualquer comportamento, numa zona em que norma jurídica alguma alcança". *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1977, págs. 163/164.

tiva ou ordenativa, criar, no exercício da liberdade contratual e *sponte sua*, situações jurídicas às quais se submeterão como se leis fossem.

Por fim, depois de repassar a evolução do conceito de contrato, de fixar os seus princípios e elementos clássicos, cotejar-se-á tudo isso com a realidade sócio-econômica de meados do século passado até meados do presente para ver se as relações de trabalho subordinado se enquadram ou não na teoria das obrigações; se podem ou não se ajustar ao conceito de contrato.

Vale destacar que a revisão do conceito de contrato não é nem deve ser feita somente no campo do Direito do Trabalho. Os civilistas há muito tempo vêm se preocupando com o tema, convergindo suas atenções para o que chamam de "crise de contrato".

1. No direito romano clássico, o termo *contractus* (resultado da expressão *negotium contractum*) tinha significado inteiramente diverso daquele que hoje é adotado, na doutrina e na legislação. Enquanto, em nossos dias, vem ele definido como um acordo, fato voluntário, que dá vida ao vínculo obrigatório, no direito romano, tinham-no como o próprio vínculo obrigatório *in se*, como fato objetivo. O elemento subjetivo que o caracteriza em nossos dias, o consenso, o acordo, só veio destacar-se como traço caracterizador, na fase pós-clássica, no direito bizantino de Justiniano, recebendo o nome de *pactum* (3).

Dada a sua estrutura eminentemente técnica e procedimental, o direito romano, como veremos, não se preocupou com a construção de uma teoria geral e sistemática do contrato, de maneira que, se fizermos uma revisão da história do direito romano, vamos forçosamente concluir que o consensualismo é praticamente ali inexistente.

Mesmo na sua fase clássica, e ainda no direito justiniano, não se cogitava ou admitia que a vontade só, o simples acordo, o *nudum pactum* originasse obrigações, sendo necessário outro tipo de atividade para que pudesse ser fonte de obrigação. O "contrato" realizava-se através do cumprimento de formalidades: a entrega da coisa, a emissão de certas palavras ou o *contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu*. O *contractus consensus*, de sua vez, era assim qualificado por ser a única "categoria" de "contrato" em que as obrigações eram contraídas por consentimento mútuo, sem a exigência de palavras nem escritos especiais; era o único tipo em que ocorria o intercâmbio recíproco de bens e prestações. (4).

(3) Refere-se o Professor WAGNER BARREIRO, na tese intitulada *Liberdade e Dirigismo no Contrato*, Editora "Instituto do Ceará Limitada", Fortaleza, 1955, pág. 12, que ao lado do *contractus*, existia já, no direito romano (não menciona a época), a figura do *pactum* que não tinha força obrigatória. "Só quando se revestia da forma solene exigida" era que se transformava em *contractus* adquirindo a força daquele. A observação do catedrático de Direito Civil da Faculdade de Direito do Ceará vem secundada da autoridade de COLIN et CAPITANT (*Cours Élémentaire de Droit Civil Français*, Paris, Dalloz, 1920, tomo II, pág. 259).

(4) A. D'ORS, *Derecho Privado Romano*, edição da Universidade de Navarra, Pamplona, 1968, págs. 338/342.

O direito medieval recebeu, quase por inteiro, a idéia romana. A doutrina civilista medieval permaneceu vinculada à concepção romano-justinianéia, e mesmo acrescentando algumas inovações, não chegou, mesmo assim, ao consensualismo. Adotando a divisão de GAIO, assentou a dicotomia entre os *pacta vestita* correspondentes aos contratos e os *pacta nuda* (pactos), com a consequência de que *nudum pactum obligationem actionis non parit* (5).

A respeito da pouca contribuição do direito medieval, neste ponto, adverte FRANCESCO CALASSO que os glosadores — os juristas da Idade Média — não encontraram nos textos justinianeus qualquer elemento seguro que pudesse servir para uma construção dogmática. Ali, não se tinha uma definição satisfatória de contrato, falando-se apenas de tipos especiais de *contractus* nos quais a *conventio* seria o elemento comum gerador da obrigação. Explica o jus-historiador italiano que a razão histórica para tal espécie de lacuna repousaria no próprio sentido da palavra *contractus*, "che in origine aveva significato, genericamente ogni negozio de cui poteva nascere un'obbligazione e solo più tardi si era ristretta a designare la convenzione obbligatoria, che presupponiamo" (6).

Foi precisamente na doutrina do direito comum, começo do século XVI, que se veio de completar, quase por inteiro, a mudança de conceito, abandonando-se completamente a objetividade e formalismo para assentar-se essencialmente no consenso, no *nudum pactum*, a teoria contratual emergente (7).

(5) E. BUSSI, *La Formazione dei Dogmi di Diritto Privato nel Diritto Comune*, Cedam, Padova, 1937, capítulos XIX e XIII.

(6) FRANCESCO CALASSO, *Il Negozio Giuridico*, Giuffrè Editore — Milano — 1967, pág. 245.

(7) Vale destacar que os traços gerais do consensualismo que poderíamos vislumbrar no direito romano, especialmente no tocante ao contrato, têm sua origem na filosofia estoica adotada pelo pensamento romano, especialmente com CÍCERO. Entretanto, o contrato ou aquilo que era tido como contrato no direito romano não se embasava em uma teoria consensual porque era resultado especialmente do direito do Estado. O direito romano jamais pretendeu apoiar o seu consensualismo ou o pretenso consensualismo na vontade nua do indivíduo. O conceito na fase do racionalismo ou individualismo jurídico teve traços originais. Tanto assim que a teoria dos vícios do consentimento não foi satisfatoriamente desenvolvida no direito romano. Somente no fim do império, já na época dos glosadores, foi que a teoria dos vícios do consentimento passou a ser desenvolvida com maior profundidade. Essa a observação de ANDRÉ-JEAN ARNAUD in *Les Origines Doctrinales du Code Civil Français*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1969, págs. 199-201. Adianta ainda o citado autor, no mesmo local, que a vontade aparece no direito romano como elemento assistemático. Não se pode construir com os elementos do direito romano um sistema completo e coerente, em torno da autonomia da vontade, como o fez o direito francês do começo do século XVIII. A vontade nua não criava o direito, destacando o autor, na obra acima citada, que o termo *lex*, nas expressões *contractus legem ex conventionione accipiunt* ou nesta outra *contractus legem dedit*, não tinha o significado de lei que hoje se tem. Demonstra, ainda, o desconhecimento por parte do romano do sentido que se deu à vontade no direito francês do Código Napoleônico, lembrando que o direito romano desconhecia inteiramente o conceito de interpretação da convenção quando se trata de buscar a verdadeira vontade das partes e que se constitui num dos princípios fundamentais do direito civil moderno.

O prestígio do consenso, na relação obrigacional naquele momento, ocorreu em razão de três influências decisivas: de um lado, a ênfase dada pelos canonistas à palavra empenhada em um compromisso e que haveria de ser honrada, independentemente da observância da forma do *pactum*. Embasava-se em princípio ético-religioso que tinha como pecado o descumprir a palavra empenhada.

De outro lado a praticidade dos comerciantes ia de encontro com o formalismo adotado no direito anterior, que dificultava a circulação de bens e a presteza dos negócios. Forçaram, então, a admissão do princípio de que *solus consensus obligat*.

Por fim o individualismo resultante da concepção racionalista do direito natural, da elaboração de GROTIUS e PUFENDORF veio colocar em relevo, já numa antecipação do que se faria no período da Revolução Francesa, a vontade do indivíduo, livre e criadora. (8).

2. O momento mais auspicioso da liberdade de contratar, da autonomia da vontade no contrato, deu-se com o aparecer da filosofia líbero-individualista resultante, imediatamente, do racionalismo dos séculos XVII e XVIII (9). Aquele movimento cultural e filosófico, depois de dar destaque ao indivíduo humano centralizando nele a fonte de todo direito, entronizou a vontade humana atribuindo-lhe caráter de fonte propulsora do direito; destacou-se quase de forma fanática e, por tal razão, concluindo que cada indivíduo tinha faculdade de criar, por ato de sua livre vontade, uma determinada situação jurídica, que o Estado era obrigado a respeitar. A esfera jurídica de cada pessoa tinha como fundamento e por medida a própria vontade da pessoa e, por consequência, dentro de tal esfera de situação, nada podia surgir nem ser modificado independentemente da vontade do seu titular.

Mesmo a lei colocava-se em situação subalterna à vontade individual, a tal ponto que as doutrinas imperantes, à época, apontavam-na como um mal necessário; até onde fosse possível, a lei não podia penetrar ou intervir nas relações jurídicas dos indivíduos, especialmente no tocante ao direito das obrigações, tendo em vista que era especialmente nesta área do direito privado que ao indivíduo era dado apreciar, melhor do que ninguém, os seus interesses particulares. O contrato era, de fato, lei entre as partes e os contratantes, autênticos legisladores, não se admitindo pudesse decorrer injustiça do contrato que se pactuasse, desde que as obrigações dele decorrentes fossem assumidas livremente.

Ao lado da liberdade contratual, vale ainda mencionar, como fruto de tal filosofia de conotação individualista, a liberdade de propriedade. Possuir significava ser livre, podendo-se dispor do que se tinha de acordo

(8) FRANZ WIEACKER, com proficiência, mostra a vinculação entre a concepção individualista do direito natural e a vontade individual, livre e criadora. In *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*, tradução do alemão por FRANCISCO FERNANDES JARDÓN, Aguilar, Madrid, 1957, págs. 218/282.

(9) FRANZ WIEACKER, *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*, págs. 261/292.

com a vontade que se tivesse, conforme acentua HELMUT COING. As bases do sistema do direito privado da época eram constituídas pela liberdade e pela propriedade. A propriedade se manifestava nos diferentes direitos subjetivos disciplinando a "fortuna" (vermögensrechte), constituindo parte integrante da base do sistema do direito privado (10).

Poderíamos adiantar que a teoria contratual dominou mais o direito privado daquele período do que mesmo o direito de propriedade. Este seria uma consequência dos princípios inerentes à teoria do contrato.

Tão importante foi o conceito de liberdade e autonomia da vontade no contrato daquela época, que o próprio conceito de Estado a ela se encontrava adstrito. O Estado era o resultado da vontade humana, criado pelos indivíduos para manutenção e conservação da espécie humana. O homem sentiu que o exercício pleno da vontade levaria à destruição de si próprio e por isso concordou em abrir mão de parcela de sua liberdade em favor da Sociedade-Estado; este organismo não poderia, entretanto, exigir do cidadão nada mais além da parcela de liberdade que fora sacrificada pelo cidadão. Era a teoria do pacto social, que teve profundos reflexos no campo do direito privado, supervalorizando a vontade do indivíduo. O individualismo dele resultante embasava-se na idéia de que o homem tinha direitos inseparáveis da condição humana, e tais direitos seriam superiores às leis do Estado, o que vinha de significar que nenhuma norma jurídica poderia contrariá-los ou restringi-los. Seriam os direitos que nasceriam com o indivíduo indo integrar sua própria personalidade. Isso levantava limitações ao legislador que não poderia ditar leis que viessem atingir aqueles direitos. A lei civil, estatal, estaria submetida aos preceitos irredutíveis da lei natural.

O centro de irradiação do individualismo era a pessoa humana; daí defluíam muitas e profundas consequências. Além das que já anotamos, resultava que todas as instituições jurídicas, da mais baixa à mais alta, desde a família até a nação e mesmo a comunidade internacional, eram consideradas exclusivamente *sub specie societatis* e, portanto, à luz da figura da liberdade contratual.

Segundo ainda a concepção do individualismo, o direito e a liberdade de movimento dos indivíduos deveriam encontrar seus limites unicamente no direito dos outros, nunca, porém, em obrigações internas para com a comunidade. E só poderia haver "ordem" quando o inte-

(10) In *Archives de Philosophie du Droit*, nº 9, "Le Droit subjectif en question", Sirey, Paris, 1964, artigo sob o título "Signification de la notion de droit subjectif", pág. 2: "La correspondance va en réalité très loin. Les bases du système du droit privé sont la liberté et la propriété. La propriété apparaît dans les différents droits subjectifs régissant la "fortune" (Vermögensrechte), droits qui feront partie intégrante de la base du système. La liberté, elle, apparaît dans la liberté naturelle d'action. Cette liberté naturelle d'action engendre les "actions libres", qui seules peuvent provoquer un changement dans l'univers du droit, fonder des droits et des devoirs nouveaux pour les sujets du droit privé. Selon la conception de la théorie classique du droit privé, ce sont les opérations juridiques d'une part, les délits d'autre part, qui seuls, en principe, suscitent des effets de droit".

resse particular individual conduzisse a uma espécie de coordenação, a uma harmonia. Na realidade, segundo veremos em seguida, os mais fortes dominariam os mais fracos e, em lugar de uma multidão "livre", surgiria o exercício despótico e irresponsável do poder, sob as aparências de liberdade e igualdade.

Não obstante os excessos a que o individualismo deu ensejo, especialmente no campo da economia, sob a forma do liberalismo econômico, não se pode negar que ele nasceu sob a inspiração de garantir ao homem o exercício de suas faculdades de ser humano, especialmente perante o Estado.

Se repassarmos a História, vamos perceber que se tratou de uma reação do homem perante o Estado para conseguir a expressão de seus valores mais característicos. O Estado grego e também o romano se colocaram em posição de amparo e vigilância da vida individual em todas as suas manifestações, de tal forma que impossibilitava o aparecimento de qualquer âmbito ou esfera autônoma de atividade. Tal conceito de Estado, que foi pacificamente adotado por PLATÃO e ARISTÓTELES, veio de persistir, de certo modo, na Idade Média, onde em certas partes o absolutismo sufocou as consciências individuais.

Foi com o Renascimento que se iniciou o primeiro movimento de reação contra o sufoco estatal pelas suas diversas formas. A consciência individual começou nesse período a buscar manifestação através da liberdade religiosa. Em seguida passou-se para outros campos de liberdade, falando-se já em "direitos do homem". Ensaaiaram-se as primeiras meditações em torno dos limites da autoridade do Estado, esboçando-se também já certo tipo de teoria de contrato social, ao mesmo tempo que se começava a distinguir entre direito e moral. Esta distinção foi sobremaneira importante porque deixava já ao homem uma margem de atividade livre da ingerência estatal, i.e., o campo da moral.

O movimento de acentuação de valores individuais veio de receber, ainda, impulso nas Revoluções Inglesa de 1688 e na Americana de 1774, para, finalmente, culminar, na Revolução Francesa de 1789.

Urge não esquecer a influência do pensamento kantiano no sentido do aprimoramento da teoria individualista. Formulou KANT a doutrina segunda a qual o único fim do Estado era a tutela do direito e a garantia da liberdade, não podendo ele chamar a si o encargo de ocupar-se do bem geral, da felicidade ou da utilidade comum, devendo, pelo contrário, constituir-se simplesmente no guardião da ordem jurídica, com fim de garantir a atuação do direito e impedir a sua violação.

3. O apogeu da liberdade contratual coincide ou foi resultado da ascensão e preponderância da classe burguesa, naquele momento histórico. Encontrava-se a burguesia, especialmente na França, a braços com remanescentes feudais de que precisava se desembaraçar urgentemente. A vida social do século XVIII transformava-se com impressionante rapidez. Desenvolviavam-se aceleradamente as forças produtivas da

sociedade francesa. As instituições feudais e aristocráticas, uma vez esgotada a sua capacidade de renovação, vinham de ser derrubadas pelo aparecimento de novas técnicas de produção e também por incipientes formas de organização de trabalho exigidas por tais técnicas.

Uma vez que o sistema feudal de produção baseava-se na vinculação do servo à gleba e numa subordinação pessoal do trabalhador ao dono da terra, a constituição de empresas de porte médio e mesmo de grandes empresas, ocupando maior número de trabalhadores, exigia que os servos fossem libertados de toda dependência pessoal, desvinculando-se juridicamente do feudo para que se tornasse possível o aparecimento de mão-de-obra suficiente no mercado de trabalho.

Diante desse quadro, passou a burguesia, então, a exigir franquias e a reclamar liberdade. Foi fácil, para tanto, aproveitar das idéias dos filósofos da época, todos aliás provindos da classe burguesa, com especial destaque, J. J. ROUSSEAU, quem melhor oferece fundamentos filosóficos para a idéia da liberdade (11).

Surgiu, então, a idéia de que o homem é livre, devendo a sociedade e o direito preservar-lhe a liberdade, através da proteção à igualdade (conf. parág. 2 supra). Levantou-se, então, uma bandeira: porque a força das coisas tenderia a destruir a igualdade entre os homens, a legislação e o direito deveriam aparecer para mantê-la sempre.

O liberalismo constituiu-se, em verdade, nada mais nada menos, do que nessa visão interesseira, uma diretriz geral do pensamento burguês da época, quando a burguesia era uma classe em ascensão e queria competir livremente com a aristocracia, segura de que o resultado da competição só lhe poderia ser favorável.

O capitalismo — vale aqui mencionar — prestou-se também ou serviu adequadamente ao objetivo da burguesia; através dele, buscava-se substituir o velho estatuto de propriedade particular. Foram os três conceitos clássicos de que a burguesia se utilizou para poder alcançar a posição que alcançou naquele momento: a soberania do indivíduo/pessoa, a liberdade e autonomia de tal entidade e, finalmente, como consequência lógica, a liberdade, quase ilimitada, de ser proprietário.

A burguesia necessitou da concepção individualista com todas as suas consequências para atingir a posição sócio-econômica que atingira na sociedade da época. A liberdade do indivíduo foi-lhe sobremaneira útil no plano econômico. EDWARD MCNALL (12) declara que mesmo tendo em suas mãos quase toda a riqueza produtiva da época, além de

(11) FRANZ WIEACKER, *op. cit.*, pág. 221. Ver também GUILLERMO CABANELLAS, *Los Fundamentos del Nuevo Derecho*, Editorial Americana, Buenos Aires, 1945, pág. 30.

(12) *História da Civilização Ocidental*, trad. de LOURIVAL GOMES MACHADO e LOURDES SANTOS MACHADO, Editora Globo, Porto Alegre, 1975, págs. 593/594.

controlar os recursos do comércio, da manufatura e das finanças, a classe burguesa, todavia, era vista com maus olhos pela aristocracia, nascendo daí séria rivalidade. Por mais dinheiro que acumulasse um dos membros da burguesia, negociante ou profissional liberal, os privilégios da aristocracia lhe eram negados. Em consequência, por mais dinheiro que acumulassem, não tinham os burgueses influência na Corte, não podiam partilhar das honrarias — lembra curiosamente o citado autor; de tempos a tempos um orgulhoso conde ou um duque consentia no casamento do seu filho com a herdeira de um rico burguês.

Afora isso, revoltava-se ainda a classe burguesa, especialmente os grandes comerciantes, financistas e industriais, por não poder participar do poder político correspondente a sua posição econômica.

Opunham-se os burgueses, ainda, à política mercantilista adotada pela classe aristocrática no momento em que a burguesia ascendia. As concepções dessa escola econômica, de início, em razão do pequeno volume de comércio, ainda ofereciam certa utilidade para o comerciante burguês. Mas, depois que o Estado absolutista começou a impor restrição opressiva à classe burguesa, especialmente de forma indireta, com a concessão de monopólios a companhias protegidas e em mãos aristocráticas, viu-se o comerciante burguês prejudicado e, tendo o alcance da situação desastrosa onde iria parar, passou a lançar mão da liberdade no comércio, instrumento único de defesa.

4. Fez-se do homem indivíduo livre e soberano para utilizá-lo no quadro econômico daquele momento. A economia reclamava a iniciativa particular. Os mecanismos empregados pela economia decorrente do Estado absolutista cortavam os movimentos individuais. Como já tivemos oportunidade de dizê-lo, a indústria não era livre, não havendo também liberdade para o comércio e a profissão. As corporações de ofício funcionando sob os auspícios do Estado não davam ensejo para a escolha de ofícios, tolhendo a iniciativa nos processos de fabricação; fazia-se tudo ante o drástico controle de disciplina administrativa no restrito ambiente corporativo.

A Revolução varreu tal espécie do quadro permitindo o destravamento de todos aqueles freios. O burguês descobrira que, para a exploração de frentes até então inexploradas de riqueza, era preciso liberdade de ação, e os regulamentos administrativos ou corporativos, bem como os princípios de economia adotados pelo Estado, eram um revestimento jurídico que comprimia as forças econômicas de forma contraproducente.

Compreendeu-se, então, especialmente o economista burguês, que era preciso instituir a liberdade de indústria, de comércio e profissão, idéia que estava de acordo com o novo conceito de indivíduo resultante da revolução cultural da época. E o liberalismo econômico foi fruto dessa compreensão. Foi o resultado do aproveitamento do individualismo filosófico que dominou também o direito.

O liberalismo econômico surgido naquele momento exaltava os benefícios do exercício da liberdade de iniciativa particular, com o mínimo de restrição das faculdades individuais, para alcançar o maior volume de lucro. Depois do reinado do mercantilismo, a grande indústria buscou se desenvolver sem constrangimentos, utilizando-se do liberalismo que vinha ao encontro das aspirações econômicas da época. Deu pela sacralidade da liberdade humana, vendo no homem o indivíduo com plena liberdade de atuação no mundo econômico (13).

O liberalismo econômico, *grosso modo*, foi fruto dessa compreensão. Seu teórico mais célebre encarregou-se de patentear que toda intervenção do governo, como era feito nos regimes absolutistas, nas atividades econômicas, dever-se-ia reduzir a mínima expressão (14).

O princípio da autonomia da vontade, transplantada para o campo econômico, passou a funcionar admiravelmente numa sociedade cuja estrutura econômica se apoiava na pequena e média indústria. Dentro de economia deste porte o princípio poderia ser adotado sem inconveniência levando-se em conta que em tal tipo de regime não haveria margem para desnivelamento que acentuasse desproporcionalmente diferenças de condições sociais.

Desta forma, a aplicação do princípio nos quadros econômicos ou na situação econômica daquele momento revelou-se até de certa forma compatível com o regime de pequena exploração; conseguiu-se manter certa igualdade de condições dentro da pequena exploração industrial e comercial daquele momento. Para se ter uma noção da extensão do volume de atividade industrial e comercial da época, basta lembrar, como o faz LA ROCQUE, que a indústria metalúrgica, a mais adiantada do momento, era representada por pequenas forjas empregando dez ou vinte operários (15).

Foi num panorama desta espécie que se aplicou com utilidade o princípio da autonomia da vontade e liberdade de contratar.

5. Mais do que na economia, foi no direito onde o pensamento individualista lançou mais suas raízes. Conforme veremos, a penetração foi de tal porte que ainda hoje sentimos a influência daquela orientação.

(13) JOAQUIM PIMENTA, *Sociologia Jurídica do Trabalho*, 3ª edição, Editora Nacional de Direito Ltda., Rio, 1948.

(14) Ninguém melhor do que ADAM SMITH consegue resumir a orientação e a liberdade do liberalismo econômico: "afastados assim completamente todos os sistemas de preferência ou de restrição, estabelece-se por si mesmo o sistema evidente e simples da liberdade natural. Cada homem, contanto que não transgrida as leis da justiça, tem absoluta liberdade para seguir o seu interesse da maneira que lhe convier e pôr o seu capital em concorrência com os de qualquer homem ou de qualquer classe de homens". *Histórias das Doutrinas Econômicas*, CHARLES GIDE e CHARLES RIST, tradução de EDUARDO SALGUEIRO, Alba Editora, Rio de Janeiro, 1941, pág. 119.

(15) Apud *A Crise do Direito*, ORLANDO GOMES, 1955, Max Limonad, São Paulo, pág. 122.

A noção contratual, de sua vez, dominou em toda sua extensão o direito adotado pela nação, naquele momento histórico. A fé que se tinha nas idéias de ROUSSEAU chegava ao ponto de fazer crer que, no futuro, todo o direito teria conotação contratual (16). HENRY SUMMER MAINE, não obstante sua profunda percepção sociológica, não escapou, também, do arroubo ao adiantar serem as civilizações mais adiantadas, as sociedades mais progressistas, aquelas a tornar o indivíduo livre, independente, autodeterminado como unidade primária da vida social (17).

Chegou-se mesmo a elaborar um conceito de justiça partindo do pensamento individualista: "Tem todo homem a liberdade de proceder como melhor entenda, contanto que não infrinja a igual liberdade de quem quer que seja."

Foi desta forma que o indivíduo, representando uma vontade livre, passou a ser a base do edifício social e jurídico da época a que nos referimos. A liberdade era entendida como a pedra angular que fazia do ser humano o senhor de si mesmo, apresentando-se-lhe aquela liberdade como profundamente respeitável e sagrada. O direito constituía-se, naquele momento histórico, na própria liberdade soberana de que todo homem era titular.

A consagração dessas idéias no campo do direito positivo ocorreu no Código de Napoleão; o princípio da liberdade quase absoluta das partes contratantes revela-se de forma indiscutível: "Le contrat est consensuel lorsqu'il prend naissance de la seule volonté des parties, indépendamment de tout fait matériel" (18).

(16) LUTZ LEGAZ Y LACAMERA, *Filosofia del Derecho*, Casa Editorial — tercera edición, 1972, Barcelona.

(17) Pelo seu valor histórico merece transcrever-se a afirmação do autor: "The movement of the progressive societies has been uniform in one respect. Through all its course it has been distinguished by the gradual dissolution of family dependency and the growth of individual obligation in its place. The individual is steadily substituted for the family, as the unit of which civil laws take account. The advance has been accomplished at varying rate of celerity, and are societies not absolutely stationary in which the collapse of the ancient organization can only be perceived by careful study of the phenomena they present. But, whatever its pace, the change has not been subject to reaction or recoil, and apparent retardations will be found to have been occasioned through the absorption of archaic ideas and customs from some entirely foreign source. Nor is it difficult to see what is the between man and which replaces by degrees those forms of reciprocity in rights and duties which have their origin in the family. It is Contract. Starting, as from one terminus of history, from a condition of society in which all the relation of Persons are summed up in the relation of family, we seem to have steadily moved towards a phase of social order in which all these relations arise from the free agreement of individuals. *Ancient Law*, by HENRY SUMMER MAINE, Geoffrey Cumberlege, Oxford University Press, 1946, págs. 139/140.

(18) *Explication Élémentaire du Code Napoléon mise en rapport avec la Doctrine et la Jurisprudence*, J. J. DELSOL, Paris, Catillon Editeur, Librairie du Conseil d'Etat, 1867, tomo II, pág. 391.

Outra interpretação não se poderia extrair dos termos concisos e claros do artigo 1.101 daquele famoso diploma legal ao definir que "On appelle contrat l'accord de deux volontés tendant à créer une obligation".

Como consequência, a vontade erigiu-se em causa soberana da obrigação. Sobre tal fundamento erigia-se todo o direito obrigacional do Código de Napoleão. O ato jurídico ou negócio jurídico, para usar expressão mais moderna, não poderia nascer senão da vontade real dos contratantes, não se permitindo a intervenção de terceiros e, em especial, do Estado, limitando-se este a assistir, como mero polícia — daí a denominação de *État-gendarme* —, o livre desenrolar das vontades individuais.

Instituiu-se a autonomia da vontade como ponto capital do direito: "les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites" (19); este princípio não poderia ser estabelecido, sem se levar em conta o conceito de pessoa.

O código francês de 1804 foi, assim, o mais lídimo representante da influência burguesa e da autonomia da vontade, no direito daquele momento (20). Foi como que a positivação do princípio de "les hommes naissent libres et égaux en droit; les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune". Sendo iguais e senhores de suas liberdades, a lei seria ou deveria ser uma para todos.

Como consequência, era justamente dessa "liberdade natural" que haveria de defluir a igualdade civil, penal e fiscal do cidadão. Rompeu-se, também, por via de consequência, a limitação à atividade laboral, consagrando-se a liberdade de trabalho em contrário ao regime corporativista anterior (21).

Para a sua época — temos de reconhecer — o Código de Napoleão foi, realmente, um diploma moderno e condizente com a situação da época; além de adotar as idéias nascidas com a Revolução, fixou o direito de uma sociedade que foi ao mesmo tempo individualista, laica e burguesa, conseguindo sintetizar os elementos duráveis e válidos do antigo direito, conciliando-o com o direito revolucionário (22).

6. Quase servil, sem qualquer expressão de dignidade, era a situação do operário perante o empregador no começo do século XIX; seria, portanto, utopia falar em liberdade ou autonomia de vontade naquele momento.

Conforme é dado observar, do que foi exposto anteriormente, dois fatores concorreram para a condição de miserabilidade dos operários

(19) RENÉ SAVATIER, *Les Métamorphoses Economiques et Sociales du Droit Civil d'aujourd'hui*, première série, Panorama des mutations-troisième édition, Paris, Librairie Dalloz, 1964, págs. 21/22.

(20) RENÉ SAVATIER, em magistral síntese, demonstra como as linhas mestras do Código de Napoleão representavam os interesses da burguesia, *op. cit.*, págs. 406/412.

(21) RENÉ SAVATIER, *op. cit.*

(22) Vide ANTONIO AGUILAR GUTIERREZ, "La Evolución del Contrato", *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, ano VIII, enero-abril 1955, nº 22, México, DF, págs. 27/49.

durante a primeira metade do século XIX: triunfo do liberalismo econômico e suas conseqüências no campo jurídico e o desenvolvimento da grande indústria.

O crescimento da grande indústria foi devido ao aperfeiçoamento e utilização da máquina, inventada esta que fora em fins do século XVIII; a par desta circunstância deparou-se com o descobrimento de novas substâncias químicas e o aperfeiçoamento de processos técnicos.

De outra parte, as guerras da Revolução Francesa e as de Napoleão exigiram muito do erário, obrigando o Estado a extorquir pesados impostos que sacrificavam os pequenos proprietários de terra; endividados e perseguidos pelo fisco, já sem propriedades, viam-se estes forçados a deixar o campo e estabelecer-se nas grandes cidades em busca de trabalho.

Como conseqüência disso, em torno dos grandes e médios estabelecimentos industriais, nas grandes cidades, agrupavam-se massas de operários provenientes das zonas rurais, somando-se àqueles que já se encontravam desempregados nas cidades onde viviam. Sem trabalho e passando necessidades, na forma tão retratada em *Os Miseráveis*, de VICTOR HUGO, ou no *Germinal* de ÉMILE ZOLA, ou ainda nos contos de MAUPASSANT, todos ofereciam o seu trabalho ao industrial burguês capitalista que, além do dinheiro, contava com um forte instrumento substituto do trabalho humano: a máquina (23).

A utilização da máquina, conseqüentemente, aumentou o número dos desocupados, dando oportunidade aos patrões de diminuir mais os custos com mão-de-obra, empregando, além disso, meninos e mulheres, com salários mais reduzidos; tudo isso concorria para o aumento do índice de desemprego de operários adultos, pais de família (24).

(23) ENRICO CIMBALI, já em fins do século passado, chamava a atenção para a concorrência entre o homem e a máquina, na grande indústria, "onde o operário que é de carne e osso se acha diariamente junto a um operário que é de ferro — a máquina — instrumento inexorável do capitalista que, depois de o haver extenuado e consumido, o despede desapiadadamente de seus empregos; *A Nova Fase do Direito Cível*, tradução do italiano por ADERBAL DE CARVALHO, Livraria Chardron, Porto, e Livraria Clássica, Rio de Janeiro — Editora, 1900, pág. 70.

(24) ENRICO CIMBALI, *op. cit.*, pág. 70.

A utilização da máquina, em concorrência com o homem, chamou também a atenção, em Portugal, de ADOLFO LIMA, que fez o seguinte registro: "a invenção e o emprego de uma máquina ou de um aperfeiçoamento de processos ou de mecanismos, em que o operário-ferro ou aço toma o lugar e produz o trabalho de quatro, cinco e mais operários humanos, também têm os mesmos perniciosos efeitos: novo acréscimo de oferta de trabalho e conseqüente baixa de salário. In *Contrato de Trabalho*, José Bastos editor, Lisboa, 1909, pág. 107.

No mesmo sentido, observa EVARISTO DE MORAIS FILHO: "com o uso da máquina puderam os industriais concentrar grandes massas humanas em grandes locais de trabalho, nas fábricas, nas usinas. Pela divisão técnica do trabalho exigem as máquinas o trabalho coletivo ou cooperativo de muitas pessoas. Por outro lado, para poder explorar essas grandes fábricas, fazia-se mister a concentração de grandes capitais nas mãos de poucos. Nasceu a grande indústria". In *Introdução ao Direito do Trabalho*, vol. I, Forense, 1956, pág. 345.

Enquanto se proclamava, como frutos da Revolução Francesa, a liberdade e a igualdade, ao lado do direito de trabalhar, afirmando-se que cada homem deveria avençar-se com os demais, com liberdade e autonomia, quanto às relações de trabalho, criando-se livremente as obrigações, a realidade era bem outra. A classe burguesa, que havia triunfado com a Revolução, tinha em suas mãos o capital e, em consequência, sem quaisquer princípios morais ou éticos, monopolizava a produção e controlava o trabalho. O operário, de sua vez, "livre e igual" a seu patrão segundo a lei, longe de pactuar com ele as condições em que realizaria as suas tarefas, se viu obrigado a aceitar as condições que lhe eram impostas, pois, do contrário, não encontraria trabalho. A liberdade que a lei lhe outorgava significava na realidade uma opção entre morrer de fome ou viver miseravelmente.

E por cima, ainda, o operário se encontrava só. Só e sem armas para lutar. A união dos operários havia sido proibida na Inglaterra, e mesmo na França, em 1791, já a lei Chapelier não permitia a associação, e (que paradoxo!) justamente com a finalidade de impedir a ressurreição do regime das corporações, que a Revolução tinha extinguido em nome da liberdade e autonomia da vontade. A lei castigava severamente os operários que tentassem reagir contra os patrões. Na Inglaterra, por exemplo, foi imposta pena de morte contra os operários que em desespero começaram a destruir as máquinas existentes nas fábricas por se lhes apresentarem como instrumento de desocupação e miséria.

Mais angustiada e desumana, entretanto, era a situação de mulheres e meninos; de tal forma que chegou a sensibilizar e preocupar as insensíveis autoridades da época. Em 1815, na Inglaterra e em outros países da Europa, começou-se a investigar acerca do trabalho de menores, chegando-se a conclusões alarmantes sobre o futuro da população operária (25). Preocupavam-se os dirigentes políticos, com fundamento não só na necessidade de encontrar uma solução para o problema, levados por considerações de justiça social, como também, e principalmente, por motivos demográficos, pois temiam que as prolongadas e desproporcionadas jornadas de trabalho haveriam de repercutir na saúde dos operários e especialmente dos meninos e mulheres e, por consequência, na diminuição da população. Foi justamente por esta última razão que alguns governos começaram a se preocupar com as condições em que trabalhava o operário e sobre os salários que recebia.

7. Natural que no direito romano o trabalho não tivesse a disciplina jurídica que teve nos últimos séculos, em decorrência da rudimentar intercalação comercial e a incipiência da indústria da época. Convém ainda ressaltar que, durante todo o império romano e até fim da Idade Média, o trabalho braçal executado com fim lucrativo era tido como

(25) "Fueron quizá los mariscales de Napoleón y los generales prusianos quienes dieron las primeras voces de alarma. Al advertir que el perímetro torácico de los reclutas iba disminuyendo en las sucesivas levadas, se empieza a sentir la necesidad de regular el trabajo de los menores y el de las mujeres". EUGENIO PEREZ BOTIJA, *Curso de Derecho del Trabajo*, Editorial Tecnos S/A, Madrid, 1950, pág. 67.

vil, não conivente com certos tipos de classes sociais. Só os escravos ou os servos, os primeiros no império romano e os segundos no regime feudal, desenvolviam atividades braçais constituindo sua atividade quase trabalho forçado e eles, objetos ou coisas. A pouca atividade que o cidadão livre podia desenvolver era disciplinada pelo direito romano através da figura da *locatio conductio, operis e operarum*. Em ambos os casos, a atividade desenvolvida destacava-se do seu executor e era tida como mercadoria ou *res*. Inexistia a figura do trabalho subordinado no sentido que damos atualmente a expressão (26).

A situação não era diferente no direito medieval que foi como que, neste ponto, uma continuação do direito romano, conforme veremos a seguir.

Foi mínima a margem de liberdade nas relações de trabalho, no direito romano. A escravidão que era utilizada para a realização do trabalho braçal foi instrumento bastante usado pelo romano, a tal ponto que, nas próprias corporações profissionais, ia-se encontrar, com certa frequência, a presença de escravos (27).

Verdade que existia, também, trabalho "livre", especialmente no começo da história romana; tal espécie de trabalho ia enfeixar-se nas corporações de artesãos. Conforme se pode deduzir de BALELLA (28), a reunião de artesãos em sociedades era promovida pelo Estado romano, especialmente, no começo de sua história, com propósito mais militar do que profissional. A atividade de certas corporações, como a dos carpinteiros

(26) "Assim pensa ainda hoje o homem do vulgo; tal foi em toda a concepção originária. Tinha essa concepção revestido na antiga Roma um tal caráter de intensidade, que se consideraria como uma desonra o fato de se reclamar a paga de um trabalho intelectual. Só o trabalho manual era pago, e por isso também era votado ao desprezo. O salário (*merces*) faz dele efetivamente uma mercadoria (*merx*); alugam-no (*locatur*, de *locus*), compram-no como tal; o patrão leva o homem (*conducere*, levar consigo) como leva a coisa que compra (*emere*, tomar). As expressões que designam o aluguel são identicamente as mesmas, quer elas visem homens livres, quer digam respeito a escravos ou a coisas: o servo ou artífice é um escravo temporário; o seu serviço imprime-lhe uma degradação social (*ministerium*); submete-o a prestações às quais o homem livre deve subtrair-se, e que deve deixar para o escravo (*operae illiberalis*). O serviço do homem livre não é um *ministerium*, mas um *munus*; não consiste em uma ação corporal: a sua atividade é toda intelectual, e é prestado, não com a mira em um salário, mas por benevolência (*gratia*, grátis). Constitui uma complacência (*munificentia*, *beneficium*, *officium*) em relação com a dignidade do homem livre (*liber*, *liberalitas*) e que à outra parte impõe somente um dever de reconhecimento (*gratiae*, *gratum facere* = *gratificatio*). O *munus* pode, entretanto, segundo as circunstâncias, ser pago (*remunerari*) mesmo em dinheiro; mas esta remuneração não é uma *merces*, aparece como *honor*, *honorarium*, como um presente honorífico, que não mancha a honra das partes".

RUDOLF VON JHERING, *A Evolução do Direito*, Livraria Progresso Editora, 2ª edição, 1956, Bahia (não consta o nome do tradutor), págs. 106/107.

(27) JUAN D. POZZO, *Derecho del Trabajo*, Tomo I, Ediar Editores, Buenos Aires, 1948, pág. 16.

(28) *Idem*, pág. 15.

e dos trabalhadores em cobre e bronze, tinha muita importância para a guerra, e o romano da época não podia sobreviver sem a guerra.

A liberdade de trabalho, naquele período, era muito pálida, resumida unicamente no fato de o cidadão escolher um tipo de arte; depois de tal escolha, ela praticamente desaparecia não se lhe dando outra opção senão a de trabalhar até o fim da vida na atividade escolhida. Não podia também exercer sua arte fora dos *collegia* respectivos. O filho era obrigado a seguir a profissão do pai.

Mesmo as corporações que tinham permissão para elaborar seus estatutos, eram inteiramente dirigidas, direta e indiretamente, pelo Estado que, através dessa direção, conseguiu realizar o domínio de todas as atividades laborais.

Nenhuma ou quase nenhuma margem de liberdade tinham os trabalhadores utilizados em certas atividades do Estado, como na de fabricação de material de guerra, minas, obras públicas, cunho de moeda etc; de tal forma que não podiam abandonar o trabalho e, para a identificação, costumava-se marcá-los a fogo; juntavam-se todos por um vínculo de desumana solidariedade: pela falta ou erro de um, respondiam todos.

Ao lado do artesão ou trabalhador livre, e executando grande parte dos trabalhos manuais, especialmente em Roma, encontravam-se os escravos, conquistados pelos romanos através do domínio que faziam por meios belicosos; todo prisioneiro de guerra era convertido em escravo.

Em razão da pouca margem de atividade livre, a instituição do trabalho e as relações que dele se derivavam entre as partes não foram objeto de maior preocupação, nem do jurista, nem do legislador; o enorme predomínio da escravidão minimizava a importância das formas do trabalho livre.

Esse foi, de modo geral, o panorama de atividade laboral durante todo o direito romano, sendo que ao final, no Baixo Império, o trabalho tornou-se mais servil, considerando-se a atividade industrial, não como um direito que devia ser protegido, mas como um serviço cuja execução se poderia exigir. Conforme garante PAUL PIC, de balde se encontra entre as leis romanas qualquer disposição protegendo o trabalho (29).

Pode-se dizer, sem exagero, que toda mão-de-obra utilizada pelo romano era dessa natureza. A economia romana, por isso, era escravagista. A produção industrial repousava sobre o braço escravo. A par disso, apóia-se também sobre o trabalho servil e gratuito daqueles que se encontravam sob a autoridade do *Paterfamilias*. Como se sabe, o *Pater* romano reunia em suas mãos poderes ilimitados, sendo ao mesmo

(29) PAUL PIC, *Traité de Législation Industrielle*, Paris, 1922, n.º 69 e segs.

tempo, senhor, juiz e sacerdote; tal poder era exercido sobre os filhos, a esposa, os agregados e os libertos *operas* que continuavam a prestar serviços ao seu senhor.

Dessa forma, a família bastava a si mesma, sendo desnecessária a utilização de mão-de-obra "livre" que, por tal motivo, existia em pouca quantidade. Para se fazer uma idéia da quantidade de mão-de-obra escrava empregada na atividade econômica romana, basta lembrar o exemplo trazido pelo Prof. REGINALD D. H. FELKER (30), de que, em certos casos, eram empregados mais de quatrocentos escravos nos serviços de uma residência nobre, localizada em área urbana, atingindo a casa de quatro mil, quando se tratava de propriedade rural.

Só com a intensificação do intercâmbio comercial, com o romano abandonando seu isolamento em relação a outros povos, foi que começaram a aparecer formas de trabalho livre, repercutindo na esfera jurídica através do aparecimento do instituto *locatio, conductio operarum* (31).

8. O Código de Napoleão foi diploma legal marcadamente protetor dos interesses da burguesia, conforme já o destacamos, "a été animé d'un esprit favorable aux classes moyennes" (32). Assumindo tal posição, tinha que se colocar, de certa forma, em desfavor dos interesses da classe operária, que nascia mais ou menos naquele momento. Percebeu-se ser impossível cuidar do desenvolvimento do capitalismo burguês, que embasou o movimento que deu origem ao Código, cuidando também, *pari passu*, dos interesses do operário. O crescimento e progresso do primeiro haveria de ter lugar sobre a mão-de-obra farta e "econômica" do operário.

Neste ponto, o Código de Napoleão foi inteiramente antidemocrático, o que não foi percebido pelos juristas que o comentaram nos primeiros anos de sua vigência. Exaltaram-se as qualidades do Código no tocante à abertura realizada respeitante a direitos reconhecidos às classes burguesas: "il représente la liberté acquise au travail, la protection accordée à la faiblesse, la justice assurée au bon droit, l'essence des contrats mieux connue et plus respectée, l'égalité dans les partages solidement établie, la propriété (33).

O operário, destarte, no plano jurídico, ia sendo colocado ao lado do empresário rico; e nessa condição era tido como livre e independente

(30) REGINALD D. H. FELKER, "Apontamentos de História do Direito" — I, in *Revista da Faculdade de Direito de Cruz Alta*, Ano I, nº 1 — 1972, pág. 73.

(31) AGERSON TABOSA, "Do Contrato de Trabalho no Jus Civile Romanorum", in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Ceará*, 2ª Fase, vol. XVIII, 1964.

(32) A. TISSIER, "Le Code Civil et les classes ouvrières", in *Le Code Civil. Livre du Centenaire*, Paris, 1904, vol. I, pág. 74.

(33) Apud A. TISSIER, *op. cit.*, págs. 74/75.

para negociar sua atividade física, considerada, à época, como mercadoria ou bem negociável, tanto quanto os demais objetos dos diversos tipos de contrato. Por ser livre, venderia sua mercadoria a quem desejasse, comprando-a, também, o empresário que a quisesse. Tudo deveria ser feito de forma que os indivíduos dessem plena atuação à liberdade de que eram titulares.

Típico exemplo de romantismo o de encarar o hipossuficiente econômico em pé de igualdade jurídica com o hipersuficiente.

Dai vir o contrato de trabalho, sem essa denominação, disciplinado no Código de 1804 sob a rubrica "Du contrat de louage" (Título VIII, Livro III, Capítulo I), definido como "un contrat par lequel une des parties s'oblige à donner à l'autre, pendant un certain temps, et pour un certain prix, la jouissance d'une chose ou de son travail". O artigo 1.710 era mais específico, uma vez que se referia diretamente à prestação de serviço: "le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles" (34).

Nenhum socorro vinha do Código no sentido de proteger o exercício da liberdade do empregado, diante de sua inferioridade econômica. Ficava indefeso perante o patrão. De tal forma se constituía defensor dos interesses da burguesia que, em se tratando de relação de trabalho, a palavra do patrão deveria ser tida como verdadeira em sua afirmação quanto à importância dos salários, ao seu pagamento durante o ano já passado e durante o ano corrente. Tal disposição legal veio de ser revogada no ano de 1868 e, mesmo assim, ainda apareceram juristas que a defenderam à época de sua vigência (35).

Partiu o legislador do Código de Napoleão "da crença partilhada pelos teóricos da Revolução, de que bastava deixar os homens livres na sociedade, cada um entregue às suas próprias forças, para que prosperassem e conseguissem melhor situação na luta pela vida" (36). Lembra o Prof. EVARISTO DE MORAES FILHO, a esse propósito, que LE CHAPÉLIER, ao escrever a fundamentação da célebre lei que lhe tomou o nome, afirmava: "Compete às convenções livres do indivíduo fixar a jornada para cada operário. Compete, em seguida, ao operário manter a convenção que fez com quem o ocupa" (37).

(34) ROGRON, *Code Civil Expliqué*, tomo 2, Paris, pág. 2.249.

(35) JUAN D. POZZO, *op. cit.*, pág. 33. Também EVARISTO DE MORAES FILHO, *op. cit.*, pág. 330.

(36) TROPLONG exprime, "dans sa formule absolue, l'indifférence cruelle qu'on a souvent reprochée à la doctrine individualiste: Laissez l'homme en face des besoins, sans autre espoir que son propre courage pour vaincre l'adversité: il fera des prodiges de zèle, de labeur, de persévérance". Apud A. TISSIER, *op. cit.*, pág. 76.

(37) EVARISTO DE MORAES FILHO, *op. cit.*, pág. 341.

TISSIER, onde o mestre EVARISTO DE MORAES foi tirar o trecho apresentado aqui, acentua realisticamente as conseqüências do individualismo do Código para com a classe operária, através das conclusões de TROPLONG: "les classes pauvres doivent chercher dans l'activité individuelle le principe de leur progrès" et non pas "se traîner servilement à la suite de l'État, pour exiger de lui qu'il se fasse leur nourricier". E finalizava por resumir a indiferença do Código: "laissez l'homme en face des besoins, sans autre espoir que son propre courage pour vaincre l'adversaire: il fera des prodiges de zèle, de labeur, de persévérance" (38). Ou muita ingenuidade ou muita maldade!

De positivo mesmo para o trabalhador, arrimando-lhe um pouco a liberdade na relação contratual, encontrava-se apenas uma disposição perdida: o art. 1.780, não permitindo que uma pessoa tomasse outra a seu serviço por toda vida. Obtemperava ROGRON, comentando o artigo, que "une pareille stipulation serait nulle, car elle est contraire à la liberté individuelle" (39).

9. Bastou pouco tempo para que a disciplina da relação de trabalho feita parcimoniosamente pelo Código de Napoleão e seguida por todo o direito dos países da Europa se apresentasse caduca e irreal. As transformações ocorridas na atividade industrial da época, e que já foram objeto de nossa observação, ensejaram que o detentor do capital utilizasse, a seu bel-prazer, a mão-de-obra operária, levando o indivíduo/operário a situação de extrema pobreza, chegando ao ponto de coisificá-lo.

A desigualdade econômica e o reflexo de tal fato no plano jurídico veio de influenciar, por sorte, a consciência jurídica, dando início a movimentos no sentido de proteger o hipossuficiente. Procurou-se restringir e controlar a liberdade e poderio econômico do forte, subtraindo-lhe parcelas de liberdade no campo jurídico. Passou-se a tratar desigualmente, em nível jurídico, os desiguais no campo econômico.

A reação partiu de vários e diversos setores: inicialmente com os socialistas, SAINT-SIMON à frente. Exigiam eles, entre outras coisas, maior participação do Estado em matéria de legislação buscando humanizar certos setores do direito civil voltando suas baterias principalmente em favor do operário. Já em 1829 BAZARD duvidava de que a participação do operário no arrendamento ocorresse de forma livre, como estatuiu o Código. E era peremptório ao dirimir a dúvida, batendo-se pela negativa: "elle ne l'est pas puisqu'il est obligé de l'accepter sous peine de la vie, réduit comme il l'est à n'attendre sa nourriture de chaque jour que de son travail...". Ainda com realismo fixava ele a posição do operário perante o Código: "l'ouvrier se présente comme

(38) Apud A. TISSIER, *op. cit.*, pág. 76.

(39) ROGRON, *op. cit.*, pág. 2.362.

le descendant direct de l'esclave et du serf... Dans cet affranchissement légal, il ne peut subsister qu'aux conditions qui lui sont imposées par une classe peu nombreuse, celle des hommes qu'une législation, fille du droit de conquête, investit du monopole des richesses, c'est-à-dire du droit de disposer à son gré, et même dans l'oisiveté, des instruments de travail" (40).

"Livre" e "igual" ao patrão, por declaração solene da lei, o operário, longe de discutir as condições de trabalho, via-se obrigado a aceitar as que lhe eram impostas, sob pena de não encontrar trabalho — segundo registra JUAN POZZO, que vai mais além descrevendo o operário padrão da época: "verdaderos proletarios en la acepción latina, pues no tienen otros bienes que sus hijos, a quienes debían alimentar y vestir" (41).

Também o Estado, forçado por interesses demográficos e de humanidade, foi obrigado a interferir nas relações trabalhistas, o que fez através da legislação. Procurou tornar mais humanas as relações entre o capital e o trabalho; saiu de sua posição de mero espectador para não permitir que o forte aniquilasse o fraco, o que ocorreria se continuasse a desigualdade no campo econômico, nas proporções daquela época; a livre concorrência que o liberalismo pretendia para os mercados era instrumento que só beneficiaria o forte.

Compreendeu-se que o interesse social coletivo era maior do que o individual.

Passou-se, então, a minorar e limitar os termos da teoria contratual clássica despontando a idéia de que os contratos não nasciam da vontade do homem, mas da lei. Novos princípios passaram a ser aceitos

(40) BAZARD, *Doctrine de Saint-Simon*, I, pág. 175, apud TISSIER, *op. cit.*, págs. 76/77.

(41) POZZO, *op. cit.*, pág. 38.

Sem a intervenção estatal e titular de uma fictícia liberdade, o operário mesmo aniquilado do ponto de vista econômico era titular do direito de consentir ou não na celebração do contrato onde alugava uma força física. GEORGES CORNIL, nos idos de 1895, dá uma idéia de tal situação irreal: "Le louage de services, comme tous les contrats, implique le libre consentement des parties. Il y a lieu de lui appliquer les articles 1.109 et suivants du Code Civil, et notamment ce contrat sera entaché de nullité si l'une des parties verse dans une erreur ou est victime de violence ou de dol.

Mais le consentement des parties qui contractent un louage de services n'est pas seulement soumis à ces règles générales applicables au consentement à tous les contrats. Dans le louage de services des ouvriers industriels, le libre consentement des parties contractantes est en outre soumis à toute une série de restrictions commandées par l'intérêt général et la morale publique.

Le moment est venu d'examiner en détail ces différentes restrictions. Nous les envisagerons séparément selon qu'elles s'appliquent à l'un ou à l'autre des deux objets du louage de services (*res et pretium*), et c'est dans le cours de cette étude que nous aurons surtout l'occasion de déterminer dans quelle mesure le législateur a le devoir d'intervenir dans les relations entre patron et ouvrier. In *Du Louage de Services ou Contrat de Travail*, Thorin & Fils Editeurs, Paris, 1895, págs. 41/42.

pelo legislador; permitiu-se a intervenção do Estado nos contratos concluídos entre particulares, admitindo-se ainda que o Estado-Juiz pudesse intervir naqueles contratos que prejudicassem ou viessem a prejudicar a ordem jurídico-social, mesmo independente da vontade das partes contratantes.

Vale destacar, por último, como causa da transformação do rigorismo do tratamento do Código de Napoleão no tocante às relações de trabalho, o aparecimento de organismos reunindo empregados de uma categoria. Juntos podiam os empregados ou operários exigir ou defender os seus interesses diante da superioridade econômica do patrão. O instrumento utilizado com esta finalidade por estes organismos, os sindicatos, veio de se construir nos contratos coletivos, não se podendo desconhecer que até estes instrumentos, criados no sentido de proteger o operário, se encarregam, paradoxalmente, de, em muitos casos, anular a pouca liberdade individual do operário. Mas não desenvolveremos agora este tema, já que estudamos o contrato individual do trabalho.

Merece, entretanto, se frise, como o faz **EVARISTO DE MORAES FILHO**, que tais acordos coletivos se constituíram meio de chamar e exigir a intervenção do Estado. Eis sua lição: "E dessas agitações, enquanto o Estado não se decidia definitivamente a intervir, enquanto não se modificava a mentalidade das classes dirigentes, iam os operários e patrões ultimando entre si verdadeiros contratos coletivos de trabalho. Eram acordos coletivos que surgiam espontaneamente fora da legislação do Estado, trazendo paz, pelo menos momentaneamente, para as classes produtoras" (42).

10. Partindo da tradição romana, depois de receber a pouca contribuição do direito medieval, a concepção clássica do contrato atravessou diferentes fases, indo receber sua consagração no direito do século XIX, especialmente no Código de Napoleão, para permanecer, ainda hoje, a orientar o direito moderno; a duras penas e sob o ataque que parte de todos os lados, ele ainda persiste, conforme veremos.

O direito de quase todas as nações do Ocidente continuou, na esteira do Código de Napoleão, a tipificar a obrigação contratual, como o intercâmbio de consentimento, das partes. Ato jurídico bilateral, resultante do acordo de vontade de duas pessoas, situadas no mesmo plano jurídico, com autonomia para criar um estatuto a que se submeteriam por livre e espontânea vontade. Como soa com certo toque de ingenuidade ou mesmo de romantismo o ensino de GOUNOT já em 1912: "deux personnes d'identique situation juridique et de puissance économique égale exposent en un libre débat leurs prétentions opposées, se font des concessions réciproques et finissent par conclure *un accord* (grifo nosso)

(42) **EVARISTO**, loc. cit., pág. 347.

dont elles ont posé tous les termes et qui est bien véritablement l'expression de leur commune volonté" (43).

Também no sentido do "common law" do século passado, até começo do presente, imperava o dogma da teoria da vontade, constituindo um autêntico "new central organizing principle", através do qual formava-se uma completa técnica de administração de relações contratuais, orientada pelo princípio da "liberdade" de contratar e da autonomia da vontade, na fixação do tipo e do conteúdo do contrato.

A princípio, abria-se exceção da "will theory", permitindo-se a intervenção judicial, no sentido de fixar o "justo preço" quando o contrato, nesse ponto, fosse contrário à "equidade" (44).

Ao final do século XVIII, todavia, em famosa página "upon the law of contract and agreements", POWELL insistia em que se devia adotar,

(43) "Le Principe de l'autonomie de la Volonté en Droit Privé", apud GASTON MORIN, *La Révolte du Droit contre le Code*, Paris, 1945, pág. 22.

Para LACAMBRA, "Ser libre jurídicamente significa estar en situaciones de derecho subjetivo y desenvolver-se en ellas con la seguridad de lograr los efectos normales y de no ser impedido en el uso de las propias facultades sino por normas jurídicas regularmente establecidas (aparte el caso de abuso de derecho).

El contenido y la extensión de la libertad jurídica varían grandemente. En un cierto sentido, toda libertad jurídica es libertad política (en cuanto que el Estado se identifica desde el punto de vista jurídico, con el Derecho; y si la libertad es participación en el proceso de creación jurídica, toda libertad es política puesto que participa en el Estado). Pero, estrictamente, la libertad política implica en sentido positivo la participación directa o indirecta en la creación de las normas jurídicas generales legisladas, y, en sentido negativo, el que no sea un deber jurídico la abstención de determinadas actividades, vg. la emisión del pensamiento sobre la forma y la marcha del Estado. La falta de libertad en el primer sentido constituye — en concurrencia con otras circunstancias — la tiranía, el despotismo o la dictadura. El Estado autoritario implica también una técnica de la adhesión del pueblo a la institución estatal y a las normas legisladas emanadas de sus órganos. Pero es característica de este tipo de Estado la restricción de la libertad política en su segundo sentido, mediante la planificación y la dirección estatal de la propaganda.

El problema de la libertad jurídica se relaciona con lo que en la ciencia jurídica se conoce con el nombre de "autonomía de la voluntad", esto es, el poder reconocido a la voluntad humana de dominar incontratadamente sobre un ámbito que el orden jurídico somete a su señorío.

Es lícito objetar que la voluntad psíquica concreta del hombre carece en cuanto tal de "poder" sobre las demás voluntades y que su "autonomía" no le pertenece por "derecho propio" sino como concesión y creación del orden jurídico. Pero lo que hay de verdad en esta doctrina es la afirmación de una esfera de libertad jurídica, la cual, ciertamente, es creación del Derecho, pero bien entendido: no una creación caprichosa, como si perteneciese al arbitrio del legislador conceder o no libertad jurídica, y como si el Derecho consistiese en las disposiciones arbitrarias del legislador, sino creación necesaria, porque el Derecho es forma de vida que existe por y para la persona humana en su dimensión social y al existir crea personas jurídicas, sujetos de derecho, a los que pertenece ontológicamente la libertad de derecho". *Op. cit.*, págs. 771/772.

(44) V. FULLER e FISEUBERG, *Basic Contract Law*, St. Paul Minn., 1964, págs. 121 e ss.

urgentemente, uma política diversa, que não deixasse espaço para a valoração judicial de ordem equitativa, nem para o controle em termos de "fairness" sempre exposto ao risco de arbítrio, ou em contraste com a necessidade de garantir a autonomia do cidadão ao máximo de liberdade para administrar o comércio e a circulação da riqueza, segundo a lógica de "freedom of contract" (45).

O dogma da liberdade da autonomia das partes saiu vitorioso: "o juiz não poderia contratar no lugar das partes".

O acordo recíproco das partes, o consenso destas é, em rigor, elemento essencial da existência e o próprio fundamento do contrato, nos moldes do direito civil tradicional (46). Sem o consenso, o entendimento, a combinação de vontades, não existirá o contrato. Esse é um ponto que deve ser bem destacado no momento em que se observar a natureza da relação de trabalho a que se batizou de contrato individual de trabalho, o que se fará no final deste ensaio.

Não obstante falar-se tanto de evolução, transformação, desaparecimento mesmo do contrato, tudo isso em decorrência da variação da liberdade e da vontade dentro do conceito, vamos constatar que boa parte da doutrina, e principalmente aquela que é transmitida no ensino universitário, ainda conceitua o contrato considerando-o através dos seus clássicos elementos. Prega-se, ainda, que dois são os princípios sobre que ele se embasa: 1º a liberdade contratual, consistente no poder do sujeito de modificar situações, fixando-lhes a disciplina (47). Cada indivíduo tem a faculdade de criar, por ato de sua livre vontade, uma determinada situação jurídica, que o direito objetivo deve respeitar.

(45) In both teoretical models — that of the law of contracts and that of liberal economics — parties could be treated as individual economic units which in theory enjoyed completed mobility and freedom of decision". FRIEDMAN, *Contract Law in America*, New York, 1965, pág. 20.

(46) ROBERTO DI RUGGIERO, *Instituições de Direito Civil*, tradução de ARY DOS SANTOS, Lisboa, 1937, pág. 22.

(47) FRANCESCO MESSINEO, com a sua autoridade de civilista, apresenta um rol de acepções para a expressão "liberdade contratual", a saber: a) ... che nessuna delle parti può imporre unilateralmente all'altra il contenuto, o singole clause, del contrato e che questo deve essere il risultato del libero dibattito fra esse; b) ... significa che dalle parti a loro libito: ossia, é consentita l'autodeterminazione delle concrete clause contrattuali". *Il Contrato "in genere"*, tomo I, Dott. A. Giuffrè-editore, Milano, 1968, págs. 41/43.

GUSTAVO RADBRUCH, de sua parte, define e mostra a correlação entre os conceitos de "liberdade de contrato", "autonomia da vontade" e de "liberdade individual". Vale repassá-lo:

"... a teoria da vontade é a doutrina que sustenta a obrigatoriedade do contrato apenas nos limites daquilo que foi efetivamente querido pelas partes — não é de modo algum uma conclusão lógico-jurídica, ou de direito natural, imposta por uma necessidade do pensamento. Não é a vontade que vincula, podendo

(Continua)

Ao lado desse, assenta-se ainda o segundo princípio, a saber, uma vez celebrado, tem o contrato força obrigatória perante as partes, impondo-se tanto às partes quanto ao juiz (48).

Posição romântica, como já o dissemos, a de reconhecer a liberdade no plano jurídico, sem levar em conta a situação econômica dos interessados. Dessa forma passamos a perceber a desproporção que existia na relação jurídica, onde dificilmente acontece a proporcionalidade, a igualdade econômica dos contratantes, "les uns colossaux, les autres infimes", de tal forma que a autonomia da vontade "cessait d'avoir

(Continuação da nota 47)

dizer-se, pelo contrário, que, ainda quando a obrigatoriedade do contrato se acha fundada na vontade, ainda então ela não se acha associada a esta senão por virtude da lei. Como a respeito da propriedade, também a respeito dos contratos a teoria da lei, ou "teoria legal" (legal-theorie), conserva a sua razão de ser. Porém, no terreno desta teoria, surge novamente — embora conceitos lógico-jurídicos, mas como duma luta entre princípios filosófico-jurídicos — a discussão entre a teoria chamada da *vontade real* e a teoria chamada da *vontade declarada*. A questão resume-se no seguinte: até que ponto deve a lei julgar decisiva, para a obrigatoriedade dos efeitos do contrato, a *vontade real* das partes contratantes, e até que ponto deve julgar decisiva a sua vontade simplesmente *declarada*? Nesta discussão acham-se, uma vez mais, frente a frente, como é sabido, os interesses da autonomia da vontade e os da segurança do comércio jurídico, os da liberdade individual e os da paz social — ou seja, a concepção individualista e a social do direito. A concepção individualista exige que os contratos só obriguem até onde chegue a vontade real (teoria da vontade real), e, por outro lado, que os contratos obriguem sempre e até onde essa mesma vontade chegar (liberdade contratual). A concepção social do direito opõe, contudo, a esta doutrina os dois princípios seguintes: primeiro, os contratos devem obrigar, não apenas até onde chegar a confiança que a outra parte depositou na declaração (*teoria da declaração*); segundo, os contratos não são pura e simplesmente obrigatórios nos limites da vontade real, mas podem deixar de sê-lo por muitas espécies de motivos e considerações (teoria das limitações à liberdade contratual).

Limitações legais à liberdade contratual mostraram-se sempre necessárias, porque é a própria liberdade contratual que no seu processo dialético tende a limitar-se a ela própria e por vezes se anula. Em todos os tempos lhe foram postos limites resultantes do meio social, ou do "milieu contractuel", em que ela se move. No contrato de compra e venda, por exemplo, o preço não só é determinado pelos contratantes, mas também por todos aqueles que celebram contratos desta espécie sobre objetos da mesma natureza, ou seja, pelo mercado. Além disso, só numa sociedade onde todos tivessem uma igual força social, numa sociedade de pequenos proprietários, é que a liberdade contratual poderia, como é óbvio, ser uma liberdade igual para todos.

Desde que os contraentes se distinguem entre proprietários e não-proprietários, a liberdade contratual não pode deixar de se transformar numa liberdade dos mais fortes, de imporem a sua vontade aos mais fracos, acompanhada da necessidade para estes de terem de aceitá-la. A proporção, pois, que a economia livre se transforma numa economia capitalista, tanto mais a liberdade contratual dos indivíduos vai sofrendo limitações impostas pelo predomínio econômico dos grupos. E se foi a liberdade contratual de grupos e associações de toda espécie, verifica-se, por outra banda, que são esses mesmos grupos e associações que cada vez mais a vão limitando.

Filosofia do Direito, tradução de L. CABRAL DE MONCADA, Coimbra, 1961, págs. 50/52.

(48) V. ANTONIO AGUILAR GUTIERREZ, "La Evolución del Contrato", in *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, ano VIII, nº 22, 1955, págs. 27/48.

un sens, devenait en réalité unilatérale, ne fonctionnant qu'en profit du plus fort, réalisant à coup sûr l'écrasement du plus faible" (49).

Outro golpe de monta que veio de recair sobre o conceito de contrato foi o da concentração de grandes capitais na formação das grandes empresas que oferecem serviços ou outros tipos de bens necessários para o consumidor individual, o público em geral, tais como empresas de transporte, securitárias, de eletricidade e tantas outras. As relações contratuais envolvendo o fornecimento do bem ou consumo ao consumidor são entabuladas sem qualquer participação deste, que é obrigado a aceitar as condições impostas sob pena de não conseguir o bem ou serviço; são os "contratos de adesão". O generoso JOSSERAND ainda qualifica de "contrato" a tal relação, mesmo reconhecendo que ali l'autonomie de sa (do consumidor) volonté est réduite au minimum", indo a ponto de constatar que o contrato de adesão "est un contrat stéréotypé, standardisé, sans autonomie (grifo nosso) de volonté de la part de l'adhérent, parfois même sans liberté de détermination effective" (50).

No direito atual ainda deparamos com posições doutrinárias orientadas no sentido do direito civil ou privado clássico. O direito da pessoa ao livre desenvolvimento de sua personalidade ainda é definido, sem restrições, por muitas correntes através do princípio da liberdade de contratar ligado umbilicalmente ao da autonomia privada ou da vontade. Ainda se advoga que, no exercício dessa liberdade, o indivíduo, como sujeito de direito, tem o poder de decidir livremente se lhe interessa ou não celebrar um contrato, cabendo-lhe, com igual independência, escolher a pessoa com a qual deseje avençar-se, assegurando-se ainda aos contratantes a prerrogativa de estatuir o conteúdo dos negócios jurídicos.

Queira ou não queira, os princípios informadores da teoria contratual passaram por radicais transformações, podendo-se mesmo adiantar que desapareceram no conceito de contrato; vivemos no momento daquilo que se poderia chamar a "crise do contrato", que teve como causa mais acentuada a evolução desproporcional da economia.

Efetivamente, a liberdade contratual e sua consequência, vale dizer, a abstenção do Estado na formação e celebração dos contratos, encontravam-se em plena harmonia com a realidade econômica e social do momento em que os princípios foram elaborados e aceitos; harmonizavam-se, como já o dissemos, como a pequena indústria e o incipiente comércio, permitindo-se ver certo equilíbrio e igualdade, do ponto de vista econômico, entre os indivíduos.

O desenvolvimento industrial, a intervenção estatal para a reposição do equilíbrio econômico perdido desfigurou o conceito de liberdade

(49) JOSSERAND, "Tendances Actuelles de Droit Civil" in *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, tomo 36, ano 1937, Recueil Sirey, Paris, 1937, pág. 4.

(50) *Op. cit.*, pág. 9.

contratual. Necessitou-se, então, fazer revisão do próprio conceito de contrato, o que se procedeu pelo exame dos seus aspectos fundamentais. Esforçaram-se os juristas, diante da mudança, no sentido de harmonizar ou adequar a clássica figura jurídica à realidade contemporânea; buscou-se e busca-se, ainda hoje, adaptar o contrato de tipo clássico a um mundo econômico e socialmente desordenado.

A intervenção do Estado já mencionada em páginas anteriores é o elemento de maior expressão na descaracterização da teoria clássica do contrato. Tal intervenção tem lugar diante de poderosas razões de índole social, econômica ou moral e se manifesta de diversas formas, a começar pela promulgação de leis imperativas ou proibitivas ou mesmo intelramente dispositivas. São normas imperativas, irrenunciáveis pelas partes contratantes e vindo ao encontro do economicamente fraco. É o nascimento do *direito do fraco*, advogado por RIPERT (51).

Além desse tipo de intervenção, assume também o Estado outra forma de interferência, a que JOSSERAND chamou de dirigismo contratual; tal dirigismo efetua-se ora por via legislativa, ora através do poder judiciário; na primeira forma, baixa leis e decretos dirigindo a atividade contratual, determinando o conteúdo mínimo dos contratos ou fixando garantias coletivas.

A intervenção sob forma judicial dá-se ao se facultar aos juizes, quando da apreciação de casos concretos, adaptem o conteúdo contratual à realidade econômica e social, mesmo indo de encontro da vontade das partes.

A tal ponto chegou a descaracterização da autonomia da vontade ou liberdade de contratar que já se fala em uma espécie de "contratação coativa" que compreende uma série de obrigações de contratar, classificadas por LARENZ em três grupos:

- a) obrigações de contratar dos concessionários de serviços públicos;
- b) obrigação de contratar quando a recusa contraria os bons costumes;
- c) obrigação de contratar derivada da economia dirigida, estabelecida nas normas coativas de regulamentação do mercado (52).

(51) *O Regime Democrático e o Direito Civil Moderno*, tradução de J. CORTEZAO, Saraiva, São Paulo, 1937.

Há também referência de HENRI DECUGIS sobre esse ponto: "La liberté des contractants subit des restrictions très variables suivant les époques. Ces restrictions sont inspirées, la plupart du temps, mais non toujours, par le souci qu'ont les pouvoirs publics de protéger les faibles (grifo nosso) contre les abus provenant de l'autre partie contractante". *Les Etapes du Droit*, vol. I, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1946, pág. 195.

(52) *Direito Econômico*, Salvador — Bahia, 1975, ORLANDO GOMES (apud), pág. 87.

Só muito apego à tradição poderá fazer classificar tal espécie de "contratação coativa" de contrato. O próprio ORLANDO GOMES, defensor da contratualidade da relação de trabalho subordinado, chega a chamar de extravagantes figuras que tais, incluindo entre elas o "contrato coativo, o contrato necessário, o contrato regulamento, o contrato dependente de autorização, o contrato normativo, o contrato coletivo e outros, que reclamam empenho dos estudiosos do direito para sua elaboração dogmática (53).

Não são poucos os juristas que andam a buscar, ainda hoje, recursos doutrinários para socorrer a teoria contratual; de certo que temem ou tremem diante da idéia de reformular quase todo o direito privado, que se levanta por sobre a teoria contratual clássica; seria um golpe mortal para o direito privado, que dele já se vê desgarrar o direito de família, se o direito contratual dele se separasse.

Dai merecer encômios a coragem de M. GASTON MORRIN, ex-decano da Faculdade de Direito da Universidade de Montpellier, ao reconhecer, rebatendo tese de JOSSERAND, que nos casos do chamado contrato "dirigido", nada mais existia de contratualidade.

O mestre de Montpellier não afirmava o desaparecimento do contrato: demonstrava, todavia, que as relações jurídicas, ou muitas situações jurídicas provocadas pela realidade sócio-econômica do nosso tempo (isso em 1937) não poderiam se enquadrar dentro do conceito de contrato. Tachava a argumentação de JOSSERAND de contraditória e demonstrava que: "le dirigisme opère une dénaturation si complète du contrat qu'il le fait disparaître; que la doctrine a le devoir d'élaborer des concepts répondant aux exigences du réel" (54).

É realmente necessário, para se manter dentro de sistema coerente, posicionar-se como fez o famoso sociólogo do direito, DURKHEIN: "Les seuls engagements qui méritent le nom et qui n'ont d'autre origine que cette libre volonté. Inversement, tout obligation qui n'a pas été mutuellement consentie n'a rien de contractuel" (55).

11. Eis chegado o momento de indagar-se o que realmente existe de liberdade ou autonomia de vontade no denominado contrato de trabalho; ou de forma equivalente, o que resta de contratualidade na relação trabalhista.

Parece questão inteiramente teórica, sem reflexo, o estar a fazer tais indagações. É só aparente a impressão, todavia. A importância da

(53) *Op. cit.*, pág. 87.

(54) "Les Tendances Actuelles de la Théorie des Contrats", in *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, tomo 36, ano 1937, Recueil Sirey, pág. 558.

(55) Apud GASTON MORIN, *op. cit.*, pág. 559.

questão se revela em vários e fundamentais problemas práticos, tais como, por exemplo, nos efeitos resultantes da validade de "contrato" de trabalho pela ocorrência dos diversos vícios que podem inquinar o negócio; no caso da discussão em torno da natureza relacional que junte o Estado e aqueles que prestam alguns dos seus serviços públicos, e cuja relação dificilmente poderia ser considerada como contratual, se se admite a tendência em ver em todo o ato do Estado um reflexo do poder público, sem plena assimilação a uma contratação privada.

Desponta ainda a importância da questão — é RAFAEL CALDERA quem o destaca — naquelas hipóteses de prestação de serviço sem a existência ou traço de convenção ou convênio; na apreciação da natureza jurídica da relação surgida no caso dos mutilados de guerra empregados em virtude de leis de emergência, durante os períodos de após-guerra; no tocante à atividade dos vadios, ainda na Europa, recolhidos para limpar as neves das ruas ⁽⁵⁶⁾.

Emerge, ainda, e por fim na apreciação daqueles casos em que o empregado ou trabalhador engaja-se no serviço da empresa (especialmente quando se trata de pessoa jurídica) sem o consentimento, permissão ou mesmo conhecimento de seu proprietário ou pessoa responsável pela admissão do pessoal.

Vale, em arremate, lembrar a praticidade da questão no exame do tipo de relação surgida entre o Estado e os diversos tipos de flagelados nas frentes de trabalho criadas por ocasião das secas ocorridas no Nordeste, para terminar com a observação de que se por acaso se concluísse não ser de natureza contratual a relação jurídica vinculadora de empregador e empregado, ter-se-ia de reformular toda a sistemática do direito do trabalho que se assenta, primordialmente, sobre o contrato individual de trabalho.

Examine-se sem qualquer preconceito a realidade que nos rodeia, e forçoso é conciliar que dos traços característicos do contrato clássico nada mais existe na relação de trabalho. Até mesmo ao jurista que lida com o *direito obrigacional* não é mais dado desconhecer tal desaparecimento, conforme tivemos oportunidade de demonstrar.

Foi justamente levado pela constatação desta realidade que o Estado-Legislador veio de se interpor na relação buscando garantia, não digo nem mais o exercício da liberdade contratual do empregado, mas sim do seu direito de sobreviver, de manter-se ainda como pessoa humana.

Com esse objetivo, a carga estatal recaiu, sobremaneira, sobre a liberdade de contratar do empregador, o hipersuficiente na relação.

(56) *Relação de Trabalho*, tradução de CARMEN RUSSOMANO, Revista dos Tribunais, 1972, pág. 3.

Buscou-se minimizar-lhe o poder econômico, na relação, até ao ponto de deixá-lo à altura do débil, insignificante poder do empregado (57).

Reconhece ORLANDO GOMES (58) que “esse desiderato pode ser alcançado, realmente, por vários meios. Dentre os processos técnicos utilizados, o de mais longa aplicação tem sido o de ditar leis imperativas para disciplinar o conteúdo dos contratos nos quais a desigualdade econômica e social das partes não permite o rendimento normal do princípio da autonomia da vontade. A função de tais leis é impedir que o mau uso da liberdade de contratar enseje a uma das partes a possibilidade de fixar soberanamente os efeitos do contrato, impondo a vontade de condições lesivas. Em síntese, a lei, limitando, em caráter geral, a liberdade de contratar dos que se encontram em determinada situação, exerce uma ação profilática contra uma lesão potencial”.

Boa parte da doutrina, aqui e fora do País, admite a *contratualidade* da relação de trabalho, e com isso concluiu pela presença da liberdade contratual e autonomia da vontade (59).

Temos que se poderia, talvez, chegar a tal conclusão, observando as relações de trabalho em que o empregado possua boa qualificação profissional. Essa condição, e tendo em vista o mercado nacional, p.e., reduz para, no mínimo, 20% a possibilidade do exercício ou da presença dos dois princípios na relação de trabalho. A percentagem restante, todavia, não estaria em condições de proceder da mesma forma. Ou trabalha abocanhando o serviço que se lhe oferecer, ou se vê às portas da miséria.

Obrigado a empregar-se para poder sobreviver, sem condições de opção, ele “concorda” ou é obrigado a concordar com as condições ou cláusulas que lhe são impostas pelo empregador.

A intervenção estatal vem, nesse ponto, justamente para evitar a coisificação ou o esmagamento da “pessoa humana”.

(57) O culto jurista italiano, falecido na flor dos anos, destacava a necessidade de participação estatal quando fosse para defender a inferioridade do humilde, em qualquer setor do direito. El-lo que assevera: “Daqui o supremo direito e dever juntamente no Estado, em virtude do alto cargo de tutela e de educação que indeclinavelmente lhe compete, de interpor a sua autoridade para proteger as crianças da sórdida concupiscência dos pais e dos tratamentos brutais dos patrões, para impedir que o excesso de trabalho, a que se acham freqüentemente condenadas de um modo desapiedado, enerve precocemente o seu corpo, pervertendo seus costumes, abandone a sua cultura e deixe a sua alma sem religião e sem moral”, *op. cit.*, pág. 72.

(58) ORLANDO GOMES, *Direito Privado* (novos aspectos), Livraria Freitas Bastos, 1961, pág. 278.

(59) Secundado por BARASSI, DORVAL DE LACERDA vincula a vontade ao conceito de contrato. Diz ele: “A vontade do empregado, entretanto, qualquer que seja a natureza do contrato, é essencial. Ou vale para aderir ou vale, como nos casos, raros, de trabalhadores técnicos e especializados, dos quais o empregador mais necessita, para impor as condições que julga essenciais para o estabelecimento da relação. Tal princípio, já dissemos alhures (*O Contrato Individual de Trabalho*,

(Continua)

Mesmo nos centros de maior desenvolvimento cultural e econômico, a Europa, por exemplo, onde a pessoa humana destaca-se mais da figura "empregado", mesmo ali, há sufoco e embotamento na liberdade de contratar ou em dispor quanto às cláusulas do contrato. Aquilo que se apresentou como uma forma de garantir o exercício de tais prerrogativas, a convenção coletiva de trabalho, ⁽⁶⁰⁾ encarrega-se, paradoxalmente, de apagá-las. De fato, o empregado, ao incorporar-se na empresa, no caso que examinamos, poderá ter exercido a opção de escolha; poderá ter escolhido tal ou qual empresa para trabalhar. Mesmo assim, ao fazê-lo, não lhe será dado ajustar as cláusulas mais importantes do chamado contrato, eis que elas já foram estabelecidas previamente, sem consultas a seu interesse, por órgãos impessoais, sem coração, chamados sindicatos, que, de sua vez, assim procederam dentro de limites traçados pelo Estado.

O apego ao que restou da teoria clássica obriga os seus seguidores a envidar ingêntes esforços para enquadrar dentro dela a relação de trabalho. Há mesmo doutrinadores que, registrando a desconformidade, não abrem mão da expressão contrato. Ora, pois, lança-se mão dos recursos mais artificiais.

SCELLE, citado por GURVITCH, reconhece ser "a parte estatutária do contrato de trabalho, mesmo individual, infinitamente mais considerável do que a parte contratual". RIPERT é mais contundente, não obstante seu contratualismo: "o Direito Novo, codificado à medida que se cria, não conserva de contrato senão o ato inicial de eleição do trabalho", reconhecendo que, às vezes, nem este inicial é voluntário ⁽⁶¹⁾.

(Continuação da nota 59)

págs. 30 e 31), é tão real na prática, que aí se verifica que o contrato de um trabalhador puramente manual tem todas as características de um ato de adesão, enquanto que nos contratos dos técnicos, intelectuais e empregados classificados, se verifica um verdadeiro debate pré-contratual, tanto mais patente quanto maior importância técnico-profissional tenha o empregado contratante. Vê-se, pois, como salientou BARASSI, que não há uma contratualidade plena, mas há sempre contrato. Há conjugações de vontades, bastantes para nos levar a tal conclusão, eis que o debate contratual não é, como salientou SANSEVERINO, exemplificando com os contratos de seguro, de transporte, de fornecimento de água, essencial para que exista contrato.

Inferioridade econômica, desigualdade de vontade e, portanto, de autoridade na estipulação das cláusulas e condições, necessidade da contratação, intervenção estatal para assegurar o equilíbrio jurídico quanto às condições mínimas, contratualidade e destarte consensualidade — eis as conclusões de um rapidíssimo exame do acordo individual de trabalho. "A Renúncia no Direito do Trabalho", 3º v. da *Coleção de Direito do Trabalho*, Editora Max Limonad Ltda., São Paulo, págs. 129/130.

(60) A observação é do Prof. FERNAND VAN GOETHEN: "Per principio il contratto collettivo ha per risultato di limitare la libertà contrattuale nella misura in cui il contratto é destinato ad imporsi ai rapporti privati tra datori di lavoro e salariati". "Limiti della libertà contrattuale nella Disciplina dei Rapporti di Lavoro", in *Rivista di Diritto del Lavoro*, ano II, fasc. 3, 1950, julho/setembro, Giuffrè-editore, Milano, pág. 275.

(61) Apud RAFAEL CALDERA, *op. cit.*, pág. 5.

A atuação da liberdade e autonomia da vontade na relação jurídica entabulada entre empregado e empregador e a que, a partir de agora, para melhor precisão, chamaremos de relação de emprego⁽⁶²⁾, tem provocado, no campo do direito do trabalho, a mesma polêmica que se desenvolveu no direito civil: poder-se-ia classificar tal espécie de veículo jurídico de contrato? Pela sua etiologia, a relação jurídica poderia ser enquadrada no setor da teoria contratual.

A primeira observação que deve fazer, buscando resposta para a questão, é a de que, com efeito, o laço pessoal que junte as partes constitui meio permanente de vida para grande parte da população, fazendo-se distinguir de todas as demais relações de direito obrigacional, que, de modo geral, só satisfazem necessidades passageiras⁽⁶³⁾.

De outro lado, releva mencionar a sua maneira de formação que se distingue da formação normal das relações obrigacionais que exigem a participação consentida e livre dos contratantes. O chamado contrato de trabalho tem nascimento mesmo diante da ausência de tal consentimento, passando a ser a relação disciplinada não pelo estatuto que resultaria do encontro de vontades, mas sim por normas legais advindas do Estado.

Não se pode olvidar que o consentimento continua a ser elemento essencial, no negócio jurídico contratual, tanto que adiantam os doutrinadores que sem consentimento não há contrato possível, e em consequência, tampouco haverá contrato de trabalho. "Las normas generales del Derecho en lo tocante a esta materia son aplicables al contrato de trabajo. Los vicios que invalidan el consentimiento invalidan también el que se presta en este contrato"⁽⁶⁴⁾.

Aprofunda-se mais a ausência de contratualidade na relação negocial entre empregado e empregador se observarmos que a liberdade de contratar do obreiro encontra-se limitada ao entabular o negócio, em boa parte, pelas convenções coletivas que pairam sobre as relações de emprego, não lhe dando condições de rejeitar as disposições integrantes do acordo coletivo elaborado pela categoria sindical a que pertence.

Finalmente vamos encontrar mais uma vez o Estado. A ação estatal delimita, rigorosamente, o campo obrigacional, deveres e direitos

(62) COTRIM NETO, embora reconheça ser "por demais sutil a exatificação do instituto jurídico "relação de emprego", em face da confusão que habitualmente se faz entre ele e o próprio contrato de emprego", aventura uma definição geral de relação de emprego: "conjunto de atos executivos do contrato de emprego, e originadores de direitos nitidamente patrimoniais". *Contrato e Relação de Emprego*, Max Limonad, São Paulo, 1944, págs. 26/27.

(63) ERNESTO KROTOSCHIN, *Instituciones de Derecho del Trabajo*, vol. I, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1947, pág. 279.

(64) ALFREDO GAETE B., AIDA BELMAR B. y RENATO BARRUETO H., *Modificaciones Introducidas por el Derecho Social al Derecho Civil*, Editorial Nascimento, Santiago — Chile, 1939, pág. 23.

de ambas as partes, buscando proteger o empregado. Tal proteção, com efeito, recai sobre o empregado, mas furta do empregador, quase que de forma absoluta, a faculdade de estabelecer as cláusulas ou condições essenciais da relação dita contratual.

Por tudo isso foi que o chamado contrato de trabalho afastou-se do direito civil, desgarrou-se dos códigos civis, passando a ter estatuto próprio, de acordo com as suas peculiaridades (65).

Desde há muito tempo, e levando-se em conta sua especialidade, vem sendo reconhecida pela doutrina a inconveniência do tratamento contratual da relação de emprego. Diz GUILLERMO CABANELLAS, a esse propósito, que “el contrato individual de trabajo, por el cual ambas partes contratantes, en un supuesto de igualdad, establecen libremente las cláusulas y condiciones que han de regir sus relaciones jurídicas, ha sido objeto de tremendas críticas por los doctrinarios del Derecho laboral. Frente a el se alzan las convenciones colectivas de condiciones del trabajo en que ya no son individuos aislados los que discuten las condiciones de los contratos, sino que se fijan reglas de orden general por los representantes de los intereses patronales y obreros” (66).

Os próprios autores que advogam a tese da natureza contratual da relação de emprego têm dificuldade ou lançam mão de complicados recursos para convencer da presença dos princípios tipificadores do contrato, na relação.

Diz-se que a liberdade de contratar resume-se no fato de as partes entrarem ou não em vinculação com as normas disciplinadoras da relação de emprego, de celebrar ou não o contrato de trabalho, p.e., se as partes decidem no sentido de relacionar-se, sua liberdade termina muitas vezes neste mesmo momento e todo o resto é uma consequência inevitável. Para conhecer os direitos e os deveres das partes neste caso, é suficiente, em geral, olhar a lei, e não é necessário ir até à vontade íntima dos indivíduos com respeito aos direitos e deveres. A restrição da autonomia da vontade — ainda na linha de pensamento dos contratualistas — mesmo se acentuando, dia a dia, não vem a se reduzir em menosprezo da pessoa humana, nem faz desaparecer aquela autonomia, tendo em vista que o indivíduo-pessoa não existe apenas como uma configuração jurídica abstrata, mas, efetivamente, ocupa uma posição na realidade social. Esses são os argumentos trazidos por ERNESTO KROTOSCHIN (67).

Perfilando entre os contratualistas, o nosso emérito Prof. A. F. CESARINO JR. diz “que o alargamento das disposições imperativas

(65) GUILLERMO CABANELLAS, *Los Fundamentos del Nuevo Derecho*, Editorial Americana, Buenos Aires, 1945, pág. 241.

(66) *Op. cit.*, pág. 238.

(67) *Op. cit.*, pág. 16.

da lei sobre o contrato de trabalho, restringindo a atividade das partes, não desfigura, na relação de emprego, o aspecto contratual, porque a autonomia da vontade estará a manifestar-se através do despontar, tão-somente, do livre consentimento para a formação do negócio" (68). Também não o desfigura a intervenção estatal em benefício do pólo hipossuficiente da relação.

JUAN D. POZZO é também de opinião que a intervenção estatal não atinge, a ponto de destruir, o princípio da autonomia da vontade, porquanto ele busca, unicamente, "evitar que por razones de predominio económico del mas fuerte e también, en ciertos casos, por interés del mismo empleado en obtener mayores ventajas, se abuse del principio de la libertad de contratar, no sólo en perjuicio del empleado, sino también de los intereses colectivos" (69).

Na literatura juslaboralista nacional, um dos autores que melhor enfrentou o assunto foi A. B. COTRIM NETO (70). Mesmo alinhando-se, ao final, com a corrente contratualista, reconhece ele que a relação obrigacional nasce "de uma condição da qual a lei faz depender a aquisição ou perda de direito" a que chamou de relação do emprego.

Como já tivemos ensejo de observar, há, entre juristas de escol, apego de tal forma exagerado à teoria do contrato, que se chega ao ponto de construir as mais irreais teorias para definir o princípio "autonomia da vontade". Isso porque tal princípio é, essencialmente, caracterizador na noção de contrato.

De fato, em alguns casos ou na minoria dos casos de vinculação entre empregado e empregador, quando aquele é portador de certa qualificação profissional e técnica, é dado vislumbrar uma vontade que atua com certa margem de liberdade. O técnico ou o profissional categorizado, de conformidade com a situação do mercado de mão-de-obra, poderá discutir, impor condições para a aceitação ou não do emprego que pretende ocupar. Várias opções lhe são abertas, dando-lhe ensejo de exercer a liberdade de escolha e de discutir as condições de trabalho; mesmo diante de normas provenientes de convenções coletivas e que venham de encontro à sua proteção.

Em casos que tais, não podemos desconhecer ocorrer o exercício da liberdade de contrato, atuando, automaticamente a vontade do empregado, mesmo diante do círculo de restrições impostas pela lei.

Não há desconhecer, então, poder-se falar de relação contratual, de contrato de trabalho, porque presente o elemento, o princípio essencial de tal figura jurídica.

(68) *Direito Social Brasileiro*, Freitas Bastos, 1957, pág. 52.

(69) *Op. cit.*, pág. 528.

(70) *Op. cit.*, pág. 30.

Isso, todavia, só vem de ocorrer nos casos acima mencionados. Quando se trata de empregado sem qualificação, sem instrução técnica, então a situação se inverte; ele sequer consegue emprego, sobretudo em mercado de trabalho de países subdesenvolvidos ou em fase de desenvolvimento.

A situação aqui é diferente. Tem, de um lado, a lei penal: para sua manutenção e da família, se a tem, precisa de trabalho; se não trabalha não pode sobreviver; e todavia não há trabalho, não há quem o queira empregar (71).

É quando o empregado "abocanha" (permita-se a expressão) o primeiro serviço que aparece, da forma que se lhe apresentar, pois ou trabalha ou morre de fome.

A relação de emprego, nessas circunstâncias, poderia ser qualificada como contrato, tendo em vista o elemento ou princípio qualificador desta figura? Onde a liberdade de contratar ou a autoridade da vontade, *in casu*? (72)

Só o desenvolvimento econômico poderá, na proporção em que for apresentando possibilidades de opção para o empregado, oferecer condições reais para o exercício (sempre relativo é claro) da liberdade de contrato e da autonomia da vontade, princípios umbilicalmente unidos.

Enquanto isso não ocorre, deve-se deixar de lado o apego a posições doutrinárias não mais consentâneas com a realidade social e qualificar os fenômenos jurídicos de forma coerente e real.

Comportar-se com realismo e coerência, no plano jurídico-doutrinário, é fazer como o faz RAFAEL CALDERA reconhecendo que em nem toda relação de emprego há contrato de trabalho. Será contrato, enquanto implicar em um acordo de vontade, seguido de mútuas contra-prestações, estipuladas mediante direitos e deveres; será relação de emprego a relação jurídica que venha a surgir de fatos independentes do livre acordo entre as partes e que toma determinadas conseqüências quando se realiza a incorporação do trabalhador a seu trabalho (73).

(71) É a situação de todos os tempos; o operário sem qualificação sempre haverá de estar em tais circunstâncias. Oportuna a referência de FERNAND VAN GOETHEN: "L'esempio classico è fornito di lavoro liberamente dibattuto tra un grande datore di lavoro e un salariato che deve trovare nel lavoro il mezzo per sovvenire ai suoi bisogni più imperiosi: il salariato non può spettare: la fame lo perseguita ed egli deve nutrire sua moglie e i suoi figli". *Op. cit.*, pág. 271.

(72) V. ERNESTO KROTOSCHIN, *op. cit.*, pág. 16.

(73) V. RAFAEL CALDERA, *op. cit.*, págs. 9/10. Vale recordar, como o faz RAFAEL CALDERA, que a doutrina não chegou ainda a unanimidade com relação ao conceito de "relação de trabalho". Diz que "não faltaram, tampouco, discussões sobre a fundamentação da figura jurídica da relação de trabalho".

Daí, outrossim, a sabedoria do legislador da Consolidação das Leis do Trabalho ao apresentar as expressões "Contrato de Trabalho" e "Relação de Emprego", como sinónimos, permitindo a utilização de ambos os *nomen juris* na ocorrência das respectivas hipóteses de incidência.

Nem se diga que ver a relação de emprego sem natureza contratual corresponde a negar a dignidade de pessoa humana do empregado. Pelo contrário, negando-se a contratualidade nos casos em que nada de contratual existe na relação de emprego, dá-se ensejo a que se apliquem as normas cogentes do Estado, estatuídas justamente para dar proteção e garantir a dignidade de pessoa humana do empregado.

Destacamos esse ponto porque, de modo geral, muitos autores, ao abordar o tema, procuram sempre vincular a visão não contratualista a doutrinas totalitárias, a exemplo do que faz POZZO: "La doctrina es, en materia de régimen de trabajo, el reflejo de las doctrinas totalitarias que organizan la empresa sobre las mismas bases del Estado, estableciendo el principio de jerarquía de la empresa e él de la comunidad de exploración o sea la relación entre el caudillo (Führer) y su séquito, de acuerdo al ordenamiento del trabajo fijado por el Estado o Führer de la empresa, sin que la *voluntad* (grifo nosso) de las partes juegue en la relación" (74) (75).

Não procede a reação de POZZO. JOSÉ MARTIN BLANCO, embora reconhecendo, de início, que "la postura nacional socialista, que trató de transfigurar todo el derecho privado", com reflexo na teoria do contrato do trabalho, deu conotação política à teoria da relação de emprego, observa, contudo, que "el valor de tal construcción, si no en el orden práctico de su efectividad, en él que no logró toda su intensidad, es significativo para el orden jurídico privado no sólo en el aspecto terminológico, sino también en él sistemático y en él constructivo de los conceptos e instituciones de derecho" (76).

E mais; a elaboração da teoria de instituição não foi obra somente do direito alemão; tomou forma também na doutrina francesa, através de HAURIOU, como também na Itália com SANTI ROMANO, lembrando RIVA SANSEVERINO que, na teoria institucionalista, não existia absoluta incompatibilidade entre o conceito de contrato e o de instituição, admitindo-se a possibilidade da existência de instituições de origem contratual (77).

(74) POZZO, *op. cit.*, pág. 336.

(75) KROTOSCHIN, *op. cit.*, págs. 280/281.

(76) *El Contrato de Trabajo*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1957, págs. 131/132.

(77) RIVA SANSEVERINO, *Curso de Direito do Trabalho*, tradução de ELSON GUIMARAES GOTTSCHALK, LTr-editora, 1976, págs. 114/115.

A precariedade da autonomia da vontade na relação de emprego forçou a tomada de outras "explicações" de sua natureza, afora a trazida na teoria da instituição.

Da constatação de que a relação de emprego vem se originar na efetiva prestação de serviço, e não no acordo abstrato de vontade e de que, mesmo assim, a prestação de trabalho implica uma conformidade de vontades, ainda que presumida, alguns autores, DEVEALI à frente, chegaram à teoria chamada de "contrato-realidade", hibridismo que buscou conciliar os restos da teoria clássica com a realidade social de nosso tempo (78) (79).

Por fim, refletindo a dificuldade na elaboração de uma teoria coerente e real, surgiu a teoria do "ato-condição", tão bem sintetizada pelo sábio Prof. CESARINO JR.: "Semelhante à teoria do "contrato-realidade" é a do "ato-condição" segundo o qual o engajamento (embauchage) "constitui o ato originário, essencial, base de todas as situações jurídicas". Preleciona, ainda, que "esta doutrina pode basear-se na classificação de DUGUIT, afirmando-se que "a relação de emprego é um ato-condição sob o aspecto material, e um ato-união, sob o formal, o que não exclui a possibilidade de haver relação de natureza contratual entre o empregado e o empregador"; ou ainda, que "a relação de emprego não é de natureza contratual, porque não estabelece, modifica ou suprime normas ou situações jurídicas individuais, subjetivas, não havendo, nela, diversidade de objeto e de fim" (80).

Depois da revisão que se fez de várias teorias; depois da análise que se fez da situação do empregado em diferentes momentos históricos; depois de se acompanhar, de forma resumida, a origem, o apogeu e o momento de crise ou desaparecimento da teoria contratual, outra não poderia ser a nossa conclusão do que aquela a que chegou JAYME LANDIM, em tese apresentada:

"O contrato tende a declinar e a desaparecer, absorvido pela instituição. Não faz mais lei entre as partes. Fáz-la a autoridade pública que, legitimada no seu intervencionismo econômico, pode prescindir do consentimento ao determinar o conteúdo do vínculo. Para o conceito do contrato basta que se atenda à liberdade do consentimento na constituição da relação, não sendo mister, na determinação do conteúdo desta relação, observância da vontade autônoma, que gera o desequilíbrio e desnatura o fim social das convenções privadas" (81).

(78) CESARINO JR., *op. cit.*, pág. 36.

(79) CALDERA, *op. cit.*, pág. 7.

(80) CESARINO JR., *op. cit.*, pág. 37.

(81) Apud NELIO REIS, *Alteração do Contrato de Trabalho*, Freitas Bastos, 4ª edição, pág. 11.

Processo administrativo disciplinar: direito de defesa e controle judicial

SÍLVIO DOBROWOLSKI

Juiz Federal no Ceará. Professor na
Universidade de Fortaleza.

SUMÁRIO

1. Poder disciplinar
2. Meios de exercício do poder disciplinar
3. Uma questão essencial de nomenclatura: processo e procedimento
4. O direito de defesa
5. Abrangência processual de ampla defesa
6. A ampla defesa no processo disciplinar do Estatuto Federal
7. Sugestões para uma configuração legal do processo administrativo disciplinar conforme às exigências da defesa plena
8. O controle judicial
9. Campo de ingerência judicial na esfera disciplinar
10. A jurisprudência e o controle judicial do poder disciplinar
11. Conclusão

1. Poder disciplinar

A Administração Pública, para bem cumprir com suas finalidades, necessita que o pessoal do seu serviço desempenhe as tarefas a si atribuídas com a maior perfeição possível, observando os deveres e proibições definidos pelo ordenamento jurídico. Por isso, se reconhece àquela a faculdade de punir, com a imposição de penalidades, as infrações praticadas pelos servidores ao seu Estatuto. É o **poder disciplinar**.

Por vezes, essa potestade alcança outras pessoas além dos funcionários, pelo fato de ficarem incluídas na atividade ou no estabelecimento público, como os estudantes das universidades oficiais, os presos de penitenciária, ou os internos de hospital, sujeitos, também, a serem punidos pelos atos de indisciplina praticados nessas instituições.

Atento a essa abrangência, HELY LOPES MEIRELLES define o poder disciplinar como “a faculdade de punir internamente as infrações funcionais dos servidores e demais pessoas sujeitas à disciplina dos órgãos e serviços da Administração” (*Direito Administrativo Brasileiro*, 3ª ed., RT, SP, 1975, pág. 94).

Ressalta o caráter interno dessa atribuição exclusiva das autoridades administrativas.

MARCELO CAETANO põe em relevo tal aspecto, ao afirmar que

“a efetivação da responsabilidade disciplinar compete aos superiores hierárquicos do agente responsável. São os superiores que possuem autoridade para manter a disciplina nos serviços, velando pelo cumprimento dos deveres funcionais e pela observância dos fins comuns”. (*Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*, Forense, Rio, 1977, pág. 404).

Os autores são contestes nesse ponto. Assim, para WALINE, “une mesure disciplinaire est une sanction prononcée par une autorité administrative contre un agent public, pour une faute commise dans l'exercice de ses fonctions, ou susceptible de réagir sur l'exercice de ses fonctions” (*Précis de Droit Administratif*, vol. II, Ed. Montchrestien, Paris, 1970, pág. 63).

GASCON Y MARIN é incisivo:

“La responsabilidad disciplinaria es la que internamente exige la Administración a sus funcionarios con el fin, como la misma denominación indica, de mantener la disciplina, base de la organización jerárquica y necesaria en todas las manifestaciones de vida colectiva. **No hay en ella intervención de autoridad alguna extraña**” (os grifos não são do original) (*Derecho Administrativo*, JOSÉ GASCON Y MARIN, tomo 1º, Madrid, 1948, 1ª ed., págs. 307-308).

OVIEDO justifica a exclusividade, com precisão:

“Si la Administración tiene a su cargo el funcionamiento regular de los servicios públicos, siendo responsable del mismo, si es una vasta empresa que no puede funcionar sin la observancia de una fuerte disciplina externa e interna, privarla de un poder sancionador que la mantenga es privarla de defensa y condenar al desorden su labor” (CARLOS GARCIA OVIEDO, *Derecho Administrativo* — 7ª ed., por E. Marinez Useros — EISA ed., Madrid, 1959, vol. I, pág. 211).

2. Meios de exercício do poder disciplinar

O moderno Estado de Direito é uma técnica de convivência, mediante a qual se busca eliminar o arbítrio na ação estatal, através de regulação desta por meios jurídicos.

Por isso, "todas as atividades da Administração Pública são limitadas pela subordinação à ordem jurídica, ou seja, à legalidade. O procedimento administrativo não tem existência jurídica se lhe falta, como fonte primária, um texto de lei" (M. SEABRA FAGUNDES, **O Controle dos Atos Administrativos**, 3ª ed., Forense, Rio, 1957, pág. 113).

É o princípio da legalidade, "conceito mestre" do Direito Administrativo, segundo DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO (**Curso de Direito Administrativo**, vol. II, Ed. Borsoi, Rio, 1971, pág. 281).

A ele deve ficar subordinado o exercício do poder disciplinar, como atividade administrativa que é. "O uso do poder disciplinar não é arbitrário: não o faz a autoridade quando lhe aprouver, nem como preferir", ensina J. GUIMARÃES MENEGALE (**O Estatuto dos Funcionários**, vol. II, pág. 638).

Os administrativistas pátrios indicam, em geral, o **processo administrativo** e os **meios sumários**, como procedimentos para aplicação da potestas disciplinária.

Leia-se, por exemplo, o cearense LUCIANO BENÉVOLO DE ANDRADE:

"O procedimento para a positivação da falta disciplinar depende do caso concreto e da penalidade que deva ser aplicada. (...) inquérito, sindicância ou investigação formal; em outras é suficiente a constatação imediata da falta" (**Curso Moderno de Direito Administrativo**, Ed. Saraiva, SP, 1975, pág. 161).

CRETELLA JÚNIOR igualmente afirma que "a punição disciplinar depende da apuração da falta, mediante processo administrativo ou meios sumários" (**Tratado de Direito Administrativo**, vol. VI, Ed. Forense, Rio, pág. 168; vd. também págs. 164 e 165).

Ao processo administrativo, para fins de demissão do funcionário estável, remete o art. 105, II, da Constituição Federal; e o Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis da União, sem falar dos "meios sumários", o regula a partir do art. 217: "A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover-lhe a apuração imediata em processo administrativo...", embora mais adiante (art. 220) fale em **inquérito**. O Decreto-Lei nº 200, de 25-2-67, estatui, em seu artigo 100:

"Instaurar-se-á processo administrativo para a demissão ou dispensa de servidor efetivo ou estável, comprovadamente ineficiente no desempenho dos encargos que lhe competem ou desidioso no cumprimento de seus deveres."

Identificável, à primeira vista, a falta de precisão terminológica legal e doutrinária, ao mencionar ora processo, ora inquérito administrativo, como forma procedimental para a atuação disciplinar. Os meios sumários, à sua vez, nenhum tratamento jurídico receberam, ao menos, no plano federal.

3. Uma questão essencial de nomenclatura: processo e procedimento

A linguagem comum não distingue entre processo e procedimento. CARNELUTTI já o advertia (*Leciones sobre el Proceso Penal*, t. IV, pág. 3) e tornava claro terem significados distintos em linguagem jurídica, pois por processo dever-se-ia entender o conjunto de atos necessários para a determinação e o castigo do delito, enquanto procedimento serviria para significar um ordenamento de atos predisposto para um fim.

HUMBERTO BRISENO SIERRA (*El Proceso Administrativo en Iberoamérica*, UNAM — Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1968, pág. 122) reporta que o processo dá idéia de unidade ou totalidade, embora possam ser utilizados um ou vários procedimentos para efetivá-la.

O italiano ENRICO REDENTI (*Derecho Procesal Civil*, trad. argentina, Buenos Aires, 1957, tomo I, pág. 87) alude a processo como o desenvolvimento concreto da atividade voltada à tomada de providências jurisdicionais, segundo esquemas formais previstos em lei, denominados de procedimentos.

No Brasil, afirma FREDERICO MARQUES, foi JOÃO MENDES JÚNIOR o primeiro a frisar a diferença, assim ensinando: “uma coisa é o **processo**, outra coisa é o **procedimento**: o processo é a direção no movimento; o procedimento é o **modo** de mover e a **forma** em que é movido o ato (in *Direito Judiciário Brasileiro*, 2ª ed., pág. 298, citado por José Frederico Marques, *Elementos de Direito Processual Penal*, vol. I, 1ª ed., Forense — Rio, SP — 1961, pág. 383). O autor dos *Elementos*, cit., conclui que “atualmente a palavra **processo** traduz a própria jurisdição em exercício: é ele, assim, como disse LASCANO, a própria dinâmica jurisdicional” (pág. 383). Invoca, ainda, a NICETO ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO para lhe transcrever a lição de se caracterizar o processo “pela sua finalidade jurisdicional compositiva de litígio, enquanto que o procedimento (que pode manifestar-se fora do campo processual, como sucede na ordem administrativa ou na legislativa) se reduz a ser uma coordenação de atos em marcha, relacionados ou ligados entre si pela unidade do efeito jurídico final, que pode ser o de um processo ou o de uma fase ou segmento deste” (*id.*, *ib.*).

Resumem-se as noções dos institutos nas idéias de finalidade e de forma. O procedimento é um esquema legal para um fim a atingir; o processo, um dos meios de composição de litígios, servindo à atividade jurisdicional.

Onde órgão estatal aplique a lei para solucionar conflitos jurídicos, ter-se-á um processo, passível de manifestar-se através de um ou vários procedimentos.

Convém frisar superada, modernamente, a atribuição exclusiva de jurisdição a um só dos poderes do Estado. “A especialização inerente à **separação dos poderes**”, nota MANOEL ÇONÇALVES FILHO (*Curso de Direito Constitucional*, 8ª ed. Saraiva, SP, 1979, pág. 78), “é meramente relativa. Consiste numa predominância no desempenho desta ou daquela função. Cada **poder**, em caráter secundário, colabora no desempenho de outras funções, pratica atos teoricamente fora de sua esfera”.

Observada confrontar com o direito de punir disciplinarmente uma pretensão do funcionário à incolumidade do seu *status*, visualiza-se a lide disciplinar, a solver por meio da jurisdição, isto é, através do **processo administrativo disciplinar**.

Em ordem a esclarecer alguma obscuridade ainda remanescente, vale trazer o magistério de MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, acerca da distinção entre processo e procedimento no campo jurídico administrativo. Para o autor paranaense, as “manifestações-atos” deste último “aparecem unilaterais e não se revestem, necessariamente, de expressão exterior ou de motivos que não sejam aqueles, **no momento**, de interesse peculiar ou mesmo exclusivo da Administração”; no **processo**, há o confronto, o litígio, antimanifestações-atos, o desentendimento quanto a efeitos, a não-concordância e a abertura recursal, colocando em choque discutidos interesses ou direitos que envolvem a Administração” (“O Processo Administrativo nos Pressupostos de Positividade Jurídica”, in *Arquivos do Ministério da Justiça*, 141:22-42).

Há de se concluir pela necessidade de ser exercitado o **poder disciplinar** por meio do **processo disciplinar**, com o **procedimento de processo stricto sensu** ou **inquérito**, para aplicação de penas graves, e outros **procedimentos sumários**, para as de sanções de natureza leve. Convinhável seria substituir as expressões **processo stricto sensu** e **inquérito** por **procedimento comum**, como indica a doutrina processual penal, a fim de afastar o equívoco terminológico e excluir a segunda, que lembra mecanismo inquisitório, incompatível com o caráter jurisdicional da atividade administrativa em exame.

4. O direito de defesa

A proscrição do arbítrio no agir do Estado implica em assegurar às pessoas a ele sujeitas possibilidade de se defenderem perante qualquer órgão aplicador do direito. O “*nemo inauditus damnari potest*” é princípio de direito natural, consagrado pelo Constitucionalismo, incluído entre os direitos fundamentais do homem, como se lê na Constituição, art. 153, § 15: “A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes.”

MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO explica que, “embora caibam ao Estado direitos de supremacia, segundo informa Bandeira de Melo, “num Estado de Direito, esses direitos encontram seus limites nos direitos públicos ou privados dos particulares” (OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELO, *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, vol. II, Rio de Janeiro, 1974, pág. 106), porque o Estado-poder jamais deve assumir atividades fora ou acima dos direitos que edita, assegura, tutela e protege” (trab. cit.). Nesta razão, embora caiba à Administração Pública exercitar o **poder disciplinar**, há de fazê-lo com as cautelas necessárias para não ferir o seu próprio ordenamento legal, violando os direitos dos seus funcionários, com aplicação de penas indevidas.

Para tanto, imprescindível permitir ao servidor que se defenda na instância disciplinar, e que o possa fazer amplamente, como quer a Lei Magna

(art. 105, II, *in fine*). É a jurisdicionalização do direito disciplinar, evolução constatada, entre outros, por ROGER BONNARD, conforme citação de THE-MISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, em seu **O Funcionário Público e seu Regime** (vol. II, pág. 292).

Já LABAND afinava com a tendência ao expor:

“Las faltas contra la disciplina son una categoría de faltas profesionales; las penas disciplinarias se presentan como un complemento del sistema de la penalidad pública; el procedimiento disciplinario, como derivado del procedimiento penal ordinario” (apud JOSÉ GASCON y MARIN, **Derecho Administrativo**, Tomo 1 10ª Ed., Madrid, 1948, pág. 308, nota de rodapé).

O Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União consagrou o princípio no seu art. 217, *caput*, ao assegurar “ao acusado ampla defesa”. A aparente restrição do seu parágrafo único fica facilmente superada, ao se considerar que, aí, o legislador se referiu a uma específica modalidade procedimental, como ficou explícito no item 3, *retro*. Em verdade, a norma em análise afirmou a garantia da defesa para qualquer acusado de irregularidade no serviço público; ao tratar dos casos mais graves, instituiu um rito específico, sem revogar a regra geral da cabeça do artigo.

É esta a usual interpretação dos mestres: “Qualquer que seja a hipótese, o empregado tem sempre direito à ampla defesa, a recursos e revisão, pela forma e nos prazos previstos”, declara LUCIANO BENÉVOLO DE ANDRADE (*op. cit.*, pág. 161).

J. GUIMARÃES MENEGALE também propugna entendimento abrangente do preceito constitucional da ampla defesa (**O Estatuto dos Funcionários**, vol. II, Ed. Forense, Rio, 1962, pág. 645). SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA assinala que “a cláusula contemplada” no art. 153, § 15, da Carta vigente deve ser entendida como constitucionalmente assegurada a todo acusado, em qualquer instância, trate-se de processo penal, administrativo ou fiscal” (“A Garantia da Ampla Defesa do Direito Administrativo Processual Disciplinar”, in **Revista de Direito Público**, 19:60/68, pág. 62).

CAIO TÁCITO declara, em síntese extraordinária:

“O poder disciplinar representa o equilíbrio entre a manutenção da moralidade e eficiência do serviço público e a proteção do indivíduo contra a prepotência administrativa. A ordem jurídica, ao mesmo tempo que alarga a discricção do administrador na verificação das faltas e sua repressão disciplinar, cristaliza, na segurança da audiência do acusado, a diretriz de individualização das sanções administrativas” (“Poder Disciplinar e Direito de Defesa”, in **RDA**, 37:345).

AGUSTIN A. GORDILLO refuta, com propriedade, raciocínio de ser válida a orientação apenas quando os fatos não são claros ou merecem punição mais grave. Discorre o mestre argentino:

“El principio de oír al interesado antes de decidir algo que lo va a afectar no es solamente un principio de justicia: es también

un principio de eficacia; porque indudablemente asegura una mejor administración además de a una más justa decisión. El principio se mantiene incólume incluso cuando los hechos sobre los cuales debe decidirse parecen absolutamente claros, y la prueba existente sea contundente y unívoca, porque si la administración tiene en cuenta no solamente razones o motivos de legitimidad, sino también motivos de oportunidad, mérito o conveniencia —principio éste indiscutido en la doctrina y en la práctica—, entonces es meridiano que la voz del afectado, aún en el más claro de los casos, aporta siempre un elemento más de juicio a tener en cuenta para el juzgamiento del mérito u oportunidad del acto” (“La Garantía de Defensa como Principio de Eficacia en el Procedimiento Administrativo”, in *Revista de Direito Público* 10:16/24, pág. 19).

A guisa de conclusão, o precioso argumento de RUBEM RODRIGUES NOGUEIRA:

“Quando o direito natural diz que “ninguém pode ser condenado sem ser ouvido”, implicitamente está prescrevendo a precedência da audição do acusado a qualquer espécie de imputação suscetível de produzir pena” (“Aplicação do Princípio da Ampla Defesa no Procedimento Administrativo Disciplinar” in *Revista de Informação Legislativa*, 53:237/244, pág. 239).

5. Abrangência processual da ampla defesa

O que se deve facultar ao acusado em qualquer processo, a fim de lhe garantir, efetivamente, a plena defesa?

Pressuposto fundamental é o **contraditório**. A instância não pode ser um monólogo; tem de ser dialógica. “O direito de defesa compreende não só a faculdade que tem o réu de contestar a acusação, como ainda o direito de praticar atos processuais que possam criar perspectivas favoráveis ao reconhecimento de sua inocência” (JOSÉ FREDERICO MARQUES, ob. e vol. cits., pág. 378).

Com íntimo vínculo à essa natureza dialogal, a publicidade dos atos processuais, necessária para permitir o controle do efetivo respeito àquela. Segundo JOÃO BARBALHO (*Comentários à Constituição Brasileira*, pág. 323, citado por PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1967*, vol. V, Ed. RT, São Paulo, 1968, pág. 220), “com a plena defesa são incompatíveis e, portanto, inteiramente inadmissíveis, os processos secretos, inquisitoriais, as devassas”.

RECASÉNS SICHES acrescenta mais um elemento, básico, aliás, pois sem ele inexistirá, mesmo, o próprio direito. Diz o jusfilósofo mexicano:

(...) “El derecho que el individuo tiene de ser oído es un derecho calificado por especiales condiciones. Tiene no sólo el derecho de ser oído, sino de ser oído precisamente de modo **público** y con **justicia**. (...) Esta expresión “con justicia” (...) comprende todo aquello que la justicia requiera para que el individuo obtenga una correcta determinación de sus derechos, obligaciones y res-

ponsabilidades; por exemplo, comprende el derecho a la defensa, bien directamente, bien por medio de un abogado libremente elegido por él; el derecho a ser representado por éste, cuando así sea más conveniente para la justicia; el derecho de ser instruido sobre el procedimiento y el significado y alcance de todo sus trámites; el derecho a entender la lengua que se use en el proceso, cuando no sea la suya materna, mediante un intérprete; el derecho a usar él su propio idioma materno; el derecho que las reglas procesales estén inspiradas por principios de justicia, y el derecho a todas las demás medidas o garantías para que su pleito o su causa sea producida u decidida en justicia" (**Tratado General de Filosofía del Derecho**, pág. 571).

Conseqüentemente, o processo há de ser contraditório, público e inspirado por princípio de justiça.

6. A ampla defesa no processo disciplinar do Estatuto Federal

Dois críticas importantes são feitas ao sistema do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União. A primeira, de ter relegado a defesa para depois da fase instrutória, com descompasso evidente quanto ao aspecto dialogal. Aponta-o RUBEM RODRIGUES NOGUEIRA em trabalho já referido:

"A chamada "tendência de jurisdicionalização" no procedimento administrativo disciplinar implica, entre outras coisas, um **contraditório moderado**.

Mas o contraditório, mesmo temperado, está a indicar o cabimento da citação do acusado **antes** e não **depois** de concluída a instrução. É preferível, por mais democrática e mais concorde com a orientação jurisdicionalizante — diz um especialista —, fazer-se a citação antes de iniciada a instrução" (CARLOS S. DE BARROS JÚNIOR, **Do Poder Disciplinar na Administração Pública**, RT, 1972, pág. 172).

Doutra parte, deixou de regular os **meios sumários**; desse modo, "sem procedimento formal, como garantir a participação efetiva do acusado na busca da verdade legal?" (CARLOS ROBERTO MARTINS RODRIGUES, "Do Direito de Defesa no Procedimento Disciplinar", in **RDA**, 128:698/707).

A doutrina procura compatibilizar as disposições estatutárias com os princípios. DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO (**Curso de Direito Administrativo**, vol. II, Ed. Borsoi, Rio, 1971, pág. 66) afirma:

"Os estatutos são livres para regular o procedimento, mas estão adstritos ao princípio do contraditório, erigido pela Constituição Federal.

O dispositivo constitucional fala em **ampla defesa**, o que significa que o funcionário deverá ter pleno conhecimento dos fatos transgressivos que lhe são imputados e das provas colhidas, podendo apresentar a refutação escrita, por si ou por advogado, solicitar provas, bem como usar de recursos."

Para HELY LOPES MEIRELLES ("O Processo Administrativo", in *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, vol. 30:01/19, pág. 7), a fase da defesa "compreende a ciência da acusação, a vista dos autos na repartição, a oportunidade para oferecimento de contestação e provas, a inquirição e reperguntas de testemunhas, e a observância do devido processo legal".

ARMANDO PEREIRA (*Prática do Processo Administrativo*, 2ª ed., Fundação Getúlio Vargas, Rio, 1966, pág. 26) indica ser "de boa norma que a Comissão de Inquérito admita que qualquer pessoa que vá depor o faça acompanhada de defensor e lhe permita participar das diligências, inclusive reinquirir testemunhas. Evitar-se-á, com tal procedimento, que mais tarde se tenha de repetir depoimentos, que podem ser requeridos pelo indiciado, com a finalidade ou a pretexto de instruir sua defesa".

7. Sugestões para uma configuração legal do processo administrativo disciplinar conforme às exigências da defesa plena

O texto do Estatuto da União pede aperfeiçoamento. As regras dos Estados e Municípios demandam unificação, a ser efetivada pelo Poder Central, porquanto incluída em sua competência, já que se trata de legislar sobre direito processual (Constituição, art. 8º, XVII, b), e para o cumprimento de preceito da lei maior (da garantia da defesa) (art. cit., XVII, a).

A estrutura normativa terá de atender aos aspectos ressaltados por AGUSTIN GORDILLO (estudo cit., págs. 21/22).

"1º) Derecho a ser oído, lo que a su vez presupone:

a) publicidad del procedimiento, en un primer aspecto manifestado en el leal conocimiento de las actuaciones administrativas; lo que se concreta en la llamada "vista" de las actuaciones; el "secreto" del procedimiento sólo se justifica en casos excepcionales y por decisión expresa de autoridad competente;

b) oportunidad de expresar sus razones antes de la emisión del acto administrativo y desde luego también después;

c) consideración expresa de sus argumentos y de las cuestiones propuestas, en cuanto sean conducentes a la solución del caso;

d) obligación de decidir expresamente las peticiones y, como corolario de c);

e) obligación de fundar las decisiones, analizando los puntos propuestos por las partes;

f) derecho a hacerse patrocinar por letrado teniendo su asistencia e intervención en todo momento; ya de suyo que el abogado también tiene necesario acceso al expediente y puede efectuar todos los actos procedimentales que corresponden a la defensa de su cliente.

2º) derecho a ofrecer y producir la prueba de descargo de que quiera valerse, lo que comprende:

a) derecho a que toda prueba razonablemente propuesta sea producida aunque deba producirla la propia administración (informes etc.);

b) que la producción de la prueba sea efectuada antes de que se adopte decisión alguna sobre el fondo de la cuestión;

c) derecho a controlar la producción de la prueba hecha por la administración, sea ella pericial o testimonial, como otra manifestación del principio de la publicidad.”

Em matéria de provas, a contraditoriedade ater-se-á a permitir aos acusados que, “a) na fase da **instrução**, apresentem provas fundadas nos fatos argüidos e nas circunstâncias, de vez que em qualquer tipo de processo há de permitir-se o conhecimento dos elementos probantes, esclarecedores da verdade discutida e contestada; b) na fase da **defesa**, a permitida junção de documentos, a inquirição, a realização de diligências e perícias, atendendo a garantias constitucionalizadas e a fim de que, assim, complete-se a instrução contraditória, dentro do processo” (MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, “Processo Administrativo nos Pressupostos da Positividade Jurídica”, in **Arquivos do Ministério da Justiça**, 141:22/42, pág. 41).

Em resumo, para operacionalizar a garantia, consignará a obrigatoriedade da “cientificação do processo ao interessado, a oportunidade para contestar a acusação, produzir prova de seu direito, acompanhar os atos de instrução e utilizar-se também dos recursos cabíveis” (HELY LOPES MEIRELLES, *trab. cit.*, pág. 6).

Consultar, também, SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA, *art. cit.*, item 9, págs. 64/66; MANOEL WALINE, “**Précis...**”, págs. 66/70, que põe relevo na “obligation pour l'autorité administrative d'indiquer dans sa décision des motifs sur lesquels elle fonde” (pág. 70), de visível importância para tornar públicas as causas conducentes à punição disciplinar, por si ou através de profissional habilitado.

Sublinhe-se, ademais, a absoluta necessidade de existir o devido processo legal (due process of law) determinado pela Constituição da República (arts. 105, II, e 153, §§ 15 e 36) (cf. JOSÉ FREDERICO MARQUES, “a garantia do “Due Process of law” no Direito Tributário”, in **Revista de Direito Público**, 5:28/33), como base da imprescindível codificação processual, pois sem ela “indemarcadas ficam as posições nos conflitos em que o Estado é parte, imprecisos os liames entre os litigantes na controvérsia, difícil a apuração da verdade jurídica ante o que se impõe na defesa e na contestação” (MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, *estudo cit.*, pág. 42).

O Estatuto dos Funcionários Civis do Estado do Ceará sintetiza em forma esboçada os **essenciais** garantidores do direito à defesa, merecendo divulgação os artigos atinentes:

“Art. 184 — Assegurar-se-á ao funcionário, no procedimento disciplinar, ampla defesa, consistente, sobretudo:

I — no direito de prestar depoimento sobre a imputação que lhe é feita e sobre os fatos que a geraram;

II — no direito de apresentar razões preliminares e finais, por escrito, nos termos deste Estatuto;

III — no direito de ser defendido por advogado, de sua indicação, ou por defensor público, também advogado, designado pela autoridade competente;

IV — no direito de arrolar e inquirir, reinquirir e contraditar testemunhas, e requerer acareações;

V — no direito de requerer todas as provas em direito permitidas, inclusive as de natureza pericial;

VI — no direito de argüir prescrição;

VII — no direito de levantar suspeições e argüir impedimentos.

Art. 185 — A defesa do funcionário no procedimento disciplinar, que é de natureza contraditória, é privativa de advogado, que a exercerá nos termos deste Estatuto e nos da legislação federal pertinente (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil).

§ 1º — A autoridade competente designará defensor para o funcionário que, pobre na forma da lei, ou revel, não indicar advogado, podendo a indicação recair em advogado do Instituto de Previdência do Estado do Ceará (IPEC).

§ 2º — O funcionário poderá defender-se, pessoalmente, se tiver a qualidade de advogado.”

“Art. 214 — Abertos os trabalhos de inquérito, o Presidente da Comissão mandará citar o funcionário acusado, para que, como indiciado, acompanhe, na forma do estabelecido neste Estatuto, todo o procedimento, requerendo o que for do interesse da defesa.

Parágrafo único — A citação será pessoal, mediante protocolo, devendo o servidor dela encarregado consignar, por escrito, a recusa do funcionário em recebê-la. Em caso de não ser encontrado o funcionário, estando ele em lugar incerto e não sabido, a citação far-se-á por edital, publicado no **Diário Oficial do Estado**, com prazo de 15 (quinze) dias, depois do que, não comparecendo o citado, ser-lhe-á designado defensor nos termos do art. 184, item III, e § 1º do art. 185.

Art. 215 — Citado, o indiciado poderá requerer suas provas, no prazo de 5 (cinco) dias, podendo renovar o pedido, no curso do inquérito, se necessário, para demonstração de fatos novos.

Art. 216 — A falta de notificação do indiciado ou do seu defensor, para todas as fases do inquérito, determinará a nulidade do procedimento.

Art. 217 — Encerrada a fase probatória, o indiciado será notificado para apresentar, por seu defensor, no prazo de 10 (dez) dias, suas razões finais de defesa.

Art. 218 — Apresentadas as razões finais de defesa, a Comissão encaminhará os autos do inquérito, com relatório circunstanciado conclusivo, à autoridade competente para o seu julgamento.”

8. O controle judicial

O Poder Judiciário é a última trincheira na defesa dos direitos individuais (Constituição, art. 153, § 4º: “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”); cabe-lhe impedir qualquer rutura no sistema jurídico, por abuso do poder, com a restauração do império da lei, proscrevendo a arbitrariedade.

Lato é o campo de sua ingerência, tanto que RUI BARBOSA, após indicar a região política como excluída à autoridade da Justiça, explicava serem atos políticos “aqueles a respeito dos quais a lei confiou a matéria à discricção prudencial do poder”, ressaltando que o seu exercício não poderia lesar “os direitos constitucionais do indivíduo, porque em prejuízo destes o direito constitucional não permite arbítrio a nenhum dos poderes” (“Os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal”, apud *Jurídica*, do IAA, 101:238).

Na aplicação das penas disciplinares, ensina DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO (op. e vol. cit. pág. 62), “há uma discreta discricionarieidade do aplicador”. Assim, em certos casos, poderá este escolher entre várias penalidades legalmente relacionadas; noutras hipóteses, as faltas não são tipificadas por inteiro, restando à Administração enquadrar os fatos em conceitos bastante amplos.

Mas, ainda assim, como sempre, “não há nenhum exemplo em que o poder da administração seja inteiramente discricionário: mesmo quando dispõe de um largo poder de apreciação (...), está sempre vinculada, no mínimo, às regras de competência, à obrigação que lhe é imposta de agir com um fim de interesse público e à proibição de fundar a sua decisão em fatos materialmente inexatos ou numa apreciação inquinada por um erro manifesto” (PROSPER WEIL, *O Direito Administrativo*, Livraria Almedina, Coimbra, pág. 122, 1977). Em consequência, pode o Judiciário corrigir possíveis violações administrativas a esses princípios.

9. Campos de ingerência judicial na esfera disciplinar

J. GUIMARÃES MENEGALE sintetiza:

“A ingerência do juiz, convocado a apreciar o resultado de processo disciplinar desenvolvido na esfera da Administração, é, não obstante, exequível, quando se alega, seja a postergação de formas processuais, elementares à garantia da defesa do funcionário, seja a imposição de pena que a lei não prevê, ou inadequada, ou

desproporcional, em prejuízo do funcionário, à falta pela qual responde" (J. GUIMARÃES MENEGALE, *O Estatuto dos Funcionários*, Forense, Rio, 1962, vol. II, pág. 519).

A lição de HELY LOPES MEIRELLES é no mesmo diapasão:

"Deverá, em primeiro lugar, apurar a falta, pelos meios legais compatíveis com a gravidade da pena a ser imposta, dando-se oportunidade de defesa ao acusado. Sem o atendimento desses requisitos, a punição será **arbitrária** (e não **discricionária**) e, como tal, ilegítima e invalidável pelo Judiciário, por não seguir o devido processo legal — "due process of law" — de prática universal nos procedimentos punitivos e acolhido pela nossa Constituição (art. 153, § 15) e pela nossa doutrina" (*Direito Administrativo Brasileiro*, 3ª ed., RT, SP, 1975, pág. 97).

Pode o Judiciário, portanto, conferir se a punição guardou relação com os fatos apurados e com a lei; bem ainda, se foram observadas as regras asseguradoras do direito à defesa.

10. A jurisprudência e o controle judicial do poder disciplinar, quanto à observância ao direito de defesa

10.1) nos procedimentos sumários

O Supremo Tribunal Federal, no RMS nº 1.664, DF, Relator: Min. LUIZ GALLOTTI, decidiu que, **por mais sumária** que seja a apuração da falta, é necessário ouvir o funcionário antes da imposição da pena (RDA, 37:345).

10.2) Nulidade por cercear a defesa: o impedimento ao servidor acusado para acompanhar a instrução.

No RE 87.152-7, Pb. Relator o Min. THOMPSON FLORES, o Excelso Pretório estabeleceu:

"Funcionário autárquico estável. Demissão fundada em inquérito administrativo.

Nulidade conseqüente ao manifesto cerceamento de defesa quando a Constituição impõe que seja ampla. Efeitos.

II. Realizado o inquérito fora da sede e em Capital distante da repartição onde o servidor exercia sua atividade e cabia a coleta das provas, obstando que pudesse acompanhar todos os termos do procedimento, acarretando-lhe o cerceamento de sua defesa, invocado em vão, certo não pode prevalecer tal inquérito, que culminou com a aplicação da pena máxima.

III. Recurso extraordinário conhecido pela manifesta contrariedade ao art. 189, II, da Constituição de 1946, mantido pela de 1967, art. 103, II, e repetido na vigente, art. 105, II, e provido."

10.3) Direito à vista pelo advogado dos autos de processo administrativo, fora da repartição.

Deferiu-o o Colendo Tribunal Federal de Recursos na apelação em Mandado de Segurança nº 79.018-MG, Rel. Min. CARLOS MARIO VELOSO, como se lê em sua ementa:

“Advogado — Processo Administrativo — Direito de vistas fora da Repartição — Lei nº 4.215/63, art. 89, XVII.

I — Tem o advogado, legalmente constituído defensor de indiciado, em processo administrativo, direito de vista dos autos fora da repartição.

II — Recurso desprovido.”

10.4) Necessidade de citação pessoal.

É preceito geral de direito processual que a citação do acusado deve ser feita, se possível, pessoalmente. O chamamento edital não tem cabimento quando resultar de comodidade da Administração, afirmou a 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, no AMS 51.903-GB, Rel. o Em. Min. MOACIR CATUNDA, *verbis*:

“A citação pessoal da parte que tenha endereço certo, conhecido, constitui imposição tanto do direito comum, como do especial. A citação edital, mandada fazer por razões de mera comodidade, com infringências de normas legais expressas, e cerceamento do direito de defesa da parte, conduz à consequência de nulificar o processo administrativo.”

10.5) Compreensão do direito de defesa.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina (Jurisprudência Catarinense, vol. 9/10, pág. 72) especificou alguns direitos processuais imprescindíveis à efetividade da defesa plena, constantes da ementa do acórdão:

“Processo administrativo disciplinar. Ausência de defesa. Confirmação da sentença. O processo administrativo é meio regular de apuração e punição de faltas funcionais, no âmbito interno da administração. Nele a defesa deve ser ampla, devendo entendê-la como a **vista do processo do acusado, com a faculdade de resposta e de produção de provas contrárias à acusação**”.

11. Conclusão

Se o arbítrio administrativo tem de ser proscrito no Estado moderno, para efetivação da Justiça, o exercício do poder disciplinar precisa ser jurisdicionalizado, com a codificação das correspondentes normas processuais, acordes aos princípios gerais do processo; em particular, o da garantia da defesa plena.

Ao Poder Judiciário caberá o exame do ato disciplinar, desde que haja violação, clara ou oblíqua, à legalidade subordinante da Administração, em especial, desse básico preceito constitucional.

O ECAD

(Escritório Central de Arrecadação e Distribuição)

mudou o panorama da cobrança do direito de autor no Brasil

ANTÔNIO CHAVES

Diretor da Faculdade de Direito e 1.º Pró-Reitor da USP. Vice-Presidente do Conselho Nacional do Direito de Autor (CNDA). Presidente do Instituto Interamericano do Direito de Autor (IIDA). Representante da UBC no Congresso da CISAC de Dakar.

S U M Á R I O

1. *Instituição do ECAD. Precedentes*
2. *Organização*
3. *Estatutos*
4. *Críticas e refutação*
5. *Natureza jurídica*
6. *O ECAD mudou o panorama da cobrança do direito de autor no Brasil*
7. *Precariedade do pagamento dos direitos relativos a obras estrangeiras*
8. *Uma sugestão: estudos para viabilizar uma Câmara de Compensação (Clearing House)*

No XXXII Congresso da Confédération Internationale des Sociétés d'Auteurs et Compositeurs, que teve lugar em Dakar, de 3 a 7-11-1980, a posição do Brasil, no que diz respeito à remessa dos proventos relativos à execução de músicas e canções estrangeiras, foi duramente atacada. Pedimos, então, a palavra para fazer, em dez minutos, um breve apanhado dos elementos aqui desenvolvidos.

1. Instituição do ECAD. Precedentes

Fonte primacial da atual Lei nº 5.988, de 14-12-1973, o anteprojeto de Código de Direito de Autor do Desembargador MILTON SEBASTIÃO BARBOSA, publicado em suplemento ao nº 113 do *Diário Oficial*, Seção I, Parte I, de 16-6-1967, continha a proposta da criação de um Escritório Central de Arrecadação (ECA) que, segundo a respectiva Exposição de Motivos, seria o ponto crucial do sistema, no que tange à disciplina de arrecadação dos proventos dos direitos de autor e conexos.

Nas discussões travadas pela Comissão Revisora, tivemos oportunidade de sustentar que tal Escritório manteria todos os inconvenientes administrativos decorrentes da multiplicidade de associações: vários órgãos diretores, filiais a serem estabelecidas nas principais cidades, grande número de funcionários com as conseqüentes ingentes despesas administrativas, burocratização fatal no funcionamento desse aparelho.

Preferíamos dar ao CNDA maiores somas de poderes de verificação e rigorosa fiscalização das associações de direito de autor, garantindo a elas, por essa forma, uma participação mais efetiva no sistema.

Semelhante orientação foi acolhida no projeto revisto pela comissão específica de que fazíamos parte com o próprio Desembargador – (o terceiro membro, Ministro CÂNDIDO MOTTA FILHO, entregou contribuição divergente, que não cogitava de qualquer inovação), projeto revisto esse que foi apresentado pelo Senador FRANCO MONTORO como Emenda Substitutiva nº 1, publicada no *Diário do Congresso Nacional*, de 8-12-1973, e em nosso *Nova Lei Brasileira de Direito de Autor*, São Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1975 – e que, por isso mesmo, não sufragou a idéia.

Antecipando-se à entrada em vigor da lei, a maioria das sociedades autorais existentes: UBC, União Brasileira de Compositores; SBAT, Sociedade Brasileira de Autores Teatrais; SBACEM, Sociedade Brasileira de Autores, Compositores e Escritores de Música; SADEMBRA, Sociedade Arrecadadora de Direitos de Execução Musical do Brasil, por si e pelas sociedades autorais cujos repertórios estão sob sua fiscalização, formaram o Serviço de Defesa do Direito Autoral (SDDA) – Bureau de Cobrança.

Seu Conselho Diretor, em sessão de 27-7-1966, aprovou uma tabela de preços, que foi publicada no *Diário Oficial*, de 26-8-1966, com apoio em decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida no Recurso de Mandado de Segurança nº 714, *Diário da Justiça*, de 28-9-1944, págs. 4.414 a 4.417, reconhecendo caber aos autores a faculdade de estabelecer, livremente, o preço de seus direitos.

2. Organização

O alvitre centralizador foi, no entanto, aceito pela Lei em vigor nº 5.988, de 13-12-1973, que determinou que as associações de titulares de direitos do autor e dos que lhes são conexos, amplamente prestigiadas pelos arts. 103 e segs., se integrassem, no prazo de 120 dias a partir da data da instalação do Conselho Nacional de Direito Autoral (art. 133), consoante as normas a serem estabelecidas pelo CNDA, num Escritório Central de Arrecadação e Distribuição

(ECAD) dos direitos relativos à execução pública, inclusive através da radio-difusão e da exibição cinematográfica, das composições musicais ou lítero-musicais e de fonogramas (art. 115), com o objetivo de viabilizar um princípio de elementar racionalização, adotado há decênios nos principais países do mundo, que evita multiplicidade de repertórios pertencentes a várias entidades, e, pois, que sejam impingidos “pacotes” de produções, a maioria das quais sem interesse; rivalidades, disputas de mercado, “arreglos”, que só enfraquecem aquelas entidades frente aos grandes consumidores. Reduz, além do mais, as despesas de administração, redundando tudo em maior e melhor distribuição de proventos aos interessados.

Determinou o art. 11 do Decreto nº 76.275, de 15-9-1975, que organiza o Conselho Nacional de Direito Autoral, e dá outras providências, que, uma vez instalado, o Conselho elaborasse o seu regimento interno, “bem como as normas relativas à constituição, funcionamento e fiscalização do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição”.

Para compor o Conselho Nacional de Direito Autoral (CNDA), “órgão de fiscalização, consulta e assistência”, criado pela mesma lei, foram nomeadas nos termos do Decreto nº 84.252, de 28-11-1979, sem qualquer critério demagógico ou paternalista, pela primeira vez na história do País, pessoas realmente versadas na matéria: um representante do MEC; um representante do MT; um representante do MRE; sete especialistas, dos quais três escolhidos mediante indicação, em listas tríplices, pelas associações de titulares de direitos autorais, e três conselheiros suplentes, um dos quais pelo mesmo critério.

Órgão até então quase que inoperante, o CNDA, em sessão plenária do dia 14-5-1980, baixou a Resolução nº 19, que, ab-rogando a anterior nº 1, de 6-4-1976, “altera e consolida normas relativas a organização, funcionamento e fiscalização do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição”.

Traçando normas relativas à organização e ao funcionamento do ECAD, bem como a sua fiscalização pelo CNDA, dispôs a Resolução, no art. 2º, caber ao mesmo “autorizar a utilização de obras intelectuais, tanto em relação a direitos de autor, como aos que lhes são conexos delas decorrentes, arrecadar e distribuir as retribuições oriundas dessas utilizações, com amplos poderes para atuar judicialmente ou extrajudicialmente em nome próprio para a consecução de suas finalidades, cumprindo às Associações de Titulares de Direitos de Autor e dos que lhes são conexos a defesa destes direitos, tanto na esfera moral quanto patrimonial das obras de seus associados, mandantes ou representados, sem prejuízo das demais atividades de assistência social, estímulo à criação intelectual e outras que possam ser relacionadas nos seus estatutos, em benefício dos associados, respeitadas as normas estabelecidas pelo CNDA”.

Exigiu, ainda, adequasse o ECAD, dentro de 30 dias da publicação da mesma Resolução, o seu Estatuto às suas disposições, submetendo-o, nesse prazo, à aprovação do CNDA, para que adquirisse vigência. Seria, também, de 30 dias o prazo concernente à confecção do Regimento Interno do ECAD.

As associações estrangeiras que administrarem os direitos de competência daquele Escritório deverão outorgar poderes a uma das Associações vinculadas ao ECAD.

Reserva o art. 5º ao ECAD, com exclusividade:

a) autorizar a utilização, arrecadar e distribuir os direitos relativos à apresentação e execução pública, bem como espetáculos públicos, inclusive desportivos e audições públicas mesmo que através da radiodifusão e da exibição cinematográfica, nos termos do art. 73 da Lei nº 5.988/73, recolhendo, por agência bancária ou postal, o valor dos direitos de autor e dos que lhes são conexos;

b) arrecadar, na forma autorizada pelo CNDA, os valores devidos pela utilização das obras de domínio público a que alude o art. 93 da citada lei.

Os arts. 6º a 17 traçam normas relativas às diretrizes que devem obedecer os Estatutos do ECAD: composição de sete coordenadorias; os órgãos estatutários; Assembléia Geral, Comissão Diretora e Comissão Fiscal; eleições, reuniões remuneração dos membros da Comissão Diretora e da Comissão Fiscal.

Dentre os dispositivos mais importantes, merece ser destacada a indicação de que os recursos para a manutenção do ECAD e de suas atividades operacionais provirão de percentual deduzido da arrecadação bruta dos direitos de autor e dos que lhes são conexos a juízo do CNDA, que poderá, também, autorizar verbas adicionais para atender comprovadas e relevantes necessidades do Escritório (art. 18), destinado às Associações de Titulares de Direito de Autor e dos que lhes são conexos um percentual, a ser fixado pelo CNDA, a ser distribuído às Associações em função dos direitos dos seus associados, sendo que nos casos de vinculação direta dos próprios titulares do ECAD, este mesmo percentual será retido pelo Escritório (art. 19 e seu parágrafo).

Pelo art. 20, os direitos arrecadados, deduzidos os percentuais previstos, serão integralmente pagos, através das Associações vinculadas ao ECAD, vedada às mesmas qualquer dedução sobre os valores a serem distribuídos, salvo as obrigatórias por lei e as que sejam expressamente autorizadas pelos titulares.

Nos termos dos arts. 21-24, as Associações e os titulares não filiados a nenhuma delas são obrigados a renovar e atualizar, junto ao ECAD e ao CBI, do CNDA, o cadastro de obras musicais dos seus Associados e das obras sob seu controle, fornecendo os dados que lhes forem solicitados, desde que fixado pelo CNDA o numerário necessário a esta providência.

O ECAD ficou obrigado a submeter ao CNDA, no prazo de 90 dias, um plano de distribuição detalhado, visando aperfeiçoar o sistema atual e submeter-lhe, em igual prazo, os critérios, sistemas e valores em que baseará a cobrança unificada, podendo atualizar os seus preços, semestralmente, segundo as variações das Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional – ORTNs.

Quaisquer alterações nos critérios e sistemas deverão ser previamente autorizadas pelo CNDA, ao qual o ECAD apresentará relatórios e balancetes bimestrais.

Determina o art. 26, *caput*, apresente o ECAD ao CNDA, até trinta de março de cada ano, em relação ao ano anterior:

- a) relatório anual de suas atividades;
- b) cópia autenticada dos balanços;

- c) relação das despesas efetuadas;
- d) relação das quantias repassadas às associações;
- e) relação dos titulares diretamente vinculados ao ECAD;
- f) relação das Associações vinculadas ao Escritório.

É vedado ao ECAD efetivar adiantamento ou empréstimos de bens ou valores às suas associadas ou titulares de direitos autorais, ainda que por conta de futuras distribuições, salvo com prévia autorização do CNDA, devendo as quantias destinadas à distribuição aos titulares ser, obrigatoriamente, depositadas em contas do ECAD em estabelecimentos bancários oficiais.

O ECAD só poderá ser dissolvido nos termos do § 28 do art. 153 da Constituição Federal.

Finalmente, pelo art. 30, as Associações já autorizadas pelo CNDA a funcionar no País, deverão, dentro de 15 (quinze) dias da publicação desta Resolução, ingressar como associadas no ECAD.

As Associações que, naquela data, arrecadavam e distribuíam, diretamente, poderiam manter essas atividades até 31 de dezembro de 1980, cabendo ao ECAD efetuar-las após essa data, na forma regulada pelo CNDA.

3. Estatutos

Elaborados, com base na Resolução do CNDA nº 19, de 20-5-80, por todas as associações de titulares de direitos autorais autorizadas a funcionar no País (menos a SBAT — Sociedade Brasileira de Autores Teatrais, que se recusou a participar), os estatutos do ECAD, aprovados pela Resolução nº 20, do CNDA, publicados no *Diário Oficial* da União, de 8-9-1980, págs. 17.772-17.774, são constituídos por 63 artigos, distribuídos em 10 Capítulos.

O Cap. I, *Das Disposições Preliminares* (arts. 1º — 4º), define:

“Art. 1º — O Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, que adota na sua denominação a sigla ECAD, é uma associação civil sem finalidade lucrativa, constituída e organizada com prazo de duração indeterminado, por Associações de Titulares de Direitos do Autor e dos que lhe são conexos, na forma do que preceitua o art. 115 da Lei nº 5.988, de 14-12-73.”

Indica sua sede e foro e especifica ter por finalidade, no território nacional, com exclusividade, conceder a autorização, bem como efetuar a arrecadação e distribuição dos direitos de autor e dos que lhe são conexos, relativos a drama, tragédia, comédia, composição musical, com letra ou sem ela, obras de caráter assemelhado, fonograma, videofonograma e interpretação não musical, decorrentes das seguintes utilizações, verificadas nos locais de frequência coletiva, relacionados no parágrafo 1º do art. 73, da Lei nº 5.988/73: execução pública, inclusive através da exibição cinematográfica; transmissão e retransmissão de organismos de radiodifusão; representação teatral e espetáculo desportivo público, com entrada paga.

“Art. 3º —

Parágrafo único — O ECAD, conforme o autorizado pelo CNDA, exercerá com exclusividade as funções pertinentes à arrecadação de direitos de autor, e dos que lhe são conexos, sobre obras de domínio público, nos termos a que alude o artigo 93 da Lei nº 5.988, de 14-12-73.”

O Cap. II, *Das Associações e dos Titulares de Direito*, esmiúça:

“Art. 6º — As Associações de titulares de direitos de autor e dos que lhe são conexos, cuja natureza esteja compreendida na finalidade do ECAD, poderão a este se associar, desde que atendam aos seguintes requisitos:

- a) ter sido autorizada a funcionar pelo CNDA;
- b) estar registrada como pessoa jurídica no cartório competente e inscrita no Cadastro Geral de Contribuintes do Ministério da Fazenda;
- c) apresentar, conforme o caso, a relação dos membros da Diretoria, dos sócios, das obras, dos fonogramas ou videofonogramas, das interpretações não musicais e dos espetáculos desportivos públicos.

Art. 7º — O ECAD transferirá às suas Associadas as quantias correspondentes aos percentuais a elas atribuídos e fixados pelo CNDA, na proporção dos valores brutos relativos à arrecadação de seus sócios e representadas.

§ 1º — O percentual referido no *caput* deste artigo não será considerado sobre as quantias arrecadadas pelo ECAD a favor do CNDA, pela utilização de obras de domínio público.

§ 2º — Todos os resultados eventuais, englobando juros e correção monetária decorrentes de valores oriundos da conta de direitos a serem distribuídos, serão destinados à instalação, administração e consolidação do ECAD.”

Aponta os direitos e os deveres das Associadas.

O Cap. III, art. 18, especifica serem *órgãos do ECAD*: a) Assembléia-Geral; b) Comissão Diretora; c) Comissão Fiscal, tratados respectivamente, nos Capítulos IV, V e VI.

O Cap. VII indica a *competência da Coordenadoria Geral*; o VIII prevê a criação, pela Comissão Diretora, de *departamentos especializados*; o IX regula a *fiscalização e escrituração* e, finalmente, o X, *Das Disposições Gerais e Transitórias*, regulamenta o fundo social, a eventual dissolução do ECAD nos termos do § 28 do art. 153 da Constituição Federal (apenas em virtude de decisão judicial), a destituição dos membros ou suplentes das Comissões Diretora e Fiscal, determinando ainda:

“Art. 54 — O ECAD manterá, para fins de servirem como repositórios de dados indispensáveis à distribuição, *cadastros de titulares*

de direitos, com as suas vinculações às Associadas e das obras intelectuais protegidas pelo ECAD.

§ 1º — Os cadastros serão apropriados e separados segundo a natureza do respectivo direito de autor e dos que lhe são conexos.

§ 2º — O cadastro de dados para a distribuição e o cadastro de dados para a arrecadação serão objeto de regulamentos específicos.

Art. 55 — *A arrecadação dos direitos de autor e dos que lhe são conexos será efetuada através de uma ou mais instituições do Sistema Financeiro*, agências postais, ou ainda através de documentos em forma autorizada pelo CNDA, previsto pelo § 2º do art. 73 da Lei nº 5.988, de 14-12-1973.” (Grifos nossos.)

“Art. 59 — A fixação e a atualização da remuneração cobrada pelo ECAD, em razão de utilização de obras intelectuais, e as decorrentes do direito de arena, levarão em conta o direito assegurado aos respectivos titulares de livremente as estabelecerem, devendo sempre serem observadas as normas aplicáveis à espécie e as variações do poder aquisitivo da moeda, segundo padrões semestrais.

Parágrafo único — As retribuições decorrentes dos direitos de autor e conexos, administrados pelo ECAD, serão calculadas com estrita observância dos valores determinados pelo consenso das Associadas que controlam direitos da mesma natureza.”

Tais estatutos antecedem três outros documentos:

- a) o regimento interno do ECAD;
- b) o regulamento de distribuição de direitos de autor e conexos; e
- c) a fixação dos critérios, sistemas e valores para a arrecadação desses direitos.

Todos esses documentos, que complementam o desenho da nova estrutura do Escritório, uma vez aprovados pelo CNDA, facilitarão os trabalhos das eleições do novo quadro de dirigentes — ocorridas no final de 1980, para que se realizassem dentro da nova ordem estabelecida.

Pelo simples exame dos estatutos do ECAD, anota JOSÉ CARLOS COSTA NETTO serem mudanças fundamentais, entre outras:

a) a centralização da arrecadação: o que antes funcionava somente para a música vai, a partir de 1981, funcionar para áreas não atendidas de titulares de direitos de autor e conexos;

b) foi criada a figura da “assembleia geral” — órgão supremo do ECAD, na orientação de suas atividades. Será realizada, ordinariamente, uma vez por ano e extraordinariamente, quantas for necessário, e integrada por todas as associações que compuserem o Escritório;

c) foi ampliado para sete o número de integrantes da “Comissão Diretora” (antes conselho diretor), que administrará o Escritório — um presidente, um vice-presidente, um secretário e quatro diretores para assuntos especiais;

d) foi criada a "Comissão Fiscal" — para acompanhar e fiscalizar as atividades do Escritório;

e) no aperfeiçoamento operacional do Escritório foram criadas sete coordenadorias (executivas): uma geral, e outras: administrativa, financeira, de arrecadação, de distribuição, de serviços jurídicos e de cadastro;

f) foi criada a figura dos "departamentos" — especializados para a administração dos direitos autorais segundo as suas respectivas naturezas e peculiaridades — para garantir tratamento diferenciado a cada modalidade de direito de autor ou conexo, segundo a orientação dos respectivos titulares, representados por sua associação;

g) foi ressalvado o direito de o autor se filiar diretamente ao ECAD;

h) foi adotado o princípio da proibição de uma mesma pessoa ser — ao mesmo tempo — empregado do ECAD e de quaisquer das associações filiadas;

i) foi reafirmado o princípio de a sede do ECAD ser no Distrito Federal (Brasília), para garantir a sua absoluta neutralidade: a comissão diretora e o funcionamento de todas as coordenadorias serão na capital do País.

"Assim, — conclui — lançadas as bases de reestruturação do ECAD com os presentes estatutos, será finalizado o plano de arrecadação (para aumentá-la sem sobrecarregar o pequeno usuário) e distribuição (para aperfeiçoá-la, atendendo, também aos direitos até agora marginalizados como, por exemplo, o do músico e do ator)."

Esses documentos remanescentes (o regimento interno do ECAD e os novos planos de arrecadação e distribuição), uma vez terminados, alterarão — estruturalmente — e aperfeiçoarão a atividade de cobrança e repartição dos direitos de autor e conexos no País.

Desde dezembro de 1980, após a eleição dos novos quadros do ECAD, tais reformulações já começaram a ser implantadas a nível nacional.

4. *Críticas e sua refutação*

A firme determinação da implantação de um sistema tão inovador dos vícios de arrecadação, a exigência da indicação dos repertórios de cada entidade, uma sadia e drástica redução das despesas de "administração", a implantação de um desusado rigor de fiscalização, haviam fatalmente de desagradar a centenas de pessoas que até então usufruíam uma liberdade de ação sem limitação e sem controle.

Dentre as muitas críticas que sofreu a Resolução nº 19, três são as principais.

A primeira é a de que o art. 73 da Lei nº 5.988 se destinaria exclusivamente às composições musicais e lítero-musicais, não tendo, pois, o novo órgão competência para imiscuir-se com relação às obras teatrais.

Na verdade, a princípio, na gestão anterior do CNDA, o ECAD preocupou-se apenas com as execuções musicais, pressionado, talvez, pelas reivindicações

dos compositores e dos artistas, reclamando muito os primeiros contra as sociedades arrecadadoras.

Com a aprovação da Resolução nº 19, que procurou atender a todos os demais setores da produção intelectual, a direção da Sociedade Brasileira de Autores Teatrais (SBAT) sentiu-se atingida na sua prerrogativa de arrecadar direitos de seus associados, alegando que sua ação teria sido "usurpada", e não aceitando que ao ECAD fosse reconhecida a possibilidade de autorizar a utilização da obra.

A simples transcrição do aludido dispositivo mostra a total falta de base do argumento:

"Art. 73 – Sem autorização do autor, não poderão ser transmitidos pelo rádio, serviço de alto-falantes, televisão ou outro meio análogo, representados ou executados em espetáculos públicos e audições públicas, que visem a lucro direto ou indireto, drama, tragédia, comédia, composição musical, com letra ou sem ela, ou obra de caráter assemelhado..."

É claro que, embora referindo-se o *caput* do dispositivo às retransmissões das execuções, o inteiro contexto também abrange os próprios "espetáculos públicos e audições públicas" a que se dirige.

Ou será que uma peça teatral não é representada ou executada em espetáculos públicos, visando lucro, nem é drama, tragédia ou comédia, ou ainda obra de caráter assemelhado?

Reiteradamente tem manifestado o Presidente do CNDA, JOSÉ CARLOS COSTA NETTO, que, longe de ter a sociedade arrecadadora seu trabalho limitado, contido e restrito, a idéia é acrescentar esse trabalho a uma estrutura maior, mais segura e mais abrangente.

A centralização não muda nada, a não ser o fato de existir uma centralização. Os critérios de distribuição de cada sociedade, por exemplo, serão mantidos totalmente, desde que o autor e a sociedade assim desejarem.

A sociedade é que, integrando o ECAD, resolverá todas as questões referentes à sua área específica.

"O músico terá outra oportunidade e outra situação, o ator o mesmo; pensamos em, mais tarde, incluir o atleta, os fotógrafos. O ECAD é um escritório controlado pelas próprias associações de classe. Se cada uma delas tivesse de montar uma máquina arrecadadora, levaria anos e haveria os problemas de hoje: muitos cobrando, de forma confusa e com critérios diferentes."

Incorporando-se ao ECAD, a SBAT continuaria com as mesmas funções atuais, pois haveria um departamento de teatro controlado e dirigido por ela; "Tudo será feito da maneira pela qual decidir o departamento teatral do ECAD, controlado pela SBAT ou por outras associações de direito do autor do teatro que surgirem. Poderão até pagar da mesma forma que se paga hoje."

Mas a verdade é que, longe de prejudicar os autores teatrais, a filiação da SBAT ao ECAD (que, de resto, é uma imposição da lei: o que adianta,

pois, discutir) só os beneficiária, reconhecido não estar ela estruturada para cobrar os direitos do cenógrafo e do coreógrafo (que não deixam de ser autores ligados à arte teatral).

Na televisão, por exemplo. Se eles são autores e a SBAT, em termos de representação, é a sociedade competente, a quem caberia esta arrecadação e distribuição?

Ainda de acordo com a Resolução nº 19/80, do ECAD, por serem direitos conexos.

A segunda objeção é contrária às expressões contidas no art. 2º da Resolução nº 19, que, tomadas ao pé da letra, dariam a entender que "... *cabe ao ECAD autorizar a utilização* de obras intelectuais", bem como arrecadar e distribuir os direitos delas decorrentes, parecendo arvorar a entidade em árbitra de conceder ou não, a seu talante, permissão para que as obras intelectuais sejam aproveitadas.

Não é essa, evidentemente, a intenção, ainda que as expressões não sejam felizes.

A *autorização* considerada não é a do ECAD, por si, mas como representante do próprio titular do direito, ou da associação à qual ele pertença, que por intermédio do ECAD, concederão ou não permissão para a utilização da obra.

Como as associações comandam o ECAD, compartilham em termos decisórios. Como o ECAD é uma associação de associações, que por sua vez é composta pelos titulares de direito autoral, a autorização no final vai caber ao próprio autor, intérprete ou executante.

Aos receios de que, integrando-se ao ECAD, a SBAT ficaria sob fiscalização do governo, o presidente do Conselho lembra que, desde a criação do CNDA — há quatro anos —, a associação já está sob o controle e a fiscalização do governo. "Há quatro anos a SBAT envia seus balancetes, como também o próprio ECAD, para aprovação do Conselho".

O fato de a SBAT ficar fora da lei prejudica as demais oito sociedades que fazem questão de integrar o sistema, e só trará confusões, uma vez que o ECAD arrecadará os direitos conexos do teatro — atores, música etc. —, cujas sociedades o integram. O que, em sua opinião, dificultará ainda mais o esquema do empresário que está utilizando uma peça teatral; o custo de arrecadação para a SBAT ficará alto, entre outros problemas.

"O nosso único objetivo — reafirma — é defender o direito marginalizado e aperfeiçoar o que já está em boa situação."

A terceira objeção, a mais veementemente apresentada e repetida até a exaustão e com ainda menor fundamento, é a de que pelo ECAD estaria sendo promovida a *estatização* das associações de cobrança de direitos autorais e conexos, quando, na verdade, prestigiando-o, outra coisa não faz o CNDA senão aplicar a legislação específica em pleno vigor.

O ECAD não passa de uma sociedade civil: seu âmbito não é governamental; o governo outra interferência não teve senão determinar a sua cons-

tituição. Limita-se, como as demais associações de direitos autorais, pelas quais é constituído, à arrecadação que, quando não é relativa aos filiados diretos, repassa às demais associações, facilitando-lhes o serviço e diminuindo a responsabilidade.

Como as demais, está subordinado ao Conselho Nacional de Direito Autoral, que fixa as normas para unificação dos preços e sistemas de cobrança e distribuição de direitos autorais.

É o suficiente para demonstrar que o ECAD não pertence ao CNDA, e, portanto, não é órgão do Governo: centraliza apenas a arrecadação e distribuição dos direitos de execução pública de obras musicais, a serviço, em última análise, das próprias associações.

“Um país que não procure dar solução global e comunitária ao criador intelectual — teve oportunidade de ressaltar o Desembargador MILTON SEBASTIÃO BARBOSA, em pronunciamento de 2-7-1980 —, um país que vise proteger apenas grupos e não a comunidade, um país que faça distinção entre o literato, o cientista, o compositor, o teatrólogo, o fotógrafo, o jornalista, o pintor, o arquiteto, o escultor e o artista, seja ele o ator, o locutor, o narrador, o declamador, o cantor, o bailarino, o coreógrafo, o músico e tantos outros criadores da obra da inteligência e do talento — presente de Deus aos predestinados — estará fugindo à sua responsabilidade, denegrindo a sua imagem no concerto das nações humana e politicamente organizadas.

A Lei nº 5.988 é lei de ordem pública. Visa dar efetiva proteção ao criador intelectual, assim como, as leis denominadas trabalhistas visam dar proteção aos trabalhadores em geral. Sem prejudicar as demais classes, a Lei nº 5.988 visa ordenar, regularizar, harmonizar interesses conflitantes. Chamá-la de estatizante é procurar confundir deliberadamente ordem com desordem, é advogar o caos, é desconhecer o seu sentido moralizador, é, à guisa de incensar a liberdade, estimular a irresponsabilidade.”

5. Natureza jurídica do ECAD

Sem finalidade de lucro, funcionando desde janeiro de 1977, a natureza jurídica do ECAD foi amplamente discutida perante o Tribunal Federal de Recursos.

“Em primeiro lugar”, acentuou o Ministro ARMANDO ROLLEMBERG, “a entidade mandada organizar pelo art. 115 é de natureza *sui generis*, porque formada por associações determinadas, não em razão de livre vontade destas e sim em atenção a determinação legal e com objetivo restrito, tal seja, a arrecadação e distribuição de direitos autorais”. Por outro lado, “a norma constitucional (refere-se ao § 28 do art. 153 da Constituição brasileira) protege a liberdade de associação”. Por isso mesmo, possivelmente, é que PONTES DE MIRANDA, ao comentá-la, escreve:

“No sentido do texto brasileiro, associação é toda coligação voluntária de algumas ou muitas pessoas físicas, por tempo longo, com o

intuito de alcançar fins (lícitos) sob direção unificante” (*Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda Constitucional nº 1, de 1969*).

E logo adiante:

“Não está em causa a personalidade, nem sequer certa incapacidade de direito (FRIEDRICH GIESE, 287.S) como a de receber benefícios (*e.g. modus*). Por outro lado, não pode invocar o princípio constitucional a pessoa jurídica que se proponha a associar-se a outras pessoas jurídicas, ou a pessoas físicas, nem a que deseja aderir ao negócio jurídico da associação (*ob. e loc. citados*).

No caso do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, não se trata de associação criada voluntariamente, e sim por determinação legal, com o que não ofende a Constituição regra estabelecendo que somente por lei será dissolvido.”

6. O ECAD mudou o panorama da cobrança do direito de autor no Brasil

Pinta o Desembargador MILTON SEBASTIÃO BARBOSA, em cores vivas, a realidade que a Lei nº 5.988 veio modificar.

A inexistência de um órgão único arrecadador de proventos decorrentes da execução e representação de obras autorais sempre gerava:

a) proliferação desordenada e exagerada de órgãos cobradores dos usuários, máxime quando na apresentação pública se mesclam obras ao mesmo tempo representadas e executadas (dramático-musicais), ou de autores vinculados a associações diversas;

b) impossibilidade total de o produto da arrecadação ser substancialmente encaminhado ao titular do direito, à vista do custo elevadíssimo dessa cobrança (cada associação teria que dispor de uma máquina arrecadadora própria): do produto arrecadado mais de 50% se debitava às despesas administrativas, quando hoje o ECAD gasta apenas 15%;

c) os agentes dessas sociedades (empregados ou não), sem obrigação de recolher, mediante guias próprias, incontinenti, à rede bancária o produto arrecadado, retinham o dinheiro, prestando, ou não, contas em largos períodos, ensejando a grande número de processos cíveis e criminais em que o maior prejudicado foi sempre o titular do direito;

d) profunda desorganização, recalcitrante má vontade de pagar, maus cobradores gerando desconfiança, ausência de órgão fiscalizador, tudo agravava, de modo contristador, a proteção ao direito de autor. Quantos diretores de associações, sacrificados em benefício de uma comunidade, foram vítimas de injúrias, difamação e calúnias das mais soeses!

A imagem do chamado direito autoral, massificadamente ligado tão-somente à execução e representação pública das obras — por manipulação de interessados em descaracterizá-lo —, era a pior possível, em detrimento não só dos titulares do direito mas, também, dos honestos usuários das obras, perplexos ante a proliferação de cobranças, sem saber a quem afinal estavam

pagando, dada principalmente a dificuldade de saber a que associação realmente pertenciam o titular da obra e a obra utilizada;

e) se a arrecadação do direito de autor já era difícil, mais complexa se tornou, com o aparecimento de novas associações para defender os direitos conexos, tudo potencializado pelos novos meios de comunicação.

A norma regulamentadora da proteção do autor e das suas obras, eminentemente de *ordem pública*, surgiu para harmonizar os interesses dos autores e os dos usuários, moralizando e centralizando a arrecadação sem, absolutamente, interferir no constitucional direito da livre associação.

Sem que se possa ter qualquer elemento para saber quanto arrecadaram o então SDDA e a SICAM, entre 1970 e 1975, do CNDA obtivemos, no começo do segundo semestre de 1980, os seguintes dados:

em 1976 o SDDA arrecadou Cr\$ 96.419.635,19 e a SICAM Cr\$ 49.624.645,48, perfazendo um total de Cr\$ 146.044.028,59.

Para aquilatar dos resultados proporcionados pelo ECAD, basta verificar como foram crescendo após a sua instalação:

	Cr\$	Cr\$
1977	213.170.814,42	
1978	375.228.380,92	
1979	503.991.828,45	
1980 (até junho)	402.872.525,69	1.495.263.549,48

O número de titulares de direitos por ele beneficiados soma atualmente 13.620 (autores, editores, intérpretes e produtores), número com base na distribuição do 1º trimestre de 1980. Foi distribuída a importância de Cr\$ 811.192.535,12 no período de janeiro de 1977 a março de 1980. Os pagamentos são repassados aos titulares por intermédio de suas associações, exceto os correspondentes aos vinculados diretamente ao ECAD:

	Cr\$	
UBC	127.583.536,90	= 2.010 beneficiários
SADEMBRA	150.291.495,02	= 1.890 beneficiários
SBACEM	114.957.642,73	= 1.152 beneficiários
SICAM	296.870.877,65	= 3.960 beneficiários
SOCINPRO	109.286.137,38	= 3.915 beneficiários
ECAD	12.202.845,44	= 720 beneficiários
Total	811.192.535,12	= 13.620 beneficiários

Sem dados para informar o período compreendido entre 1970 e 1976 que só poderiam ser fornecidos pela SICAM e pelo SDDA (SBACEM, SADEMBRA,

UBC e SBAT), os mais famosos compositores brasileiros no período de 1977 a 1980 oferecem o seguinte quadro:

	Cr\$
Roberto Carlos Braga (ROBERTO CARLOS)	14.918.850,85
Francisco Buarque de Holanda (CHICO BUARQUE) ..	12.149.312,02
Erasmus Esteves (ERASMO CARLOS)	11.799.281,23
Caetano E. Viana T. Veloso (CAETANO VELOSO)	8.582.507,70
Uday Veloso (BENITO DI PAULA)	8.416.413,83
Adelino Moreira de Castro (ADELINO MOREIRA)	5.747.393,93
Luiz Gonzaga Nascimento Junior (GONZAGUINHA) ..	5.297.594,23
Carlos Alberto Ferreira Braga (BRAGUINHA)	3.818.253,55
Jorge Lima Menezes (JORGE BEN)	3.471.838,64
Milton do Nascimento (MILTON NASCIMENTO)	2.759.908,76

Mas o trabalho do ECAD não se dirige apenas em aperfeiçoar a cobrança nos setores tradicionais. Dirige-se também, com uma autoridade muito maior do que teriam as sociedades arrecadadoras por iniciativa própria, a setores que, praticamente, muito pouco contribuem no Brasil para as estatísticas finais, ao contrário do que ocorre em outros países: rádio, televisão, cinema.

Para tanto procura aperfeiçoar o seu sistema de controle.

No final de 1980, noticiava a imprensa de 1º-6-1980, a Informa Som — empresa que presta ao ECAD serviços de escuta de músicas em rádio e televisão — terá seu raio de ação ampliado para doze capitais. Além de São Paulo, Rio, Porto Alegre, Brasília, Recife, Salvador e Belém, cidades em que atua até agora, a empresa também estará presente em Curitiba, Belo Horizonte, Goiânia, Fortaleza e Manaus.

Para registrar em seus computadores 200 mil execuções musicais por trimestre, a Informa Som coloca seus postos de escuta em atividade 24 horas por dia. Ela ouve diariamente todas as emissoras de rádio no horário das 7 às 19 horas, sendo que no das 19 às 7 horas apenas uma vez por semana. De segunda a sexta-feira, seus funcionários assistem aos programas de televisão que vão ao ar das 18 às 24 horas. Aos sábados e domingos, apenas as emissões feitas entre 12 e 24 horas. Com a implantação de seus postos em outras capitais, o volume de execuções passará a 600 mil.

Depois de captadas as músicas, por meio de gravadores, elas são codificadas em fitas magnéticas de computador e enviadas, com todas as informações, ao Serviço de Processamento de Dados do Ministério da Fazenda — SERPRO. Lá, as fitas entram em computadores que checam os cadastros para identificar os compositores e já é emitido o contracheque, que será enviado às sociedades arrecadadoras que, por sua vez, o entregam ao detentor dos direitos autorais. Atualmente, os dados são remetidos às associações de três em três meses. Em breve, mensalmente.

Bem pertinentes, diante desse quadro, a série de perguntas formulada pelo Desembargador MILTON SEBASTIÃO BARBOSA:

1º) Deve existir um órgão único arrecadador de direitos de autor de execução, de representação de obras autorais em espetáculos públicos, como quer a lei atual, ou não?

2º) Deve-se abandonar a lei que determina a centralização dessa arrecadação ou voltar ao antigo sistema de dar a cada associação o direito de, ao seu modo, proceder à cobrança?

3º) O que mais interessa aos autores, aos artistas, de um lado, e aos clubes recreativos, desportivos, às emissoras, aos contribuintes do direito de autor em geral, de outro lado: a proliferação desordenada de órgãos arrecadadores ou a unificação da cobrança unificada e organizada?

4º) O que consulta mais aos interesses dos autores e titulares de direitos autorais e conexos: a arrecadação dessas contribuições, em todo o território nacional, ante a impossibilidade material de cada um exercer seu direito pessoalmente, por intermédio da rede bancária mediante guias específicas, critérios definidos e comprovantes valiosos ou a desordenada cobrança baseada na multiplicidade de critérios, na ação pessoal de poucos feita a qualquer modo e sem a fiscalização necessária?

5º) A centralização, a possibilidade do aparecimento de novas sociedades, de novos agrupamentos de autores e titulares de direito, sem o ônus de organizarem novas máquinas arrecadadoras, gera ou não oportunidade aos novos autores e artistas em todo o território nacional? Gera ou não a possibilidade da conquista de novos pólos culturais? Elimina ou não a possibilidade de grupos minoritários se constituírem nos detentores privilegiados do produto advindo da utilização das obras autorais no que tange a execução e representação em espetáculos públicos?

6º) Enfim: o que consulta mais a ordem pública neste importante setor da atividade nacional: a proliferação de arrecadadoras ou a existência de um órgão único, fiscalizador, supervisionado por um Conselho de alta representatividade, onde todos os setores da criação intelectual e os utilizadores dessa criação estão presentes?"

E ele mesmo responde, categoricamente:

"A opção é simples. Para nós a Lei nº 5.988 foi o caminho certo."

A esse pronunciamento do iniciador do processo de reformulação e modernização do direito de autor no Brasil queremos acrescentar outros dois.

Um, de um membro do Congresso Nacional.

O Deputado CAIO POMPEU, segundo noticiavam os jornais do dia 3-6-1979, enaltecendo a importância do trabalho já então desenvolvido pelo

ECAD, assinalava ter ele distribuído, entre 1-1-1977 a 31-12-1978, aos 5 primeiros colocados em arrecadação — compositores, editores, intérpretes e produtores de disco — a vultosa importância de Cr\$ 192.588.164,00, trabalho que poderia ter sido ainda mais eficiente se o ECAD tivesse percentual superior aos 15% que recebe, para sua manutenção, pois tem despesas com os agentes de fiscalização (5%) e as decorrentes da utilização dos serviços de processamento de dados e amostragens por escutas e gravações (5%), restando-lhe “os mingüados” 5% para a manutenção de toda sua estrutura. Cita exemplos de países como Estados Unidos, Itália, França, Alemanha e outros, onde os serviços de arrecadação dos direitos autorais trabalham com percentagem nunca inferior a 35%.

Outro, do Poder Judiciário.

O magistrado paulista, HÉLIO DE FREITAS, da 11ª Vara Cível de S. Paulo, em sentença de 18-4-1980, na ação declaratória movida pelo ECAD contra a Associação de Autores Brasileiros e Escritores de Música — SABEM, teve oportunidade de transcrever voto do Ministro ARMANDO ROLLEMBERG, no Mandado de Segurança nº 79.329/DF, reconhecendo que “adotando um sistema unificado, e não um sistema pluralista, de arrecadação e distribuição de direitos autorais, a lei quer que todas as associações de titulares de direitos do autor e dos que lhes são conexos integrem o ECAD”, e endossa trecho das informações prestadas pelo então Ministro NEY BRAGA:

“O § 1º do art. 2º (da Resolução nº 1/76, do CNDA) está rigorosamente fiel ao espírito não só do art. 115, como de toda a Lei nº 5.988/73, que deseja amparar a todo criador de obra intelectual, não deixando ninguém de fora.”

Organizando-se sob orientação única e racional, reduzindo esforços e despesas e multiplicando resultados, equipando-se de computação eletrônica para cálculos até agora feitos “a olho”, quando não “a grito” (recebia mais quem gritava mais), funcionando sob o comando das próprias associações arrecadadoras e sob fiscalização do Conselho, não se atina como poderia o ECAD absorver ou usurpar funções de quem quer que seja. Seu objetivo, ao contrário, é fortalecer as associações existentes, adequando-as à fiscalização de todos os desdobramentos da criação intelectual, no atendimento das prerrogativas de autores e artistas, até atletas, a quem o “direito de arena” garante recebimento de parcela do produto decorrente da autorização de transmissão dos espetáculos desportivos em que participam.

Resolução do CNDA, de 24-12-1976, fixou as percentagens de dedução da arrecadação de direitos autorais.

Para a manutenção do ECAD, os descontos foram, no primeiro trimestre de 1977, de 30%, no segundo, de 25% e no terceiro, de 20%, e, a partir de 1º de outubro, de 15%.

Para a manutenção das associações, os descontos foram de 5% no primeiro semestre de 1977 e de 3% a partir de 1-7-1977, devendo ser recolhido ao fundo de direito autoral o percentual que seria destinado às associações que não foram autorizadas a funcionar.

Foi um passo duro, mas decisivo, para a moralização do direito de autor, sabido como é que nada menos de 50 e até 60% da cobrança arrecadada eram dispendidos pelas associações de direitos autorais, de resto sempre em luta com a deficiência de pessoal e a grande extensão territorial a ser fiscalizada.

Mais uma resolução foi baixada fixando normas para a unificação dos preços e sistemas de cobrança e distribuição dos direitos autorais, inclusive relativos à execução pública por radiodifusão e exibição cinematográfica.

Na fixação dos preços dos direitos autorais, os usuários poderão ser classificados em grupos, tipos, classes, níveis e regiões, de acordo com o respectivo tipo de atividade, capacidade financeira, região sócio-econômica, e outras características.

A distribuição deverá ser feita em razão direta da frequência da execução das obras musicais e, quando impossível, adotados critérios de amostragem.

Os direitos autorais devidos pelas emissoras de rádio e televisão serão cobrados sobre a receita bruta proveniente das execuções musicais e de fonogramas sobre a fatura dos anunciantes.

7. *Precariedade da cobrança dos direitos estrangeiros*

Nesse difícil contexto da realidade do direito de autor no Brasil, outro elemento de grande preocupação é o que diz respeito ao recebimento e pagamento efetivo dos direitos relativos às obras e aos artistas alienígenas, bem como ao recebimento das obras brasileiras aproveitadas além fronteiras.

Para nos atermos apenas ao exemplo mais expressivo, executam-se no País milhões de vezes músicas estrangeiras, e no mundo inteiro, serão dezenas de milhões as músicas brasileiras por sua vez executadas.

O que é que recebem, lá fora, os criadores ádvenas, quanto é que, de outras bandas, chega aos bolsos dos caboclos?

Só as sociedades arrecadadoras que mantêm reciprocidade poderão informar ao certo.

Mas não será preciso ser adivinho para prognosticar que muito, infinitamente menos daquilo que é devido, de parte a parte.

As razões serão as mesmas em todas as latitudes: é muito mais fácil, é muito mais interessante controlar e obter informações, fiscalizar a execução de obras de ou por autores e artistas nacionais — que por sua vez colaboram ativamente com observações, informações e fiscalização direta — do que dos separados pelos oceanos ou pelas cordilheiras.

Mas é preciso fique bem claro que também aqui fatores os mais diversificados: dificuldades de obtenção e remessa de câmbio, falta de informações, burocracia, desinteresse, displicência etc., muito especialmente etc., criaram para o Brasil uma péssima imagem no estrangeiro, que o CNDA e o ECAD estão vivamente empenhados em modificar.

Como é sabido, os direitos autorais estrangeiros também são repassados pelo Escritório Central às sociedades brasileiras que tenham a respectiva representação.

Após a instalação do ECAD, foram pagas, exclusivamente com relação aos direitos estrangeiros, as seguintes parcelas nas datas especificadas:

28- 7-78 – UBC	3.475.993,27	
SICAM	419.716,95	
SADEMBRA	760.644,25	4.656.144,47
	<hr/>	
24-10-78 – UBC		71.646,36
31-10-78 – UBC		33.858,55
5-12-78 – UBC		18.006,56
12- 2-79 – UBC	6.490.030,25	
SICAM	192.909,27	
SADEMBRA	2.329.206,64	9.012.146,16
	<hr/>	
22-10-79 – SICAM		101.874,29
2- 1-80 – UBC		28.000.000,00
25- 3-80 – SICAM	1.720.000,00	
SADEMBRA	5.000.000,00	6.720.000,00
	<hr/>	

8. *Uma sugestão: estudos para viabilizar a criação de uma Câmara de Compensação (Clearing House)*

Vencendo inúmeras dificuldades, deu assim o Brasil um passo decisivo no sentido de centralizar e racionalizar a arrecadação e distribuição interna do direito de autor.

Outro, não menos importante, precisa ser dado no âmbito internacional.

Comprovado que os pagamentos feitos pelo Brasil (e o mesmo deve ocorrer, em maior ou menor escala, em muitos outros países) não são satisfatórios nas atuais circunstâncias, há que reconhecer que não são do mesmo modo satisfatórias as quantias que autores, compositores e artistas executantes nacionais recebem do estrangeiro.

Ficamos cada qual à espera que a outra parte melhore o seu sistema de pagamento irá nos conduzir a um beco sem saída, principalmente se lembrarmos as dificuldades para obtenção e remessa de câmbio, ingentes despesas, inclusive relativas ao pagamento de impostos, um certo pouco caso, dificuldades burocráticas, e os já aludidos etc., etc.

Boa parte desses percalços serão possivelmente, se não eliminados, pelo menos em grande parte reduzidos, se os esforços, em vez de se dirigirem para as reclamações recíprocas, se orientarem no sentido da criação de uma espécie de Câmara de Compensação, que, em diferentes níveis, conforme a importância da contribuição de cada país para a divulgação da música e das canções internacionais, venha reunir os créditos a serem equacionados, com indispensável flexibilidade.

Atente-se que na espécie estão reunidas as condições exigidas pelos Códigos Civis de todo o mundo para a extinção das obrigações de duas pessoas ao mesmo tempo credora e devedora uma da outra, até onde se compensarem, isto é, que se trate de dívidas líquidas vencidas.

Adaptando a lição dos Professores RENÉ RODIÈRE e JEAN-LOUIS RIVES-LANGE, *Droit Bancaire*, Paris, Dalloz, 2ª ed., 1975, págs. 187 e segs., as Câmaras de Compensação não têm personalidade jurídica: seriam, no caso, simples reuniões de associações de cobrança, realizando sessões a breves períodos, apresentando cada qual seus "mandatos", que devem receber contra as demais associações.

Estabelece-se um equilíbrio individual para cada associação entre o que deve receber e o que deve pagar. Se este balanço faz aparecer um saldo devedor a cargo de uma associação, esta efetua o pagamento deste débito; se o saldo é credor, a Câmara efetua uma ordem de pagamento em seu benefício.

Como todas as operações feitas entre as associações são levadas à Câmara, apura-se na Câmara o total dos saldos devedores e o total dos saldos credores em breve período (semanalmente, mensalmente, a princípio).

"Ainsi, l'ensemble des opérations donne lieu à un règlement général, sans user la monnaie manuelle, par compensation."

Tal foi o impressionante desenvolvimento da Câmara de Compensação gerida pela Associação Profissional dos Bancos, e organizada pelos serviços do Banco da França, num montante, só em Paris, em 1971, de quase 11.000.000 milhões de francos, e mais de 825.000 milhões nas províncias, que se tornou "absolument indispensable" encontrar para o seu tratamento, novos sistemas ultra-rápidos: a compensação mediante computadores, que começou a funcionar no dia 3-1-1969, quase que duplicando, de ano para ano, o movimento total.

Como acentua GIACOMO MOLLE, *Manuale di Diritto Bancario*, Milão, Giuffrè, 2ª ed., 1977, pág. 181, as Câmaras constituem meras vinculações entre pessoas físicas ou jurídicas, mediante um contrato de compensação, cujo conteúdo não é uma obrigação, mas uma *faculdade* de seguir, para a liquidação das recíprocas contrapostas partidas, o procedimento indicado pelo regulamento das Câmaras.

Indica as duas fases pelas quais se realiza o processo: na primeira, com caráter de proposta, o associado entrega à Câmara a lista das operações solicitadas, tanto de recebimento como de pagamento, com os documentos justificativos e os títulos saldados. Na segunda, a outra parte, depois de ter verificado a legitimidade dos pedidos e a regularidade dos documentos, aceita, mesmo

de maneira implícita, a compensação, por efeito da qual os bancos se obrigam a reconhecer o resultado da compensação que opera entre todos os créditos e os débitos que se contrapõem naquele dia na Câmara, pelos reflexos que semelhante compensação estabelece na sua posição creditória ou debitória.

Indica que a função das Câmaras é chegar a uma *compensação global*, que pode obter-se pela reconhecida compensabilidade dos lançamentos, embora falte a identidade das pessoas obrigadas uma para com a outra, na conformidade do pressuposto da lei para que haja compensação.

Se a compensação for recusada, a outra parte tem a obrigação de declará-lo, dentro de um brevíssimo tempo, visto que as operações de liquidação simultânea ocorrem no mesmo dia.

Finalmente, se na contagem ocorrerem erros, não se procede a um estorno, mas numa compensação sucessiva, a mesma operação é incluída, com um sinal contrário, na nova contagem.

LAURO MUNIZ BARRETTO, *Direito Bancário*, S. Paulo, Universitária de Direito, 1975, aponta, à pág. 302, as vantagens da operação: suprimem-se os riscos do extravio ou do roubo a que está sujeito o transporte de numerário, quer em forma de moeda, quer em forma de papel-moeda, substituídos por simples lançamentos em contas, "onde ninguém tem necessidade de considerar numerário, salvo para as despesas miúdas que, preferentemente, se realizam ou por pagamento em dinheiro, ao próprio emitente ou a terceiros endossatários", dispensando ainda as Sociedades de conservar enormes quantias em caixa.

Não será necessário ressaltar as dificuldades que envolvem uma iniciativa dessa espécie: restrições e objeções das autoridades monetárias, decepção das fiscais, existência de tratados bilaterais, hábitos há longos anos arraigados, necessidade, talvez, de providências legislativas e outras ainda.

Mas o que se propõe não é a solução definitiva nem imediata do problema, e sim o seu adequado encaminhamento, por meio da designação de um relator experimentado que, após minucioso estudo para o qual será determinado prazo, apresente suas conclusões, a serem por sua vez submetidas a uma comissão de poucos membros, que complemente as sugestões e emita o seu parecer.

Concluindo, facilmente se poderá calcular as críticas, celeumas e resistências que o novo sistema brasileiro havia de provocar por parte de muitos interessados na manutenção de uma situação incompatível com o progresso cultural do País.

Nesse terreno tão delicado, num momento histórico destinado a marcar a movimentação efetiva de uma nova etapa do direito de autor em nossa terra, até agora apenas teoricamente delineada pela Lei nº 5.988, precisa o Conselho contar com o apoio e a compreensão de todas as pessoas bem intencionadas, para que possa, com a altanaria decorrente das altas atribuições que lhe foram conferidas, prosseguir na sua missão de colocar, no Brasil, o direito de autor, verdadeiramente no desempenho de suas finalidades.

O ECAD

e o direito de execução pública

Prof. CARLOS ALBERTO BITTAR

Doutor em Direito pela USP. Membro efetivo do CNDA.

O ECAD e o direito de execução pública pela radiodifusão e pela exibição cinematográfica e o poder exclusivo de arrecadar no território nacional os direitos autorais respectivos. Subordinação às normas emanadas pelo CNDA.

SUMÁRIO

- I — O Direito de execução pública
 - 1) Os direitos de autor: direitos patrimoniais
 - 2) O direito de execução pública
 - 3) Alcance desse direito
- II — Sistemas de arrecadação desse direito
 - 4) Sistemas existentes para a arrecadação e a distribuição desse direito
 - 5) O sistema de pontuação
 - 6) A atuação das associações de titulares
- III — O sistema brasileiro: o ECAD e o poder exclusivo de arrecadar esse direito
 - 7) Antecedentes
 - 8) A criação do ECAD e o sistema decorrente da Lei nº 5.988, de 14-12-73
 - 9) Exclusividade do poder de arrecadação do ECAD
- IV — A submissão do ECAD ao CNDA
 - 10) Estruturação anterior do setor de direitos autorais
 - 11) A instituição do CNDA pela Lei nº 5.988/73 e o controle do setor
 - 12) Submissão do ECAD ao CNDA
- V — Síntese conclusiva

Conferência pronunciada no I Seminário Nacional do Serviço Jurídico do ECAD — Rio de Janeiro, 27-7-81.

I — O direito de execução pública

1. Os direitos de autor: direitos patrimoniais

Os direitos de autor compreendem prerrogativas de ordem moral e de ordem patrimonial, as primeiras relacionadas ao amparo de aspectos da personalidade do autor (o direito de dar a lume, ou não, a obra; o direito de modificá-la; o direito de adaptá-la; o direito de retirá-la de circulação, dentre outros), e as últimas referentes à proteção de aspectos patrimoniais, na utilização econômica de sua criação (como, dentre outros, o direito de representação dramática; o direito de interpretação; o direito de execução; o direito de edição fonográfica; o direito de edição cinematográfica) (v. o nosso **Direito de Autor na Obra Feita sob Encomenda**, SP, RT, 1977, págs. 19 e segs.).

Os direitos patrimoniais decorrem da comunicação da obra ao público, que se perfaz de forma direta (sob a denominação geral de representação) ou indireta (sob a denominação geral de reprodução), por processos os mais variados, em função das diferentes expressões da arte humana e dos inúmeros aparatos técnicos existentes. De cada forma ou processo defluem, em razão de sua independência, direitos patrimoniais para o autor. Assim é que, para a composição musical, por exemplo, direitos decorrem, dentre outros, de sua gravação; de sua interpretação; de sua execução pública, inclusive pela radiodifusão; de sua inserção em película cinematográfica, e assim por diante (v. a nossa obra cit., págs. 27 e segs.; v. tb. ANTONIO CHAVES: **Proteção Internacional ao Direito Autoral de Radiodifusão**, S. Paulo, RT, 1952, págs. 351 e segs.; PEDRO VICENTE BOBBIO: **O Direito de Autor na Criação Musical**, SP, Lex, 1951, págs. 7 e 8).

Em virtude dos direitos patrimoniais — denominados também “direitos pecuniários” — a comunicação da obra ao público — que, normalmente, se faz por terceiros — depende de prévia e expressa autorização do autor (ou de seu representante legal), para o qual é carreada a respectiva retribuição econômica, consoante o sistema em que se insere.

Assim, como o autor não dispõe, à generalidade, de condições para proceder, por si, à comunicação da obra ao público, empresas e empresários de publicações e de espetáculos organizaram-se para tanto, pondo à sua disposição os meios necessários, mediante diferentes contratos de direitos autorais — em que se sobressai o de cessão de direitos —, que permitem aos seus titulares auferir a remuneração do capital empregado e ao autor a participação no resultado econômico obtido, na forma convencionada ou decorrente do sistema de arrecadação e distribuição existente.

Dessa forma, da utilização da obra advêm proventos para: a) o autor, assentados em direitos individuais reconhecidos ao criador, na defesa do homem de intelecto (v. o nosso “O Direito de Autor no Plano das Liberdades Públicas”, in *Justitia*, nº 198, págs. 165 e segs.), e b) ao empresário, em razão do exercício de sua atividade e do lucro que a exploração da obra lhe propicia. Ora, como a matéria-prima de sua atividade — para usar-se a terminologia empresarial — é a produção de espírito de outrem, ao autor deve corresponder a respectiva remuneração, sob pena de locupletar-se o

empresário, indevidamente, com o fruto do trabalho intelectual daquele, consequência esta que, ao direito, à evidência, repugna admitir.

Os direitos patrimoniais costumam ser divididos em duas grandes categorias: a dos denominados "grandes direitos", relativos à representação da obra, e a dos "pequenos direitos", referentes especificamente à execução musical (v. PEDRO VICENTE BOBBIO: *op. cit.*, pág. 135).

2. O direito de execução pública

Dentre os direitos patrimoniais inscreve-se o direito de execução pública — em que nos concentraremos —, o qual se traduz na prerrogativa que tem o criador de obra intelectual musical de: a) autorizar a comunicação de sua criação ao público, por meio de vozes, instrumentos, ou aparelhos mecânicos ou eletrônicos (rádio, televisão e outros), recebendo, em consequência, b) os proventos econômicos correspondentes (v., dentre outros autores: EDUARDO PIOLA CASELLI: *Trattato del Diritto di Autore e del Contratto di Edizione*, Torino, Torinese, 1927, págs. 444 e segs.; LUIGI DI FRANCO: *Proprietà Industriale, Letteraria ed Artistica*, Milano, S.E.I., 1936, págs. 735 e segs.; VALERIO DE SANCTIS: *Contratto di Edizione — Contratti di Rappresentazione e di Esecuzione*, Milano, Giuffrè, 1965, págs. 381 e segs.; PAOLO GRECO e PAOLO VERCELLONE: *I Diritti sulle Opere dell'Ingegno*, Torino, Torinese, 1974, págs. 135 e segs.; GEORGES STRASCHNOV: *Le Droit d'Auteur et des Droits Connexes en Radiodiffusion*, Bruxelles, Bruyant, 1950, págs. 105 e segs.; CHARLES DEBBASH: *Traité du Droit de la Radiodiffusion*, Paris, Lib. Générale, 1967, págs. 375 e segs.; e, sobre a obra musical, HENRI DESBOIS: *Le Droit d'Auteur en France*, Paris, Dalloz, 1966, págs. 116 e segs.).

O direito de execução consiste, pois, no direito decorrente do contato da obra com o público, por meio da expressão sonora, ou seja, da manifestação tendente a impressionar o sentido auditivo (v. PEDRO VICENTE BOBBIO: *op. cit.*, págs. 16, 17 e 64 e segs.).

Em face desse direito — que coexiste com outros direitos patrimoniais, como, por exemplo, os de edição gráfica, de gravação, de inserção em filme —, qualquer processo de execução pública faz gerar "direitos pecuniários" (remuneração) ao autor, dependendo sempre de sua anuência à respectiva efetivação.

A autorização deve preceder à execução e perfazer-se por escrito, pelo próprio titular do direito, ou por seu representante legal.

Nesse passo, tendo em vista a existência de mecanismos de arrecadação por amostragem — ditada pela complexa e multifária rede de comunicação de obras intelectuais, que a tecnologia vem aumentando paulatinamente —, a concessão de licença para execução tem-se operado por meio de associações de titulares de direitos autorais, que se têm formado — desde o início do processo de reconhecimento desses direitos, em fins do século XVIII — para, dentre outras atividades, facilitar a concretização das execuções (e outras utilizações da obra), eis que impossível ao autor proceder, por si, ao seu controle, não só no território de seu país, como

no exterior (v., dentre outros escritores: ANTÔNIO CHAVES, *op cit.*, págs. 383 e segs.; BOBBIO: *op. cit.*, págs. 133 e segs.).

Essas entidades, nascidas da própria necessidade da vida prática, administram os repertórios de seus integrantes — aos quais prestam serviços outros, inclusive de defesa de seus direitos —, recebendo mandato, conferido pela legislação especial, pelo simples ato de filiação do autor (nesse sentido, a legislação brasileira, desde as primeiras manifestações: Dec. nº 5.492, de 16-7-1926, art. 28, e, atualmente, Lei nº 5.988, de 14-12-73, art. 104). Outorgam essas entidades, pois, aos usuários, em bloco, a autorização autoral para as execuções, simplificando, com isso, o processo de sua efetivação.

3. Alcance desse direito

O direito de execução pública compreende toda e qualquer comunicação sonora da obra com o público, realizada com intuito de lucro, direto ou indireto, por processo acabado.

Em razão de sua natureza e da diversificação dos processos e dos meios de comunicação da obra musical, o direito de execução pública é o mais importante para o autor desse gênero, apresentando diferentes especificações em consonância com a forma de utilização (assim, por exemplo, a execução pública por orquestra, ou por cantor, ou por aparatos mecânicos; a execução em rádio, em televisão, em cinema — e neste, também mediante a inserção na trilha do filme — e inúmeras outras).

Ora, em cada processo autônomo e acabado de comunicação pública existe, a par de outros, o direito de autor do compositor (musicista, ou letrista), que se expande progressivamente nos dias atuais.

Com efeito, tendo em vista a utilização crescente de música em diferentes atividades, desde as de recreação às de industrialização e de comercialização, esse direito assume hoje proporções verdadeiramente extraordinárias e, ao mesmo tempo, vem encontrando dificuldades em sua aceitação e, mesmo, em sua concretização, em certas áreas, principalmente pela falta de compreensão de certos usuários.

Para efeito de se elidirem eventuais dúvidas, algumas legislações costumam enunciar os usuários, ou, pelo menos, indicar os locais e estabelecimentos em que ocorrem execuções públicas, mas sempre de modo exemplificativo, lobrigando, ademais, fórmulas gerais que abarcam os congêneres ou similares (nesse sentido, a lei brasileira, *cit.*, art. 73 e § 1º; v., na doutrina, dentre outros autores, ROBERT PLAISANT: *Le Droit des Auteurs et des Artistes Exécutants*, Paris, Delmas, 1970, pág. 107. No rol, estão, dentre inúmeros outros, os hotéis, boates, locais dançantes, clubes, cinemas teatros etc.).

Ora, em algumas atividades, a música é essencial e, mesmo, a própria razão da existência do meio de comunicação, como ocorre, por exemplo, com as emissoras de rádio (especialmente "FM"), de televisão, locais de danças e outras. Daí por que, em contrapartida esses veículos devem pro-

porcionar a maior parte da arrecadação do setor — por meio de um sistema eficiente de cobrança e de arrebanhamento —, não se justificando, portanto, as dissensões ainda observadas na prática. Se da música vivem e dela extraem a remuneração da atividade, justo é que retribuam aos autores, com a satisfação de seus direitos patrimoniais! . . .

De qualquer sorte, o direito de execução pública está atrelado a todas as formas de comunicação sonora da obra, de caráter público e com intuito de lucro direto (recebimento de entrada, faturamento publicitário) ou indireto (remuneração de orquestra, de músicos).

Desse contexto apartam-se, como natural, as execuções privadas, ou seja, as realizadas na esfera de atuação particular do interessado e as decorrentes de limitações impostas na legislação especial e ditadas pelo interesse público na difusão da obra (como, entre nós, as execuções de fonogramas e transmissões de rádio ou de televisão em estabelecimentos comerciais para demonstração à clientela; as efetivadas no recesso familiar, ou para fins exclusivamente didáticos nos locais de ensino, desde que não haja, em qualquer caso, intuito de lucro; as realizadas para prova judiciária ou administrativa: Lei nº 5.988/73, art. 49, incisos V a VII).

II — Sistemas de arrecadação desse direito

4. Sistemas existentes para a arrecadação e a distribuição desse direito

A fruição dos direitos de execução pública obedece a peculiaridades diferentes em todo o mundo (v. BOBBIO: *op. cit.*, págs. 120 e segs.; ANTÔNIO CHAVES: “A arrecadação do direito de autor na Europa”, relatório em *Revista da Faculdade de Direito*, SP, vol. LXVI, págs. 393 e segs.; VALERIO DE SANCTIS: *op. cit.*, págs. 297 e segs.), mas que podem ser agrupadas em dois grandes sistemas: a) o de fixação de preço pelo autor, dependente de autorização do titular, e b) o de determinação do Poder Público, em face de licença legal para execução (v. a respeito: CARLOS MOUCHET: *El Dominio Público Pagante*, Buenos Aires, Fondo Nacional de las Artes, 1970).

Ocupar-nos-emos do primeiro, a que se integra o nosso país, salientando, de início, que pode comportar variações: a da autorização direta do titular, com remuneração autoral previamente ajustada entre as partes e a da autorização indireta (dos representantes, ou mediante programas), com retribuição dependente de pontuação (sistema de pontuação, ou também denominado, por alguns, “forfetário”).

Verdadeiramente excepcional o primeiro como sistema único — podendo, no entanto, coexistir com o outro —, tem-se na prática, pois, a consagração do sistema de pontuação, de modo universal.

Funda-se esse sistema no princípio da livre negociação entre os autores (ou seus representantes) e os usuários (ou suas entidades de representação), cabendo aos primeiros fixar o preço para a utilização de suas obras.

que, normalmente, inserem em tabelas, para conhecimento geral (v., dentre outros autores: BOBBIO: *op. cit.*, págs. 126 e segs., em que demonstra que, nesse sistema, é subtraída, nessa fase, qualquer interferência do Poder Público; JACQUES CHARTIER: *Le Droit du Musicien sur son Œuvre*, Paris, Lib. Générale, 1923, pág. 180).

Esses preços costumam variar, em função de valores percentuais, ou fixos, de conformidade com as atividades e os locais em que se operam as execuções.

5. O sistema de pontuação

Consiste o sistema de pontuação em remunerar-se o autor em consonância com as execuções anotadas pelos mecanismos de coleta de dados. Atribuem-se pontos pelas execuções, com base nos quais recebe, ao final, o criador a sua retribuição.

Os preços para as utilizações são definidos em tabelas especiais, preparadas pelas associações de titulares e publicadas nos órgãos oficiais de comunicação, para conhecimento do público. Faz-se, também, divulgação das tabelas por outros meios, inclusive diretamente junto aos usuários.

Nas tabelas, a par dos preços, constam os critérios de cobrança e de aplicação, em razão da posição do usuário, ou da natureza do evento, levando-se em conta, ainda, a situação geográfica do local.

A coleta de dados perfaz-se por meio de processos eletrônicos e também manuais, como gravações, preenchimento de fichas (pranchetas), anotações e outros, procurando-se ora atingir-se grau maior de mecanização possível.

Segue-se o processamento interno na entidade arrecadadora, para efeito de posterior distribuição aos titulares, contra a apresentação da documentação correspondente.

Verifica-se, ante o exposto, que se trata de mecanismo complexo, por amostragem e que gera inúmeras dificuldades, desde a fase de taxação até a coleta de dados e o posterior processamento, apontadas, aliás, pelos doutrinadores, desde a respectiva origem (v. BOBBIO: *op. cit.*, pág. 139), mas que, apesar de todas as vicissitudes, tem resistido e vem expandindo-se universalmente.

Acrescente-se, ainda, com respeito à cobrança, que os preços são fixados, sempre que possível, em consonância com o lucro direto, ou indireto, obtido pelos usuários. A base do sistema é a do número de execuções. Leva-se em conta, quanto aos usuários, a respectiva renda bruta, sobre a qual incide determinado percentual, na tabela enunciado (como, por exemplo, na inserção de música em filme, a receita anual deste; em espetáculos teatrais, a soma obtida nas representações) (v. na doutrina, STRASCHNOV: *op. cit.*, págs. 72 e segs.).

A cobrança utiliza agentes, que atuam diretamente junto aos locais em que se processam execuções, procedendo a gravações e a anotações.

A distribuição perfaz-se consoante critérios definidos pelas entidades arrecadoras, respeitadas as normas legais e regulamentares existentes e com base nos cadastros que possuem dos titulares.

Existem, para o perfeito funcionamento do sistema, cadastros de usuários e de titulares e registros de obras, que possibilitam o processamento eletrônico da distribuição utilizando-se, no pagamento, inclusive, estabelecimentos bancários credenciados.

Retêm as entidades arrecadoras as verbas que lhes são deferidas, para a respectiva administração.

No nosso sistema, em que os usuários se dividem em “grandes” (estações de rádio, de televisão, boates e organizações de emissão de música) e “pequenos” (como os locais dançantes mistos, estabelecimentos comerciais e outros), os primeiros são obrigados à apresentação dos programas à autoridade de diversões públicas, com a prova da autorização autoral (desde, aliás, as primeiras normas do setor: Dec. nº 5.492, de 1928, art. 29 e Dec. nº 18.527, do mesmo ano; atualmente: Lei nº 5.988/73, art. 73, § 2º).

A arrecadação de música está centrada em Escritório Central, constituído pelas associações de titulares, o ECAD, ora em processo de reformulação e aperfeiçoamento.

6. A atuação das associações de titulares

Ocupam posição de destaque na arrecadação e na distribuição de direitos de execução as associações de titulares (denominadas, ainda, “sociedades de autores”), cuja história se identifica com a do próprio direito de autor.

Com efeito, surgidas na França, à época em que começou a fermentar a luta pelo reconhecimento dos direitos dos autores, essas entidades contribuíram decisivamente para a sua implantação prática (v., dentre outros autores: NICOLA STOLFÍ: *Il Diritto di Autore*, Milano, S.E.I., 1932, v. 2, págs. 788 e segs.; MARIE CLAUDE DOCK: *Étude sur le Droit d'Auteur*, Paris, Lib. Générale, 1963, págs. 143 e seg.; CHAVES: *Proteção...*, cit. págs. 386 e segs.; BOBBIO: *op. cit.*, págs. 133 e segs. Ressalta-se, nos estudos a respeito, a atuação de RICHELIEU e BEAUMARCHAIS, que procuraram reunir os intelectuais que lutavam por seus direitos. Outrossim, o movimento começou com os autores dramáticos, na sociedade conhecida pela sigla “SACD” e, em seguida, com os de música, na “SACEM”, em 1829 e 1851, respectivamente).

Nascidas do espírito associativo — exemplo depois retomado pelos trabalhadores manuais, na denominada “revolução social” — conseguiram, pela união de forças das categorias interessadas, fazer valer, em concreto, os direitos de seus associados, atuando sob todas as formas juridicamente possíveis.

A reunião deu-se, em princípios do movimento, por classes de titulares de direitos, a saber, autores dramáticos entre si, compositores musi-

cais de outro lado, escritores em outra entidade, e assim por diante, dentro, aliás, do espírito de formação classista, que mais tarde veio a aproximar os diferentes trabalhadores na batalha pela conquista de seus direitos trabalhistas.

Mas, aos poucos, foram aparecendo também entidades híbridas, congregando titulares de categorias de direitos distintas, em função da necessidade de maior aglutinação de forças, desde que sempre se manifestou, em oposição ao pagamento desses direitos, o complexo empresarial usuário, dentro da eterna luta entre o capital e o trabalho, que marca a crise do mundo moderno (v. a respeito, o nosso artigo: "O dirigismo econômico e o direito contratual", in *R.T.*, 526/20) (v. tb. BOBBIO: *op. cit.*, págs 121 e 142).

Dáí por que, com a evolução dos tempos, em alguns países implantaram-se diferentes associações, obedecido o critério de categorias, ou não (ou seja, diversas associações do mesmo gênero), ou subsistiu apenas uma, na representação de todos os intelectuais com obras protegidas (v., dentre outros autores: STOLFI: *op. cit.* págs. 739 e segs.; GRECO e VERCELLONE: *op. cit.*, págs. 350 e segs.; DE SANCTIS: *op. cit.* págs. 303 e segs.; PLAISANT: *op. cit.*, pág. 104; ALAIN LE TARNEC: *Manuel de la Propriété Littéraire et Artistique*, Paris, Dalloz, 1966, págs. 166 e segs.; BOBBIO: *op. cit.*, págs. 132 e segs.; CHAVES: *op. ult. cit.*, págs. 390 e segs.; ROMEO GROMPONE: *El Derecho de Autor en Uruguay*, Montevideo, AGADU, 1977, págs. 187 e segs.; RICARDO ANTEQUERA PARILLI: *Consideraciones sobre el Derecho de Autor*, B. Aires, ed. próp., 1977, págs. 253 e segs.). Assim, por exemplo, e enunciadas por suas siglas, temos: na Inglaterra, a ISAPC; na França, a SACEM (música) e a SACD (autores dramáticos); nos EUA, em que há pluralidade, mesmo setorial, destaca-se, dentre outras, a ASCAP, de New York; na Itália, a SIAE (com exclusividade em direitos autorais e conexos); na URSS, a VAAP (global e exclusiva); na Espanha, a SGAE (exclusiva); na Argentina, a SADAIC (exclusiva em música) a ARGENTONES (para obras dramáticas) e a SADE (de escritores); no Uruguai, a AGADU (exclusiva em música); na Alemanha, a GEMA (exclusiva para música), a GVL (dos produtores fonográficos e artistas executantes) e a VG WORT (das obras literárias), e assim por diante (v. tb. a respeito, CHAVES: *A arrecadação*, cit., em que mostra o funcionamento e os expressivos índices de arrecadação das sociedades européias).

Quanto ao respectivo regime jurídico, em alguns países dependem de autorização estatal para constituição e funcionamento, enquanto em outros dispõem de liberdade para tanto, sofrendo, no entanto, a fiscalização do governo, além da geral de todo o sistema (como natural) (v. autores e obras acima citados).

As associações procedem à arrecadação de direitos nos respectivos países, recebendo do exterior — dada a extraordinária difusão das obras musicais — por intermédio de suas congêneres e mediante contratos de reciprocidade que com elas firmam, existindo, inclusive, no plano internacional e como entidade de congregação e fiscalização de sociedades, a CISAC (desde 1927), sob o regime de confederação de associações.

As verbas são remetidas pelos meios ajustados, sofrendo, conseqüentemente, os influxos das legislações dos países envolvidos, inclusive sob os aspectos de controle e de tributação, existindo, no entanto, tratados tendentes a evitar a bitributação dos direitos autorais (v. a respeito, o nosso trabalho "a tributação dos direitos autorais", a ser publicado pela **Revista da Faculdade de Direito da USP**).

No Brasil, tem-se sistema complexo: as associações são dependentes de autorização estatal, e a arrecadação musical está afeta ao referido "bureau" central, existindo pluralidade de entidades, mesmo a nível de categorias, como a seguir veremos.

III — O sistema brasileiro: o ECAD e o poder exclusivo de arrecadar esse direito

7. Antecedentes

Inobstante existissem disposições legais sobre direitos autorais já em fins do século passado (a primeira lei, nº 496, de 1º-8-98), foi somente a partir da edição do Código Civil — em que se dedicou um capítulo à matéria (arts. 649 e segs.) — que a sociedade brasileira se conscientizou da existência desses direitos, surgindo então o movimento de instituição de associações de titulares (chamadas "sociedades de autores").

Iniciado em 1917 com a SBAT (na ocasião congregando, de início, os autores teatrais, e, logo em seguida, também compositores musicais), o movimento expandiu-se depois, surgindo, ao longo dos tempos, outras entidades, mediante, principalmente, desmembramentos das existentes, em virtude de dissensões entre os interessados. Assim é que, em 1938, os compositores desligaram-se da SBAT para formar a ABCA (Associação Brasileira de Compositores e Autores), enquanto aquela (Sociedade Brasileira de Autores Teatrais) voltava às origens, mas mantendo um departamento musical. Os seus componentes, no entanto, desligaram-se em 1942, fundindo-se na citada ABCA para formar a UBC (União Brasileira de Compositores). Em 1946, nascia a SBACEM (Sociedade Brasileira de Autores, Compositores e Editores), em virtude de divergências entre editores e autores na UBC. Em 1956, outra entidade apareceu, a SADEMBRA (Sociedade Arrecadadora de Direitos de Execuções Musicais no Brasil). Deu-se, ainda, em seguida, a constituição de uma coligação, denominada Coligação das Sociedades de Autores, Compositores e Editores, em face dos problemas existentes para a arrecadação. Em 1960, fundou-se a SICAM (Sociedade Independente de Compositores e Autores Musicais), em face do descontentamento de compositores de São Paulo quanto ao sistema existente.

Cinco sociedades passaram, então, a atuar, surgindo daí dificuldades para a cobrança, com as entidades disputando entre si o poder de receber os recursos correspondentes, com prejuízos para todo o sistema. Tomaram a SBAT, a UBC, a SADEMBRA e a SBACEM a iniciativa de constituir um escritório central de arrecadação, por elas controlado, que se chamou SDDA (Serviço de Defesa do Direito Autoral), para minimizar os óbices existentes.

Dele não participou a SICAM e, ao revés continuaram a aumentar os problemas da arrecadação, em virtude da própria complexidade do mecanismo. Entrementes, com a regulamentação dos direitos conexos (de artistas, intérpretes e executantes e produtores de fonogramas), surgiu, em 1967, a SOCIMPRO (Sociedade Independente de Intérpretes e Produtores de Fonogramas) para atuar nessa área.

As dificuldades enfrentadas então — reclamações de autores, resistência de certos usuários, problemas na arrecadação e na distribuição de valores — fizeram com que surgissem defensores da edição de um Código de Direitos de Autor e Direitos Conexos, em que se inserisse toda a legislação esparsa e se previssem instrumentos de controle, pelo Estado, da atuação das sociedades, bem como a unificação da cobrança.

Depois de estudos e discussões, expediu-se a Lei nº 5.988, de 14-12-73, que criou, para a regência do setor, o Conselho Nacional de Direito Autoral (CNDA) e, para a centralização da arrecadação, o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD), constituídos, todavia, efetivamente, bem depois (inícios de 1976 e 1977).

8. A criação do ECAD e o sistema decorrente da Lei nº 5.988, de 14-12-73

Com o advento da Lei nº 5.988/73, a par da criação das entidades referidas (arts. 116 e 115, respectivamente), passaram as sociedades a denominar-se “associações de titulares”, recebendo ampla regulamentação (arts. 103 a 114) e a incumbência de organizar o ECAD, e ficando dependentes de autorização para funcionamento, com regras emitidas pelo CNDA.

Mas, o Conselho então instalado resolveu regular a formação do ECAD, impondo, em sua composição, integrante do Poder Público (Resolução nº 1, de 6-4-76), tendo, no entanto, por via judicial, as sociedades obtido para si a constituição do Escritório, que passou a reunir os titulares da área musical. Por via de acordo, a SBAT continuou a recolher os direitos no setor teatral.

Novas associações sobrevieram ao depois, estando ora autorizadas a funcionar (a par das citadas): a ASA (Associação de Atores), (intérpretes, dubladores e artistas em geral); SABEM (Associação de Autores Brasileiros e Escritores de Música); ASSIM (Associação dos Intérpretes e Músicos); AMAR (Associação de Arranjadores e Músicos); e ANACIM (Associação Nacional de Compositores, Intérpretes e Músicos) (a dos artistas nasceu com a regulamentação da profissão: Lei nº 6.533, de 24-5-78).

O ECAD entrou a funcionar em 1977, preocupando-se com a execução musical especificamente e, para isso, instituindo sistema de processamento eletrônico das pontuações e dos pagamentos, centralizados na Caixa Econômica Federal.

Sediado em Brasília, com núcleos operacionais em São Paulo e no Rio de Janeiro e agentes e representantes em outras capitais, empreendeu o ECAD o processo de unificação da cobrança dos direitos de execução musical.

Instituído sem finalidade de lucro, deve submeter-se a estatuto aprovado pelo CNDA (lei cit., art. 115), além de cumprir, junto ao citado organismo, as demais obrigações a que também se sujeitam as associações (arts. 113 e 114).

A partir de sua efetiva atuação, em 1º-1-77, as associações passaram, com respeito à arrecadação, a desempenhar o papel de meras repassadoras de verbas recolhidas ao ECAD, com a participação definida na regulamentação referida (Resoluções do CNDA), para o cumprimento de suas finalidades (Resoluções de nº 1, de 6-4-76, sobre o estatuto do ECAD; e nº 6, de 25-11-76, que a modificou; nº 3, de 20-4-76, que fixou prazo para as associações arrecadarem, até 31-12-76; e nº 8, de 22-12-76, que lhes definiu o percentual participativo).

Assim, em face da sistemática estabelecida pela Lei nº 5.988/73, ocorreu, entre nós, a centralização da arrecadação de direitos de execução musical, já esboçada, por iniciativa das próprias interessadas, no mencionado SDDA. Deixaram, então, as sociedades de arrebatar os recursos advindos da execução musical, ficando apenas a SBAT arrecadando na área teatral, em termos de associações e, inobstante as falhas e dificuldades, os problemas e reclamações, a verdade é que — aqui como alhures — contribuíram elas, de forma decisiva, para a implantação prática dos direitos autorais no Brasil.

O novo sistema — sob controle, assistência e fiscalização do CNDA, vinculado ao Ministério da Educação e Cultura — coloca o nosso País em posição de intervencionista no setor, a exemplo de outros tantos em que o Estado vem ocupando lugar (v. o nosso citado trabalho “o dirigismo econômico e o direito contratual”).

Consolidou-se com o ECAD a unificação no setor musical, para a arrecadação, institucionalizando-se métodos e processos novos para esse fim e para a distribuição dos valores obtidos, sob a égide da computação. Adotou-se o sistema de pontuação também — usado antes pelas associações — e assentaram-se os preços, reajustáveis periodicamente, nos critérios definidos pelo CNDA, dando-os a luz por meio de tabelas publicadas e divulgadas na forma exposta (Res. CNDA nº 7, de 15-12-76, e, atualmente, nº 24, de 11-3-81).

9. Exclusividade do poder de arrecadação do ECAD

Assim, a partir da Lei nº 5.988/73 e, na prática, de sua regulamentação referida (ou de 1º-1-77, mais precisamente), o ECAD detém, entre nós, a exclusividade do poder de arrecadação e de distribuição, **verbis**, “dos direitos relativos à execução pública, inclusive através da radiodifusão e da exibição cinematográfica das composições musicais ou lítero-musicais e de fonogramas” (art. 115, **caput**, da lei).

Com isso, às associações, que do Escritório recebem as verbas de seus associados, ficou reservada, nesse passo, função de repassadoras de direitos, a par de atribuições outras que da lei e de seus estatutos defluem, inclusive na defesa dos direitos de seus integrantes (arts. 103 e segs.).

Não se exclui, outrossim, a possibilidade de o próprio autor exercer, pessoalmente, os seus direitos (art. 104, parágrafo único), faculdade que muitos titulares têm feito valer, inclusive mediante vinculação direta ao ECAD (por mandato).

Posição singular nesse contexto ocupa a SBAT, que arrecada na área teatral, tendo firmado convênio, quando da instalação do ECAD, para continuar nesse mister.

Discute-se, no entanto, a propósito dessa colocação, em face de disposições contidas na própria Lei nº 5.988/73 (arts. 115 e 73 e § 2º), especialmente após a ampla reformulação por que passaram o CNDA e o ECAD, já sob o atual governo, pois, em verdade, está em jogo a própria exclusividade conferida à central arrecadadora.

Com efeito, preocupado com os problemas existentes no setor — eis que o Conselho instalado, a par de não contar com especialistas na matéria, estava voltado totalmente para a área musical, inobstante a importância de outros setores culturais, que reclamavam atuação específica —, determinou o governo do Presidente FIGUEIREDO a realização de estudos para a reorganização do CNDA, que acabou por concretizar-se no Dec. nº 84.252, de 28-11-79, que trouxe para a sua composição, técnicos e estudiosos de direito de autor, a par de uma estruturação mais abrangente, para abarcar todas as diferentes manifestações estéticas do gênio humano.

Empossado em abril de 1980, o novo colegiado deu início, ante estudos realizados, a medidas tendentes ao aperfeiçoamento do setor e ao aprimoramento das técnicas de arrecadação e de distribuição de direitos autorais, voltados agora para uma visão sistêmica dessa área, e sob a perspectiva de proteção maior ao criador intelectual.

Dentro desse espírito, determinou o CNDA a reestruturação administrativa do ECAD, dotando-o de organização condizente com a evolução ocorrida e com as importantes funções que deverá desempenhar, de modo contínuo, em prol dos titulares de direitos, por meio da Resolução CNDA nº 19, de 14-5-80, adotando, em seu contexto, após inúmeras discussões, a tese da centralização, no ECAD, de todos os direitos autorais (art. 3º e parágrafo único), na execução e na representação.

As associações existentes procuraram, de imediato, integrar-se no prazo conferido, ao ECAD — que preparou o novo estatuto, sob a orientação do CNDA, que o aprovou (Resolução nº 20), depois de ampla análise — com exceção da SBAT, que se insurgiu contra a decisão, interpondo recurso ao Ministro da área, que foi acolhido, tendo, em consequência, perdido a eficácia a Resolução nº 19/80.

Rediscutida a matéria pelo CNDA, foi baixada a Resolução nº 21, de 2-10-80, que, praticamente, reeditou a de nº 19, e, como a solução do problema da SBAT fora confiada a grupo de trabalho especialmente nomeado, excluiu-se de seu contexto a arrecadação sobre as obras dramáticas, determinando-se que se aguardassem os resultados desse trabalho, para um posicionamento final do CNDA.

Mas, seja como for, pairam dúvidas quanto ao alcance da competência do ECAD, a respeito de obras de outros gêneros, em razão de disposições inseridas — como assinalamos — na própria lei de regência.

Com efeito, se, de um lado, no texto específico em que criou o ECAD, a Lei nº 5.988/73 fala em “composições musicais e lítero-musicais”, no relativo ao direito de execução e de representação (de caráter geral), inclui “drama, tragédia, comédia” e outras obras (arts. 115 e 73, respectivamente), subordinando a utilização ao recolhimento das verbas autorais ao ECAD (art. 73, § 2º).

A respeito, duas teses existem — e foram debatidas no CNDA: a) a de que, no âmbito do ECAD, podem inserir-se todas as obras e titulares de direitos; e b) a de que, ao revés, em seu contexto se inserem apenas as obras musicais, em face da especificidade que a lei quis imprimir — como sustentam — ao Escritório. Para a primeira, o ECAD seria o canal único de ingresso de valores, sem mesclagem, no entanto, de sistemas (podendo manter-se o das obras teatrais, de recepção e distribuição direta, por meio da departamentalização do ECAD fixada na sua reestruturação). Para a segunda, deveria cuidar apenas das obras musicais, permanecendo as da área teatral sob a regência da SBAT (v., a respeito, o nosso artigo “Arrecadação para os direitos de autor”, em *O Estado de S. Paulo*, de 27-6-80, pág. 31).

A tendência, no entanto, é para uma central arrecadadora única, já composta, aliás, muito antes da lei, pelas próprias associações (inclusive a SBAT), pela convergência de forças maiores no organismo e o seu conseqüente fortalecimento, na difícil luta de aperfeiçoamento e de implantação efetiva desses direitos.

De fato, se — como afirma alguns (embora também discutível a assertiva) — o espírito que presidiu a edição da Lei nº 5.988/73 foi a da instituição de um organismo arrecadador específico para a música, a própria evolução demonstrou o contrário, porque entidades outras, de área não musical, vieram a integrar-se ao Escritório, que na nova regulamentação acabou por abarcar também os direitos conexos, em razão do próprio espírito da Lei nº 5.988/73, e do Dec. nº 84.252/79, que ampliou a esfera de competência do CNDA, nela incluindo todos os direitos autorais reconhecidos (de autor e conexos) e de obras de todos os gêneros.

Remontando-se, outrossim, às discussões que precederam à edição da Lei nº 5.988/73, e à própria situação fática, verifica-se, efetivamente, que estava em germinação a idéia de uma central única — que, no Projeto de Código de Direitos de Autor e Direitos Conexos, de 1967, se concentrava em um Escritório Central, com o nome de ECA, revivendo-se, praticamente, o SDDA, agora, porém, sob a fiscalização estatal, mesmo porque as associações não visam lucros (v. a respeito: ANTÔNIO CHAVES: “O projeto brasileiro do Código de Direito de Autor e Direitos Conexos” em *Revista da Faculdade de Direito*, S. Paulo, v. LXVI, págs. 105 e segs., espec. págs. 135 e segs.) — desde que os próprios interessados se convenceram de que isso representaria fator de fortalecimento da cobrança, em vista do inconve-

niente da multiplicidade de entidades arrecadoras e das dificuldades encontradas junto aos usuários.

Com a centralização, ter-se-ia o fortalecimento do Escritório, a minimização de custos operacionais, o aperfeiçoamento dos mecanismos de cobrança, a facilidade de identificação junto aos usuários, tudo em prol dos próprios autores e titulares de direitos e, enfim, da própria cultura geral do País (como assinalamos no artigo ult. cit.). Nesse sentido é a doutrina especializada (v. BOBBIO: *op. e loc. já citados*; CHAVES: *Proteção*, cit., pág. 405).

A matéria será, oportunamente, definida, com a conclusão dos trabalhos referidos, cabendo-nos, outrossim, reafirmar que, no sistema vigente, o ECAD detém a exclusividade na arrecadação proveniente de execução musical (e em áreas de direitos conexos, de artistas e outros que aderiram ao Escritório), tendo as associações que recebiam direitos — exceto a SBAT — cessado, em 31-12-80, essa tarefa por força da Resolução nº 21/80.

O ECAD é — a exemplo das associações — constituído mandatário de suas integrantes (res. cit., art. 4º), revestindo-se da forma jurídica de associação de associações — portanto, de cunho privado mas sob a égide do CNDA.

IV — A submissão do ECAD ao CNDA

10. Estruturação anterior do setor de direitos autorais

Como assinalamos, a conscientização dos direitos autorais e a consequente estruturação do setor assumiram foros de realidade a partir da consagração desses direitos em nosso Código Civil.

Inicia-se, então, a formação de associações de titulares, dentro do modelo tradicional e, daí, em diante, começa a engrenar-se uma estruturação para a sagração prática desses direitos, ante o império de extensa legislação especial que se vai expedindo, a partir, principalmente, de 1928 (Decs. 5.492 e 18.527, ambos daquele ano).

Nessa estruturação, atores principais são as associações (sociedades) e seus representados. Para a implantação prática, ante a resistência de usuários, integram-se ao sistema o serviço de censura e as autoridades policiais (para a aprovação de programas de diversões públicas, em que se exigia a exibição — como ora ocorre — dos recibos de pagamento dos direitos autorais) e normas sobre esses direitos passam a compor o respectivo cenário (em que o texto básico é o Dec. nº 20.493, de 24-1-46).

A proliferação de associações e as vicissitudes encontradas na arrecadação trouxeram o Serviço de Defesa (SDDA) para a unificação (não conseguida) e, mesmo, a coligação mencionada, sempre sob o comando privado.

O Estado fiscalizava de modo indireto o setor e contribuía, com os mecanismos referidos, para a sua implantação prática, até que, com os insistentes reclamos — dos próprios interessados e, mesmo, de estudiosos e de usuários —, acabou por intervir na matéria, por meio da Lei nº 5.988/73.

A cobrança era feita mediante tabelas, pelo sistema de pontuação, assinando-se protocolos de acordos com a radiodifusão e outros usuários.

11. A instituição do CNDA pela Lei nº 5.988/73 e o controle do setor

Com o advento da Lei nº 5.988, de 14-12-73, sofreu o setor importantes modificações em sua estrutura, mediante a criação do Conselho Nacional de Direito Autoral (já citado); a instituição do ECAD e a regulamentação das associações (também mencionadas), passando a sofrer ingerência direta, do Estado por intermédio do CNDA (cuja previsão se deu, inicialmente, no projeto de Código citado, com o nome de CONDAC). Fruto, pois, do denominado "dirigismo econômico" (v. o nosso artigo específico citado), o nascimento desse organismo inaugura uma nova fase no setor de direitos autorais no País, que fica, em consequência, sob o controle direto do Estado.

Sediado em Brasília e vinculado diretamente ao Ministro da Educação e Cultura, o Conselho sofreu duas principais formulações de estrutura, a primeira em sua instalação (Dec. de criação nº 76.275, de 15-11-75, e o Regimento Interno: Portaria nº 248, de 9-4-75) e a segunda — que lhe conferiu a composição atual — em fins de 1979 (texto já mencionado).

Cabem-lhe, consoante a lei de regência, funções de fiscalização, consulta e assistência no que respeita a direitos de autor e dos que lhes são conexos (art. 116), com poderes normativos e de intervenção, tanto no ECAD, como nas associações, nas condições previstas (art. 117, espec. inciso III), bem como de decisão e de julgamento de processos administrativos relativos às matérias citadas (Dec. nº 84.252/79).

Trata-se de organismo que existe em outros países, também sob a forma de conselho, ou, mesmo, de oficinas centrais (nos países americanos e europeus, de um lado, e africanos, de outros), com atribuições de comandar a política do setor, em face de dificuldades que o complexo mecanismo operador oferece.

Composto, atualmente, de especialistas em direito de autor e com ampla vivência prática, vem o Conselho atuando decididamente no aprimoramento da área, em prol dos autores e da própria cultura nacional.

Divide-se em câmaras especializadas, em razão da matéria (em número de três) e funciona como colegiado nas decisões maiores e mesmo em grau de recurso. De suas decisões, nas condições previstas em sua regulamentação, cabe recurso administrativo ao Ministro.

12. Submissão do ECAD ao CNDA

Em função do exposto, tem-se claro que o Escritório Central (ECAD) e demais entidades do setor (associações, titulares e usuários) estão sujeitos à ação normativa, fiscalizadora e orientadora do Conselho.

Essa sujeição — como natural — cinge-se às disposições legais aplicáveis, de acordo com as quais deve o organismo — como, de resto, a sociedade em geral — pautar a sua atuação.

Especificamente em relação ao ECAD, deve-se anotar que a sua vida e a sua atuação estão mais de perto sob a ação do CNDA, em função da própria lei, que o atrelou, desde o nascedouro, ao órgão máximo do sistema administrativo autoral, submetendo a aprovação do respectivo estatuto à sua manifestação (art. 115).

A par disso, impôs-lhe diversas obrigações específicas, para facilitar a fiscalização e o controle do CNDA, a exemplo das associações (arts. 113, 114 e 115), conferindo àquele o poder de intervenção em seus negócios, sempre que descumprir obrigações legais, ou suas determinações, ou lesar direitos de seus associados (art. 117, inciso III) (poderes extensivos também aos negócios das associações, nas mesmas condições). E mais: os próprios preços — que têm os critérios definidos pelo CNDA — são oferecidos a sua homologação.

Exerce, pois, o CNDA sobre o ECAD uma função normativa, geral e específica; uma função fiscalizadora de seus negócios e de sua administração; e uma função orientadora, quanto aos aspectos apontados.

Isso confere ao ECAD posição singular no contexto brasileiro de associações, porque, inobstante seja associação civil (conforme consta de sua regulamentação referida), sofre mais de perto a injunção estatal, por meio do CNDA, em face da disciplina legal vigente.

Nesse sentido, aliás, é que, ante irregularidades apontadas, em auditoria levada a efeito por técnicos especializados, o CNDA decretou intervenção no ECAD (pela Portaria nº 6, de 10-2-81), pelo prazo de cento e oitenta dias, e, nesse período, mediante a atuação de especialistas em diferentes áreas de administração de empresas, foram elaborados planos para o aperfeiçoamento da máquina interna do ECAD e também para o aprimoramento do sistema de arrecadação, por meio de cadastramentos de usuários, registro de obras, ampliação das faixas de arrecadação, treinamento e aperfeiçoamento do pessoal, aumento das capitais inseridas no sistema e outras medidas, que, efetivadas, proporcionarão uma maximização da arrecadação em termos reais, com os frutos benéficos que todo o setor espera. Mantêm-se, no entanto o sistema de pontuação e o de tabela (a última homologada pelo CNDA, pela Res. 25, de 11-3-81 e ora em discussão com alguns usuários).

Estando por findar-se o prazo da intervenção, decidiu o Conselho, para efeito de prosseguimento e implantação dessas medidas e de realização de eleições para a administração do ECAD, nomear um supervisor-geral para gerir os seus destinos até a posse dos eleitos, prevista para 31-12-81.

Oxalá os frutos dessa experiência sejam colhidos pelos representantes das associações — que, nessa transição, formarão um Conselho, para os fins de autorização autoral e o desempenho de funções outras de administração — e, posteriormente, pelos responsáveis pelo Escritório, aproveitando-os para imprimir na mente dos autores a posição de verdadeiro defensor de seus direitos, e unindo-se todas as forças no sentido de atingir-se um con-

graçamento tal que lhe permita levar avante a difícil e espinhosa missão de captação de direitos autorais!...

Que se conscientizem todos de que a missão do administrador desses direitos deve voltar-se para os interesses das categorias representadas, pondo-se de lado problemas de ordem pessoal, para que, fortalecidos com a união, possam os intelectuais brasileiros receber a justa remuneração pela utilização de suas obras, em prol, afinal, do progresso da própria cultura da Nação e da afirmação de seus valores básicos!...

V — Síntese conclusiva

Dos direitos autorais de cunho patrimonial, destaca-se, no plano da música, o direito de execução pública, que consiste na prerrogativa que tem o autor de autorizar a utilização de sua obra, pelas formas possíveis, recebendo, em contrapartida, a remuneração correspondente.

Atuando, para tanto, por meio de associações de titulares, suas mandatárias, têm os autores encontrado enormes dificuldades para a efetivação desse direito, que se opera por intermédio de complexo mecanismo de coleta de dados e de processamento, baseado, principalmente, em amostragens, para a posterior distribuição do resultado aos titulares respectivos.

Ora, visando o legislador entre nós — dada a diversidade de fórmulas encontradas em outros países — a centralizar a arrecadação desses direitos em um só organismo, criou o ECAD (Escritório Central de Arrecadação e Distribuição), que se insere em um sistema — instituído pela Lei nº 5.988, de 14-12-73 —, sob cuja égide deve funcionar, tendo como organismo de cúpula o Conselho Nacional de Direito Autoral (CNDA).

Submetido — como as demais entidades do setor — à sua ação normativa, fiscalizadora e orientadora, o ECAD passa por processo de aperfeiçoamento administrativo e operacional, que pretende imprimir-lhe estruturação que o capacite a funcionar mais eficientemente em prol dos direitos de seus representados, para o próprio desenvolvimento do setor e a conseqüente expansão da cultura do País.

BIBLIOGRAFIA (específica)

- ARE, Mario — *L'Objetto del Diritto di Autore*. Milano. Giuffrè, 1963.
- BITTAR, Carlos Alberto — *Direito de Autor na Obra Feita sob Encomenda*. SP, RT, 1977.
- — *Direito de Autor na Obra Publicitária*. SP, RT, 1981.
- — “Direito Autoral”, in *Enciclopédia Saraiva do Direito* (verbete).
- — “O Direito de Autor no Plano das Liberdades Públicas”, in *Justitia*, nº 98, págs. 165 e segs.
- BOBBIO, Pedro Vicente — “O Direito de Autor na Criação Musical”. SP, Lex, 1951.
- BOLLA, Plínio — “La radiodiffusione ed il diritto d'autore nella Convenzione riveduta a Bruxelles, dell'unione internazionale per la protezione delle ope-

- re letterarie ed artistiche", in *Scritti Giuridici In Onore di F. Carnelutti*, Padova, Cedam, 1950, v. III.
- BOLLECKER, Louis C.** — *Droit Privé de la Radioffusion*. Paris, Sirey, 1934.
- CASELLI, Eduardo Piola** — *Treatato del Diritto di Autore e del Contratto di Edizione*. Torino, Torinese, 1927.
- CHAVES, Antônio** — *Proteção Internacional do Direito Autoral de Radiodifusão*. SP, RT, 1952.
- — "A arrecadação do direito de autor na Europa", in *Revista de Faculdade de Direito*, 1971, v. LXVI, págs. 393 e segs.
- — "O projeto brasileiro do Código de Direito de Autor e Direitos Conexos", mesma revista, págs. 105 e segs.
- COHEN, Naten** — "State regulation of musical copyright", in *Oregon Law Review*, v. XVIII, fasc. 3.
- DEBBASCH, Charles** — *Traité du Droit de la Radiodiffusion*. Paris, Lib. Générale, 1967.
- DESBOIS, Henri** — *Le Droit d'Auteur en France*. Paris, Dalloz, 1966.
- DI FRANCO, Luigi** — *Proprietà Industriale, Letteraria ed Artistica*. Milano, SEI, 1936.
- FRAGOLA, Augusto** — *La Cinematografia nella Giurisprudenza*. Padova, Cedam, 1966.
- GÉRARD, Paul Daniel** — *Los Derechos de Autor en la Obra Cinematográfica*, trad. Barcelona, Ariel, 1958.
- GRECO, Paolo e VERCELLONE, Paolo** — *I Diritti sulle Opere dell'Ingegno*. Torino, Torinese, 1974.
- GROMPONE, Romeo** — *El Derecho de Autor en Uruguay*. Montevideo, Asociación General de Autores de Uruguay, 1977.
- LADAS, Stephen** — *The International Protection of Literary and Artistic Property*. New York, MacMillan, 1938.
- MOUCHET, Carlos** — *El Dominio Público Pagante*. Buenos Aires, Fondo Nacional de las Artes, 1970.
- PADELLARO, Giuseppe** — *Il Diritto di Autore (La disciplina giuridica degli strumenti di comunicazione sociale)*, Milano, Vallardi, 1972.
- PARILLI, Ricardo Antequera** — *Consideraciones sobre el Derecho de Autor*. Buenos Aires, ed. prop., 1977.
- PLAISANT, Robert** — *Le Droit des Auteurs et des Artistes Exécutants*. Paris, Delmas, 1970.
- POULAIN, Jean** — *La Protection des Émissions de Radiodiffusion*. Paris, Lib. Générale, 1963.
- RÉNAULD, J. G.** — *Droit d'Auteur et Contrat d'Adaptation*. Bruxelles, Larcier, 1955.
- SANCTIS, Valerio de** — *Contratto di Edizione — Contratti di Rappresentazione e di Esecuzione*. Milano, Giuffrè, 1965.
- STOLFI, Nicola** — *Il Diritto di Autore*. Milano, SEI, 1932.
- STOYANOVITCH, K.** — *Le Droit d'Auteur dans les Rapports entre la France et les Pays Socialistes*. Paris, Lib. Générale, 1959.
- STRASCHNOV, Georges** — *Le Droit d'Auteur et des Droits Connexes en Radiodiffusion*. Bruxelles, Bruyant, 1950.
- TARNEC, Alain Le** — *Manuel de la Propriété Littéraire et Artistique*. Paris, Dalloz, 1966.

O direito agrário e o desenvolvimento da Amazônia

OTÁVIO MENDONÇA

Professor da Universidade Federal do
Pará.

Após uma existência três vezes e meia secular, Belém transformou-se, por alguns dias, em centro da cultura jurídica universal. Isso seria, talvez, impossível se nos houvéssimos reunido para o estudo de qualquer segmento clássico do Direito — o Civil, o Comercial, o Penal, o Processual, o Constitucional —, cuja legitimidade emanasse de uma posição sedimentada, e apenas mutável, na essência, por processos violentos ou revolucionários. Se assim fosse, o debate sobre sua conjuntura melhor estaria nos velhos centros universitários, testemunhas prováveis do lento aperfeiçoamento que obtiveram. O nosso encontro destinou-se, entretanto, ao mais jovem dos setores desta velha ciência, àquele cuja autonomia é tão recente e cuja instabilidade tão notória que não importa em leviandade *propor-lhe mudanças ou adaptações radicais*. No Brasil, o Direito Agrário somente ganhou independência em fins de 1964, quando a Emenda nº 10 à Constituição de 46 destacou-o no elenco da competência legislativa da União e, logo depois, a Lei nº 4.504, o Estatuto da Terra, consolidou suas normas fundamentais.

Mesmo em países da mais vetusta tradição jurídica, a situação pouco difere. Na França, por exemplo, informa JEAN MEGRET que em 1973 apenas era ensinado, como disciplina autônoma, no Instituto de Altos Estudos de Direito Rural e Economia Agrícola, e seus traços contemporâneos não ultrapassavam os dez anos anteriores. Diz, também, o mestre parisiense que se trata de um direito por vezes *audacioso*, com regras discutidas e discutíveis, no qual o tempo, que tudo atenua e faz esquecer, ainda não apaziguou as *rudes confrontações inerentes ao seu objeto*. Não se pode falar, assim, do Direito Agrário como de alguma coisa construída; sua estrutura permanece longe de estar acabada; ele se desenvolve, dia após dia, sem que haja encontrado fórmulas definitivas, inclusive porque despertou esperanças superiores às que até agora conseguiu satisfazer.

(Palestra no encerramento do I Encontro Internacional de Jus-Agraristas — Belém, 25-5-1981.)

Sem dúvida, desde quando sobre ela apareceu, o Homem incessantemente ocupa, trabalha e disputa a Terra. Visto desse ângulo, portanto, alguns institutos que interessam ao Direito Agrário, como a posse e a propriedade, existem desde a mais remota antiguidade, e todas as transformações sociais importantes de alguma forma neles se refletiram. A história grega e romana, a Idade Média, o Renascimento, a Revolução Francesa, as codificações do século XIX estão cheias de leis agrárias.

Desde os meados do século XX, entretanto, ocorreram modificações tão profundas na estrutura da vida rural que, pouco a pouco, como sucedeu ao Direito do Trabalho, formou-se a consciência de que um novo ramo jurídico deslocava-se do venerando tronco civilista e ganhava a maioria que hoje ninguém lhe contesta. A terra, antes abundante, vai se tornando escassa à medida que deve dar abrigo e alimento a uma população multiplicada em ritmo cada vez mais acelerado. O conceito de justiça social passou a exigir melhor distribuição da propriedade no campo e, em conseqüência, a se opor ao acúmulo ilimitado e improdutivo do domínio terrestre particular. Muitas garantias e vantagens obtidas pelo trabalhador urbano estenderam-se ao empregado rural. Os recursos da flora, da fauna, do subsolo e das águas, ameaçados por uma tecnologia não raro destrutiva, passaram a reclamar proteção antes dispensável. As fontes não renováveis de energia, como o petróleo e a hulha, caminhando para a extinção, atingiram preços vertiginosos e condicionaram o equilíbrio econômico dos países não produtores ao encontro e fomento de fontes alternativas, inatingíveis sem a utilização de áreas enormes e adequadas.

De tudo isso resultaram mudanças tão radicais que se tornou imprescindível grupá-las em segmento jurídico próprio, constituindo o atual Direito Agrário, cuja etapa contemporânea SANZ JARQUE situa na Itália, a partir de 1922, quando GIANGASTONE BOLLA fundou, em Florença, o Instituto de Direito Agrário Internacional e Comparado. Para estudá-lo, nas suas mais recentes dimensões, é que se reuniu esta Conferência, cuja sede, na Amazônia, não poderia ser mais adequada. Nenhum outro lugar do mundo atravessa situação semelhante e em parte alguma o Direito Agrário poderá exercer papel mais decisivo neste final do século XX. Aqui, a própria Geografia continua em ebulição e a imagem mais forte que dela se guarda é a de um imenso, incompleto trecho da Terra, onde a natureza compacta, cambiante e gigantesca, esmaga o homem frágil, disperso e abandonado. Disse-o, há quase 80 anos, de forma insuperável, esse gênio da interpretação brasileira, EUCLIDES DA CUNHA, "mártir da paisagem", como o chama GILBERTO FREYRE:

"Escapa-se-nos de todo, na Amazônia, a enormidade que só se pode medir repartida; a amplitude, que se tem de diminuir para avaliar-se; a grandeza, que só se deixa ver aplequenando-se, através dos microscópios, e um infinito que se doa pouco a pouco, lento e lento, indefinidamente, torturantemente. A terra ainda é misteriosa. O seu espaço é como o espaço de MILTON: esconde-se a si mesmo. Anula-se a própria amplitude a extinguir-se, decaindo por todos os lados, adstrita à fatalidade geométrica da

curvatura terrestre, ou iludindo as vistas curiosas com o uniforme traço de seus aspectos imutáveis.”

“É a última página, ainda a escrever-se, do Gênesis, com tanta agudeza e com tanta emoção, que parece latejar de febre! É uma guerra de mil anos contra o desconhecido, cujo triunfo só virá ao fim de trabalhos incalculáveis, em futuro remotíssimo, ao arrancarem-se os derradeiros véus da paragem maravilhosa. Por enquanto, ela é a terra moça, a terra infante, a terra em ser, a terra que ainda está crescendo...”

“De seis em seis meses, cada enchente que passa é uma esponja molhada sobre o desenho mal feito; apaga, modifica ou transforma os traços mais salientes e firmes, como se no quadro de suas planuras desmedidas andasse o pincel irrequieto de um sobre-humano artista incontestável.”

Na medida, portanto, em que o Direito Agrário, emergindo do período embrionário, ingressa na fase experimental, a Amazônia constitui o seu laboratório predileto. Aqui os seus princípios poderão ser modificados, os seus erros corrigidos, assegurando-lhe a flexibilidade indispensável para servir de base à dignidade da convivência humana, mesmo quando os seus atritos mais primitivos se desenrolarem ao contacto da natureza mais rebelde.

A instabilidade na Amazônia principia pelo nome. Com ele designamos, pelo menos no Brasil, três conceitos distintos. Daí ser necessário **qualificá-la** para saber a qual nos estamos referindo: **Amazônia clássica**, correspondente à região Norte, formada pelos Estados do Acre, Amazonas e Pará e pelos Territórios de Rondônia, Roraima e Amapá. Possui superfície de 3,5 milhões de km² e 6 milhões de habitantes. **Amazônia legal**, decorrente da Lei nº 1.806, que, ao criar, em 1953, a Superintendência da Valorização Econômica da Amazônia, então SPVEA, hoje SUDAM, nela incluiu o Maranhão ocidental, à esquerda do meridiano 44; e o Norte de Goiás e Mato Grosso, acima dos paralelos 13 e 16 de latitude sul. A superfície aumenta para 5 milhões de km² e a população para 8 milhões de habitantes. Finalmente, a **Pan-Amazônia geográfica, internacional**, que, tomando por base os 8 signatários do Pacto de Cooperação assinado em 1978, estende-se por 7 milhões de km² e abrange em torno de 11 milhões de habitantes. Este último conceito talvez fosse o mais próprio para uma reunião da qual participam juristas de quase todos os países daquele Pacto, abordando assuntos que, ressalvadas as peculiaridades locais, interessam a quantos vivem nesta imensa planície. É, por exemplo, o que acontece com o tema que me foi atribuído. Falando sobre as relações entre o Direito Agrário e o desenvolvimento da Amazônia, impossível esquecer que a região não se esgota nos limites do Brasil; que o esforço pelo seu progresso também está em curso nos países vizinhos, com os quais acabamos de instituir bases recíprocas para coordená-lo; e que precisamente algumas zonas fronteiriças perduram entre as que reclamam e merecem ocupação mais urgente, de ambos os lados, o que será extraordinariamente facilitado se as normas jurídicas, ainda que diversas

no detalhe, forem harmônicas nos objetivos e na inspiração. Realmente, na medida em que o Direito Agrário propõe-se a disciplinar as relações do **binômio Homem-Terra**, a nossa região, no âmbito continental, é o seu **habitat** por excelência, de vez que aqui se está desenvolvendo, em escala com poucos precedentes na História e nenhum paralelo contemporâneo, uma extraordinária aventura de **domínio** da Terra pelo Homem.

A pungente interrogação, não apenas no Brasil, mas em toda a América Latina, é do grau de interdependência entre o Direito Agrário, o desenvolvimento e a justiça social. Até que ponto as normas jurídicas apenas exprimem o **statu quo** em vigor ou são capazes de modificá-lo? Contribuem elas para o progresso ou este é que determina suas modificações? E, sobretudo, haverá esperança de aperfeiçoar a estrutura da sociedade em favor de uma classe menos favorecida, como os trabalhadores rurais, quando tão remotamente podem eles influir na reformulação das regras que os atingem? Tal foi o tema da tese de RAMON CASANOVA, da Universidade de Los Andes. Observa o professor venezuelano que nas antigas colônias espanholas o Direito Agrário, tal qual hoje o concebemos, nasceu com a Revolução Mexicana de 1910, isto é, tendo como alvo prioritário a reforma em favor dos camponeses. E que, embora os resultados ainda sejam insatisfatórios, as condições peculiares do nosso Continente tornam indissolúvel a sua prosperidade de uma efetiva proteção ao trabalho rural, de vez que se encontra na agricultura, e somente nela, a perspectiva de alcançarmos padrões semelhantes aos que na Europa, em épocas e sob circunstâncias inteiramente diversas, foram conseguidos pela industrialização. Na América Latina, portanto, o signo do Direito Agrário seria assegurar a justiça no campo, como pressuposto inafastável do desenvolvimento econômico.

Na Amazônia esse raciocínio ganha, se possível, ainda maior ressonância, porque os problemas do desenvolvimento e da justiça são antecidos ou concomitantes aos da **ocupação**, que tanto os condicionam como os ampliam. SAMUEL BENCHIMOL, imaginando uma cosmovisão do nosso planeta tomada de Marte, calcula a representatividade da Pan-Amazônia constituindo a vigésima parte da superfície terrestre, quatro décimos da América do Sul e três quintos do Brasil, um quinto da disponibilidade mundial de água doce e um terço das reservas mundiais de florestas latifoliadas. Esta imensidão, entretanto, abriga apenas dois e meio milésimos da população mundial. A densidade é de 1,5 habitantes por quilômetro quadrado. Deduzidas, portanto, algumas concentrações urbanas — Belém, Manaus, São Luís, Culabá, Rio Branco, Santarém, Macapá; Boa Vista, Porto Velho, no Brasil; Iquitos, no Peru; Leticia, na Colômbia; Riberalta, Cobija e Trinidad, na Bolívia —, o resto é um enorme vazio, desafiando a capacidade humana para conhecê-lo e conquistá-lo. Basta contemplar, assim, o mapa da bacia amazônica; salta à vista que seu problema essencial ainda é, e será por muito tempo, como, quando e onde ocupá-la.

Todo o arco setentrional da América do Sul, tomando como referência as cidades de São Luís e de Lima, possui o caráter comum da população periférica, diferindo em que, pelo Pacífico, os contrafortes andinos explicam a dificuldade de penetração, enquanto, pelo Atlântico e pela

maior parte do Caribe, os grandes rios navegáveis — Amazonas, Essequibo, Orinoco — poderiam facilitá-la, não fosse a barreira da selva, tanto ou mais intransponível que a da Cordilheira. A região possui, portanto, a **vocação da continentalidade**, cujo quociente, pela fórmula de EVERARDO BACKEUSER, é igual a 11, um dos mais altos do Planeta, índice obtido dividindo a extensão do perímetro terrestre, 17.500 km, pelo do litoral marítimo, que é de 1.500. Quanto ao Brasil, metade do seu território dista mais de 1.000 km do mar. Se é verdade, pois, que fomos descobertos e originariamente ocupados pela costa oceânica, ou pelas margens dos rios, não é menos verdade que a grandeza do nosso destino depende inafastavelmente do **domínio terrestre**. Sem este seríamos, como já fomos, um bizarro arquipélago seco, onde as manchas habitadas permaneceriam somente acessíveis pela água, embora cercadas de terra por todos os lados. Exatamente o que aconteceu durante mais de 450 anos, desde quando, nos albores do século XVI, os primeiros navegadores europeus percorreram a costa setentrional brasileira até as duas últimas décadas, ao se abrirem as grandes rodovias que iniciaram o ciclo da penetração amazônica por terra. Houve, antes delas, apenas algumas exceções irrelevantes. Foram as estradas de ferro Bragantina, do Tocantins e Madeira—Mamoré, totalizando, somadas, cerca de 500 km, tímidos arranhões na imensidade da selva, que não diminuíram sua avassalante dependência fluvial. Mesmo assim, suscitaram pequenas concentrações populacionais, tanto que, ao longo da estrada de Bragança, surgiu a primeira zona tipicamente agrícola, e não extrativa, do território paraense. Tudo mais foram **ocupações marítimas**, que se desencadearam em três direções, ou melhor, de três origens diferentes: a **andina**, a **atlântica** e a **planáltina**.

Dos Andes para o mar desceu o primeiro atravessador da Amazônia, esse quixotesco FRANCISCO DE ORELANA, companheiro dos PIZARROS, que, representando os espanhóis, conquistadores do Peru, pelo Pacífico, e senhores da planície, pela linha de Tordesilhas, conseguiram chegar de Quito à Europa, dando nome ao rio, embora sem deixar vestígios permanentes de sua passagem. Em sentido contrário, do Atlântico para os Andes, subiram os portugueses, simbolizados em PEDRO TEIXEIRA, esses sim, mais preocupados em **ficar** do que em **chegar**, tanto assim que plantaram o povoado de Franciscana, na confluência do Napo com o Aguarico, avoengo dos limites que, misturando fortalezas militares com missões religiosas, acabaram traçando o contorno lusitano, aceito como fato consumado após a separação das coroas ibéricas e formalizado, no século XVIII, pelo princípio do **uti possidetis**, através dos Tratados de Madri e Santo Ildefonso. Finalmente, ainda em meados do século XVII, a terceira frente, a planáltina, marcaria sua presença no vale através de RAPOSO TAVARES, o superbandeirante que, partindo de São Paulo, anteciparia de 250 anos o feito de RONDON, subindo os vales do Paraná e do Paraguai, atravessando Mato Grosso, alcançando o Rio Madeira e, por ele, chegando ao Amazonas para atingir Gurupá, numa época em que esses caminhos apenas existiam na imaginação delirante e na audácia sem limites desses andarilhos incomparáveis.

Dessas três frentes, até há pouco, apenas a atlântica se desenvolvera constantemente. Por ela é que foram ocupadas ambas as margens do

Amazonas, do Solimões e da maioria de seus afluentes. Na do Planalto Central, somente merece destaque o fluxo que desceu pelo Araguaia e Tocantins e, na confluência deles, reuniu-se a um modesto contingente nordestino originário do Maranhão pelos vales do Grajaú e do Mearim. Tanto uma como outra dessas ocupações, entretanto, sempre foram tão diluídas, tão bordejantes, que se poderiam compará-las à presença portuguesa nos litorais africanos e asiáticos durante o século XVI, meros entrepostos de comércio, ou melhor, de escambo, permutando produtos extrativos com gêneros de primeira necessidade pelos sistemas primários do regatão ou do aviamento. O "rio comanda a vida", diria LEANDRO TOCANTINS, no arguto ensaio em que descreveu a tirania fluvial que ainda hoje se reflete até na vinculação espontânea dos habitantes amazônicos às suas ribanceiras familiares. Em regiões dominadas pelas ferrovias, como foi São Paulo na primeira metade deste século, o povo se diz, ou se dizia, da Mogiana, da Sorocabana, da Noroeste. Aqui, o povo se diz do Guamá, do Tocantins, do Xingu, do Tapajós, ou do Madeira, e até, no tempo da borracha, para resumir a região acreana, dos "altos rios", englobando as bacias do Purus, do Juruá e do Javari.

Por sua vez, a velha titulação das terras amazônicas também as descrevia pelos acidentes marítimos que as circundavam. Testada para um igarapé, entre as bocas de dois outros, com uma légua de frente por outra de fundos, em geral omitindo confinantes ou a eles se referindo como "quem de direito". E isso em épocas recentes, quando a dimensão das glebas já aparece indicada, embora vagamente. Houve tempo em que a referência nem sequer se fazia à **superfície**, mas sim à **produção**: uma sorte de terras com 100 "estradas de borracha", um castanhal produzindo 3.000 hectolitros, um lote com mil pés de cacau. O fato é que a terra, **em si mesma**, valia pouco. Continuava tão abundante e pouco disputada como ao tempo da concessão gratuita de enormes sesmarias. Ninguém se preocupava em localizá-la e limitá-la. O que importava eram os produtos, e, como estes provinham do extrativismo, para alcançar os quantitativos indicados nos títulos, eram geralmente abrangidas áreas imensas, cujo valor de certa forma até diminuía na medida em que aumentava a extensão, dado que esta dificultava a coleta difusa dos recursos florestais.

Sobrevinda a República, e transferidas as terras devolutas para o patrimônio estadual pela emenda JÚLIO DE CASTILHOS, o Pará introduziu na sua legislação um instituto inédito no direito brasileiro: **o título de posse**, combinação originalíssima do **fato**, que era a posse, com o **documento**, que era o **título**. E como este se originava daquela, tornava-se evidente que a ela se subordinava e somente prevaleceria na medida em que a exercesse. Estava-se no apogeu do ciclo da borracha, e o Governo desejava estimular a permanência dos extratores nos longínquos seringais. Equiparou, assim, a ocupação ao domínio, autorizando as intendências municipais a expedirem títulos provisórios que, medidos e demarcados, **legitimavam a posse** e tornavam-se inscritíveis como propriedade plena no registro imobiliário.

Aí está o embrião de um dos mais delicados e peculiares problemas com que se defronta o Direito Agrário neste Estado. Os prazos demar-

catórios foram sucessivamente prorrogados e os primitivos títulos, ora desdobrados, ora fundidos, gerando glebas insignificantes ou desconhecidas. As cadeias sucessórias tornaram-se deficientes e incertas as provas de ocupação. Não raro novos títulos, estes de venda, foram expedidos superpondo-se aos anteriores, enquanto os acidentes geográficos neles mencionados desapareceram, mudaram de nome ou se confundiram com outros de nome idêntico, sobretudo quando homenageavam santos da devoção local. Onde está o igarapé Santo Antônio no Município de Moju, se ali existem dezenas de igarapés Santo Antônio? Porém, até há pouco, que importância maior possuía essa inofensiva balbúrdia fundiária? Se alguém, para atingir a produção desejada, precisasse alargar sua terra, bastaria penetrar mais fundo no sertão. Se encontrava um título superposto, transferia-se para o lote contíguo. Havendo posseiros em suas glebas, poderiam ser bem-vindos desde que concordassem em explorá-las "de meia". E se existiam vários igarapés Santo Antônio, escolhia-se o mais próximo ou adequado para nele fixar o título. Erguida a casa, feita a roça, explorada a floresta, estava **localizada** a propriedade e a posse, ou esta sem aquela, que ninguém contestava até que o tempo se encarregasse de consolidá-la ou o abandono substituisse por outro o seu ocupante anterior.

Exceto nos campos naturais de Marajó, nos polígonos castanheiros ou em alguma concentração maior de seringais, **até os anos 60, foram raríssimos os litígios de terra na Amazônia**. Nestes últimos 20 anos, tudo de repente se modificou. Tramitam hoje nos órgãos administrativos ou judiciários milhares de processos envolvendo problemas de Direito Agrário. No ITERPA, no INCRA, na SUDAM, no IBDF, na FUNAI, no SPU, no BASA, nas delegacias de polícia, nas carteiras agrícolas dos bancos oficiais, na Justiça Federal e Trabalhista, em quase todas as Comarcas da Amazônia, no Congresso Nacional, nas Assembléias Legislativas e nas Câmaras Municipais, nos Ministérios do Interior, das Minas e Energia, da Agricultura, da Fazenda e do Planejamento, no Conselho de Segurança Nacional. A imprensa está repleta de notícias e editais. Ora são citações para complexos litígios fundiários; ora discriminatórias de grandes glebas, onde é indispensável extremar o patrimônio público do particular; ora anulações de títulos falsos e pedidos de cancelamento do registro imobiliário; ora são chamadas de confinantes para remotas demarcações; ora são licitações de glebas, aprovação de projetos agropecuários, de reflorestamento ou de colonização; verbas para créditos rurais subsidiados; implantação de novos órgãos e programas, que se traduzem por siglas tão numerosas e atuam por atos tão freqüentes e fragmentários, que a especialização do agrarista na Amazônia dificilmente pode ser mantida sem a exclusividade do seu tempo e da sua dedicação.

Mas também são notícias e comentários, e não apenas na imprensa, porém numa impressionante bibliografia que focaliza, por vezes com admirável perspicácia, cada minúcia da problemática amazônica: de conflitos sangrentos, de assassinatos à luz do dia, cuja autoria permanece coletiva ou incerta; de prisões que tudo indica serem arbitrarias; de queixas, cada qual a mais veemente, quer de proprietários que se dizem inva-

dados, quer de posseiros que se dizem expulsos; do fracasso das interferências conciliatórias; de acirradas disputas sindicais; da presença cada vez mais ativa de sacerdotes católicos, ora aplaudidos como obstinados protetores do povo, ora criticados por atitudes que alguns consideram ofensivas ao seu direito de propriedade.

* * *

Como se explica mudança tão rápida e profunda? É que, a partir de 1960, fatores poderosos acumularam-se na Amazônia, transformando, por muito tempo ou para sempre, sua antiga e estática fisionomia em turbulento entrechoque de interesses e aspirações. A tentativa de um esquema, fatalmente imperfeito, contribuirá, talvez, para que os companheiros de outros Estados e de outros países formulem o seu próprio diagnóstico desapaixonado e surjam soluções, de que tanto e cada vez mais necessitamos.

1º — **O acesso à terra** — Quando, em 1960, a capital brasileira foi transferida para Brasília e ligada a Belém pelos 2.200 km da BR-10, abriu-se um novo capítulo na história econômica da Amazônia. Pela primeira vez, havia um vínculo terrestre do Norte com o Centro e o Sul do País. Os Estados do Pará e de Goiás foram cortados longitudinalmente em quase toda sua extensão; o do Maranhão atingido em sua principal zona agrícola; e os vales do Guamá, do Capim, do Araguaia e Tocantins tornaram-se acessíveis a todos, durante o ano inteiro, mesmo nos trechos mais secos ou encachoeirados. Desvendava-se, assim, em suas linhas intermediárias, uma imensa região antes inatingível, a não ser a partir de suas margens, pela penetração através de pequenos, tortuosos e inconsistentes igarapés. Chegava-se agora às terras firmes de caminhão e não apenas às várzeas de canoa. Pavimentada a rodovia, inverno e verão deixaram de condicionar o trabalho dos seus habitantes. O rio perdera o comando da vida. . . Surgiram, então, com rapidez impressionante, estradas derivadas, ligando à principal todas as velhas cidades e vilas ribeirinhas. Outras cidades e outras vilas nasceram por encanto ao longo de seus percursos. Os lugares passaram a ser conhecidos pelo km correspondente. Municípios se desmembraram ou se constituíram. Um deles, no vale do Gurupí, limite do Maranhão, chamou-se Paragominas, lembrança dos paraenses, goianos e mineiros que se estabeleceram onde há pouco era mata virgem e hoje prospera um dos melhores rebanhos bovinos do território paraense.

Esse fluxo vertiginoso de pessoas, de mercadorias e de interesses transformou regiões antes desconhecidas em fervilhantes cadinhos de imigrantes de toda espécie. A notícia de terras férteis, abundantes, devolutas, apropriáveis e acessíveis correu pelo País afora, como se fosse uma espécie de garimpo recém-aberto à audácia incontrolável dos pioneiros. Tal experiência ainda estava em curso quando foi multiplicada por várias outras, semelhantes e até maiores. Na década seguinte, nos anos 70, o Governo federal, impressionado com as secas nordestinas e os excedentes demográficos que ali mergulham periodicamente num processo de miséria e desespero, construiu a Transamazônica, ligando Recife

e João Pessoa a Rio Branco e Cruzeiro do Sul. Através do mesmo Plano de Integração Nacional, abriu-se a Cuiabá—Santarém, entre os vales do Xingu e Tapajós. Contemporâneas e complementares são a Porto Velho—Manaus, a Brasília—Acre e a Manaus—Boa Vista, sem falar nos projetos desativados da Perimetral Norte, paralela à fronteira setentrional e da Santarém—Suriname, que a deverá atingir, completando uma gigantesca malha rodoviária, cujo resultado, parcialmente já conseguido, é interligar todo o interior da Amazônia.

Fácil compreender o que sucedeu e continua sucedendo ao longo dessas rodovias. A União iria mexer, como observa ROBERTO SANTOS, com dois elementos sociais singularmente delicados, capazes de suscitar a explosão de grandes paixões humanas: os interesses vitais e a subsistência de milhares de famílias, de um lado; e a avidez patrimonial, o enriquecimento imobiliário súbito e fácil, de outro. Veio gente de toda parte, de todos os tipos e com todas as intenções. Homens sem terra do Nordeste, atraídos pelos programas de colonização do INCRA, que lhes acenava com a terra sem homens da Amazônia. Lavradores de Goiás, de Mato Grosso, do Maranhão, da Bahia, do Ceará e também do Paraná, de Santa Catarina e do Rio Grande. Alguns porque os altos preços do hectare ou do alqueire, no Sul, tornaram proibitiva a expansão de suas exíguas propriedades familiares, ameaçadas por vizinhos poderosos naquele processo absorvente que JOSÉ GRAZIANO DA SILVA compara a uma **fagocitose vegetal**; outros pela transformação da lavoura e da pecuária artesanais em empreendimentos técnicos dependentes de maquinaria, fertilizantes e defensivos incompatíveis com suas pequenas dimensões e escassos recursos; alguns porque já expulsos de glebas anteriores, cuja propriedade jamais obtiveram; milhares de **peões**, recrutados por astutos intermediários — **os gatos** — dessa mão-de-obra desqualificada que transferem de lugar para lugar com muitas promessas e poucos escrúpulos — os **bóias-frias** do Rio e São Paulo, os **clandestinos** de Pernambuco — para transformá-los em assalariados das empresas rurais na fase do desmatamento ou dos grandes projetos de obras públicas, como a abertura de rodovias, a construção de hidrelétricas e a exploração de jazidas minerais; enfim, todos, ou quase todos, sob aquele impulso psicológico pelo qual JOSÉ DE SOUZA MARTINS diz que somos um país de eterna migração, um país de incorrigíveis retirantes.

Na Amazônia, o fenômeno repete-se pela terceira vez. De 1850 a 1912, durante a curva ascendente do ciclo da borracha, aqui penetraram cerca de 500.000 nordestinos, dos quais pelo menos a metade permaneceu ao sobrevir a **débâcle**, reduzindo a produção de 42 para 8 mil toneladas e o preço de 2.300 dólares para 800. Durante a II Guerra Mundial, na chamada Batalha da Borracha, e novamente do Nordeste, vieram em torno de 100.000 trabalhadores. Agora, entre 1960 e 1980, o cálculo gira em torno de 200 a 300 mil imigrantes, das origens mais diversas e com uma nova característica quanto aos movimentos anteriores: em geral, vieram com o intuito de ficar, não para extrair borracha, enriquecer se possível, e logo regressar; mas sim para se dedicarem à agricultura, conseguirem um pedaço de terra e **nela permanecerem**.

2º — **O acesso à propriedade** — Enquanto esse fluxo migratório chegava e estabelecia-se conforme as circunstâncias lhe permitiam, outro movimento, perseguindo objetivos paralelos, porém conflitantes, penetrava na Amazônia utilizando processos completamente diversos. Tratava-se da **aquisição da propriedade** ao longo das mesmas estradas e de seus cortes vicinais. Também para isso havia estímulos vigorosos e variados. O principal, mas não o único, foram os incentivos fiscais estendidos pela SUDAM, desde 1966, aos projetos agropecuários. Centenas deles foram aprovados até 1980. Podendo deduzir a metade do imposto de renda devido pelas pessoas jurídicas e transformá-la em ações de empresas consideradas de interesse para o desenvolvimento amazônico, é compreensível o entusiasmo que a medida despertou, sobretudo em grupos já tradicionalmente ligados, no Sul, à lavoura e à pecuária. Entusiasmo redobrado pela facilidade de aplicar tais recursos no seu próprio projeto, pelo baixo preço das terras e pela elevada contrapartida que elas representavam no aporte dos recursos incentivados. Acrescente-se a coincidência de uma inflação galopante, exigindo rápido investimento para a moeda em declínio; a valorização espantosa que as terras amazônicas lograram pela implantação das rodovias e pelos grandiosos projetos governamentais; a propaganda nacional de que aqui se estava erguendo o Brasil do futuro, cujos beneficiários seriam os primeiros que se atrevessem a superar suas dificuldades — e aí estão motivos deveras fascinantes, explicando a mais intensa transferência empresarial que jamais se fez para a Amazônia. Todos os grandes grupos patronais brasileiros iniciaram, adquiriram ou participaram de algum grande projeto rural nesta região. E como a base desses projetos era a propriedade fundiária, procuraram adquiri-la, nas maiores extensões e nas melhores localizações possíveis.

Essa **corrida às terras** gerou um clima especulativo incalculável. As repartições estaduais, incumbidas de alienação de áreas devolutas, viram-se, de repente, assediadas, quase agredidas, por uma torrente de postulantes para cujo atendimento não estavam preparados. O mesmo aconteceu com os tabellionatos do interior, com os registros imobiliários e com os trabalhos de topografia e agrimensura. Surgiram inevitavelmente irregularidades, erros e fraudes que acabaram comprometendo a confiança em quase toda a titulação agrária da Amazônia. Sintoma significativo é que a SUDAM e os bancos oficiais somente aceitam hoje os títulos acompanhados de uma certidão do ITERPA atestando sua autenticidade, e o simples pedido dessas certidões passou de requerimento rotineiro a constituir um verdadeiro processo, não raro lento e difícil, apenas para dizer — o que não é fácil — se o título existe, se é válido e se a terra está corretamente localizada, não incidindo em superposições nem disputas de posse ou vizinhança.

3º — **Os litígios** — Dos pressupostos acima delineados, pode-se deduzir a avalanche de litígios fundiários na Amazônia, quer entre proprietários e posseiros, quer entre vários proprietários ou entre vários posseiros. No primeiro grupo estão, de longe, os casos mais graves, frequentes e perigosos. Para eles o Direito Agrário deverá voltar sua preocupação imediata. E o que lhes confere um caráter quase insolúvel sem que novas

regras sejam concebidas ou nova interpretação rejuvenesça as antigas é que tais conflitos não decorrem somente de fatos controversos aos quais, depois de apurados, possa aplicar-se o direito em vigor. Decerto existe hipótese mais simples. Se o possessor recente instalou-se em domínio particular legítimo, demarcado e ocupado, os remédios possessórios costumam ser eficazes; não se trata propriamente de um **possessor**, mas sim de um **invasor**. Por outro lado, se quem alega propriedade não passa de grileiro, tentando açambarcar terras devolutas onde ocupações anteriores já firmaram o usucapião, a garantia de permanência e até a sentença declaratória podem e devem ser concedidas sem maior dificuldade. Porém, se ambas as partes estiverem de boa fé e tanto a posse como a propriedade forem autênticas — aquela ignorando esta e esta não podendo desprezar aquela —, aí os dois institutos realmente se defrontam e a opção entre eles envolve uma **problemática de concepção**, que não se pode simplificar sob pena de distorcer. Sucede que possessor e proprietário partiram de pressupostos diferentes e chegaram, assim, a posições antagônicas. O fato novo, talvez cruel, exigindo soluções inteligentes e criativas é que se fechou a **fronteira agrícola** no Brasil, tradicionalmente aberta e por onde se escoavam as demasias populacionais das zonas condensadas. Classifica OCTAVIO IANNI o fato como uma espécie de **contra-reforma agrária**, através da qual paralisou-se a colonização espontânea e colocaram-se esses excedentes demográficos sem alternativa, senão lutarem para permanecer ou refluírem aos núcleos de onde provieram. Acontece, como observa OCTAVIO GUILHERME VELHO, que o possessor não valoriza a **terra como terra**. Ser proprietário para ele não tem o menor sentido. O que lhe importa, isto sim, é ser o **donos do trabalho**. Tanto assim que, quando limpa uma área e passa para outra, não abre mão da área antes preparada, porque ali estão contidos os seus serviços. Na Amazônia **vende-se o serviço**, independente e à revelia do dono da terra, se dono ela tiver. Na própria concepção de pobreza e riqueza, o possessor difere do proprietário. Para este, a terra é uma **reserva de valor**, ali está o seu investimento, defendido da inflação, aguardando oportunidade de retorno, quer pela exploração direta, quer pela revenda total ou parcial. Para o possessor, a riqueza está na **fatura**. Ser pobre é comer mal. Ser rico é passar bem. Há mesmo um lado místico nesse raciocínio primário, quase instintivo, do possessor. Ainda que constrangido a ganhá-la, ele nutre um certo desprezo pela moeda, percebendo, por intuição, o que os economistas chamariam de **caráter perverso do dinheiro**. Este seria a besta-fera do Apocalipse, e não falta quem assim o considere, maldizendo a famosa centena 666 que a simboliza e até há pouco, no Brasil, antes das notas de mil cruzeiros, representava a soma das cédulas em circulação: 500 + 100 + 50 + 10 + 5 + 1. Também acreditam numa espécie de "marcha para o oeste", na **direção do pôr-do-sol**, capaz de conduzi-lo à completa liberdade, sobretudo quando atravessam o rio Araguaia, a partir de cuja margem esquerda estaria uma região de terras e homens livres, onde ninguém mais é obrigado a obedecer. . . Quando as divergências atingem esses parâmetros, o impasse não pode mais ser resolvido pelos critérios tradicionais. Como, entretanto, substituí-los? A Conferência Nacional dos Bispos, no Documento de Itaici, em fevereiro de 80, propôs que se dis-

tinguisse a terra de **negócio** da terra de **trabalho**. Este, e somente este, legitimaria o domínio sobre aquela. É uma idéia em marcha, com etapas decisivas alcançadas pelo menos no plano dos conceitos: a função comunitária da propriedade inscrita nas Constituições modernas; a hipoteca com que ela se grava em favor da coletividade, no dizer de JOÃO PAULO II; a desapropriação por interesse social, mediante indenização em títulos da dívida pública, como permite a Carta brasileira em vigor. Porém daí a conciliar efetivamente o **objetivo patrimonial**, em que se baseia o instituto da propriedade, com o **propósito de uso**, que inspira o fato concreto da posse, ainda medeia uma vasta e espinhosa distância a percorrer.

4º — Esse duro panorama entreaberto na Amazônia inspira diariamente alterações no contexto do Direito Agrário. Algumas feitas, ou refeitas; outras a fazer ou a desfazer; mas todas submetidas a uma impaciente verificação de resultados ou a uma expectativa angustiante, que traz a marca inconfundível das encruzilhadas sociais. As dimensões desta palestra não permitem mais que alguns exemplos:

A) **O usucapião pro labore** — Até 1964 havia-se tornado tranqüilo que as terras públicas não eram usucapíveis. Além da mansa jurisprudência, o preceito se inscrevera no art. 200 do Decreto-Lei nº 9.760, de 1946, que regulava os bens imóveis da União. Com o advento, naquele ano, do Estatuto da Terra, atenuou-se a regra, de vez que os arts. 98 e seguintes, destinados precisamente aos ocupantes de terras públicas federais, determinavam que o domínio fosse adquirido na extensão do módulo familiar, quando se prolongasse a posse por 10 anos ininterruptos, havendo cultura efetiva e morada habitual. A Constituição de 67/69 não repetiu o dispositivo, garantindo apenas a legitimação da posse e a preferência para aquisição, até 100 hectares (art. 171). Assim também o fez a Lei nº 6.383/76 ao disciplinar o processo discriminatório (art. 29). Daí a opinião por muitos defendida de que o Estatuto da Terra estava revogado quanto ao usucapião **pro labore**. Porém, o fato da ocupação permanecia. E os fatos, muitas vezes, ao invés de serem regidos pelas leis, provocam direta ou indiretamente a sua mudança. No caso, isso está ocorrendo, por intermédio de uma interpretação judiciária construtiva. Até agora admitia-se que as terras não tituladas eram devolutas, ou seja, que ao Estado não seria exigível, como aos particulares, a prova da propriedade. Porém, como a mesma Lei nº 6.383 previu o registro imobiliário das áreas da União, ou pelo término do processo discriminatório (art. 13) ou pelo novo instituto da **arrecadação** (art. 28), aquela exigência começou a ser estendida às glebas públicas. E a consequência prática foram as primeiras decisões de que, inexistindo inscrição em nome do Estado, deixa-se de presumir serem as terras devolutas, ficando, assim, sujeitas, como quaisquer outras, ao usucapião.

B) Outro caso típico em que o direito escrito deve ser adaptado às situações concretas é a **Lei nº 6.739/79**, que permitiu aos Corregedores da Justiça, a requerimento de qualquer pessoa jurídica de direito público, determinar o cancelamento do registro imobiliário dos títulos nulos de

pleno direito. A intenção do legislador foi remediar, com rapidez, as incriveis anomalias que lograram êxito nos cartórios do interior amazônico. Época houve em que tudo foi registrável e registrado: talões de impostos ou taxas, recibos e medições particulares, certidões apócrifas, títulos sem assinatura ou com assinaturas falsificadas, limites e extensões adulterados, demarcações feitas apenas no papel. Muitos processos judiciais intentados pelo poder público permanecem até hoje sem solução, enquanto os beneficiários da fraude continuam impunes, transferem as glebas a adquirentes de boa fé e desaparecem para sempre. Essa patologia, entretanto, não pode ser saneada por medicação tão violenta que coloque em risco toda a titulação imobiliária. Permitir a supressão do registro por um despacho liminar, sem audiência dos interessados, é submeter ao critério subjetivo da autoridade que pleiteia ou da que decide a existência ou não da nulidade invocada. E se houver equívoco, mesmo admitindo que não haja má fé? Parece evidente que se deve procurar um meio-termo entre a manutenção da fraude, que ninguém defende, e o perigo da injustiça, que ninguém aceita. Foi esse o sentido das sugestões sustentadas por FERNANDO SODERO, quer na conferência que proferiu, quer no debate específico dos problemas amazônicos, aliás com aplauso unânime dos seus participantes.

C) Finalmente, um terceiro e explosivo exemplo da transformação do Direito Agrário sob o impacto do nosso desenvolvimento é o impasse a que chegou a **exploração florestal na Amazônia**. Embora a floresta seja a mais ostensiva das realidades amazônicas, somente foi objeto de levantamento científico há menos de 25 anos, em 1957, por força de convênio entre a SPVEA e a FAO, trabalho dirigido pelo holandês DAMIS HEINSDYJK, considerado o fundador da engenharia florestal brasileira. Os relatórios dessa missão, publicados em inglês, Roma, 1960, apenas foram traduzidos e divulgados pela SUDAM em 1973. E mesmo esse estudo pioneiro não indicava mais que 50 tipos de madeiras comerciáveis, quando hoje são conhecidos cerca de 200, graças, sobretudo, ao admirável esforço do Projeto RADAM. A um tal desconhecimento da floresta somava-se, e ainda se soma, o de como aproveitá-la sem a destruir. Muito se tem escrito sobre a **devastação** na Amazônia, porém são escassas as providências concretas para sustá-la e as sugestões válidas para um aproveitamento racional. De um lado, alega-se ser impossível cultivar o solo enquanto recoberto por esse compacto e heterogêneo emaranhado tropical, somente penetrável pelo fogo, precedido nos últimos anos pelas vorazes técnicas de derrubada através das moto-serras, do correntão e dos desfolhantes químicos, entre os quais se tornou famoso o "agente laranja", utilizado na guerra do Vietnã e recentemente identificado em alguns pontos do Estado do Acre. A dura alternativa seria manter a selva intacta, eternizando o extrativismo e renunciando à sua ocupação. Mas, de outro lado, argumenta-se que a grande maioria dos solos amazônicos possui apenas uma estreita camada de húmus, mantida pela cobertura florestal; retirada esta, instala-se inexorável processo de erosão e lixiviação, degrada-se o terreno, e as pastagens ou culturas nele introduzidas terão vida efêmera e custos galopantes, pelo condicionamento a serviços de infra-estrutura e preparo artificial. Invocam-se exemplos infelizes de

plantações homogêneas, como os seringais da Fordlândia, no Tapajós; a pimenta-do-reino e algumas culturas de subsistência, na zona bragantina; e, ao que parece, também a gmelina no Jari, a primeira quase extinta e as outras ameaçadas ou decadentes pela crescente esterilidade da terra ou por doenças e raquitismos até agora incuráveis. Entre as pontas desse dilema, a diretriz definitiva ainda não se firmou. Por exemplo, limita-se o Governo a exigir que 50% da floresta sejam mantidas como reserva nos projetos agropecuários, quando estes demandam aprovação e incentivos, além das áreas indígenas e dos parques de preservação da flora e da fauna naturais. Além disso, que se promova o reflorestamento, através de empresas especializadas, com espécies e locais selecionados. Tais precauções exigiriam intensa fiscalização, e esta se tem revelado precária, embora venha sendo fortalecida pelo serviço de fotointerpretação da SUDAM e pelas imagens do satélite LANDSAT, que recobrem o território brasileiro cada 18 dias e são traduzidas em relatórios do Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais — o INPE —, sediado em São José dos Campos, Estado de São Paulo. O certo é que tanto a devastação como o replantio são acerbamente criticados, destacando-se, além de numerosos ensaios estrangeiros, estudos de profundidade, lastreados por um acervo impressionante de estatísticas e observações pessoais, que aparecem constantemente em publicações especializadas, como a **Revista de Direito Civil**, os **Encontros com a Civilização Brasileira**, a **Lavoura**, a **Amazônia em Foco** e a **Reforma Agrária**, estas 3 últimas respectivamente editadas pela Sociedade Nacional de Agricultura (SNA), pela Comissão Nacional de Defesa e pelo Desenvolvimento da Amazônia (CNDDA) e pela Associação Brasileira de Reforma Agrária (ABRA).

Há 2 anos, em 1979, o Governo baixou decreto criando um grupo de trabalho que deveria propor nova política florestal para a Amazônia. As conclusões desse estudo foram consubstanciadas em anteprojeto de lei, até agora não remetido ao Congresso e que vem recebendo críticas e sugestões de origens e naturezas as mais variadas. Em resumo, o anteprojeto proclama o objetivo de harmonizar a utilização das potencialidades econômicas da região com a preservação de seus recursos naturais, prevendo um zoneamento ecológico-econômico que definirá unidades de proteção, de conservação, de atividades agropecuárias e de reserva. Nas primeiras, a floresta deverá ser conservada enquanto, nas segundas, é prevista a utilização racional de seus recursos, inclusive a madeira. A implantação da pecuária e os plantios homogêneos somente serão permitidos em cerrados ou campos naturais. As áreas de reserva, após inventariadas, serão transformadas em áreas de conservação ou preservação.

Dentre as contribuições já conhecidas ao problema florestal, destacam-se o relatório da Dra. CLARA PANDOLFO, que dirige o Departamento de Recursos Naturais da SUDAM; o relatório do técnico norueguês F. SCHMITHUSEN, que veio ao Brasil contratado pelo IBDF e pela FAO em 1977; a proposta feita pela Universidade do Amazonas; e os estudos dos Professores ROBERTO SANTOS, da Universidade do Pará, e ORLANDO VALVERDE, da CNDDA. Em alguns aspectos, essas opiniões são unânimes, como o reconhecimento da forma predatória pela qual se vem ex-

plorando a floresta e o processo inadequado de sua substituição por bosques homogêneos de eucaliptos e pinheiros, espécies que não guardam identidade ecológica com a mata destruída. Daí em diante, divergem substancialmente as propostas substitutivas. O Relatório Pandolfo sugere **12 florestas de rendimento**, totalizando cerca de 40.000.000 de hectares e propondo a reposição das essências abatidas através de uma sociedade de economia mista controlada pela União. O Relatório Schmitzen prefere **contratos de utilização florestal**, variáveis no tempo e no objeto, sob controle do poder público. O grupo da universidade amazônica propõe apenas três florestas nacionais de rendimento, uma no Acre, outra no Amazonas e a terceira no Pará, ocupando, no máximo, um total de 15 milhões de hectares, vedada, durante 30 anos, a definição de novas áreas e, no restante da região, proibidos novos projetos pecuários, exceto em campos naturais. Já ORLANDO VALVERDE, lembrando que os combustíveis fósseis são recursos que se esgotam e, quando extintos, restarão apenas as formas difusas e renováveis de energia, como as hidrelétricas, o carvão vegetal, o álcool carburante, a energia eólica e a solar, conclui que a grandeza futura do Brasil depende da preservação de sua floresta. E, invocando o geógrafo americano ROY NASH, sustenta que o modelo desejável deverá se assemelhar ao implantado na Birmânia e na Índia pelo silvicultor alemão DIETRICH BRANDIS em meados do século XIX. Esse processo — o **taungya — forestry system** — consiste basicamente no plantio de fileiras intervalares dos vegetais mais nobres que forem derrubados, com as culturas de subsistência, fornecendo o Governo as respectivas mudas, custeando a plantação e garantindo a propriedade ao agricultor quando o mesmo se transferir para novos roçados, sob a condição de que não derrube a floresta replantada antes de decorrido o tempo necessário à sua maturidade. Quanto ao Prof. ROBERTO SANTOS, sugere o zoneamento obrigatório, restringindo a exploração florestal a um número limitado de zonas selecionadas e, nestas, feito através de **monopólio estatal** até a fase de comercialização da madeira bruta. Para as terras devolutas remanescentes propõe que sejam inalienáveis, apenas **arrendadas**, mediante alugueres progressivos e limitação de área, de forma a substituir a implantação de novos latifúndios pela proteção direta e estável ao pequeno agricultor. É o que chama de **arrendamento social**.

5º — Finalmente, não posso omitir, entre as idéias mais criativas debatidas neste Encontro, o conceito de **posse agrária**, diferente da posse civil, objeto das teses de DUQUE CORREDOR, RAIMUNDO LARANJEIRA e BENEDITO MONTEIRO. Para defini-la, basta pequena citação do primeiro, que é Consultor Jurídico da Presidência da Venezuela, aliás citando ilustre professor brasileiro, da Universidade de Goiás:

“Corresponde ao Direito Agrário orientar esta substancial modificação no atinente à posse e ao domínio. Por ela, nesta ciência jurídica, o princípio básico sobre o qual descansam estes dois institutos é a **utilização da terra**. Como acertadamente ensina PAULO TORMIN BORGES, a terra existe para ser utilizada, para dela se obter o sustento do homem... Não se admite mais

que seja mantida improdutiva a terra fértil. Tal seria um crime de lesa-humanidade. Outrora, a faculdade de usar, que se continha no direito de propriedade, era uma simples expressão verbal. Porque **não usar** era um dos modos de dispor da coisa, tanto como usá-la. Quem era dono podia usar e podia não usar. Estaria sempre atuando como proprietário. Hoje, também assim acontece; porém o **não uso** tipifica o **mau uso** da propriedade. Pior ainda, um **uso predatório**... Mais que **faculdade**, o proprietário tem agora o **dever** de usar o bem e, se não cumpre tal dever, **perde seu domínio**. Por isso, a propriedade agrária deixou de ser **perpétua** para converter-se em **temporária e condicionada**."

Dir-se-á que na Amazônia a posse agrária ainda não alcançou esse valor e perduram enormes extensões desaproveitadas. Novamente são os fatos exigindo alteração das normas. A desapropriação por interesse social já penetrou na Constituição (art. 161) e está regulada no Dec.-Lei nº 554/69. Apenas terá de ser mais abrangente, mais utilizada, mais eficaz. Avalio que isso não será fácil e não creio, para ser sincero, que se obtenha com a rapidez desejável. Mas também estou convencido de que este século não terminará antes que tenhamos assistido ao enfraquecimento e à morte do latifúndio improdutivo.

X X X

Não é apenas o Brasil que está preocupado com o progresso e a integração da Amazônia. Grandes trechos da nossa região ultrapassam as fronteiras nacionais para se incluírem nos territórios das Repúblicas vizinhas. O pacto que assinamos em 1978 possui o feliz título de cooperação. Disso reciprocamente necessitamos. Sei que em várias delas estão em curso iniciativas e planos de desenvolvimento. Teríamos o maior empenho em conhecer os resultados obtidos, permutando experiências para, ao invés de repetir equívocos, aperfeiçoar as medidas que se revelarem possíveis e eficazes. É, por exemplo, no Peru, a Lei da Selva e a Carretera Marginal, espécie de Transamazônica, cujos problemas talvez guardem grande similitude com os nossos. É, na Venezuela, a CODESUR, Corporação para o Desenvolvimento da Região Sul, que suponho abranger as províncias de Bolívar e Amazonas no vale meridional do Orinoco e de seus afluentes pela direita, especialmente o Caura e o Caroni. Também está projetada, ou em construção, uma rodovia que, atingindo a fronteira do Brasil e conectando com Boa Vista, ligará finalmente Manaus a Caracas. Com o Equador possuímos tratado específico prevendo a possibilidade de atravessar os Andes, por um de seus **nudos**, contactando o vale do Içá-Putumayo com o porto de San Lorenzo no Pacífico. Quanto à Colômbia, é evidente a necessidade de estimularmos a ligação entre Uaupés, Içana e Mitu, bem assim fazer do triângulo Letícia, Tabatinga e Ramón Castillo um pólo de intercâmbio que acelere o desenvolvimento das áreas contíguas, onde se encontram e se irmanam brasileiros, peruanos e colombianos. Com a Guiana já possuímos contato freqüente através da cidade de Lethen, a partir de onde planeja-se ligação rodofluviais com Georgetown,

como, para o Suriname, projeta-se o prolongamento da Cuiabá—Santarém para atingir Paramaribo. Finalmente, quanto à Bolívia, a desvolutura excepcional do Território de Rondônia, que brevemente se transformará em Estado, faz do Madeira—Mamoré um limite vivo e permite que as cidades de Cobiça, Riberalta e Guajará-Mirim mantenham um dos intercâmbios mais ativos de toda a nossa fronteira ocidental.

Muito temos que aprender e muito temos que ajudar, portanto, nessa vizinhança amazônica. Aprendizagem na qual destaco o funcionamento da Justiça Agrária, atuante sob várias modalidades na Venezuela, na Bolívia e no Peru, sendo que deste acabamos de recolher impressionante depoimento do Professor GUILHERME FIGALLO ANDRIANZEN. Oxalá tal exemplo frutifique no Brasil, onde estamos lutando para instituí-la, através de pertinaz iniciativa de um congressista paraense, o Deputado JORGE ARBAGE, a quem o seu País, a sua região e o seu Estado ficarão devendo uma das mais sérias contribuições que poderá oferecer ao nosso desenvolvimento econômico sem quebra da paz social. Pioneiro da idéia é OTAVIO ALVARENGA, presidente da SNA e grande promotor desta Conferência em cuja instalação deu-lhe lúcido apoio o Governador do Pará. Por mim, filio-me humildemente entre os que postulam a implantação imediata desse foro especializado, pelo menos nas regiões críticas de litígios rurais. Não que da Justiça Agrária se espere o milagre de evitá-los ou resolvê-los por encanto. Ela dependerá de muitos outros fatores, sobretudo da lei que puder aplicar e das pessoas incumbidas de exercê-la. Porém, a mera existência de um julgador isento, próximo, gratuito e dedicado exclusivamente aos problemas da terra será uma alternativa das soluções violentas a que tantas vezes recorrem os sedentos de justiça pelo desengano de encontrá-la ao seu alcance.

Senhores Congressistas,

Não desejo que este encontro termine sem lhes transmitir o agradecimento da classe jurídica paraense pela oportunidade que nos deram de debater alguns temas fundamentais com as mais altas expressões do Direito Agrário no Ocidente. Como os demais setores jurídicos, também este possui estrutura que independe, na sua essência, do lugar e da época em que seja discutido ou aplicado. Não há, entretanto, nenhum outro em que se revele tão necessária uma permanente adaptação, sob pena de divorciar-se da realidade, arriscando-se a subvertê-la ao invés de discipliná-la. Creio, assim, que o Governo paraense, a Sociedade Nacional de Agricultura, a Associação Latino-Americana de Direito Agrário e o Instituto de Terras do Pará escolheram com rara felicidade esta Capital e este momento para a reunião que hoje se encerra. Dizem os geopolíticos — MERCADO JARRIN, no Peru, JOSÉ ALBERTO ZAMBRANO, na Venezuela, CARLOS DE MEIRA MATTOS, no Brasil — que atingimos o **tempo amazônico** e que o século XXI será, na América do Sul, o século da Amazônia. É improvável que aos integrantes da minha geração seja dado testemunhar o êxito do esforço humano que, silenciosamente, há quase 500 anos, se desenrola nesta planície. Quando participamos, entretanto, de uma conferência como esta, já não nos parece impossível nem remoto que os nossos descendentes, ao invés de se sentirem humilhados por uma natu-

reza bravia e descomunal, adquiram sobre ela o domínio que nos faltou. Domínio da pesquisa sobre o desconhecido, da ciência sobre a diversidade, da rapidez sobre a distância. Mas, principalmente, domínio do Homem sobre si mesmo, aperfeiçoando o controle dos seus impulsos primários que a rusticidade do meio ainda justifica, e substituindo as decisões do arbítrio, do egoísmo e da ambição pelo respeito à dignidade da pessoa humana, que é o sinal insubstituível da convivência civilizada e da sensibilidade cristã. Eis aí, a meu ver, o supremo desígnio que deve inspirar o Direito Agrário no esforço pelo desenvolvimento da Amazônia. Se houvermos contribuído um pouco para infiltrar esse conteúdo, não apenas em suas normas, mas, sobretudo, em seu espírito, então o nosso Encontro terá sido realmente fecundo e cada qual de nós para sempre o recordará com orgulho e gratidão.

BIBLIOGRAFIA

I — LIVROS

- ALVARENGA, Octávio Mello — **Teoria e Prática do Direito Agrário**. Consagra, Rio, 1979.
- ANDRADE, Manoel Carreira — **O Planejamento Regional e o Problema Agrário no Brasil**. SP, 1976.
- — **Agricultura e Capitalismo**. SP, 1979.
- BATALHA, Wilson — **Comentários à Lei de Registros Públicos**. Forense, Rio, 1977.
- BENCHIMOL, Samuel — **Amazônia**. Ed. Calderaro, Manaus, 1977.
- BORGES, Paulo Torminn — **O Imóvel Rural e seus Problemas Jurídicos**. Pró-Livro, SP, 1978.
- — **Institutos Básicos do Direito Agrário**. Pró-Livro, SP, 1978.
- CARDOSO, Ciro Flamarion — **Agricultura, Escravidão e Capitalismo**. Vozes, Petrópolis, 1979.
- CARVALHO, Murilo — **Sangue na Terra — Brasil — Debates**. SP, 1980.
- CASANOVA, Ramón Vicente — **Derecho Agrario**. Universidade de Los Andes, Mérida, Venezuela, 1967.
- CARDOSO, Fernando Henrique e G. Muller — **Amazônia — Expansão do Capitalismo**. Brasiliense, SP, 1978.
- DEMANGEOT, Jean — **O Continente Brasileiro**. Difel, SP, 1974.
- DEMÉTRIO, Nelson — **Doutrina e Prática do Direito Agrário**. Pró-Livro, SP, 1980.
- FONSECA, Ribamar — **Um Repórter na Amazônia**. Mitograph, Belém, 1980.
- FORMAN, Shepard — **Camponeses: sua Participação no Brasil**. Paz e Terra, Rio, 1979.
- GNACCARINI, José César — **Latifúndio e Proletariado**. Polis, SP, 1980.
- GUIMARÃES, Alberto Passos — **Quatro Séculos de Latifúndio**. Paz e Terra, Rio, 1968.
- IANNI (OCTAVIO) — **Ditadura e Agricultura**. Civ. Bras., Rio, 1970.
- — **A Luta pela Terra**. Vozes, Petrópolis, 1978.
- — **Colonização e Contra-Reforma Agrária na Amazônia**. Vozes, Petrópolis, 1979.

- JUNQUEIRA, Messias — **O Instituto Brasileiro das Terras Devolutas**. Lael, SP, 1976.
- LAMARÃO, Paulo — **Legislação de Terras do Estado do Pará**. Grafisa, Belém, 1977.
- — **Comentários à Legislação de Terras do Estado**. Grafisa, Belém, 1980.
- LEVENHAGEM, Antonio José de Souza — **Posse, Possessória e Usucapião**. Atlas, SP, 1976.
- MAGALHÃES, Juraci Perez — **A Discriminação de Terras na Amazônia**. Senado Federal, Brasília, 1977.
- MAHAR, Dennis — **Desenvolvimento Econômico da Amazônia**. Rio, 1978.
- MEGRET, Jean — **Droit Agraire**. Ed. Techniques, Paris, 1973.
- MARTINS, José de Souza — **Expropriação & Violência**. Hucitec, SP, 1980.
- MEGGERS — **Amazônia, a Ilusão de um Paraíso**. Civ. Bras., Rio, 1977.
- MENDES, Armando — **A Invenção da Amazônia**. Universidade do Pará, Belém, 1974.
- — **Viabilidade Econômica da Amazônia**. Universidade do Pará, Belém 1971.
- MENDONÇA LIMA, Rafael AUGUSTO — **Direito Agrário**. F. Bastos, Rio, 1977.
- — **Reforma Agrária e Colonização**. F. Alves, Rio, 1975.
- MIRANDA, Neto — **O Dilema da Amazônia**. Vozes, Petrópolis, 1979.
- — **A Foz do Rio-Mar**. Record, SP, 1968.
- — **Marajó — Desafio da Amazônia**. Record, SP, 1976.
- MONTEIRO, Benedito — **Direito Agrário**. PLG Comunicação, Rio, 1980.
- OPITZ (Oswaldo e Sílvia) — **Direito Agrário Brasileiro**. Saraiva, SP, 1980.
- PAIVA, Ruy Miller — **A Agricultura no Desenvolvimento Econômico**. INPES, Rio, 1979.
- PINTO, Lúcio Flávio — **Amazônia — No Rastro do Saque**. Hucitec, SP, 1980.
- — **O Anteoio da Destruição**. Grafisa, Belém, 1977.
- PRADO JÚNIOR, Calo — **A Questão Agrária no Brasil**. Brasiliense, SP, 1979.
- PADRONI, Martha — **El Derecho Agrario em México**. Porrúa, México, 1974.
- QUEIROZ, Marla Isaura — **O Camponato Brasileiro**. Vozes, Petrópolis, 1976.
- REBELO, Darino Castro — **Transamazônica**. Ministério dos Transportes, Brasília, 1973.
- SANTOS, Roberto — **A Economia do Estado do Pará**. IDESP, Belém, 1978.
- — **História Econômica da Amazônia**. Queiroz, SP, 1980.
- SOUZA, Márcio — **A Expressão Amazonense**. Alfa, Ômega, SP, 1978.
- SILVA, J. F. Graziano — **Estrutura Agrária e Produção de Subsistência na Agricultura Brasileira**. Hucitec, SP, 1978.
- — **O Que é Questão Agrária**. Brasiliense, SP, 1980.
- SILVA, José Gomes — **A Reforma Agrária no Brasil**. Zahar, Rio, 1971.
- SODERO, Fernando — **Direito Agrário e Reforma Agrária na Legislação Brasileira**. SP, 1968.
- — **O Módulo Rural e suas Implicações Jurídicas**. LTR, SP, 1975.
- SOARES, Gláucio — **A Questão Agrária na América Latina**. Zahar, Rio, 1976.
- STEFANINI, L. Lima — **A Propriedade no Direito Agrário**. Rev. Tribunais, SP, 1978.

TENÓRIO, Igor — **Manual de Direito Agrário Brasileiro**. Resenha Universitária, SP, 1975.

VALVERDE, Orlando — **O Problema Florestal da Amazônia**. Vozes, Petrópolis, 1980.

VELHO, Otávio Guilherme — **Fontes de Expansão e Cultura Agrária**. Zahar, 2ª ed., Rio, 1978.

II — PERIÓDICOS E PUBLICAÇÕES ESPECIAIS

AMAZÔNIA BRASILEIRA EM FOCO — Publicada pela Comissão Nacional de Defesa e pelo Desenvolvimento da Amazônia (CNDDA).

CÂMARA DOS DEPUTADOS — Relatório da CPI do Sistema Fundiário — DO de 28-IX-1979.

IPEA — **Amazônia: desenvolvimento e ocupação** (vários autores). INPES, Rio, 1979.

LAVOURA — Órgão da Sociedade Nacional de Agricultura (SNA).

O HOMEM E O CAMPO (vários autores) — Fundação Milton Campos, Brasília, 1976.

PASTORAL DA TERRA — (Estudos da CNBB). Ed. Paulinas, SP, 1976.

REFORMA AGRÁRIA — Boletim da Associação Brasileira de Reforma Agrária (ABRA).

REVISTA DO DIREITO CIVIL — Ed. Revista dos Tribunais, SP.

SUDAM — I e II PDA.

UNIVERSIDADE DO AMAZONAS — Proposta de Política Florestal para a Amazônia Brasileira, CNDDA, Rio, 1981.

III — TESES

(Apresentadas no I Encontro Internacional de Jus-Agraristas e relacionadas com este trabalho) (Belém, maio, 1981)

J. J. SANZ JARQUE — "A função social da propriedade como Instituto de Direito Agrário".

RAMON VICENTE CASANOVA — "O Direito Agrário e o desenvolvimento da América Latina com justiça social".

ROMAN DUQUE CORREDOR — "A posse civil e a posse agrária".

OCTÁVIO MELLO ALVARENGA — "O Direito Agrário, os recursos naturais renováveis e a preservação do meio ambiente".

RODOLFO RICARDO CARRERA — "O Direito Agrário, a empresa agrária e agro-industrial e o desenvolvimento".

JOSÉ MOTTA MAIA — "A legislação agrária e federalismo. Leis estaduais e leis federais".

FERNANDO PEREIRA SODERO — "O sistema de registro imobiliário e os títulos de propriedade".

OTTO MORALES BENITEZ — "O Direito Agrário como fator de independência do setor rural".

RAYMUNDO LARANJEIRA BARBOSA — "Institutos fundamentais do Direito Agrário no Direito brasileiro e estrangeiro".

BENEDITO MONTEIRO, do Brasil — PA — "Introdução ao estudo da posse agrária".

GUILHERMO FIGALLO ANDRIANZEN — "A justiça agrária especializada".

O direito natural

IDUNA E. WEINERT

Procuradora da República, Profes-
sora de Direito Constitucional e
Subchefe do Departamento de Di-
reito da UnB

SUMÁRIO

- 1º CAPÍTULO – *Considerações gerais*
- 2º CAPÍTULO – *A doutrina do direito natural segundo Hans Kelsen*
- 3º CAPÍTULO – *A doutrina do direito natural segundo Jacques Maritain*
- 4º CAPÍTULO – *As doutrinas jusnaturalistas contemporâneas – O direito natural existencialista*

CONCLUSÃO

BIBLIOGRAFIA

1º CAPÍTULO

Considerações gerais

O primeiro aspecto a ser lembrado é, sem dúvida, o fato de que a discussão do tema proposto nunca esteve encerrada, de modo definitivo, ao longo de toda a história da humanidade, a partir do momento em que o homem conscientizou-se de sua individualidade, de sua existência sobre a face da Terra.

Evidentemente, sucederam-se fases de inegável esplendor de seus estudos e pesquisas seguidos de flagrante desprestígio e negação mesma de sua existência.

O reconhecimento de direito superior e anterior, transcendente e supra-ordenado ao direito humano ou histórico-positivo, jamais deixou de preocupar jusfilósofos de todas as épocas; quer seja através da palavra revelada (*lex divina*), ou indiretamente, na ordem natural de sua criação (*lex aeterna*) ou ainda deduzido da razão humana (*lex naturalis*), colocou-se sempre em questão a validade e a justiça das leis impostas por Deus, uma vez que, não obstante seu sentido último, teológico-metafísico, o problema está sempre na consideração imediata do jurista no momento em que opera a subsunção do caso concreto à lei positiva.

Assim, através de sucessivas respostas, vimos a questão focalizada sob diversas óticas, que enfatizavam suas diferentes colocações ao longo do tempo, tendo como fundamento comum a necessidade de conceber-se "uma ordem mais alta e perfeita, um ponto ideal firme de referência crítica para a legislação vigente".

Esta ordem composta de um núcleo de princípios superiores e imutáveis inspiraria, completaria ou modelaria a legislação positiva, visando a suprir suas deficiências e a responder às críticas e insatisfações levantadas pela consciência social.

Como o direito é sempre um ensaio de ser direito justo, no dizer de RADBRUCH e RECASENS SICHES, a longa caminhada do jusnaturalismo através dos tempos caracterizou-se, sempre, pela tentativa de conciliação da imperecibilidade do ideal axiológico contido nas normas jurídicas com a variabilidade de suas representações histórico-sociais.

No dizer de MACHADO NETO, que bem acentua a importância do jusnaturalismo, sua longa tradição oferece-se, no mundo jurídico, com a mesma insistência e domínio ideológico das idéias grandiosas e dos pensamentos caucionados pelas motivações mais exigentes (*Compêndio de Introdução à Ciência do Direito* — Saraiva, São Paulo, 1969 — pág. 21).

Efetivamente, esse é o ponto vital do nosso tema, a sua universalidade e imperecibilidade, fundadas na ontológica indagação da existência de fato, para lá dos fenômenos, de alguma coisa suscetível de ser apreendida pelo espírito humano e dotada de forte objetividade e independência do sujeito cognoscente, ou seja, saber-se se, para lá do mundo sensível dos homens, haverá outro mundo de que o primeiro seja mero reflexo ou cópia.

A essa ordem de estudos denomina-se hoje, na moderna terminologia filológica, Axiologia ou Filosofia dos Valores, que se volta, essencialmente, a averiguar se, sobrepondo-se a todas as opiniões e valorações dadas por cada homem ou povo, nas diversas épocas, existirá algo de em si mesmo verdadeiro e justo, com geral e universal validade para todos os homens, e que, no dizer de ANTIGONA, de SÓFOCLES, "não é de hoje nem de ontem, mas de todos os tempos e não foi inventado pelos humanos".

Ainda quanto à magnitude do tema, MICHEL VILLEY logrou sintetizá-la, ao lembrar que a doutrina do direito natural clássico salva a autonomia do direito contra o perigo inerente a todas as outras teorias, qual seja, o de ser absorvido à moral, à economia, à administração e à política; que ela nos dota

de quadros sólidos, além de ser autenticamente especulativa e, por fim, que não deixou de ser ensinada depois de vinte e cinco séculos, sendo o seu valor garantido por milhares de juristas e filósofos (*Leçons d'Histoire de la Philosophie du Droit* – Capítulo VII – pág. 165).

Para uma visão englobante do tema proposto, destinada à compreensão de sua colocação atual, impõe-se uma rápida incursão, mesmo que *en vol d'oiseau*, sobre os momentos mais significativos da evolução sofrida pela doutrina do direito natural através dos tempos e que está intimamente identificada à busca da justiça como princípio regulativo do direito.

Para os gregos, o direito participava diretamente da ordem ontologicamente imutável das coisas, sendo ele mesmo a expressão de uma essência metafísica ou a própria justiça essencial, valendo salientar que não ocorria, em verdade, a distinção entre o problema da justiça e o do próprio direito, que deveria ser a explicitação da ordem imutável (da família, da tribo, da *polis*), bem como a neutralização das violações contra ele cometidas.

O século V marcou-se pela grave crise sofística que levou a opor a *nomos* dos homens e da política à *physis*, estabelecendo-se uma subjetividade individualística de características democráticas.

O idealismo de PLATÃO conduziu o pensamento grego, no entanto, de volta a uma ordem ideal-necessária que fosse, a um só tempo, modelo e simultaneamente fundamento ontológico da ordem político-social, enquanto que o racionalismo estóico levou a que de novo a *physis* se tornasse sinônimo de *nomos*, fundidos num *justo*, universal.

O panorama jurídico romano foi, entretanto, bastante diverso. A Justiça identificava-se com a ordem jurídica objetiva, uma vez que, para compreender regulativamente o direito, faltavam ao jurista da época dois pressupostos essenciais, representados pelo sentido histórico e o reconhecimento da autonomia da consciência ética, ou seja, a própria dimensão de subjetividade do jurídico.

Importante, entretanto, foi o legado a nós deixado por Roma, consubstanciado na autonomização e constituição específica do *jus*, representadas pela expressa intenção de justiça de seu pensamento jurídico. Aí estão, até nossos dias, expressões tais como *bona fides*, *justa causa*, *aequitas*, *utilitas*, *humanitas* etc., que provam o afirmado, não obstante não haverem alcançado os romanos uma exata compreensão da colocação intencional-normativa da justiça.

É fácil imaginar-se, em vista do que até aqui foi dito, o grande impacto causado ao pensamento jurídico-filosófico pela introdução de uma nova visão do mundo normativo: sua dualização em dois reinos, bastante distintos: o reino do direito humano ou histórico-positivo, criado e imposto pelos homens (*lex temporalis*), e o reino de um direito transcendente e supra-ordenado a este, imposto por Deus.

A principal contribuição do teológico dualismo cristão ao pensamento filosófico foi a instituição, na compreensão do normativo, de um elemento novo e fundamental, o princípio axiológico, e não apenas a simples associação ao direito humano e socialmente condicionado dos romanos, da dimensão metafísico-intelectualista da melhor interpretação grega.

Partindo do princípio fundamental de que Deus não é apenas o supremo e perfeitíssimo Ser mas o sumo Bem, perfeita e justa é Sua lei; *legis corruptio*, por via de consequência, no dizer de SANTO TOMÁS, seriam todas aquelas que Dele se desviassem ou não cumprissem o Seu princípio último de validade.

Para SANTO AGOSTINHO a *lex intima* era aquela através de que Deus falava aos homens na consciência, a *recta conscientia* dos que, feitos à imagem e semelhança Dele, teriam a alma, a razão e o coração, bem como a íntima consciência, iluminados pela lei divina.

Revelado o Absoluto, nada mais restava que a adequação das normas de direito à sua visão abrangedora, num movimento caracteristicamente descendente.

O que podemos sentir, a essa altura do pensamento jusnaturalista, é que já existiam condições para a configuração verdadeiramente axiológico-normativa do direito, intimamente relacionada a seu fundamento de validade, ou seja, ao problema de sua justiça, bem como que esta visão abrangia, igualmente, um pressuposto de dinamismo da vontade divina, refletido no desenvolvimento da ordem de criação, com implicações quanto à possibilidade de compreensão da historicidade particular das ordens normativas.

A introdução da idéia do dualismo objetivo do universo jurídico fincou-se de forma incontestável e irremediável no cenário filosófico, não sendo mesmo superado pelas novas correntes de pensamento surgidas na Idade Moderna. O que ocorreu, em verdade, foi a sua radicalização, caracterizada pela opção feita no sentido de um espírito problemático e criador, experimentador e agente, que veio a substituir a atitude contemplativa e receptiva da posição anterior.

A resposta a essa opção traduziu-se em sucessivas colocações de um racionalismo cartesiano: o realismo conceitual do idealismo metafísico, o transcendentalismo formal kantiano, o intelectualismo técnico da ciência, o individualismo contratualista e abstrato e outras, que implicaram num jusnaturalismo *more geometrico*, em que os princípios do *justum*, que deveriam compor determinada ordem jurídico-social, apresentavam-se, em suma, deduzidos da própria natureza, de forma lógico-racional. Este "direito natural" refletia, inegavelmente, duplicidade, em face do direito positivo-histórico vigente.

O impasse conduziu à superação da doutrina jusnaturalista, no século XIX, por uma nova ordem de pensamento jurídico, tendente a excluir, de forma total e contundente, as indagações a respeito da validade material ou da justiça do direito, vistas já agora como impertinentes e estranhas mesmo à Ciência do Direito.

Quatro são os fatores, entretanto, que, sobrepondo-se aos demais, influíram decisivamente no processo da citada superação do direito natural e que poderiam ser assim resumidos:

1 — a filosofia crítica de KANT, na medida em que repelia todas as formas de normativismo heterônomo-transcendente, e punha em causa a possibilidade de um dogmatismo metafísico;

2 — o movimento cultural e epistemológico da Escola Histórica, fundado na compreensão da vida humano-social como história e no entendimento do direito como uma realidade histórico-cultural;

3 — o surgimento de uma nova concepção de Estado, após 1789, que institucionalizou a vontade universal contratualista havida por ROUSSEAU como fundamento da ordem civil;

4 — o positivismo jurídico, como atitude gnoseológica fundamental, sem pressupostos prévios, baseado em fatos empiricamente observáveis e que remetia as idéias, os princípios axiológicos de justiça e outras especulações congêneres aos resíduos “metáfísicos”.

O direito “positivo”, ou seja, posto, vigente e cogente, passou a ser o objeto único do positivismo, que o conhecia mediante um processo metodológico exclusivamente descritivo-interpretativo, analítico-dedutivo e sistemático-conceitual das normas impostas pelo Estado.

Vários e significativos foram os representantes dessa escola filosófica, que buscaram, em seus escritos, a total e implacável eliminação das implicações sociais e axiológicas do direito.

O mais expressivo deles é, sem dúvida, HANS KELSEN, o “Mestre de Viena”, que teve especial preocupação no trabalho de retirar do direito aqueles elementos que lhe pareciam estranhos já que consubstanciadores de fatos e valores sociais.

Contra o direito natural desenvolveu a mesma substanciosa argumentação contida na obra *A Justiça e o Direito Natural*, que será objeto do próximo capítulo.

2º CAPÍTULO

A doutrina do direito natural segundo Hans Kelsen

HANS KELSEN, o “Mestre de Viena”, figura exponencial do positivismo jurídico de raízes kantianas, na elaboração de sua *Teoria Pura do Direito*, intentou poderosos esforços no sentido de redignificar cientificamente o direito, através da eliminação daqueles fatores que considerava estranhos à ciência jurídica.

Estabelecendo, como o fez, a pureza metodológica como princípio fundamental de sua teoria, KELSEN teve de empreender duas ordens prioritárias de purificação: a separação das ciências naturais das ciências sociais e, num segundo momento, o desentranhamento do direito do complexo de normas morais, políticas, jusnaturalistas ou ideológicas em que se achava submerso.

A primeira etapa foi vencida, é forçoso reconhecer, de forma extremamente lógica e pragmática, como de resto se propunha a ser toda a sua teoria; segundo KELSEN as leis naturais, expressas sob a forma de juízos hipotéticos, estariam regidas pelo princípio da causalidade, numa relação direta de causa e efeito não sujeita à interferência de atos humanos; a realidade social, igualmente expressa por juízos hipotéticos, seria, entretanto, regida por leis

normativas, subordinadas ao princípio da imputação, através de uma relação de causa e efeito profundamente marcada pela presença humana e, por conseguinte, de conteúdo extremamente variável.

Numa representação gráfica, poderíamos resumir, da forma que se segue, os dois juízos hipotéticos acima referidos, relativos, respectivamente, às leis naturais e às leis normativas:

“Dado A será B” (lei natural);

“Dado A deverá ser B” (lei normativa).

Vista como já foi, até agora, a magnitude e imperecibilidade do tema proposto através de seus sucessivos enfoques, fácil é imaginar-se o ímpeto com que o nosso autor lançou-se à tarefa de eliminação do tradicional dualismo da doutrina jurídica, Direito Natural—Direito Positivo, procurando, como seria de se esperar, a redução do primeiro ao segundo.

Partindo do princípio de que a teoria idealista do direito é uma teoria dualista na medida em que admite duas espécies de normas jurídicas, emanadas de duas diferentes ordens, a primeira “transcendental, ideal, que não é estabelecida pelo homem, mas lhe está supra-ordenada”, e a segunda “uma ordem real, estabelecida pelo homem, isto é, positiva”, KELSEN relaciona-a ao dualismo típico de toda a especulação metafísica, que diferencia entre uma esfera empírica e outra transcendente, segundo o esquema clássico da “Teoria das Idéias” de PLATÃO e o dualismo do Aquém e do Além, do homem e de Deus, que fundamenta toda a teologia cristã.

A teoria dualista opõe-se ontologicamente a teoria realista do direito, que é monista em razão de apenas reconhecer a existência de um direito, o positivo, real, posto pelo homem, independentemente do reconhecimento de um direito “ideal”.

Ao lado disso, argumenta o “Mestre de Viena”, o relativismo axiológico das normas, que tiveram como fundamento de validade valores de justiça relativos, torna igualmente inseguro e contraditório esse fundamento.

Classificando a doutrina do direito natural como uma doutrina idealista-dualista do direito, nos termos acima expostos, KELSEN aponta sua característica fundamental: funda-se ela na idéia de que a natureza é “a fonte da qual promanam as normas do direito ideal, do direito justo”.

Na definição mesma da doutrina em tela encontra nosso autor sua primeira antinomia, lembrando que as normas de direito natural, se fundadas na “natureza” em si, pertenceriam à órbita do “ser”, própria dos fenômenos naturais, regidos pelo princípio da causalidade, o que colidiria com um “dever-ser” típico das normas jurídicas, subordinadas ao princípio da imputação, antes referido; não há, pois, como conciliar, *ab initio*, a idéia de normas de direito natural fundadas na natureza e que se rejam, ao mesmo tempo, pelo princípio orientador das leis normativas.

“Realidade e valor pertencem a domínios distintos”, afirma categoricamente HANS KELSEN.

Por outro lado, acrescenta, "as normas imutáveis da doutrina do direito natural apenas podem ser as leis naturais. Quando a doutrina do direito natural deduz da natureza normas imutáveis da conduta justa (*recta*), o que ela faz é transformar regras do ser em normas do dever-ser e produzir, assim, a ilusão de um valor imanente à realidade".

O núcleo da argumentação kelseniana antijusnaturalista situa-se, entretanto, no fundamento metafísico-religioso dessa doutrina.

Após examinar a evolução do pensamento jusnaturalista, KELSEN chega, inevitavelmente, à conclusão de que, se a natureza foi criada ou é regida por uma autoridade transcendente, que reúne em si o valor moral absoluto e dita ordens ou normas retas justas, toda a doutrina do direito natural deveria assumir o seu caráter nitidamente religioso, visando a emprestar a suas normas o pressuposto de eternidade e imutabilidade das emanações divinas. Esse fato só bastaria para distanciar, de forma irremediável e irreconciliável, as normas de direito natural, eternas e imutáveis, das prescrições do direito positivo, que, por serem criadas pelos homens, são intrinsecamente temporais e variáveis.

Por outro lado, diz KELSEN, admitindo-se a existência de um direito natural estabelecido por Deus, chegar-se-ia à conclusão que os direitos subjetivos são inatos ao homem e que têm um caráter sagrado; nesta medida, impossível seria ao direito positivo ou orgá-los ou retirá-los aos humanos, restando-lhe apenas a tarefa subsidiária de protegê-los e garanti-los.

O "Mestre de Viena" leva às últimas conseqüências o seu ataque ao jusnaturalismo, especialmente ao focalizar as suas múltiplas e até contraditórias versões; ao limite, chega mesmo a afirmar que não existe, em verdade, um direito natural, mas teorias de direito natural que nada mais são que máscaras sob as quais se ocultam interesses, acusação que visa, sem sombra de dúvida, a utilização, historicamente observada, dessas doutrinas como fundamento de filosofias políticas diametralmente opostas.

Além de afirmar e reafirmar sempre o caráter conservador do direito natural, HANS KELSEN raciocina logicamente no sentido de que, se o direito natural emana de Deus e, portanto, é justo e perfeito, no momento em que ele ingressa no direito positivo tornar-se-á, fatalmente, um direito natural imperfeito, o que representa contradição intrínseca na medida em que o direito positivo é, por sua origem humana, imperfeito; teríamos, em última análise, um direito natural com possibilidades de imperfeição, afastando-se totalmente de seu fundamento primeiro e essencial.

3º CAPÍTULO

A doutrina do direito natural segundo Jacques Maritain

Após a arrasadora demolição do jusnaturalismo feita por HANS KELSEN e que reflete com nitidez o total desprestígio a que ficou relegada essa magna ordem de especulações filosóficas, desde os meados do século XIX até o começo do século XX, por força do esplendor alcançado pelas interpretações histórico-evolutivas do direito e pelo positivismo jurídico, assistimos, no desenvolver do

nosso século, ao ressurgimento da filosofia do direito natural, bem como da ciência do direito, orientadas por valores éticos.

De novo voltou a preocupar aos homens em geral e aos filósofos em especial, principalmente após os dois conflitos que tanto abalaram o mundo, a necessidade de revalorização de determinada ordem de direitos que, exatamente por terem sido tão cruelmente feridos, emergiram de forma incontrollável, impondo aos detentores do poder não apenas o seu reconhecimento, como a adoção de instrumentos garantidores de sua observância.

Nesse sentido, importantíssima conquista foi obtida com a assinatura, em 1948, por 123 nações, dos mais diferentes credos e filosofias políticas, da "Declaração Internacional dos Direitos do Homem", documento consubstanciador daquelas exigências naturais mínimas, comuns a todos os homens em todas as épocas e que, precisamente nesta medida, compõem como que um mínimo ético a estar presente em qualquer ordenamento jurídico que pretenda o reconhecimento de sua validade.

Inúmeros e da maior relevância são os nomes que despontaram a partir desse novo momento do direito natural, através de enfoques de renovado interesse; na impossibilidade de uma análise mais aprofundada de suas obras, tentaremos deter-nos mais demoradamente em JACQUES MARITAIN, expoente do pensamento jusnaturalista denominado "neo-escolástico" ou "neotomista", em função de sua declarada inspiração na doutrina medieval-católico-escolástica de SANTO TOMÁS DE AQUINO.

A grande diferença que se coloca entre o direito natural clássico e o direito natural tomista está em que o primeiro desenvolveu sistemas muito específicos e pormenorizados, enquanto que o segundo preferiu estabelecer princípios gerais de grande amplitude.

Há autores neotomistas que reconhecem, inclusive, apenas um número reduzidíssimo de princípios de direito natural, dentre os quais ocuparia o ápice o antigo *suum cuique*, significando "dar a cada um o que é seu". A partir dessa suprema preocupação restaria ao Estado incluir entre suas normas de direito positivo aquelas prescrições que garantissem aos homens os direitos de que seriam detentores por natureza, ou seja, pelo fato mesmo de serem seres humanos.

EDGAR BODENHEIMER, ao estudar os aspectos relacionados ao ressurgimento do direito natural e da ciência do direito fundada em valores éticos, refere-se ao direito natural neo-escolástico salientando, quanto a este, a posição ocupada por MARITAIN e a colocação que faz, no sentido de afirmar que "há, em virtude mesmo da natureza humana, uma ordem ou disposição que a razão humana é capaz de descobrir, e segundo a qual deve a vontade humana agir, para se harmonizar com os fins necessários da criatura humana. A lei não escrita, ou direito natural, não é mais nada do que isso" (*Ciência do Direito — Forense*, Rio, 1966 — págs. 158-159).

Relativamente a esses direitos, pondera MARITAIN que eles não são necessariamente absolutos e ilimitados, devendo, em geral, ser regulamentados pelo direito positivo, para que o interesse público seja atendido.

Na obra de MARITAIN, *O Homem e o Estado*, desenvolve o autor interessantes ponderações em torno do fenômeno observado por ocasião da elaboração e concretização da "Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos do Homem", de cujos trabalhos preliminares participou, e que reflete, de forma irrecusável, a universalidade dos chamados direitos naturais.

Observou ele que "homens mutuamente opostos em suas concepções teóricas podem chegar a um acordo meramente prático em relação a uma lista de direitos humanos", acrescentando que "seria, entretanto, completamente fútil procurar uma justificação racional comum para essas conclusões práticas e para esses direitos", pois, "se tal fizéssemos, correríamos o risco de impor um dogmatismo arbitrário ou deter-nos-iam diferenças irreconciliáveis".

Em verdade, concordaram os representantes de mais de uma centena de nações em uma enumeração de direitos, desde que "não nos perguntem por quê", uma vez que, a esse ponto, começariam as divergências.

Para JACQUES MARITAIN o fundamento filosófico dos direitos do homem é a lei natural, tomada esta sob uma perspectiva ontológica, como expressão da máxima sabedoria do "Autor de Ser", identificado à figura de Deus na doutrina católica.

Diz nosso autor que o primeiro elemento, ontológico, da lei natural está no próprio homem, na medida em que cada ser tem a sua própria lei natural, da mesma forma que tem sua própria essência; significaria isso que a lei natural, segundo MARITAIN, seria a um só tempo ontológica e ideal; é ideal porque se fundamenta na essência humana e sua estrutura imutável e em suas necessidades inteligíveis; é ontológica, na medida em que a lei natural do homem é a lei moral, "coextensiva a todo o campo das normas morais naturais, a todo o campo da moralidade natural".

Num segundo momento gnoseológico, MARITAIN refere-se à forma pela qual a razão humana descobre a lei natural, nem de modo abstrato e teórico ou valendo-se de exercício conceptual do intelecto, ou nem ainda por meio do conhecimento racional. Para ele, que esposa de forma integral e profunda a doutrina de SANTO TOMÁS DE AQUINO, o homem descobre as normas da lei natural "por inclinação".

E o que seria esse conhecimento por inclinação?

Para MARITAIN, tal conhecimento não seria conceitualmente claro mas obscuro, assistemático, vital por conaturalidade ou cogenialidade através do qual, para formulação de um juízo, o intelecto "consulta e escuta a melodia interior que as vibrações das tendências últimas manifestam no sujeito" (*O homem e o Estado* — Livraria Agir Editora, Rio de Janeiro, 4ª ed., 1966 — pág. 93).

E esse processo de conhecimento está, para o nosso autor, diretamente relacionado ao grau de desenvolvimento da consciência moral do homem; quanto maior for sua experiência moral e social mais aguçado será o seu poder de conhecimento "por inclinação", no melhor pensamento tomista.

Situados os aspectos ontológico e gnoseológico da lei natural, volta-se MARITAIN para a faceta essencialmente religiosa de toda a sua doutrina jusna-

turalista; para ele “a lei natural só é lei por ser uma participação da Lei Eterna”, emanada esta da Sabedoria Criadora de Deus, de cujo direito, que é pura Justiça, emanam todos os direitos do homem. Explica o filósofo: “Ora, a lei natural, ou seja, a normalidade do funcionamento da natureza humana que se nos revela mediante um conhecimento por inclinação, só é lei, isto é, só obriga em consciência, porque a natureza e as inclinações da natureza manifestam uma ordem da razão — isto é, da “Razão Divina”.

Partindo do pressuposto essencial de que a lei natural enfoca direitos e deveres que estariam ligados, necessariamente, ao princípio primeiro expresso por “faze o bem e evita o mal”, o nosso autor afirma que a lei positiva ocupa-se desses direitos e deveres de forma contingente, na medida em que suas leis ou costumes incorporam um grupo particular de coisas que serão consideradas boas e permitidas, repelindo outras tantas, consideradas más e proibidas.

Desta forma, o fundamento da validade e de vigência tanto da lei positiva (*jus gentium*), como do Direito Internacional Natural (Law of Nations), reside exatamente na lei natural, que se impõe por si própria à consciência dos homens.

JACQUES MARITAIN distingue, ainda, os direitos naturais em “absolutamente inalienáveis” e “substancialmente inalienáveis”, incluindo entre os primeiros, para exemplificar, o direito à existência e à felicidade, aos quais o corpo político não poderia opor quaisquer restrições, enquanto que os segundos seriam aqueles os quais o corpo político deveria restringir, visando resguardar o bem comum, colocando entre estes o direito de associação e à palavra.

Mesmo relativamente aos direitos naturais absolutamente inalienáveis, reconhece MARITAIN a existência de certas limitações que diriam respeito não a sua posse, mas ao seu exercício, de que seria demonstrativo o direito à herança cultural humana, condicionada a possibilidades concretas das variadas sociedades.

A cada indivíduo, em particular, estaria reservada uma enumeração de direitos naturais, diretamente ligados a sua vida mesma, e que comporiam um elenco de normas garantidoras da própria dignidade do homem em face da sociedade.

Em destacada posição, dentre esses últimos, estariam os direitos ao trabalho e à liberdade de escolher livremente esse trabalho; viria, como conseqüência, toda uma série de direitos relacionados ao trabalho humano, tais como o de formar grupos ou sindicatos profissionais, o da proteção social, o do salário justo, o do auxílio financeiro estatal em casos de doença e desemprego e hoje mais conhecidos como “os direitos do trabalhador”.

Acrescenta, ainda, MARITAIN, que não existem, em verdade, antagonismos entre “novos” e “velhos” direitos do homem, uma vez que ambos encontram-se colocados lado a lado na “Declaração Universal de Direitos do Homem” da ONU e resultam de longa e penosa evolução através dos tempos.

4º CAPÍTULO

As doutrinas jusnaturalistas contemporâneas. O direito natural existencialista

Ao início da apreciação da visão jusnaturalista de JACQUES MARITAIN, foi feita referência ao atual processo de ressurgimento, com ímpeto verdadeiramente significativo, da doutrina do direito natural, colocada já agora sob angulação que reflete as conquistas e aspirações do homem contemporâneo.

Essas novas orientações, embora dirigidas às mais diversas ordens de especulações em torno da existência ou não de um direito divino supra-ordenador das formulações positivas, têm, entretanto, alguns pontos em comum, registrados por LUIS RECASÉNS SICHES em seu trabalho *Jusnaturalismos Actuales Comparados*, e que poderiam ser assim resumidos:

1 — a reafirmação da existência indiscutível do direito natural, aliada ao reconhecimento de que sua doutrina não está, em absoluto, conclusa mas, pelo contrário, muitíssimo ainda resta a investigar e indagar sobre o relevante tema;

2 — a remissão à metafísica, como fundamento primeiro do direito natural;

3 — a desnormatização do direito natural;

4 — a dificuldade enfrentada em situar até onde se estende o conceito de "natureza humana", que deveria ser restringido consideravelmente, comparado à extensão dada ao mesmo pela Escola Clássica Moderna do Direito Natural, de que seriam representantes GRÓCIO, ALTUSIO, PUFENDORF, TOMASIO, WOLF e alguns neo-escolásticos do século XIX;

5 — a concepção tridimensional do direito: fato social, norma e valor em total interação com vistas à satisfação de necessidades da vida em sociedade;

6 — a ênfase no sentido de que a doutrina jusnaturalista deve alimentar-se substancialmente nos conhecimentos sociológicos, que viriam propiciar melhores resultados, mais eficazes e oportunos em função do tempo e lugar das diversas situações históricas;

7 — o reconhecimento de que, no ser humano, há dimensões essencialmente imutáveis que convivem com outras diversas e sempre mutantes;

8 — o reconhecimento, cada vez mais acentuado, de que a dignidade da pessoa humana é o valor supremo para o direito;

9 — o entendimento, em termos absolutos, da improcedência do emprego do processo lógico de interferência à jurisprudência e à legislação, devendo ser substituído pelo método da compreensão dos assuntos humanos.

A doutrina jusnaturalista de JACQUES MARITAIN, que oferece os traços gerais acima referidos, encontra-se colocada por RECASÉNS SICHES como integrante da reelaboração neotomista emergente, sobretudo após a 2ª Guerra Mundial.

KARL JASPEHS, ERICH FECHNER, WERNER MAIHOFER e HANS WELZEL são as figuras mais representativas da orientação do direito natural

apoiada essencialmente em algumas idéias da filosofia da vida ou da existência humana em si mesma, e por isso mesmo nominada de existencialista.

O existencialismo jusnaturalista, além de caracterizar-se pelos aspectos gerais referidos por RECASENS SICHES e acima enumerados, inclina-se mais precisamente em direção a uma conceituação das normas jurídicas como preceitos mecânicos, desprovidos de autêntica vitalidade, que não expressariam a essência da vida e toda a sua personalidade; teriam elas, apenas, uma dimensão genérica, cotidiana, inautêntica.

Segundo MAIHOFER, as diferentes formas sociais, e entre elas o direito, se nos apresentam como "exterioridade existencial", num processo de trânsito do interior ao exterior. O fenômeno da objetivação é a manifestação da exterioridade, e na realidade mesma em que se situam mundo e pessoa o direito se coloca, como campo jurídico referido à pessoa jurídica mas não à pessoa humana, em suas mais genuínas manifestações.

MAIHOFER traz a exame, igualmente, aspecto da maior relevância para o delineamento de sua filosofia ao enfatizar o condicionamento social em que se acha mergulhado o ser humano, na medida em que lhe são heteronomamente impostas, desde que nasce, normas de procedimento e raciocínio que, ao mesmo tempo que o tornam socialmente situado e datado, cerceiam a livre manifestação de seu *ego*.

O direito positivo atua como imperativo social utilitário, desconhecendo o "eu", a personalidade individual de cada um, para dirigir-se a todos, de forma impessoal e alheia à vontade de seus destinatários; entende WERNER MAIHOFER que ao ser humano, como tal, em verdade, só resta assumir os diferentes "papéis" que a sociedade lhe impõe e que o subordinam a correspondentes áreas do direito.

Exemplificando, diz MAIHOFER que, como "pai" ou "filho", sujeita-se o homem às normas do direito da família; como "proprietário" ou não, ao direito das coisas; como "cidadão" ou não, às normas de direito público, e assim por diante, considerado que, qualquer que seja seu campo de atuação ou o meio em que viva, existirão sempre preceitos jurídicos a lhe regular os passos.

O homem é lançado ao mundo e nele passarão sempre a conflitar as exigências de sua personalidade livre com as imposições jurídicas do direito "Direito" e "ser" estariam, pois, naquela relação expressa pela inautenticidade e indiferença do primeiro ao segundo, se referido ao plano ontológico autônomo pessoal da existência humana autêntica.

A posição de FECHNER já seria bem menos "existencialista" na medida em que rechaça colocações radicais, representadas pelos conceitos de um "mundo absurdo", de atos gratuitos e liberdade absoluta.

Entende FECHNER que o direito é uma das ordens em que o homem se acha inserto e que constitui, por outro lado, uma das dimensões da ordem do mundo.

Ao analisar a estrutura tridimensional do direito, o nosso autor aí encontra o direito natural existencial, no sentido de que a liberdade humana não pode

ser entendida numa visão arbitrária e total, mas na de que ela existe movendo-se dentro do quadro das leis do ser.

Para FECHNER a correção e validade do direito natural residem na convicção, que deve ter o homem, de haver-se empenhado com máxima conscientização na busca de uma melhor solução, através da ponderação de todos os dados das possibilidades humanas.

Admitindo FECHNER a íntima correlação entre Direito, Sociologia e Metafísica (norma, fato, valor), dá ele, por outro lado, ao seu direito natural um conteúdo de *devenir*, visto que ao homem cabe participar de duas formas em seu processo de maneira cognoscitiva, diferenciadora, ao situar-se sociologicamente, e de forma decisória, ao escolher valores, decisão esta sempre carregada de riscos.

Reconhece RECASÊNS SICHES nos filósofos jusnaturalistas existencialistas, além da compreensão do Direito como normatividade mundana, inautêntica, formalista e tipificada, e da tridimensionalidade do mesmo, outras características comuns, representadas pelas reiteradas incursões do direito natural na Sociologia, buscando as devidas conseqüências práticas, oportunas e eficazes dos critérios jusnaturalistas em cada realidade social particular; pelo entendimento comum de que a metafísica constitui-se em fundamento primeiro do direito natural, bem como pela redução da área supostamente tida como da natureza humana.

Esta última faceta do jusnaturalismo existencialista, já que comum a seus insignes representantes, merece particular ponderação, visto consubstanciar o ponto crítico da distinção entre as antigas e as atuais visões do direito natural.

Especialmente em relação à Escola Clássica Racionalista do direito natural, coloca-se a questão; durante séculos atribuiu-se à natureza humana uma extensão que ela, em verdade, nunca teve, refletindo o fenômeno, unicamente, um condicionamento histórico vencido, afinal, pelo enorme desenvolvimento que alcançaram, em nosso século, outros ramos científicos.

Assim é que muitos comportamentos humanos foram tomados à conta de suposta natureza humana, em função de condicionamentos sociais e históricos que lhes davam esse aspecto.

Empreenderam os novos jusfilósofos a tarefa de redução da área de incidência do que até então conhecia-se como "natureza humana", pela exclusão daqueles comportamentos aos quais costumamos hoje chamar de "segunda natureza", ou hábitos, e que se distinguem dos primeiros, permanentes, imutáveis e universais, por não apresentarem, exatamente, essas peculiaridades.

Não há, porém, qualquer antinomia nessa nova atitude cognoscitiva do direito natural, resultante da evolução científica que experimentou a humanidade; muito pelo contrário, à medida que se depurou e limitou o conceito de natureza humana, mais esta idéia tornou-se objeto de fecundo esclarecimento e inexpugnável fortalecimento.

CONCLUSÃO

De tudo, ou quase nada, que foi dito, apenas três observações serão feitas, por consubstanciarem, na realidade, outras tantas ordens de indagações:

1 — A conquista dos chamados “direitos naturais” pelo homem vem ocorrendo como que numa espiral irreversível, que poderia ter como ponto de partida, por exemplo, a “Carta de João Sem Terra”, de 1215, avultando-se, nesse processo, a preocupação sempre constante, nos homens, de obter não apenas o reconhecimento desses direitos, mas de vê-los inseridos em documentos escritos, no direito positivo em geral.

2 — O fato de que o capítulo destinado a abrigar os direitos individuais, conferidos aos homens “por natureza”, constitui sempre a parte nobre, essencial, dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, emprestando-lhes mesmo as condições para um reconhecimento internacional, valendo assinalar, ainda, que até nos países de regimes totalitários cede o Estado ante a imperioridade de acatamento dessa ordem de direitos.

3 — A evidente oposição entre as duas colocações fundamentais do direito natural ao longo da história da humanidade, representadas, respectivamente, pela necessidade de reconhecimento de uma Lei Natural Divina, emanada de um Ser Absoluto, criador de tudo e de todos e que supra-ordenaria toda a ordem jurídica, e pela recusa da presença de um Deus no ápice dessa construção.

O problema é, estranhamente, lembrado e enfatizado por JACQUES MARITAIN, na obra citada no capítulo III, ao registrar que, dentre as dezenas de nações que subscreveram a “Declaração Universal dos Direitos do Homem”, havia representantes das mais diametralmente opostas filosofias políticas, religiosas e morais, o que não impediu a assinatura do documento.

BIBLIOGRAFIA

- BODENHEIMER, Edgar — *Ciência do Direito — filosofia e metodologia jurídicas*. Rio de Janeiro, Forense.
- KELSEN, Hans — *A justiça e o direito natural*. Armênio Amado, Coimbra, Editor Sucessor, 1963.
- LIMA, Hermes — *Introdução à ciência do Direito*. Freitas Bastos, 15ª edição, 1966.
- MACHADO NETO — *Compêndio de introdução à ciência do Direito*. A. L., São Paulo, Edição Saraiva, 1969.
- MARITAIN, Jacques — *O homem e o Estado*. Rio de Janeiro, Livraria Agir Editora, 4.ª edição, 1966.
- NEVES, A. Castanheira — *Lições de introdução ao estudo do Direito*. Coimbra, 1968/69.
- SICHES, Luis Recaséns — *Iusnaturalismos actuales comparados*. Madrid, Universidad de Madrid — Facultad de Derecho — Sección de Publicaciones e Intercambio, 1970.
- VILLEY, Michel — *Leçons d'histoire de la Philosophie du Droit*.

Democracia direta na Primeira República mineira

SILVEIRA NETO

Professor de Teoria Geral do Estado
da Faculdade de Direito da UFMG.

SUMÁRIO

1. **Introdução**
2. **O modelo suíço**
3. **O constituinte Itabirano**
4. **O veto da Assembléia Municipal**

1. **Introdução**

As instituições políticas de Minas Gerais, na Primeira República, mostram uma preocupação fundamental de realização de um autêntico regime republicano e de um federalismo levado ao mais alto grau de descentralização.

O Senado mineiro, mais conhecido como o Senadinho, foi criado, sobretudo, como um órgão revisor e moderador, e evidenciou a importância que os constituintes de 91 outorgaram ao Poder Legislativo.

A Constituição de 14 de junho de 1891, medularmente liberal, abriu caminho para a autonomia distrital, que se efetivou através de lei ordinária, no mesmo ano, a qual criou os conselhos distritais, órgãos expressivos do autogoverno local; Minas Gerais não teve, naquela fase, apenas autonomia municipal, mas autonomia distrital (1).

Havia, ainda, um aspecto muito interessante da Constituinte Mineira de 1891 e que não tinha sido objeto de atenção dos pesquisadores regionais: a tentativa de implantação, em Minas, de processos da democracia direta, sobretudo segundo o modelo suíço e conforme os sistemas hoje existentes em vários países europeus. Embora frustrados, esses propósitos de alguns constituintes documentam um fato importante: esses políticos, acimados de alienados da nossa realidade cultural, quiseram a verdadeira participação do povo nos negócios públicos.

Vamos mostrar, resumidamente, essa tentativa de adoção, na Constituição Mineira de 1891, dos comícios populares, do referendium, do mandato imperativo e, até mesmo, do veto popular.

(1) Em pesquisas anteriores, já mostramos esses aspectos originais da Primeira República mineira. O leitor poderá consultar nosso livro *Instituições Republicanas Mineiras* (Editora LEM, 1978) e os números 49, 51, 55 e 58 da *Revista de Informação Legislativa*.

2. O modelo suíço

Um dos originais projetos apreciados na Constituinte Mineira de 1891 foi o de OLINTO MÁXIMO DE MAGALHÃES, político e diplomata, que propôs a organização do Estado nos moldes suíços; segundo ele, Minas deveria ser dividida em cantões autônomos, formando a União Cantonal Mineira. Em sua opinião, o projeto do Executivo, enviado ao Congresso Estadual, era centralizador, contrário aos princípios federalistas. Justificando o seu projeto, afirmou OLINTO DE MAGALHÃES:

"Antes da eleição, porém, pretendo apresentar igualmente à sua consideração um projeto de Constituição Mineira, estabelecendo um sistema administrativo e político inteiramente diferente daquele que fora adotado pelo projeto do Governo. Acredite este ilustre Congresso que nenhum motivo de vaidade ou pretensão inspirou-me esta conduta. Analisando minuciosamente o projeto do Governo, cheguei a conclusões as mais contrárias à minha convicção, inabalavelmente republicana, inabalavelmente federalista, vendo que ali se procurava concentrar o poder e administração" (2).

Além dessa divisão cantonal, OLINTO DE MAGALHÃES ia mais longe: propunha a adoção do **referendum** e a criação dos "comícios de soberania popular".

Vale a transcrição de alguns dispositivos desse original projeto. Assim:

"Art. 9º — O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso dos representantes do Estado de Minas Gerais, **ad referendum** popular, e com a sanção legal do Governador.

§ 1º — Cada cantão elegerá pelo voto direto dois representantes ao Congresso Mineiro."

Veja-se, agora, a democracia direta segundo OLINTO DE MAGALHÃES. Ainda a transcrição de seu projeto de Constituição:

"Art. 33 — Em cada cantão existirá um comício de soberania popular, composto de cidadãos eleitores e que tenham sido eleitos ao mesmo tempo que os representantes do Congresso Mineiro e que funcionará ao mesmo tempo que este."

"Art. 34 — Compete aos comícios de soberania popular exclusivamente referendar por **sim** ou por **não** as leis que tenham sido aprovadas pelo Congresso Mineiro, não sendo permitida discussão nestas assembleias."

Defendendo a sua posição, OLINTO DE MAGALHÃES fez, no Congresso Constituinte, uma exposição sobre o sistema de participação do povo em alguns cantões suíços, citando o publicista LÉON DONNAT. Apesar do seu brilho, da sua retórica, MAGALHÃES não conseguiu ver aprovado o seu projeto; a Constituição Mineira preferiu o liberalismo da representação política, segundo o modelo da Revolução Francesa.

(2) *Annaes do Congresso Constituinte Mineiro de 1891* — Imprensa Oficial — Belo Horizonte — Reunião de 10-4-91 — pág. 45.

3. O constituinte ITABIRANO

Em termos de democracia direta, a mais ousada participação na Assembléia Constituinte Mineira de 1891 foi a do Deputado ARTHUR ITABIRANO, que defendeu, com veemência, a instituição do **referendum** e do mandato imperativo.

Ficou famosa a sua emenda ao projeto que então se discutia, vazada nos seguintes termos:

“Art. 8º — O Poder Legislativo é delegado a um Congresso,
ad referendum popular.”

ITABIRANO foi totalmente contra o Senado estadual e pelo mandato imperativo. Tanto que a Constituição estadual promulgada, contrariando o seu ponto de vista, foi expressa em seu art. 22: “O mandato não será imperativo”.

Dizendo-se republicano histórico e de acordo com o projeto de OLINTO DE MAGALHÃES, ARTHUR ITABIRANO afirmou que “o **referendum** é a garantia das instituições republicanas”.

É interessante acompanhar o seu raciocínio em defesa dessa instituição das atuais democracias semidiretas e européias.

Dizia ITABIRANO:

“O **referendum** garantiu e garante até hoje a forma republicana na Suíça, o tipo perfeito da república, como ela deve ser, e V. Exª [dirigia-se ao Senador XAVIER DA VEIGA] sabe que em mais de um Estado na República norte-americana é ele aceito, esta também que é o modelo sempre lembrado da verdadeira república.

Por que vamos buscar instituições de outro país para sustentar a criação de uma segunda câmara, como todos os dias aqui se faz, e não se aceitam para outras questões? (Cruzam-se apertes.)

Se a prática tivesse demonstrado que o **referendum** não servia, não somente dos vinte e cinco cantões da Suíça dois o não teriam, mas todos ou, ao menos, a maior parte o teria desprezado.

Dois cantões não têm o **referendum** naquela verdadeira república.”

ARTHUR ITABIRANO não concordava com o Senadinho, por considerá-lo um legado da Monarquia. E considerava o mandato representativo como uma burla à democracia. Observemos, atentamente esta defesa do mandato imperativo:

“Para mim, o deputado traz uma procuração especial do povo que o elege, e eu quero acabar com este princípio que nos ficou como testamento da Monarquia, o valor das pessoas anteposto ao valor das idéias, estou na obrigação de sustentar a necessidade do mandato imperativo, convencidamente, firmemente convencido.

Um cidadão dirige-se ao povo e diz: minhas idéias são estas, por elas propugnarei; o povo o elege, não porque esse cidadão seja V. Ex^a, não porque seja nenhum de nós, mas pelas idéias, em nome e como sustentador das idéias que ele apresenta."

Aos apertes de colegas, dizendo que o mandato imperativo transforma o deputado num juguete do eleitor, ITABIRANO não se deu por vencido, e afirmou:

"Af teríamos um perfeito tipo de honestidade política; e, quando um congressista, qualquer que ele fosse, viesse à Câmara negar todas as idéias em nome das quais solicitara o apoio do povo, este, que, para mim, é o único soberano, devia ter o direito de cassar-lhe o mandato" (88).

A verdade é que a Constituinte Mineira de 1891 adotou o bicameralismo e um acentuado federalismo, com a autonomia distrital, mas não acolheu as avançadas proposições de OLINTO DE MAGALHÃES e ARTHUR ITABIRANO.

4. O veto da Assembléia Municipal

Foi uma curiosa instituição política a Assembléia Municipal adotada em Minas, na República Velha. Constituída pelos vereadores **gerais** (eleitos por todo o Município), pelos vereadores **especiais** (eleitos pelos distritos e membros dos Conselhos Distritais), a Assembléia ainda contava com os **contribuintes**, a saber, os cidadãos que pagavam mais impostos.

Reunia-se, normalmente, no mês de janeiro, como uma espécie de Tribunal de Contas, com o objetivo de examinar as contas das Câmaras Municipais e dos Conselhos Distritais. Em alguns Municípios, a Assembléia Municipal era numerosa, com mais de cem representantes; havia cidadãos que disputavam o privilégio de fazer parte dessa instituição.

Sob o aspecto que ora nos ocupa, a nota original da participação popular no Poder Legislativo municipal era o dispositivo que permitia à Assembléia Municipal conhecer das reclamações sobre leis e decisões das Câmaras Municipais, desde que apresentadas por um mínimo de cinquenta munícipes. Numa época de grande predominância do Legislativo, esses casos eram numerosos, e, segundo disposição constitucional, a Assembléia Municipal encaminhava essas reclamações, com ou sem efeito suspensivo, ao Congresso Estadual. Não deixa de ser um original tipo de veto popular, pois era o povo interferindo na órbita legislativa municipal e contrariando decisões dos vereadores (4).

A verdade é que alguns políticos mineiros quiseram realizar uma democracia das mais perfeitas, com ampla participação popular, que nem sempre, como no caso da excessiva autonomia distrital, esteve de acordo com a realidade social, econômica e cultural da época.

(3) Em nossa monografia *Democracia-Participação*, Edições Júpiter, 1981, o leitor encontra a íntegra do discurso de Arthur Itabirano sobre o assunto.

(4) Esse assunto é tratado, com minúcias, em nossa pesquisa "O Conselho Distrital", *Revista de Informação Legislativa*, n.º 58, 1978.

Ensino jurídico e o problema da verdade

ALVARO MELO FILHO

Professor de Direito. Mestre em Ciências Jurídicas pela PUC-RJ. Advogado do Banco Central. Membro efetivo do Instituto dos Advogados Brasileiros

O problema da VERDADE está intimamente ligado à metodologia do ensino jurídico. Tanto histórica como hodiernamente, não obstante as mudanças quantitativas e qualitativas, verificamos que a maioria dos professores de Direito tem adotado uma postura de mensageiros da **verdade** sobre as normas e instituições jurídicas de suas respectivas áreas de ensino. Por este prisma as aulas transformam-se numa simples transmissão de conhecimentos pelo “que sabe” aos “que não sabem”, reduzindo todo o ensino a uma “concepção bancária” em que o professor limita-se a “depositar” na mente do aluno estas informações e a solicitar-lhe uma “prestação de contas” mediante as provas e exames.

Esta forma de atuação “ditatorial” dos professores — donos da verdade — não tem razão de ser, pois a **verdade** pode aparecer em diferentes formas, tudo dependendo do ângulo e da ótica do observador. CALAMANDREI⁽¹⁾ destaca este aspecto com um exemplo bem objetivo:

“Há, num museu de Londres, um quadro famoso do pintor CHAMPAIGNE, no qual se pintou o Cardeal Richelieu em três atitudes diferentes. Ao centro da tela, vemo-lo de frente, aos lados vemo-lo de perfil a olhar para o centro. O modelo é um só, mas na tela parece que são três pessoas a conversar, de tal modo que são diferentes as expressões das figuras vistas de perfil e, mais do que isso, o ar calmo que, no retrato do centro, é a síntese dessas duas figuras.

(1) PIERO CALAMANDREI — *Eles, os Juizes, Vistos por Nós, os Advogados*. Trad. de ARY DOS SANTOS, Liv. Clássica Editora, Lisboa, 1977, pág. 96.

Num processo passa-se o mesmo. Os advogados **procuram** a verdade de perfil esforçando o olhar, e apenas o juiz, que está no meio do quadro, vê pacatamente de frente.”

A inexistência de verdade jurídica decorre, de certo modo, da imprecisão terminológica de uma ciência que vive da interpretação, pois, segundo REALE, nas ciências exatas os vocábulos têm, em regra, um significado bastante preciso; um físico ou um químico jogam com um vocábulo próprio e o fazem com certa garantia de que dada palavra traduz sempre um significado constante e comum entre os cultores das respectivas ciências, ao passo que nas ciências culturais, como é o direito, essa precisão terminológica é difícil. Na mesma linha de pensamento destaca SICHES (2) que uma regra de direito não é nem pode ser nunca verdadeira ou falsa. Rigorosamente, não é possível falar de uma **verdade jurídica**. Uma regra de direito poderá ser qualificada de mais ou menos justa, como mais ou menos adequada, mais ou menos correta ou mais ou menos útil do ponto de vista prático, mas não admite os qualificativos de **verdadeira** ou **falsa**.

Do ponto de vista **legal** é impossível falar-se em **verdade jurídica** face a produção, a nível industrial, de ordenamentos legais e regulamentares, daí por que o jurista espanhol JOAQUIM COSTA (3), em sua clássica monografia sobre **La Ignorancia del Derecho**, já sustentava que somente uma insignificante minoria dos homens conhece uma pequena parte das leis vigentes em um momento dado, sendo impossível que as conheça em sua totalidade.

Esta proliferação desmesurada levou CARNELUTTI (4) a estabelecer uma analogia “entre la inflación legislativa y la inflación monetaria”. Outrossim, é preciso não esquecer que a enxurrada de leis antigas e atuais se torna cada vez mais difícil de identificar, localizar e distinguir, especialmente as revogadas das vigentes, por força de ser a cláusula — revogam-se as disposições em contrário — inventariante inidônea do processo de sucessão das leis. Interessante destacar que os números da “volúpia legiferante” atingiram em dezembro de 1980 os seguintes quantitativos: uma constituição; 17 emendas constitucionais; 17 atos institucionais; 104 atos complementares; 39 leis complementares; 6.895 leis (numeradas a partir de 1948); 11 leis delegadas (todas de 1962); 1.847 decretos-leis (a partir de 1965); 85.612 decretos (a contar de 1935); 131 decretos legislativos (somente no ano de 1980) cabendo, ainda, acrescerem-se as portarias ministeriais, as instruções e, principalmente, as resoluções, muitas das quais de largo alcance normativo como, por exemplo, as baixadas pelo Banco Central (672), pela CACEX, pelo BNH, pelo Conselho Monetário Nacional, pelo Conselho Nacional do Petróleo, pelo Conselho Nacional de Trânsito, entre outros. Mas, apesar desse “cipoal de leis”, é triste constatar-se que os professores de Direito,

(2) RECASENS SICHES — *Tratado General de Filosofía del Derecho*, 2.ª ed. México, 1961, págs. 153/155.

(3) JOAQUIM COSTA — *La Ignorancia del Derecho*. Buenos Aires, 1945, págs. 59 e segs.

(4) FRANCISCO CARNELUTTI — “La Muerte del Derecho” in *La Crise del Derecho*, EJEA, Buenos Aires, pág. 345.

em sua grande maioria, continuam a fazer do obsoleto e superado "magister dixit" o método único e exclusivo de ensino jurídico.

Com a produção desenfreada de leis, desacreditam-se elas, e cria-se um aspecto novo de escusa no cumpri-las. Ao doente desiludido pela multidão de remédios, não é fácil convencê-lo da eficácia de novos medicamentos. . .

Por outro lado, como observa MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, no seu livro **Do Processo Legislativo**, "quanto mais numerosas são as leis, tanto maior número de outras exigem para completá-las, explicá-las, remendá-las. . . Feitas às pressas para atender a exigência de momento, trazem estas leis o estigma da leviandade".

Este turbilhão de leis que nos avassala já, de si mesmo, constitui um fator poderoso de intranquilidade e é, na concepção de RIPERT⁽⁵⁾, uma das causas profundas da crise do direito, porque "deja a los sujetos de derecho en la incertidumbre, les impede contar con el porvenir, les obliga a modificar incesantemente su conducta y les hace dudar del valor de las leyes".

A propósito, EDUARDO MONREAL⁽⁶⁾ salienta:

"Esta atomización del derecho es muy nociva y, por principio, contraria a su naturaleza y finalidad, pues quiebra el concepto mismo de lo que debe ser un conjunto sistemático, ordenado, claro y accesible de reglas de conducta exigidas — normalmente — a todos los hombres.

Por obra de este **maremagnum** de preceptos de todas clases, inspiraciones y épocas, con esta avalancha legislativa que presenciamos, el sistema legal positivo pasa a convertirse en una espesa e impenetrable selva normativa, que, más que ordenar la vida social, la desarticula, la confunde y la hace ingrata. Esa densa y desorganizada red de preceptos concluye entorpeciendo la acción de los órganos del Estado y enervando a los ciudadanos."

Em face desta realidade legislativa EDUARDO COUTURE⁽⁷⁾ indaga:

"Qual o advogado que pode ter a certeza de conhecer todas as regras legais existentes? Quem pode estar certo de que, ao emitir uma opinião, considerou, em sua plenitude, esse conjunto imponente de normas?"

Na apóstrofe de KIRCHMANN⁽⁸⁾ "tres palabras del legislador y todas las bibliotecas llegan a ser papel viejo", ou, nas expressões de COUTURE

(5) GEORGES RIPERT — "Evolución y Progreso del Derecho" in *La Crise del Derecho*, EJEA, Buenos Aires, pág. 28.

(6) EDUARDO NOVOA MONREAL — "Aspectos sobre Enseñanza Moderna del Derecho", in *Antología de Estudios sobre Enseñanza del Derecho*, UNAM, México, 1976, pág. 64.

(7) EDUARDO COUTURE — *Os Mandamentos do Advogado*, S. A. Fabius Editor, Porto Alegre, 1979, pág. 22.

(8) JULIO GERMAN VON KIRCHMANN — "El Caracter Científico de la Llamada Ciencia del Derecho", trad. de WERNER GOLDSCHMIDT, in *La Ciencia del Derecho*, Buenos Aires, 1949, pág. 268.

“uma só penada do legislador basta para pôr abaixo uma biblioteca inteira”. Tais assertivas de juristas consagrados demonstram que o direito, especialmente no campo legal, é algo mutável e variável, daí ser impossível a qualquer professor pretender aparecer como porta-voz da **verdade jurídica**.

De uma perspectiva **doutrinária**, não é difícil concluir-se, também, pela inexistência de **verdade jurídica**, pois, em razão da multiplicidade de livros, artigos e obras jurídicas publicadas não se sabe com quem está a verdade.

Para JEAN CARBONNIER⁽⁹⁾ “a massa do direito aplicável aumenta, mecanicamente, sem cessar (quatro quilos anuais na biblioteca do advogado médio), sobretudo nas especialidades, menos nas partes gerais como o direito civil codificado. Ademais, aumenta a complexidade: as regras não vêm mais se enfileirar sabiamente umas às outras, cada uma com sua função própria; elas se sobrepõem e é preciso conciliá-las, embora cada caso demande uma pesquisa **doutrinária** prévia do direito que tem vocação a regê-la”.

Por outro lado, qualquer opinião ou posicionamento doutrinário tem sua validade condicionada ao sistema de conhecimento dentro do qual é formulado. Por exemplo, dizer-se que “a terra é o centro do sistema planetário” é válido para a teoria ptolomaica dos epiciclos, mas não o é dentro da tese heliocêntrica copernicana, na qual “o sol é o centro do sistema planetário”. Por isso mesmo não se deve atribuir a condição de autoridade a qualquer publicação jurídica, pois, conforme acentua WALINE, não há princípio de autoridade nem de verdade absoluta nas ciências jurídicas: cada opinião vale pelo seu conteúdo e força de argumentos e não pelo autor que a emite.

Admitindo-se a **verdade jurídica** no âmbito do doutrinário equivaleria tolher e obstaculizar o desenvolvimento da própria ciência jurídica. Um exemplo bem expressivo é retirado de nossa tese de mestrado — **Introdução ao Direito Premial**. Nela reservamos um capítulo para estudo dos aspectos pertinentes às teorias sobre a coercitividade jurídica, o que era fundamental, porque a constatação de que o direito atua respaldado na força, implica em total inaceitação de um direito premial. Fôssemos ficar apegados e vinculados aos conceitos de IHERING, DEL VECCHIO, KANT e KELSEN, jamais ousaríamos falar em direito premial pois, segundo IHERING “o direito é um conjunto de condições da vida social, assegurado pelo poder do Estado mediante **coação** externa”. Na acepção de DEL VECCHIO os conceitos de direito e coação se apresentam unidos e ligados indissolúvelmente pois é o caráter da coercibilidade que distingue as normas jurídicas de qualquer outra espécie de normas. KANT introduz a coação na definição de direito ao acentuar que direito e faculdade de coação significam uma e a mesma coisa, enquanto KELSEN, igualmente adepto das teorias coercitivistas, define direito como uma ordem de coação, indicando que sua função essencial é a de regulamentar o emprego da força nas relações entre os homens. No entanto, como não ficamos adstritos aos doutrinadores filiados às teses coercitivistis-

(9) JEAN CARBONNIER — “A Parte do Direito na Angústia Contemporânea”, trad. de ANNA MARIA VILLELA, in *Encontros da UnB*, Ed. da UnB, Brasília, 1979, pág. 59.

tas, e por uma questão de lógica e exigência de natureza jurídico-filosófica para desenvolver o tema direito premial, demonstramos o outro lado da verdade jurídica, vale dizer, as doutrinas anticoercitivas do direito.

Se o direito premial atua em bases eminentemente motivadoras e estimulativas, jamais recorre à coerção ou à coação, que são elementos **acidentais** e não componentes essenciais do direito. Os argumentos prováveis a esta posição doutrinária têm em REALE⁽¹⁰⁾ um de seus defensores ao apontar que "via de regra há o cumprimento espontâneo do direito. Para milhares de contratos que se realizam e se cumpre espontaneamente é mínimo o número dos que geram conflitos sujeitos à decisão judicial. Não se pode, pois, definir a realidade jurídica em função do que excepcionalmente acontece".

É certo que em toda norma jurídica está presente a coação, mas a coação em **potencial** (coerção) e não em ato, ou no dizer de VICENTE RAO, "por modo potencial, como simples possibilidade de invocação da força ou da aplicação de cominações". E se a coação no mundo jurídico é possibilidade, potencialidade, ou seja, se a coação tanto pode aparecer como não aparecer, jamais poderá ser considerada como elemento essencial (razão de ser do próprio ser) do direito.

Para provar que a coação é elemento eventual no direito, vejamos o seguinte silogismo:

A coação decorre da violação da norma.

Ora, a violação pressupõe a existência da norma.

Logo, a norma é anterior à coação e, como tal, não lhe é essencial.

Além do mais, havemos de destacar, em apoio às posições doutrinárias anticoercitivistas que, quando não se trata de norma cogente, ou de ordem pública, a coação fica a critério da parte lesada ou prejudicada em seu direito. Em outras palavras, compelir alguém a dar, fazer ou deixar de fazer alguma coisa, regra geral, fica ao critério do sujeito ativo da relação jurídica, daí por que, na sua vontade, está a realização ou não da coação, sem que isto tenha influência na existência do próprio direito que perdura independentemente da aplicação da coação ou não.

Este paralelismo entre as doutrinas coercitivistas e anticoercitivistas do Direito atesta o relativismo da verdade jurídica e demonstra que cada um é livre para escolher, aderir ou discordar das distintas e variadas soluções que a doutrina fornece para um mesmo problema jurídico.

De uma ótica **jurisprudencial** é facilmente constatável a impossibilidade de **verdade jurídica** e aí estão as inúmeras **decisões** e **acórdãos** divergentes para comprovar esta assertiva. Como o julgador busca a verdade de cada caso de conformidade com a PROVA DOS AUTOS (verdade processual), diz-se comumente que todo direito por mais **líquido** e **certo** que seja, ao ser

(10) MIGUEL REALE — *Lições Preliminares do Direito*, José Bushatsky, Ed. São Paulo, 1973, pág. 66.

pleiteado judicialmente, já perde, de saída, 50% (cinquenta por cento) de sua liquidez e certeza. REALE nas suas **Lições Preliminares de Direito** indica um exemplo bem significativo:

“A jurisprudência é dessas realidades jurídicas que, de certa maneira, surpreendem o homem do povo. O vulgo não compreende nem pode admitir que os tribunais, num dia, julguem de uma forma e, pouco depois, ou até mesmo num só dia, cheguem a conclusões diversas, em virtude das opiniões divergentes dos magistrados que os compõem.

Certa vez, tivemos a oportunidade de assistir ao julgamento de um caso perante uma das Câmaras Cíveis de nosso Tribunal, acompanhando um cliente que tinha exatamente duas questões com os mesmos dados, embora sem a mesma identidade das partes. O julgamento se processara no interregno de sete ou oito dias e uma tese jurídica foi consagrada numa Câmara, enquanto que a oposta lograva triunfar em outra. Bem podem imaginar a revolta e, ao mesmo tempo, a perplexidade desse cliente ao verificar que, diante da mesma situação de fato, de provas de igual alcance e de textos legais absolutamente idênticos, havia sido possível atingir consequências opostas.”

Se verdade existisse em direito seriam desnecessários juízes e tribunais cuja função nada mais é do que a de apontar as “verdades” trazidas a julgamento pelas partes litigantes. E o próprio sistema de recursos é indicativo de que estes julgadores não são os “donos da verdade”. Aliás, a concepção de verdade, sob o ângulo processual, é difícil de ser sustentada, ou seja, a tendência é relativizar a noção de **verdade**, ligando-a, por exemplo, à idéia de vontade da maioria (ensejando os EMBARGOS INFRINGENTES nos Tribunais). Além do mais, uma decisão judicial envolve uma complexidade e uma variabilidade muito grande de temas e premissas com a possibilidade de incompatibilidade das próprias premissas da decisão (atacáveis na APELAÇÃO das sentenças e EMBARGOS DE DECLARAÇÃO dos acórdãos). Por todos estes aspectos evidencia-se que o processo judicial não pode ser visto como um procedimento que alcança a “verdade”.

No campo jurisprudencial, se existisse verdade jurídica, as decisões do Supremo Tribunal Federal seriam tomadas por unanimidade, ou seja, sem discrepância de voto dos Ministros. Outrossim, as próprias SÚMULAS do Supremo Tribunal Federal, apesar de exercerem influência sobre os demais juízes e tribunais, não têm uma obrigatoriedade jurídica, mesmo porque a jurisprudência constante dessas súmulas não se torna imutável pois do mesmo modo como o STF tem competência para elaborar os seus enunciados, tem-na para revê-los e modificá-los como já ocorreu várias vezes.

Assim, as “verdades” do mundo jurídico, em quaisquer dos seus campos — legal, doutrinário e jurisprudencial — são relativas, contingentes, mutáveis e temporais, daí por que o professor de Direito que se considerar **dono da verdade**, inevitavelmente, dispersará suas energias preparando os alunos para uma realidade que já não existe.

O direito na formação do diplomata

VICENTE MAROTTA RANGEL

Professor Titular da Universidade de São Paulo, Coordenador de Atividades Culturais da Universidade de São Paulo

O tema que nos propomos aflorar não tem sido subordinado a consideração sistemática e integral. Iremos focalizá-lo de forma preliminar. Será uma explanação, por assim dizer, tão-somente exploratória de tópicos que mereçam estudo mais detido e acurado.

Quais os vínculos entre direito e diplomacia? Colocada a indagação numa perspectiva histórica, veremos serem eles muitos e estreitos, conquanto variáveis em intensidade na seqüência do tempo. Tem sido o direito considerado relevante na formação do diplomata, pelo menos até o primeiro quartel de nosso século. Com o desencanto em torno dos estudos jurídicos, ocorrido principalmente a partir da Segunda Guerra Mundial, ao menos no concernente ao âmbito das relações interestatais, e com a crescente importância de outras disciplinas sociais, ocorreu, infelizmente, uma certa depreciação da função do direito no contexto

das atividades diplomáticas. Sendo essa depreciação resultado de equívocos, parece-nos oportuno focalizá-los no âmbito, não a rigor da comunidade brasileira, mas no contexto geral em que se situam por se reportarem a problemas globais da sociedade contemporânea e dizerem respeito, enfim, à natureza do fenômeno jurídico, ao próprio conceito do direito. Na última parte de nossa exposição, pretendemos reportar-nos a fatos atuais que acentuam a necessidade de ter o diplomata conhecimentos básicos de direito e a conveniência de tê-los, se e quando possível, de forma especializada.

I

Parece oportuno registrar, de modo preambular, que todos os ramos do direito acabam sendo passíveis de relacionamento com a diplomacia e, no decurso desta exposição, será possível discerni-lo. Não há duvidar, porém, que dentre esses ramos, o que tem mais próxima conexão, por assim dizer, íntima e essencial, é o direito internacional público. Tal conexão nos levaria mesmo a fazer uma opção entre as diversas definições até agora propostas sobre diplomacia. Poderemos, nesse sentido, pôr de lado as quatro acepções de diplomacia, como nos indica NICOLSON (*Diplomacy*, 3ª ed., 1963, p. 13), como sinônimo ou de política exterior, ou de negociação internacional, ou de processos mediante os quais se leva a cabo a negociação, ou, enfim, como qualidade ou habilidade na condução da mesma negociação. Poderemos também deixar de questionar se a diplomacia — conforme debatem os autores — seria “ciência”, ou “arte”, ou “processo”, ou “método”, ou “negócio”. Poderemos, igualmente, abdicar de argüir se a ênfase da definição deveria ser posta nesta ou naquela função que a diplomacia abrange: representar, ou preservar, ou proteger, ou negociar. Dado o estreito liame existente entre direito internacional e diplomacia, bastaria, para o objetivo desta exposição, e tendo em conta a perspectiva do tema ora exposto, acolher a acepção oferecida por COGORDAN, recolhida por RUBENS FERREIRA DE MELLO (I, p. 12), segundo a qual a diplomacia “é o direito das gentes aplicado”.

Embora tenham ocorrido indagações e dúvidas sobre o nível de adequação dos conhecimentos jurídicos para o exercício das funções diplomáticas, o certo é que direito e diplomacia — conquanto distintos — têm marchado juntos e mantido colaboração recíproca fecunda. É o que um olhar sobre o pretérito, ainda que rápido e de conjunto, nos revela e confirma.

Tanto nas origens como em seu desenvolvimento, a diplomacia esteve intimamente associada com o direito, e se poderá dizer ter sido quase imperceptível, muitas vezes, o traçado da fronteira entre ambos, assim como entre os agentes respectivos de uma e de outro, o diplomata e o jurista.

Efetivamente, desde o século VI a.C., os Estados-cidades gregos adotaram o costume de escolher como embaixadores os oradores mais eloqüentes, os advogados forenses mais hábeis da comunidade. Preferiam-se os que tivessem u'a memória retentiva e uma voz muito sonora... A tarefa dos enviados consistia em advogar a causa de sua cidade perante as assembléias populares das confe-

derações ou perante cidades estrangeiras. As origens da advocacia coincidem, desse modo, com as origens da diplomacia. O desenvolvimento desta se beneficiou, por outro lado, do aprimoramento gradual da ciência e da arte jurídica, de que os romanos, mais ainda que os gregos, se tornaram exímios cultores. Como assinala NICOLSON (*op. cit.*, p. 20), a contribuição romana à diplomacia não deve buscar-se no campo da negociação mas no âmbito de um ramo do direito, o direito das gentes. Os romanos — aduz ele (p. 32) — converteram em universal ou ecumênico não apenas o direito mas também a teoria diplomática.

A influência do direito na evolução da diplomacia não cessou mas se prolongou — embora modificada — com o surgimento das embaixadas permanentes. Apareceram estas, como se sabe, nas nações européias e ao fim da Idade Média, ao mesmo tempo em que se constituíram os Estados modernos, com tudo o que significavam: um exército, uma burocracia e uma fazenda governamentais.

A permanência da representação ensejou às embaixadas a intensificação tanto das atividades de negociação como da proteção dos interesses do país acreditante. Propiciou-lhes, outrossim, o cumprimento das tarefas de informação. Tais atividades, em grande parte novas, não foram de início exercidas senão com dificuldades e suspeitas, acrescidas pelo fato de inexistirem normas disciplinadoras de relações diplomáticas, estáveis e constantes. No decurso do século XV, a república de Veneza ameaçava com o desterro e mesmo com a morte os seus cidadãos que mantivessem relações com qualquer pessoa de uma legação estrangeira. Até os meados do século XVIII, um membro do Parlamento inglês era passível de pena se falasse com diplomata estrangeiro e era mesmo susceptível de destituição. Como lembra JACQUES CHAZELLE, os diplomatas eram tratados, quer em Moscou quer em Constantinopla, como prisioneiros de guerra. Alguns se expunham, ao regressar a seu próprio país, a serem postos em quarentena pelo risco de contagiarem seus concidadãos com os modos de pensar estrangeiros. Apesar do crescimento de seus recursos e do progresso de seus métodos, a diplomacia da Renascença permanecia profundamente imbuída de tradições bastante primitivas, assediada por um clima nefasto de receios e rivalidades. A colaboração dos juristas não tardou, porém, a se fazer notar de modo a contribuir para que esse clima se desanuviasse. Necessário era, então, precisar as normas regulamentares da atividades dos diplomatas, a determinação das competências entre os Estados acreditantes e acreditados, o sistema de direitos e deveres entre ambos. A contribuição dos cultores do direito foi então decisiva para que as funções diplomáticas passassem a exercer-se com desembaraço, segurança e eficácia. Como assinalou VAUGHAN WILLIAMS no segundo curso organizado pela Academia de Direito Internacional de Haia, ou seja, em 1924, sobre "Les Méthodes de Travail de la Diplomatie", esta se apresentava em contrato constante com o direito internacional cujos princípios timbrava em reconhecer e assegurar.

Um dos mais antigos juristas a cultivar esse direito foi ALBERICO GENTILI (1551-1608), nascido em Ancona, protestante refugiado na Inglaterra. A sua contribuição se deu em publicações como o *De Jure Belli* (1589) e o *De Legationibus* (1583), este último redigido em razão de consulta do governo inglês sobre as imunidades a que teria direito o embaixador Mendoza, da Es-

panha. Era este acusado de ter tomado parte em conspiração contra a Rainha Elizabeth. Poderia o embaixador ser julgado e condenado à morte? Resposta negativa deu-a GENTILI em parecer que, no ano seguinte, desenvolveu em dissertação, composta de três livros, em que faz digressão de ordem histórica sobre as embaixadas, as espécies em que elas se desdobram, as imunidades de seus titulares e as qualidades de que eles devem ornar-se. Normas liberais aí se precisam. Não se pode impedir a passagem do diplomata, em território de terceiro Estado, quando ele se destina a seu posto. O soberano não pode recusar-se a receber embaixada senão por "justa causa". O direito de embaixada independe de religião; ele se estende a protestantes, maometanos e judeus. Embora sujeito à jurisdição civil do país acreditado, pelo menos em relação aos contratos celebrados durante sua missão, o embaixador usufruirá nele de imunidade de jurisdição criminal.

Contribuição relevante deve-se também a HUGO GRÓCIO (1583-1645) cuja vida esteve intimamente relacionada, no plano da teoria e da prática, com funções diplomáticas. Pouco tempo após haver, com apenas quatorze anos, defendido na Universidade de Leyden, com êxito, teses públicas sobre as matemáticas, a filosofia, a jurisprudência, GRÓCIO integrou uma embaixada de seu país, a Holanda, que demandou a França para convencer Henrique IV a não concluir paz em separado com a Espanha. Permaneceu então na França por quase um ano, período em que recebeu o título de doutor em direito pela Faculdade de Orleans. Após exercer a advocacia, e ter sido, em razão de vicissitudes de lutas políticas, condenado à prisão perpétua, fugiu da fortaleza de Loevenstein e partiu para a França, onde se abrigou, e onde escreveu o seu tratado clássico, *De Jure Belli ac Pacis libri, XIII*, publicado em 1625. Encantado com o livro memorável, Gustavo-Adolfo desejava nomeá-lo embaixador em Paris. Impedido pela morte de fazê-lo, a execução desse desejo foi confiada ao chanceler sueco Oxenstiern. Os poderes do chanceler não sendo suficientes segundo o governo francês, GRÓCIO foi compelido a retirar-se da porta de Saint Denis, pela qual passavam os embaixadores que deveriam ser acreditados. Teria Oxenstiern recebido do Senado da Suécia os poderes necessários para nomear um embaixador? A discussão doutrinária e prática se prolongou por algum tempo, extinguindo-se ante a confirmação pela Rainha da Suécia das credenciais do jurista.

Editado no alvorecer da Idade Moderna, o livro de GRÓCIO serviu de inspiração às negociações do Tratado de Westphalia (1648), concluído três anos após a morte do jurista insigne. Desde então, a contribuição do cultor do direito se tornou marcante na fixação das regras sobre a diplomacia. E que juntamente com os tratados internacionais e o costume, a doutrina do direito das gentes, embora em grau de menor relevância, constitui fonte do direito diplomático.

Quando, cinco anos após a independência do Brasil, se criaram os cursos jurídicos no País, a lei de 11 de agosto de 1827, que os instituiu, estabeleceu o rol das matérias a serem prelecionadas no espaço de cinco anos e através de nove cadeiras. Prescreveu a mesma lei que a primeira dessas cadeiras devia de-

nominar-se “Direito natural, público, análise da Constituição do Império, direito das gentes e diplomacia”. Eis aí como, desde o alvorecer dos cursos jurídicos no Brasil, a diplomacia veio a ser estudada nas duas primeiras escolas de direito que tivemos, a de Olinda, ao Norte do País, e a de São Paulo, ao Sul. Eis aí como muitos dos antigos diplomatas brasileiros puderam ter o benefício de uma formação jurídica, alcançada nesses centros universitários, forjadores da nacionalidade.

II

Até os fins do século passado, o direito se encontrava em relativa estabilidade, suas normas e instituições conservavam a fisionomia dos ordenamentos destinados à perpetuidade. Como assinalou SAN TIAGO DANTAS (“Renovação do Direito”, discurso de 25 de outubro de 1941, comemorativo do cinquentenário da Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil), “a ordem jurídica parecia formada de um corpo de normas, tão estáveis nos seus fundamentos éticos e econômicos, tão interdependentes e coesas, que o direito vigente podia ser julgado uma conquista definitiva da civilização... No direito privado, a autoridade constante dos textos romanos e da legislação filipina, sobre que se vinham depositando, ao longo dos anos, as inovações legislativas processadas lentamente, dava a sensação de que o direito era mais um fruto da história do que a obra do legislador... No domínio do direito público, os princípios do governo democrático representativo se haviam identificado de tal forma com a técnica jurídica, que nenhuma distinção era possível fazer entre o pensamento político e o pensamento jurídico, a não ser na esfera daqueles atos de governo que se processam fora do império da lei... O direito era um mundo criado, seus alicerces estavam assentes, sua evolução se processava sem quebra de continuidade, e a legitimidade de cada norma estatuída provinha não só da outra, que autorizava a sua promulgação, como da coerência interna, que integrava a nova regra no sistema, em cujo seio não era possível conceber antagonismos”.

“No século passado” — aduz JEAN CARBONNIER, em texto inserido no tomo XX da *Encyclopédie Française, Le Monde en Devenir*, Larousse, 1959 — “o direito podia ser ensinado como um encadeamento de certezas. Havia poucas leis, que quase não se modificavam. Se elas existiam, eram respeitadas, se não existiam, não eram reclamadas. As reações jurisprudenciais eram lentas e muito estudadas. Alguns princípios, enfim, faziam a coerência do conjunto: os princípios do liberalismo, autonomia da vontade, respeito dos direitos adquiridos, responsabilidade pessoal...”

Todavia, essa admirável e serena ordem social, política e jurídica não tardou, como se sabe, a modificar-se. Ficou ela sujeita a uma transformação profunda e substantiva. A sociedade, tanto interna como internacional, sofreu o impacto de câmbios drásticos. Os valores tradicionais foram postos em causa. As normas jurídicas não mais se ajustavam aos novos valores e à nova sociedade, postulando, por seu turno, revisões em profundidade. Os juristas passaram a denotar suas inquietudes, em face da evolução da sociedade e das normas que

a regiam. Assim o testemunhara LEÓN DUGUIT, dois anos antes de deflagrada a Primeira Guerra Mundial. Terminada esta, multiplicaram-se os ensaios que aludiam à chamada “crise do direito”, e que se reportavam ao descompasso entre a realidade social, os valores e a norma jurídica, crise essa que se tornava mais aguda com a aproximação dos eventos da Segunda Guerra. GASTON MORIN passou a se referir à revolta dos fatos contra o direito cujo declínio fora apontado por GEORGE RIPERT e cujas metamorfoses foram argüidas por RENÉ SAVATIER. O tema da “crise do direito” era largamente versado, e sobre ele discorreram entre nós OROZIMBO NONATO, MIGUEL REALE, ORLANDO GOMES. . . Como assinalou JEAN CARBONNIER, a “angústia histórica”, a que experimentam os homens quando, mais ou menos confusamente, se sentem arrastados ao futuro da história, tomou conta dos juristas diante das transformações de sua própria disciplina, transformações essas que introduziram o vírus da incerteza tanto ao nível do direito objetivo quanto ao nível dos direitos subjetivos, acarretando dúvidas sobre as idéias e sobre as fontes do direito, e gerando intranqüilidade no domínio dos negócios e da segurança pessoal.

A crise social e política não se limitava aos setores do direito privado ou do direito público mas se ampliava — dir-se-ia até com mais graves ressonâncias — aos quadrantes do direito internacional. A crise estendia-se também à própria diplomacia cuja feição clássica, iniciada no século XVII, se prolongava até a Primeira Guerra Mundial. Foi esse o período tradicional dos diplomatas que representavam os soberanos junto às cortes estrangeiras para serem os instrumentos normais de negociação e canais de informação, e dos que intervinham como únicos plenipotenciários nos congressos gerais da paz.

Os diplomatas pertenciam então a um mesmo corpo social, haviam tido uma mesma experiência profissional e ostentavam educação semelhante. Falando a respeito deles, e em relação a seu país, escreveu o CONDE DE SAINT-AULAIRE (*Je suis Diplomate*, Paris, 1954, pp. 32/33) que a unidade de origem por concurso e de formação. . . “os tornava uma grande família por um “esprit de corps” mais forte que as diferenças sociais, as divergências políticas e mesmo religiosas. . . Burgueses ou nobres, todos eram “gentlemen” pelo caráter, a educação, as maneiras”. O mesmo se poderia dizer, em geral, do Corpo Diplomático no século XIX, pois no dizer desse autor, “os laços de sangue se acrescentavam por vezes aos laços profissionais para fazer de todos uma verdadeira família. . .” Destarte, ao referir-se a sua época e a seu continente, assinalou GUIZOT em suas *Mémoires*, que datam de 1867 (vol. II, p. 266, Bruxelas), formarem os diplomatas, “dentro da comunidade européia, uma sociedade que se regia por seus próprios princípios, costumes e aspirações”. Em meio a diferenças e mesmo a conflitos entre Estados, essa sociedade mantinha uma tranqüila e permanente unidade própria. E lograva suavizar as rivalidades nacionais e reduzir as tensões entre os governos.

Tais características da diplomacia clássica, que encontraram seu esplendor no Congresso de Viena de 1815, passaram, gradualmente, a diluir-se à medida que a História convergia seus rumos para os eventos precursores da Primeira

Guerra Mundial. Certo, na Conferência de Algeciras, de 1906, todas as delegações compreendiam exclusivamente diplomatas. Todavia, pouco a pouco as reuniões internacionais passavam a compor-se também de personalidades políticas e de peritos. Aliás, já no século XIX se havia posto em marcha o sistema das Conferências que se ocupam de questões internacionais de caráter não essencialmente político, mas técnico, nas quais aparece logo, por exigências de suas finalidades, um caráter de periodicidade que termina por reclamar sua própria institucionalização.

Entrementes, a diplomacia tradicional declinava, quer em virtude da contraposição, que o Presidente WILSON enfatizou, entre diplomacia pública e diplomacia secreta, esta última objeto de censura; quer em razão das transformações políticas, sociais e econômicas sobrevindas desde a Primeira Grande Guerra e acentuadas após a Segunda Guerra Mundial; quer, enfim, por motivo de criação de organizações internacionais, base de uma nova forma de diplomacia multilateral: a parlamentar.

Como se disse, o processo de transformação atingiu também o direito internacional. Foi esse direito, durante a Idade Moderna, essencialmente europeu. Era um sistema homogêneo e, ao mesmo tempo, hegemônico. Não fora afetado durante o século XX — lembra TRUYOL Y SERRA (*"L'Expansion de la Société Internationale au XIX^e et au XX^e Siècle"*, *Recueil des Cours*, A. D. I., 1965, p. 158) — nem por sua extensão ao continente americano nem pela incorporação da Turquia à vida internacional, pois, num caso e noutro, houve a assimilação dos "standards" ocidentais. Mas a modificação qualitativa desse direito se operou com a revolução russa de 1917. A transformação de uma das grandes potências do antigo conceito europeu em país socialista acarretou conseqüências não apenas em termos de confrontação mas também em termos de proselitismo. Essa modificação qualitativa acabaria posteriormente ainda mais se acentuando com o processo de descolonização dos países da África e da Ásia que tratariam de repudiar os "standards" ocidentais, tão essenciais à concepção eurocêntrica do direito internacional.

Em publicação datada de 1927 (Paris, Hachette), dizia NICOLAS POLITIS (*Les Nouvelles Tendances du Droit International*, pp. 17 e 18) que o cataclismo de 1914 quebrava os velhos quadros da vida e do direito das gentes e compelia à revisão dos princípios que, desde a época de GRÓCIO, eram considerados absolutamente essenciais. A brusca transformação da sociedade internacional, além de suscitar a necessidade de rever conceitos tradicionais do direito, tinha por efeito demandar a contribuição de enfoques e perspectivas não limitados aos até então prevalecentes.

Após a Primeira Guerra Mundial, de fato, alguns livros se publicaram buscando examinar temas de relações internacionais numa perspectiva diferente da tradicionalmente usada nas publicações de história, de filosofia e de direito. Procurava-se, aos poucos, refugir ao enfoque normativo e valorativo clássico. Através da geopolítica, por exemplo, o novo enfoque passou a ser perquirido, em obras como *Democratic Ideals and Reality* (1919), de HALFORD J. MA-

CKINDER, *Civilization and Climate*, de ELLSWORTH HUNTINGTON (New Haven: Yale University Press, 1924). Ou através da psicologia, em livro como *World Politics and Personal Insecurity*, que HAROLD LASSWELL publicou em 1934. A geopolítica voltou a ser centro de interesse no decurso da Segunda Guerra Mundial, em obras como as de STRAUSS-HUPÉ e de NICHOLAS SPYKMAN. Em 1942 foi publicada a obra marcante de HANS MORGENTHAU, *Politics Among Nations*, o primeiro estudo sistemático de relações internacionais e a partir do qual o autor se propunha a reexaminar as premissas metodológicas com as quais a ciência do direito internacional havia começado.

Em livro posterior, editado em 1951, intitulado *In Defense of the National Interest*, MORGENTHAU critica, senão o direito, pelo menos determinadas concepções jurídicas. É o que também faz GEORGE KENNAN, em obra publicada no mesmo ano: *American Diplomacy (1900-1950)*. Os dois autores se unem na objeção ao que chamam de "legalistic approach to power politics". A perspectiva jurídicista se identificaria, segundo esses autores, conforme acuradamente indica COVEY T. OLIVER, com a tendência de pensar em termos de categorias estanques e rígidas, com ranço de maniqueísmo, facilmente inferido de soluções teóricas e mesmo utópicas; em suma, com a tendência de pensar em termos de fórmulas desvinculadas da realidade. Além disso, a perspectiva legalística seria usualmente acompanhada de uma aura de moralismo untuoso, resultante de um sentimentalismo ingênuo ou de um deslocado moralismo. Para GEORGE KENNAN o "legalistic approach" percorreria como u'a meada vermelha a política exterior de seu país durante as cinco primeiras décadas do século XX, tendo algo da antiga ênfase dos tratados de arbitragem, algo das Conferências de Haia e esquemas de desarmamento universal, algo dos mais ambiciosos conceitos estadunidenses sobre o papel do direito internacional, algo da Liga das Nações e das Nações Unidas, algo do Pacto Kellogg, algo da idéia de um pacto universal baseado no artigo 51, algo da crença no Direito Mundial e do Governo Mundial. Tinha algo, não tudo. Era a crença, segundo KENNAN, "de que seria possível suprimir as aspirações caóticas e perigosas de governos no campo internacional pela aceitação de algum sistema de regras e restrições jurídicas". Essa crença representara em parte "uma tentativa de transpor o conceito anglo-saxônico de direito individual ao contexto internacional e torná-lo aplicável a governos como ele é aplicável inteiramente aos indivíduos" (*American Diplomacy*, pp. 95/96).

A crítica ao "legalistic approach" se assentava ademais na premissa de ser o direito predominantemente *hirto*. Em *Politics Among Nations*, o direito em geral e o direito internacional em particular são descritos como "força social estática" (p. 64). Também aí se diz que os tribunais somente podem agir "como agentes do *status quo*" (p. 350).

Tiveram esses dois autores profunda repercussão tanto em seu país, como nos demais, entre os quais o nosso, e suas obras contribuíram para que os temas de interesse interestatal, inclusive os referentes à arte de diplomacia, passassem a ser cada vez mais aproximados de um enfoque próprio de ciência política e mesmo de economia política. Contribuíram para que a ciência e a arte do direito passassem a ter, no âmbito da diplomacia e das relações internacionais, posição secundária e mesmo subalterna.

Importa notar, porém, que as teses de ambos os autores, se procedentes, o eram apenas em relação a determinado tipo de concepção jurídica, por sinal errônea, equivocada, unilateral, à luz da própria ciência do direito. Tal concepção partia de uma visão simplista e unilateral, inaceitável à medida em que reduzia o direito à mera dimensão da norma ou do valor, quando é certo que ele não pode ser desvinculado tanto dessas duas dimensões como de uma terceira, que lhe é inerente, a do fato social. Apartado da realidade da vida em sociedade, dos fenômenos palpantes das relações intra e interestatais, o direito acabou sendo apresentado com fisionomia deformada, caricatural, inautêntica. Além de ser equivocadamente conceituado, passou a ser considerado desvinculado de outras disciplinas, auto-suficiente, completo em si mesmo, como um sistema hierático que não se relacionasse com os demais ramos das ciências sociais. Tais relacionamentos poderiam mesmo — segundo os postulados da Escola de Viena — tornar o direito deformado e mesmo impuro. Buscava-se uma espécie de asepsia para o fenômeno jurídico toda vez que fosse envolvido por elementos políticos. Era natural que o direito assim concebido se mostrasse cada vez mais dissociado da realidade da natureza e dos homens e inadequado para o equacionamento dos problemas complexos a que deve atender.

Por outro lado, a sucessão de crises internas e internacionais extremamente graves, irrompidas sem cessar, na primeira metade de nosso século, conduziam ao ceticismo e à própria negação do direito, especialmente de um de seus ramos, o direito das gentes. Também o desconhecimento dos princípios gerais e o deslocamento do homem, do centro para a periferia do ordenamento jurídico, contribuíam para a carência e incerteza dos estudos do direito. Não é de surpreender que, irrompida a Segunda Guerra Mundial, esse ceticismo chegasse ao apogeu. Assim a Carta do Atlântico não fez nenhuma referência ao direito internacional. Nem a ele nem à Justiça fez sequer menção o projeto da Carta das Nações Unidas, preparado em 1944 em Dumbarton Oaks pelos representantes da China, URSS, Grã-Bretanha e Estados Unidos da América. Foi graças a esforço intenso e redobrado que a Carta das Nações Unidas acabou por sanar no preâmbulo e nos atos 1º e 2º as omissões de que carecia o projeto respectivo.

Os efeitos do ceticismo dissolvente não cessaram de imediato mas se prolongaram no tempo. No *Festschrift*, em homenagem a HANS KELSEN, publicado em 1953, CLYDE EAGLETON notava que então se havia atingido o nadir do direito internacional. O tema da crise do direito passou a ser de novo retomado, como o fez JOSEPH L. KUNZ no curso professado três anos mais tarde na Academia de Direito Internacional de Haia, a que chamou precisamente de "La Crise et la Transformation du Droit des Gens" (*Recueil des Cours*, v. 88, 1955, pp. 1/104).

Felizmente, o empenho em restaurar a verdadeira identidade do direito e de evitar deturpar-lhe a natureza acabou por produzir os seus frutos. Seria longo e fastidioso restabelecer a trajetória desse esforço através de um itinerário traçado e executado por juristas da estirpe de um DUGUIT, de um SCELLE, de um MAX HUBER, de um SCHINDLER, de um SCHWARZENBERGER, esforço esse que se completou em obras como *Théories et Réalités en Droit*

International Public, de CHARLES DE VISSCHER (1953), *Legal Controls of International Conflict*, de JULIUS STONE (1954), em obras de um CORBETT (1955), de um BART (1966). Timbram esses livros, em geral, em levar em conta o impacto dos fatos políticos e econômicos sobre as normas jurídicas, deploram todo formalismo dogmático na ciência jurídica, insistem na adequação das normas ao dinamismo dos fenômenos sociais, sem, no entanto, subordiná-la a esses fenômenos.

Tendo permanecido essencialmente formal, o "legalistic approach", tal qual entrevisto por seus críticos, não era senão a visão deformadora do direito, porquanto o isolava dos dados morais, sociais, políticos, que compõem seu meio de aplicação e condicionam sua efetividade. Era uma perspectiva equivocada que o próprio direito entendeu denunciar uma vez que ele não se constitui e não progride senão em contato com a realidade social, política e econômica que lhe serve de base.

Premissas em que se baseavam quer MORGENTHAU, quer KENNAN, se mostravam, por sua vez, precárias e particularistas. Para MORGENTHAU, quando uma controvérsia entre Estados surge, "o que está em causa não é quem está certo ou quem está errado, mas o que deve ser feito para reconciliar os interesses particulares das nações com o interesse geral da paz e da ordem. A questão — diz o mesmo autor — a ser respondida não é o que o direito é, mas o que deveria ser, e essa questão não pode ser respondida pelo advogado mas pelo estadista". Trata-se, a nosso ver, de um modo simplificado e parcial de ver o problema. De um lado, porque não é de excluir, completamente, a solução judicial ou arbitral de controvérsias, a qual pode ser recomendada para determinados tipos de litígios e para determinadas ocasiões, como a própria história da diplomacia brasileira está a demonstrar no tocante, por exemplo, a delimitação das fronteiras de nosso País. De outro lado, porque o processo político de solução de litígios não está afastado do direito, mas se encontra nele inserido de forma nuclear e inerradicável. Outrossim, o que o direito deve ser constitui domínio essencial ao jurista que atua tanto no plano das funções judicantes como no das funções legislativas, tanto no plano estático quanto no plano dinâmico da sociedade contemporânea. No tocante às teses de KENNAN, importa notar ademais que, mesmo se procedentes, elas dizem respeito a situações peculiares à história de seu país e cuja transplantação alhures nem sempre é oportuna e pertinente. Diga-se, todavia, em relação a ambos os autores, que o mérito deles reside em ter buscado analisar problemas interestatais, de interesse comum à diplomacia e ao direito, através de uma perspectiva renovadora, afastados os critérios de uma visão idealista e ingênua da sociedade e da ordem jurídica, visão essa que, por sinal, é a denegação do próprio direito.

A contraposição acolhida pelos mesmos autores, entre o caráter dinâmico da sociedade e o caráter estático do direito, também não resiste a uma análise mais detida e arguta uma vez que a única antinomia válida entre sociedade e direito reside no ritmo de transformação, quer da sociedade, quer do direito, maior naquela do que neste. Em verdade, a vocação do direito não está apenas

em ser instrumento para a composição de interesses conflitantes, mas também em servir de alavanca propulsora do progresso social.

Em abono à reintegração do direito a si próprio, com o propósito de restaurar-lhe a fisionomia perdida, disse-o VICENTE RAO, com sua experiência de professor e de estadista, de cultor do direito e de chanceler, na Introdução ao seu clássico *Direito e a Vida dos Direitos*, publicado em 1952, ao completar o exercício de vinte e cinco anos de cátedra: "as transformações, quando não se processam por meios revolucionários, processam-se por vias de legislações desordenadas, tumultuárias, que só com o tempo se condensam e restabelecem a continuidade histórica do direito. É nessa fase, mais do que em qualquer outra, que o jurista deve intervir e reafirmar os princípios básicos do direito, cujo sacrifício importaria o da inteira ordem jurídica e o rompimento brutal com o passado. . . Ante o tumulto legislativo contemporâneo, os mais pessimistas proclamam o declínio do direito. Mas, nem o direito está em declínio, nem os seus princípios estruturais faliram. Quem ousa sustentar o contrário confunde princípios, que são normas universais e abstratas, com regras, que são preceitos particulares, mutáveis segundo as necessidades especiais de cada povo, de cada época, de cada necessidade social".

Impõe-se reconhecer que o descrédito a que se viu relegado o direito, inclusive em setores da diplomacia, não tinha e não tem razão de ser. Mostrou-o, aliás, LOUIS HENKIN, tanto no curso professado em Haia, em 1965, sobre "International Law and the Behavior of Nations", como no livro mais abrangente que, três anos depois, publicou nos Estados Unidos, intitulado *How Nations Behave*. O direito é, aliás, elemento indispensável para que o estadista possa conhecer com clareza as situações sujeitas a seu exame; dado informador essencial, tanto para a análise dos problemas em perspectiva, quer estática, quer dinâmica; instrumental valioso para a formação e aprimoramento pessoal do próprio diplomata; elemento imprescindível entre os componentes de uma decisão.

Essas considerações nos conduzem irresistivelmente a ter em mente o exemplo marcante do BARÃO DO RIO BRANCO. Revelou-se ele não apenas advogado capaz de vencer demandas, como as das Missões e Amapá, senão também enquanto advogado que prefere evitá-las, por admitir que, em certos casos, como na questão do Acre, apesar dos sólidos fundamentos jurídicos da tese brasileira, o envolvimento de terceiros interessados assim como a imprecisão dos contornos do litígio recomendavam uma solução política. Quer numa hipótese e noutra, RIO BRANCO não foi apenas admirável jurista mas foi também, ao mesmo tempo e no mesmo alto nível, diplomata e estadista.

III

Em ensaio redigido sobre "The Status of the International Legal Profession and the University Teaching of International Law" (pp. 79 e segs.), inserido em livro publicado em homenagem ao Professor ALF ROSS (*Festschrift til Professor Alf Ross*, Kopenhagen. Jurist for bundets FORLAG, 1969), HILDRING

EEK observa que a especialização em direito compreende o exercício de atividades profissionais de quatro diferentes modalidades. A primeira dessas modalidades, aliás a mais antiga, é a da docência e a da pesquisa científica. A segunda é a da advocacia. A terceira concerne ao serviço governamental. A quarta diz respeito ao serviço das organizações internacionais.

Quando nos referimos às relações entre direito e diplomacia, ênfase maior se reporta à terceira dessas modalidades, a relativa ao serviço governamental. Os ofícios jurídicos, especialmente nos Ministérios das Relações Exteriores, podem ser extensivos — embora não necessariamente — aos diplomatas que se encontram para tanto especialmente habilitados. “Os consultores jurídicos” — escreve EEK — “constituem um grupo distinto dentro da profissão jurídica internacional que tende a crescer rapidamente em número e responsabilidade. Esses advogados devem dar pareceres jurídicos sólidos e precisos, encontrar soluções para dificuldades dos governos e defender-lhes diretrizes e interesses no caso de controvérsias. Na maioria dos países, a função de consultores está confiada a universitários, segundo tradições que remonta a Ayala, que a exerceu a serviço de Felipe II da Espanha e a Gentili que atuou como conselheiro da embaixada espanhola em Londres”. Na Inglaterra até o século XVIII, o sistema usado, como lembra GERALD FITZMAURICE, era consultar advogados particulares e professores universitários, conhecidos aliás coletivamente como “Civilians” ou “The Doctors”, ou seja, Doutores conhecedores do “civil law” porque eles praticavam ramos do direito provenientes ou supostamente originários do direito civil romano, como era o caso do direito eclesiástico e do *Jus Gentium*. A consultoria jurídica é atividade para a qual poderia também o diplomata especializar-se — o que ocorre aliás em alguns países — no contexto de seu próprio Ministério. Os consultores jurídicos, segundo assinala o Professor PERCY E. CORBETT em seu livro *Law in Diplomacy* (Princeton University Press, 1959, p. 34), “conhecem ou logo aprendem pela experiência os limites em que as normas operam mas sobretudo as convergências do direito e da política que podem tornar-se os degraus em direção a um direito internacional efetivo”. Compete-lhes, como com propriedade mencionou o Professor W. RIPHAGEN, ele próprio Consultor-Geral do Governo da Holanda, compete-lhes encontrar uma solução para toda dificuldade ao invés de... uma dificuldade para cada solução” (*Legal Advisers and Foreign Affairs*, p. 83).

Em setembro de 1963, a American Society of International Law patrocinou um colóquio na Princeton University, sobre “Legal Advisers and Foreign Affairs”, a que compareceram representantes governamentais e professores universitários de doze países: três da América Latina (Argentina, Colômbia, México); três da Ásia (Japão, Malásia, Filipinas); dois da Europa (Grã-Bretanha, Holanda); dois da África (Egito, Nigéria), além de Estados Unidos e Canadá. Compareceram também assessores das Nações Unidas e do BIRD assim como representantes da Fundação Carnegie, da American Society e da Princeton University. Como notou GERALD FITZMAURICE, em artigo publicado no *American Journal* de 1965 (p. 76), embora houvesse de lamentar ausência de maior número de países representativos, o colóquio constituiu reflexo adequado dos diferentes sistemas jurídicos existentes. Eram ao todo vinte e quatro

participantes. Os debates se centraram sobre a organização e o processo pelo qual a assessoria jurídica é levada a relacionar-se no processo de tomada de decisão em diversos governos. Tiveram os participantes como documentos de base um ensaio redigido por CLIVE PARRY (professor da Cambridge University) assim como o artigo de RICHARD B. BILDER do Departamento de Estado dos Estados Unidos sobre "The Office of the Legal Adviser: The State Department Lawyer and Foreign Affairs", publicado no *American Journal of International Law*, de julho de 1962, nº 56, p. 633. Segundo acentuou, então, H. C. L. MERILLAT, vice-presidente executivo da American Society, o consultor jurídico deverá ter alto grau de competência profissional, integridade e independência e, ao mesmo tempo, sólida formação sobre os fatores envolvidos nos problemas de relações exteriores e acurado senso de julgamento político. Em alguns países, como Argentina, Canadá, Colômbia, Japão, México, Filipinas, a consultoria é exercida principalmente por membros da carreira diplomática que tenham tido experiência e estudos em direito internacional público e privado. Em outros países, como na Holanda, Grã-Bretanha, Estados Unidos, os consultores jurídicos não são recrutados entre os componentes da carreira diplomática. Nesses mesmos três países, o grupo de consultores jurídicos também constitui núcleo separado do serviço exterior regular e dos demais órgãos jurídicos governamentais. Não são destinados a postos do exterior e a missões fora do país, exceto como integrantes de conferências de organizações internacionais. Em todos os países de que houve representantes no referido colóquio, quer integrados no primeiro ou no segundo dos sistemas por nós apontados, os Ministérios de Relações Exteriores respectivos costumam valer-se da experiência e conhecimentos de juristas especializados que não façam parte de seus quadros. A prática de recorrer à perícia e conhecimentos de professores universitários é especialmente desenvolvida — segundo apurou a mesma reunião — em países como o Japão, Filipinas, Argentina e Egito, além dos Estados Unidos, Grã-Bretanha e Holanda. A verdade é que, como assinalou GERALD FITZMAURICE em seus comentários sobre o colóquio, em que o fez com a autoridade não apenas de juiz da Corte Internacional de Justiça, que então o era, mas também a de antigo chefe da Consultoria Jurídica do British Foreign Office, entre 1952 e 1960, a verdade é que, além dos diversos sistemas ortodoxos, é viável e mesmo recomendável cogitar de sistemas mistos, para os quais a especialização do diplomata em áreas jurídicas, sem prejuízo do recurso à colaboração de pesquisadores e docentes não diplomatas, é não apenas pertinente senão também louvável e recomendado.

Essa especialização se coloca em etapa complementar da atividade diplomática, em que não há falar apenas em preparação mas também em execução de tarefas altamente complexas, para as quais o diplomata deve encontrar-se suficientemente preparado.

IV

Para a compreensão e eficiente exercício de atividades, tanto das missões diplomáticas, quanto das repartições consulares, importa, em verdade, o domínio da teoria geral do direito, bastando lembrar que certos conceitos básicos per-

meiam todas as esferas do direito, tais como o de atos jurídicos, pessoas jurídicas, fontes, competência, responsabilidade, soluções de controvérsias. Outrossim, o conhecimento do direito civil se impõe no interesse, tanto das missões diplomáticas, quanto das repartições consulares. É suficiente lembrar a disposição do artigo 18 da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942), pelo qual, "tratando-se de brasileiros, são competentes as autoridades consulares brasileiras para lhes celebrar o casamento e os mais atos de registro civil e de tabelionato, inclusive o registro de nascimento e óbito dos filhos de brasileiro ou brasileira nascidos no país de sede do Consulado", uma vez que, entre as funções consulares está, segundo costume e segundo norma da Convenção de Viena, de 24 de abril de 1967 (art. 5º, f), também a de "agir na qualidade de notário e oficial de registro civil, exercer funções similares, assim como outras de caráter administrativo..."

Demais funções consulares, que o mesmo artigo 5º explicita, denotam a conveniência de conhecimentos especiais e adequados como os referentes à proteção dos interesses do Estado acreditante, bem como de seus nacionais, pessoas físicas ou jurídicas; a expedição de passaportes e documentos de viagem; a prestação de ajuda e assistência aos nacionais, pessoas físicas ou jurídicas; a proteção das pessoas físicas ou jurídicas do Estado a que pertença a repartição, tanto nos casos de sucessão por morte verificada no território do Estado acreditado, como nos casos de tutela de menores e dos incapazes; a comunicação de decisões judiciais e extrajudiciais e a execução de comissões rogatórias; e o exercício do controle e de inspeção, assim como a assistência em relação a embarcações e aeronaves pertencentes ao mesmo país da repartição consular.

Questões sobre imunidade de jurisdição diplomática e consular tocam, outrossim, a esfera do direito público e internacional, como igualmente o fazem matérias concernentes à nacionalidade de pessoas físicas ou jurídicas.

O conhecimento do direito público também se requer para a compreensão e exercício das funções diplomáticas, que abrangem, segundo costume e segundo disposição convencional (Tratado de Viena, de 18 de abril de 1961, sobre "Relações Diplomáticas"), (artigo 3º), a representação do Estado acreditante perante o Estado acreditado; a negociação com o governo do Estado acreditado; e a promoção de relações econômicas, culturais e científicas entre os Estados acreditante e acreditado.

Como se sabe, entre as funções consulares que a Convenção de Viena, de 24 de abril de 1963, inclui está a de informação das condições e da evolução da vida comercial do Estado receptor assim como o fomento e desenvolvimento das relações mercantis entre esse Estado e o da repartição consular. A importância do direito comercial aí se faz sentir ainda com mais relevo, se nos dermos conta de fenômeno, que tem configuração mais recente, o do Estado comerciante.

As transformações da sociedade, determinadas por fatores os mais diversos, a começar pela mera alteração da composição demográfica e a estender-se

até o impacto do progresso tecnológico, têm ocasionado, em verdade, a conveniência de ampliarem-se as áreas tuteladas pelo direito. O direito atual não é nem pode ser o mesmo, *ratione materiae*, segundo a perspectiva de seu conteúdo material, do que vigia ao tempo de Roma, no século passado e mesmo até a Primeira ou Segunda Guerra Mundial. É claro que a transformação do conteúdo material do direito é menos intensa nas áreas do direito privado e interno do que no contexto do direito público e internacional. Ainda em recente colóquio, ocorrido em Bogotá, no mês passado, sob os auspícios, entre outros participantes, da Organização dos Estados Americanos, se entendeu que o programa acadêmico do direito internacional, por exemplo, deveria abranger matérias como direito econômico, direito da integração, direito nuclear, proteção do meio ambiente, contratos internacionais, arbitragem comercial, direito penal internacional e internacional penal. Certo, nem todas essas matérias são relevantes à formação do diplomata, e, quando o forem, nem todas o são no mesmo nível ou no mesmo grau. O critério do interesse dessas matérias para a diplomacia reside, em grande parte, no índice de participação do Estado como agente e protagonista do ordenamento jurídico que lhes diga respeito. Pois à medida que o Estado não mais se restringe à mera tutela da ordem pública e à medida que o mesmo Estado é induzido cada vez mais a relacionar-se com outros Estados em escala regional ou universal, é lógico supor aumento, gradualmente, a esfera de atuação do diplomata e cresça, destarte, a necessidade de estar ele a par do ordenamento jurídico que, por via de consequência, se renova, se amplia e se difunde.

É dentro dessa ordem de idéias que convém ter nossa atenção presa para fenômenos mais recentes, como esses do comércio internacional e das empresas multinacionais, para mostrar, de um lado, que se trata aí de campo onde a contribuição do direito é imprescindível e para o qual o diplomata não pode passar indiferente e distante. Como não lhe seria também adequado fazê-lo em relação ao enquadramento jurídico de temas conexos como o da arbitragem comercial, o de legislação antitruste, o da transferência de tecnologia, o da imunidade jurisdicional, postulados cada vez com maior ressonância pelo dinamismo e reclamos da sociedade contemporânea.

No curso professado em 1955 na Academia de Direito Internacional de Haia sobre o "Desenvolvimento Histórico do Direito Internacional" (*Recueil des Cours*, vol. 88), o Professor COVEY T. OLIVER, após referir-se a diversas doutrinas, inclusive às que contribuíam para o enfraquecimento da contribuição do direito à diplomacia, entendeu que o estudo dos tratados internacionais constituía base sólida para que se levasse em conta essa contribuição. A prática dos tratados internacionais, a sua negociação, o processo de conclusão, a entrada em vigor, a sua regulamentação em face do direito constitucional e do direito internacional, eis aí também campo concreto e fecundo em que o conhecimento jurídico se encontra a serviço da plena e eficiente atividade do diplomata.

Ainda neste ano, reuniu-se em Madri, de 16 a 20 de setembro, a Conferência promovida pelo "World Peace Through Law Center". É oportuno verificar que os atos preparatórios da reunião acentuaram o caráter concreto e

objetivo dos tratados internacionais como esteio do ordenamento jurídico mundial. O Centro — assinalaram esses atos — “não patrocina um governo mundial mas o sistema de aceitação gradual pelas nações de tratados até que os sistemas jurídicos mundiais estejam em condições de substituir a força como fator controlador da comunidade internacional” (*Bulletin*, march-april, 1979). De qualquer maneira, quer em face do presente, quer de tempos vindouros, os tratados são a fonte do direito internacional capaz de revelar, com alto grau de tecnicidade, o conteúdo da norma jurídica. Ora, a elaboração dessa norma se encontra dentro da esfera de atuação do diplomata.

Aliás, a relação entre diplomacia e direito, como lembra DILLARD, em distinção que parece oportuno acentuar ao nos aproximar do término destas considerações, pode ser considerada convenientemente em dois diferentes níveis: 1) o de formação e manutenção de um sistema de relações ordenadas; 2) o de solução de controvérsias. Em ambos os níveis, a elaboração de normas convencionais se postula.

Em relação ao primeiro desses níveis — o de formação e manutenção de um sistema de relações ordenadas —, a diplomacia e direito atuam com o fim de acomodar as necessidades mútuas dos Estados. Trata-se, de início, de relações meramente interestatais e caráter normativista e, ao depois, de caráter institucional, em que surge o fenômeno das organizações internacionais.

Quanto ao segundo desses níveis, o de solução de controvérsias, cabe lembrar ser a diplomacia baseada na solução através de persuasão, em que diferentes modalidades de processo podem ocorrer, entre as quais são mais freqüentemente utilizados os bons ofícios, mediação, conciliação e comissão de inquérito, e serem esses processos acolhidos no âmbito do próprio direito.

Direito e diplomacia se complementam, pois podem fazê-lo de maneira harmoniosa e reciprocamente vantajosa.

A contribuição do direito à formação do diplomata é, assim, nítida em função do que acabamos de expor. Demais, o conhecimento do direito somente contribui para a segurança e aprimoramento da diplomacia. É o que bem acentuou a respeito JULES BASDEVANT, antigo presidente da Corte Internacional de Justiça, em seu curso sobre “Regras Gerais do Direito e da Paz” (*Recueil des Cours*, vol. 58, p. 480), professado, há cerca de quatro décadas, na Academia de Direito Internacional de Haia, ao dizer o seguinte: “em debate diplomático, um Estado se sente particularmente forte quando estiver em situação de invocar uma regra de direito internacional positivo”. Podemos aditar que esta sensação de força também persiste para o Estado que invocar em seu favor princípios e doutrinas jurídicos. É a lição que se infere da experiência histórica de nosso próprio País, onde o culto do direito tem sido o apanágio de sua prestigiada diplomacia.

Função social do ensino da ciência do direito

JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES

Advogado em São Paulo. Mestrando em
Direito pela USP

SUMÁRIO

- I. OBJETIVOS
- II. INTRODUÇÃO
 1. O direito nas sociedades complexas
 2. O ensino do direito
 3. A escola
- III. CRISE E CONSCIÊNCIA
 4. Limitações à ação do jurista
 5. Tomada de consciência
- IV. A ESCOLA DE DIREITO E A CRISE
 6. Descompasso geral na educação
 7. Educação jurídica
 8. Educação jurídica: tradição e segurança
 9. Educação jurídica: caráter informativo
 10. Educação jurídica: relação interdisciplinar
 11. O ensino e o profissional
 12. A função da crise
- V. DESAFIO DA RENOVAÇÃO
 13. Objetivos a alcançar
 14. Métodos: propostas
 15. Currículo
 16. Conclusão

"Doutor! Doutor! Quantas prerrogativas, quantos direitos especiais, quantos privilégios, esse título dava! Podia ter dois e mais empregos apesar da Constituição; teria direito a prisão especial e não precisava saber nada. Bastava o diploma. Pus-me a considerar que isso devia ser antigo... Newton, César, Platão e Miguel Ângelo deviam ter sido doutores!"

(LIMA BARRETO. Recordações do Escrivão Isaías Caminha).

I — OBJETIVOS

O objetivo do presente trabalho é levantar alguns pontos da função que o ensino do direito vem desempenhando, especialmente na forma em que vem sendo veiculado no Brasil.

Parte-se do princípio de que a dogmática do direito, ou a ciência jurídica, tem um papel específico dentro do sistema social, servindo para fundar o modo de pensar o direito e viabilizá-lo como meio de controle social dos conflitos. Por outro lado, constata-se que também a escola — ou o ensino — pertence ao subsistema cultural e pretende transmitir culturalmente um dado quadro de organização da sociedade.

Ora, o ensino do direito é uma forma de transmissão cultural do direito como instrumento de controle social e faz supor problemas específicos nesta tarefa.

Verificada uma certa inadequação da ciência do direito, tal como está posta hoje em dia, no exercício do controle da sociedade altamente complexa e em transformação que se tem pela frente, procuramos compreender como o ensino do direito contribui para esta inadequação, perpetuando um modo tradicional de manejar o instrumental decisório-normativo de jurista, e como o aparente impasse pode ser desafiado e, eventualmente, superado.

II — INTRODUÇÃO

1. O direito nas sociedades complexas

A perspectiva que adotamos é a de que o direito, funcionalmente, é um meio de controle social. Todo o aparato jurídico de que dispomos é voltado para a solução dos inevitáveis conflitos presentes nas interações sociais e, desta forma, permite a convivência em sociedade.

A diferenciação do sistema jurídico, como subsistema social autônomo, só ocorre em determinados níveis de complexidade. A função do direito em si não deixa de existir nas sociedades pouco diferenciadas e relativamente pouco complexas. Ocorre, entretanto, que nestes casos o direito não se distingue — não se torna autônomo — de outros subsistemas, tais como (e talvez principalmente) o religioso, o político, o moral. Por isso é comum que nas sociedades pouco diferenciadas o líder carismático ou patriarcal acumule funções de juiz, sacerdote, príncipe.

O crescimento da complexidade, a diferenciação dos papéis e a divisão do trabalho social conduzem à necessidade do direito como sistema autônomo de controle social, desvinculado, em parte, das outras formas culturais. Nesse processo o direito, como instrumento de decisão, começa a distanciar-se do próprio conflito e do procedimento decisório

concreto (1). Esta relativa abstração acrescenta-lhe generalização e operacionalidade: torna-se, pois, flexível o bastante para abranger um universo maior de conflitos.

2. O ensino do direito

Quanto ao ensino do direito como fator relevante do próprio direito, basta assinalar aqui o fato de que a partir do século XII, no amanhecer do renascimento comercial, o direito assume no Ocidente o **status** de ciência e objeto de ensino. Bologna eleva o direito à categoria de primeira matéria universitária, o próprio centro da vida intelectual que aparecia.

O ensino do direito assume também a característica do próprio direito da época. Resume-se à explanação dos textos clássicos que chegaram à Idade Média. Isto é, a visão do direito é a visão dos glosadores, dos que procuram compreender os pronunciamentos dos juriconsultos, apesar de suas aparentes discrepâncias, realizando um primeiro trabalho de sistematização (2).

A partir daí o direito não mais se retirou da vida universitária e, mais importante, seu ensino sempre refletiu a sua própria relevância na sociedade.

Ora, a forma como é veiculado o ensino do direito é da própria essência de sua função social, isto é, o modo de se ensinar o direito está sempre relacionado com a função do próprio direito num determinado momento. É por isso que no momento em que o direito é reconhecida-mente produzido por muitas fontes o seu ensino tem um caráter mais dialógico, problemático e tópico (3).

Assim, a Idade Média e um período da Idade Moderna são típicos. Na época, as fontes do direito — reconhecidas institucionalmente — eram plúrimas: os príncipes e reis (4), a Igreja com o direito canônico, as corporações de ofício (5) e as vilas. Na Igreja, por exemplo, ressaltava também a pluralidade de ordenamentos, que eram as regras das “religiões”, a começar pela Regra de São Bento; tais religiões concediam aos seus membros privilégios em relação aos fiéis e clérigos ordinários. As vilas e as corporações eram também fonte de privilégio, isto é, do direito pessoal. Esta composição do universo jurídico como uma constelação de ordenamentos não podia ser transmitida sistematicamente.

A progressiva concentração dos poderes nas mãos do soberano “nacional”, vale dizer, a lenta aurora dos Estados nacionais, vai a pouco e

(1) Cf. TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR. *Função Social da Dogmática Jurídica* (tese), São Paulo, 1978 (p. 26).

(2) *Idem*, *Ibidem* (pp. 31 e ss.)

(3) Cf. THEODOR VIEHWEG, *Tópica e Jurisprudência*. Brasília, Departamento de Imprensa Nacional, 1979 (trad. TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR.).

(4) V.g. as LEX VISIGOTORUM, LEX FRANCORUM e as posteriores ORDENAÇÕES dos diversos reinos.

(5) O que é o direito comercial senão o herdeiro da “lex mercatorum”?

pouco mudando este quadro. A fonte normativa de toda a sociedade começa a ser centralizada na coroa e no Estado e o processo de positividade começa a surgir.

As revoluções burguesas instauram definitiva e institucionalmente o regime do centralismo legislativo. A abolição dos privilégios é a consolidação do Estado como fonte única do direito e, conseqüentemente, da lei como expressão unívoca do universo jurídico. A justificativa ideológica de tal programa estava na necessidade de **igualdade** entre os membros da sociedade (o conceito abstrato e ideal de "homem"), da **segurança** quanto às expectativas de decisão dos conflitos. Ora, sendo o Estado a fonte central de todo o direito e a lei sua única expressão, passou a ser possível um ensino sistemático do direito, em que a necessidade de se conciliar as discrepâncias é resolvida fora do universo jurídico positivo, no universo político. O direito, que tem uma só fonte (o Estado) e uma só expressão (a lei), tem um só sistema. Por mais que hajam evoluído diversas "escolas" na Europa e América dos séculos XIX e XX, este dado dirige toda a concepção moderna do direito: ele é um sistema.

Entre as conseqüências fundamentais desta visão, para o ensino, está a de que o direito pode ser todo transmitido se forem transmitidas as premissas básicas do sistema. Trata-se, portanto, de transmitir uma informação instrumental — o conjunto dos dogmas do direito — que abrirá as portas de todas as câmaras do castelo legal. Não é mais o raciocínio tópico, da problematização dos lugares-comuns sempre presentes nos processos decisórios, o que conta. E, consciente ou não, a segurança burguesa limitou a problematização e estruturou o pensamento jurídico para a imobilidade.

O ensino do direito tendeu para a imobilidade, em nome da segurança e da lei. Mas se uma das coordenadas da dogmática jurídica é a decisão dentro da lei — instrumento operacional insuperável nas sociedades complexas —, a outra é a necessidade de decisão (6). Se os problemas se renovam, alguma solução nova há de surgir, razão pela qual a lei posta sofre contínuo processo de realização concreta e objetiva.

A forma de ensinar o direito é uma forma de ensinar a encarar o direito. A grande divisão exposta acima, o direito plurívoco e o direito unívoco, ilustra a vinculação ensino/direito. Em outras palavras, a cada concepção global do direito corresponde um modo de ensiná-lo.

3. A escola

A educação é o processo de socialização mais evidente. É o processo em que se constata como a mudança pode estar institucionalmente pre-

(6) Cf. TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR., *op. cit.*, p. 97.

sente nas sociedades (7). Mas função do ensino e da educação, se por um lado liga-se à **socialização**, por outro é um processo de manutenção de padrões (8), ou, de uma outra perspectiva, de repressão ao comportamento desviante e formação de conformismo (9). A educação socializa agentes, mas mantém estruturas.

O ensino constitui-se, de uma certa forma, na imposição de determinados padrões. Sua função é permitir a manutenção das interações tais como se acham no sistema social dado, desenvolvendo-as numa mesma direção. A atuação pedagógica é, no dizer de alguns, um processo de violência simbólica em que se impõe um arbitrário cultural (10).

Mas se o ensino tem por função socializar e viabilizar o conformismo, através da imposição dos padrões, há institucionalizada a função criativa da ciência (11). Claro está que a pesquisa científica vive uma posição incômoda: de um lado, deve transmitir os dados conforme sirvam à socialização (e, pois, à manutenção de padrões); por outro, prende-se a uma natureza especulativo-criativa. Conforme se acentue um ou outro aspecto, a educação também imporá padrões inovadores ou tradicionalizantes.

O que aconteceu sob este aspecto, com o ensino da ciência do direito enquanto "imposição" e "especulação" do próprio direito, é o que tentaremos verificar a seguir.

III — CRISE E CONSCIÊNCIA

4. Limitação à ação do jurista

O jurista teve suas funções drasticamente limitadas no século XX a partir do fim da Primeira Guerra Mundial. A revolução tecnológica que se vem processando desde então evolui numa progressão geométrica que torna difícil manter por muito tempo um padrão determinado. A isso devemos somar o problema das massas populacionais, a organização de corpos intermediários, paralelos à organização estatal etc. Nos países de economia capitalista avançada surge toda uma nova série de dificuldades não previstas. Nos países subdesenvolvidos muitas vezes os Estados se engajam na planificação e programação do desenvolvimento econômico, sem a consciência de que promovem uma alteração da qual fatalmente perderão o controle. É neste mundo de mudanças contínuas e complexidades crescentes que o jurista se perde.

O direito não acordou a tempo para o fato, porque havia mergulhado na ilusão da imobilidade e segurança. A insegurança hoje deriva da sua

(7) TALCOT PARSONS. *The Social System*.

(8) *Idem, Ibidem*.

(9) Cf. ERICH FROMM. "Consciência e Sociedade Industrial" In MARIALICE FORACCHI e JOÃO DE S. MARTINS. *Sociologia e Sociedade*. Rio, Livros Técnicos e Científicos, 1977.

(10) Cf. PIERRE BOURDIEU e JEAN-CLAUDE PASSERON. *A Reprodução*. (Trad. REYNALDO BAIRÃO) Rio, Francisco Alves Editora, s.d.p. (p. 45 e ss.).

(11) Vide nota 7.

própria imobilidade. Não avançar com a sociedade é frustrar-se e perder-se, isto é, sentir-se inseguro. Assim há uma imensidade de relações que não se submeteram à esquemática análise dos juristas oficiais. A vida econômica e a vida dos corpos intermediários entre elas: em resumo, o fenômeno da massificação (produção em série, acordos coletivos, ações coletivas etc.). As tentativas de normatização a esse respeito são reiteradamente frustradas porque os instrumentos de controle ainda se prendem a determinado contexto que já desapareceu. O Poder Judiciário está preparado para resolver questões individuais, mas não questões coletivas: o direito civil está ainda apegado à noção de propriedade estática e personalíssima⁽¹²⁾ assim como à idéia do contrato, e o direito público se mostra perplexo e desorientado em matéria de planejamento econômico, política financeira, controle monetário, para ficar apenas em alguns campos. Especialmente no direito público, o mal-estar é generalizado: de um lado, porque princípios básicos, historicamente consolidados (tais como a constitucionalidade, legalidade e anualidade dos tributos), são sem-cerimoniosamente rompidos; de outro, a eficiência e coordenação, que se poderiam esperar em troca do sacrifício daqueles "dogmas", não vêm nunca.

Além destes problemas novos, há os problemas "velhos", que foram ampliados pela "modernização" das sociedades. Assim, o direito oficial não atinge uma grande parte das massas, exatamente aquela parte que se revela no processo produtivo como a classe dominada. A marginalização jurídica é, pois, um subproduto da marginalização político-social e econômica.

Ora, estes campos todos da atividade jurídica recusam-se a submeter-se à antiga visão do direito sistemático. O advogado vai então lentamente abandonando uma função que seria a do direito: generalizar expectativas de modo congruente⁽¹³⁾ e deixando-a a outros profissionais. O problema do direito é, pois, assegurar a permanência de determinados conceitos válidos operacional, social e historicamente e superar outros. O "demônio das inovações perniciosas"⁽¹⁴⁾ não é onipresentemente pernicioso e deve ser domesticado. O direito dispõe de um instrumental técnico que deve ser reutilizado⁽¹⁵⁾: mesmo aqueles institutos, que aparentemente haviam morrido, podem conter soluções interessantes⁽¹⁶⁾.

Visto que o antigo universo de atuação do jurista já não equivale senão a uma parte do universo de conflitos sociais, e visto que os novos pontos de conflito e tensão não foram absorvidos pelo jurista, sua atuação na sociedade foi perdendo a relevância absoluta que possuía.

(12) FÁBIO KONDER COMPARATO. *Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial*. Rio, Forense, 1978 (p. 475).

(13) TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR., *op. cit.*, p. 116.

(14) FÁBIO KONDER COMPARATO. *op. cit.*, p. 453.

(15) NORBERTO BOBBIO. *Dalla Struttura alla Funzione* (p. 59).

(16) A enfiteuse dispõe de interessante separação entre domínio útil e iminente.

O bacharel versado em retórica e prolixidades, mas inabilitado a decidir num mundo de crescentes complexidades, já não tem o controle do seu mundo circundante. Posta em outra perspectiva, a questão revela que o antigo bacharel acadêmico não dispõe de uma visão abrangente do social para poder assumir-lhe a direção, isto é, saber orientar-se e decidir⁽¹⁷⁾.

5. A tomada de consciência

O ensino do direito vai lentamente sendo conscientizado de sua função nesta crise de confinamento do jurista. É que a partir de um dado momento, as escolas de direito já não formam a classe de juristas⁽¹⁸⁾ de que necessita a sociedade. Sim, porque não só do bacharel subserviente, comedido e burocrata — inserido sem dificuldades nos cargos subalternos da organização burocrática estatal ou empresarial — vive a sociedade. Ela reclama também aqueles que possam reordenar juridicamente um mundo em transformação. Isto tanto nas funções de advogado, quanto nas de conselheiros, legisladores, juizes, promotores de justiça, enfim, todas aquelas que exigem profissionalmente um bacharel.

Os problemas não ficam sem solução: deixar de dar uma solução já é uma forma de encaminhá-los. Isto colocado no campo do direito quer dizer que, haja ou não a participação "técnica" do jurista, os conflitos serão resolvidos de alguma forma. É mais ou menos o que a sociedade, desprovida de juristas voltados para esta perspectiva, vai fazendo "amadoristicamente".

Mas o estudante de direito, ao deixar a faculdade, mais e mais sente seu descompasso com o mundo circundante. Se não teve uma formação que lhe permita reordenar seus conceitos e posicionar-se pragmaticamente, vai ser submetido àquele "enclausuramento" que suas próprias limitações impõem: tornar-se-á um profissional necessário, mas não útil. Colaborará provavelmente com este insulamento a que se submeteu o jurista.

É o agravamento desta situação que provoca a tomada de consciência. A despeito da pouca pressão externa a que se submetem as faculdades de direito — porque já se proclamaram técnicas e não políticas — os juristas vão a pouco e pouco descobrindo a necessidade de mudanças. Não que esta "prise-de-conscience" seja generalizadamente constatável: é muito mais fácil ser receptivo às situações tais como se acham do que tentar inovar; por isso generalizadamente alunos e professores tendem ao acomodamento.

(17) Cf. ANTONIO GRAMSCI. *Os Intelectuais e a Organização da Cultura*. Rio, Civilização Brasileira, 1979.

(18) "Jurista" aqui é tomado no sentido de profissional do direito em geral.

Como dissemos acima, a espécie de bacharel que se forma atualmente serve também, e perfeitamente, a um amplo espectro de funções na burocracia (20).

IV — A ESCOLA DE DIREITO E A CRISE

6. Descompasso geral da educação

O descompasso da escola de direito em relação à realidade social em que se insere é apenas a manifestação mais aguda, num campo mais sensível, do descompasso da escola em geral para com o mundo moderno.

De fato a escola tem, no processo de socialização e interação dos atores sociais, dois papéis relevantes: de um lado impõe, por meio da autoridade pedagógica, uma cultura, isto é, uma forma própria e padronizada de cada sociedade ver o mundo (20); de outro transmite dentro daquela cultura um conjunto de conhecimentos instrumentais que permitem ao homem orientar-se, decidir e agir no seu meio. Este complexo de conhecimentos deveria permitir ao homem controlar, ao menos hipoteticamente, uma parte grande e imediata do seu universo. Assim, numa sociedade de cultura escrita, as funções de ler e escrever são o requisito básico para o ingresso na mesma. A este conhecimento instrumental básico vão-se somando alguns outros, conforme a orientação no social torne necessários.

Estas duas funções — transmissão de conhecimento e interação — estão parcialmente prejudicadas na escola moderna. A escola básica não dá ao aluno o domínio de seu meio. Não consta que até hoje os alunos de escola básica recebam sistematicamente informações sobre, por exemplo, computação ou telecomunicação, por meio de dados realmente instrumentais (v. g. o funcionamento e a fabricação de um circuito impresso). Desse modo o homem comum se vê cercado por pequenas maravilhas tecnológicas as quais ele pode contemplar, mas das quais não pode dispor. A escola é o lugar em que recebe padrões e internaliza valores já não operacionais no mundo de hoje. A "formação humanista" está presa a uma retórica tradicional (21), que não explica a sociedade urbanizada e de massas em que se vive. Esta formação tende a transformar-se num "verniz", isto é, brilhante mas superficial, não habilitando o homem a realmente agir em função dela. De outro lado, a progressão da técnica e do volume de conhecimentos acumulados torna impossível a transmissão dos mesmos na escola tradicional.

Em suma, a educação formal básica, tal como está posta, não dá ao homem o controle sobre seu mundo, sobre aquilo que pragmaticamente lhe convém conhecer.

(19) "Pode-se dizer que o ensino tradicional se perpetua porque permite a satisfação do maior número de interesses pelo menor custo possível."

JOSÉ EDUARDO FÁRIA e GLÁUDIA DE LIMA MENGE "A Função Social da Dogmática e a Crise do Ensino e da Cultura Jurídica Brasileira" in *Revista DADOS*, n.º 21, Rio, 1979 (p. 101).

(21) Cf. ANTONIO GRAMSCI, *op. cit.*, esp. Cap. II.

(21) Cf. ANTONIO GRAMSCI, *op. cit.*, esp. Cap. II.

7. Educação jurídica

Como se reflete e prossegue na escola de nível superior de direito esta "falha"?

Creio que se pode demonstrar, tanto pelo método quanto pelo objeto do ensino jurídico — ambos compondo uma unidade indissociável —, esse descontrole que o aluno em particular e o jurista em geral sentem com relação ao direito. Em outras palavras, o ensino da dogmática jurídica perpetua um modelo que perdeu grande parte de sua operacionalidade.

8. Educação jurídica: tradição e segurança

Em primeiro lugar o direito colocado até hoje nos manuais e nas preleções é aquele que enfatiza o ato jurídico e a segurança jurídica, além da visão do homem como ser isolado, individual, com a personalidade ligada aos laços personalíssimos da família, da propriedade individual (atributo de personalidade) e das obrigações fundadas na vontade (contratual, ou extracontratual com base na culpa). Não é que o direito em si não tenha mudado. As inovações da jurisprudência são um dado, não uma hipótese; a prática contratual também. A lei, sim, fica normalmente a galope homologando o que o uso já confirmara⁽²²⁾. O que ocorre, porém, é que essas inovações são normalmente vistas e ensinadas como exceções, como casos paralelos, não integrantes do sistema conceitual. Ora, não é muito plausível que o sistema ainda se mantenha unitário quando as exceções e desvios o superam.

Deste ponto de vista, a segurança, confiabilidade e tradição jogam um papel de alta importância na medida em que perdem sua função originária, que era prover orientação ao homem, e passam a ter uma função de desafio a inovações. Tal atitude gera o sentido oposto ao desejado; ao perceber que seus conceitos não correspondem à ordem das coisas, o jurista frustra-se constantemente, e o edifício do direito torna-se gerador de insegurança. O jurista começa a sonhar com a época adequada à sua dogmática, já que a sua dogmática não serve para sua época⁽²³⁾.

O problema da tradição e da segurança pode também ser colocado de outra maneira. O mundo de hoje é um mundo voltado para o futuro: o passado tende a perder seu peso específico⁽²⁴⁾. Paradoxalmente a segurança, como vista hoje, torna-se fator de insegurança na medida em que as regras do jogo são alteradas constantemente.

Convém dizer um pouco mais sobre o conceito de segurança. Da maneira como é colocado na dogmática atual e transmitido nas faculdades de direito, o conceito de segurança diz respeito à segurança do indivíduo

(22) Típico é o caso do *leasing*, cujo regulamento (Lei n.º 6.099/74) nem mesmo disciplina o próprio contrato. Ficou-se apenas na disciplina de seu aspecto fiscal. Naturalmente os detalhes — de grande importância, no caso — foram confiados à disciplina do Executivo (Conselho Monetário Nacional).

(23) A isso SAN TIAGO DANTAS chamou de "mal-du-siècle" do jurista (apud ALBERTO VENÂNCIO FILHO, "San Tiago Dantas e o Ensino Jurídico").

(24) TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR. *op. cit.*, p. 197.

ameaçado por outro indivíduo ou pelo Estado (mas visto como uma pessoa). Daí derivam conceitos como ato jurídico perfeito, contratos, defesa da posse (no direito privado) ou ato administrativo (no direito público). Mas estes conceitos não supõem a existência do Estado burocratizado, despersonalizado e onipresente, ou da grande empresa ou grupos econômicos. Enfim, este conceito de segurança não diz respeito aos processos em que se movimenta o homem moderno. É um conceito que supõe atos mas não atitudes. Supõe dualidade e não pluralidade de opostos. Supõe pessoas e não organizações. O indivíduo sente-se hoje ameaçado pelo processo e pelas organizações, além dos outros indivíduos. Assim, a segurança deve-se voltar para esta nova problemática.

Ora, um ensino jurídico que afasta o advogado desta visão só pode ter por conseqüência sua progressiva alienação do universo de conflitos reais em que há de atuar. Naturalmente o afastamento do jurista deste campo provoca duas ordens de conseqüência: em primeiro lugar, a falta de tratamento normalizador adequado e, em segundo lugar, o distanciamento do poder de decidir com algumas conquistas históricas que o direito bem ou mal institucionalizou (25).

9. Educação jurídica: caráter informativo

A visão do direito da segurança dos negócios jurídicos implica na concepção da cultura jurídica como um repertório fixo e imóvel de dogmas e na visão sistemática desta cultura (26). Esta visão generalizante e universalizada, por sua vez, propicia a visão da dogmática jurídica meramente como um conjunto de dogmas, que podem ser apreendidos pelo processo de transmissão de informações.

Tal perspectiva, em que os problemas são afastados e o dogma da subsunção do fato à previsão legal (tipicidade) passa a ser a preocupação central da ciência do direito, faz com que o ensino da dogmática não tenha outra relevância que não a de transmitir aqueles dogmas, ou, conseqüência mais grave, transmitir informações a respeito das leis.

Ora, os dogmas são dogmas porque se referem a questões que de outro modo seriam insolúveis. Os dogmas são uma maneira de se pôr fim a questões aporéticas, isto é, pôr um fim a nível de ação. Vale dizer, o dogma é o ponto de partida para a ação e o ponto final da discussão. Logo o dogma só é necessário quando diz respeito a questões aporéticas e hipóteses: o dogma, do contrário, não seria dogma; seria um dado demonstrável.

A visão do direito sistemático cessa suas indagações a nível de dogma, sem procurar as razões de seu surgimento. Em outros termos, para continuar valorizando a segurança e o pensamento lógico dedutivo,

(25) Cf. HENRY STEINER. "Tradições e Tensões na Educação Jurídica Brasileira" In *Cadernos da PUC*, n.º 17, Rio, 1974: "As vinculações da faculdade com o ideal de um governo responsável e de uma sociedade aberta são mais tênues à medida em que ela se retrai e se refugia em tradições formale cada vez maiores" (p. 67).

(26) TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR., op. cit., pp. 132 e 141.

a dogmática assim colocada passa a ignorar o que é a sua própria origem: questões problemáticas e naturalmente conflitivas.

Desta forma fica valorizado o lado informativo do ensino. As funções criativas e especulativas são relegadas à categoria de cadeiras introdutórias ou meramente acadêmicas, cuja função não é ser absorvida pelo raciocínio do aluno, mas "enfeitar" sua formação. Esta ausência de raciocínio especulativo e problemático é responsável pelo impasse a que se pode chegar socialmente, visto que a pesquisa de novos dogmas, sua reordenação e adaptação a situações novas fica parcialmente impedida⁽²⁷⁾. A dogmática chega a um ponto em que não há possibilidade de se desenvolver, devido à cristalização que vai tomando conta dela.

No atual estado de coisas — de modo geral —, o ensino da dogmática jurídica tende a veiculá-la desligada de seu caráter problemático. Não que os institutos jurídicos sejam apresentados aos alunos sem referência aos problemas que os geraram: eles são apresentados, porém, como soluções definitivas, especialmente conforme colocados nas leis. O esforço deveria ser o de apresentá-los como formas de soluções de conflitos com raízes no processo das relações sociais: seria preciso observar os dogmas jurídicos neste seu ângulo de dogmas e, portanto, de soluções técnicas, passíveis de contínua problematização e questionamento.

Se a postura da ciência do direito é a de estaticidade, a tarefa do seu ensino restringe-se a uma transmissão de informações. No caso do Brasil a postura se enfaça em problemas de estrutura social muito profunda e a permanência desta estrutura propicia em grande parte a manutenção de uma forma de ensino tradicional.

Alguns destes traços sociais brasileiros podem ser encontrados em nossa forte tradição feudal⁽²⁸⁾. Este feudalismo transmitido ao Brasil pelo sistema de capitanias hereditárias e sesmarias gerou fenômenos como o do coronelismo nos meios rurais e, possivelmente, o "empreguismo" nos meios urbanos. Assim, as relações de poder e influência mantiveram-se a nível pessoal, patriarcal de um certo modo. No dizer de ISIDORO MARTINS JR.⁽²⁹⁾, o sistema feudal persiste no Brasil até a Abertura dos Portos em 1808. Mas se oficialmente ele desaparece com a Independência, sociologicamente ele persiste até, pelo menos, a República Velha. Só com o advento da industrialização é que o sistema se desarranja por completo nos grandes centros urbanos. Claro está que esta relativa estabilidade social por tão longos anos se reflete na imobilidade do direito e, via de consequência, no seu ensino.

A função predominantemente informativa do ensino da dogmática jurídica encontra na aula coimbrã, ou preleção magistral, seu veículo mais

(27) "La costruzione dogmatica trova la sua giustificazione nel costituire lo strumento adeguato per risolvere i nuovi problemi che la vita viene sempre ponendo, mantenendo però la continuità fra le soluzioni già accettate e quelle proposte per nuovi problemi" (TULLIO ASCARELLI, *Saggi Giuridici*, Milano, Giuffrè, 1949, p. 11).

(28) ISIDORO MARTINS JR. *História do Direito Nacional*, 3.ª ed. Brasília, Departamento de Imprensa Nacional, 1979 (p. 101).

(29) *Idem*, *Ibidem*.

adequado. A preleção e a conferência são o "processo conveniente para se transmitir informações sistematicamente" (30). O tom da aula magistral também permite que haja, nos cinco anos do curso de direito, a adaptação do aluno à linguagem da autoridade. Os ensinamentos do professor não são a iniciação do estudante num universo que ele deve descobrir por si mesmo ao longo de toda uma vida de experiência profissional: são, ao contrário, um dado a ser perpetuado. A autoridade do professor representa a autoridade da lei e dos dogmas jurídicos, e esta perspectiva de monólogo das fontes do direito para com a sociedade é "ensaiada" nas aulas magistrais.

As aulas têm uma estrutura de "situação social autoritária" (31). Este método coimbrão, por um lado, resulta da visão sistemática do direito e, por outro, colabora na sua mesma continuidade.

10. Educação jurídica: relação interdisciplinar

A estabilidade do ensino jurídico está ainda ligada ao isolamento progressivo do direito na cultura humanística. Este isolamento tem dois fatores a alimentá-lo: auto-suficiência do sistema jurídico enquanto sistema e a assunção de algumas tarefas de controle social por disciplinas novas.

A concepção do direito como sistema em si, firme sobre seus próprios dogmas, torna desnecessário o questionamento de dogmas. Os problemas são resolvidos a partir das premissas que a dogmática coloca e em função delas mesmas. Esta conceitualização e resultante abstração proporcionam ao jurista uma grande autonomia por ser o seu sistema lógico e coerente em si. A mesma abstração permite que a ciência do direito se distancie dos conflitos concretos; tal distanciamento é muito valioso nas sociedades complexas e diferenciadas. Mas, ao mesmo tempo, leva à progressiva desconsideração dos conflitos que de fato afetam a vida social. De fato, esta abstração permite que na lógica do sistema todos os problemas se resolvam, mas, na prática da ação, não se resolve nenhum. Isto explica por que as frustrações com o sistema decisório vão aumentando a insegurança do homem.

No Brasil o distanciamento torna-se grave quando a complexidade vai se firmando na sociedade. A industrialização e o crescimento das cidades gerou uma nova composição de classes. Mas o direito continua sendo um objeto manipulado por determinados segmentos da população. Tanto os doutrinadores quanto os juizes só podem ser recrutados de uma determinada camada social (pelo requisito da formação universitária). No entanto, a estrutura social do País permite que as diversas classes e até mesmo culturas diversas convivam mais ou menos vizinhas, embora impermeáveis. Numa cidade enorme de estruturas sociais diversas, as periferias são distintas das áreas centrais e, até certo ponto, elas se ignoram. Ora, o ensino do direito parece voltar-se exclusivamente para um tipo de preocupação

(30) HENRY STEINER, *cit.*, p. 63.

(31) ROBERTO J. VERNENGO, "Estructura y Función de la Clase Magistral" in *Revista L.A.M.E.D./ALMED/UFSM*, Rio Grande do Sul, 1977.

(a da classe média), não preparando os seus alunos para questões que digam respeito à população de baixa renda, nem ao esforço de planificação do Estado e da grande empresa. Convivem lado a lado nos grandes centros urbanos brasileiros duas ordens de mundo: o do subdesenvolvimento e o da sociedade afluyente. Formar um direito e juristas que sirvam a ambos vai-se tornando uma tarefa difícil. Daí o apego à estabilidade do sistema jurídico, que neutraliza os conflitos reais. No mundo das idéias jurídicas tudo pode ser logicamente resolvido.

Mas ao lado desta auto-suficiência do direito em si há seu afastamento das "novas disciplinas". Para ficar apenas com o **trium novarum**, mencionemos a economia, a administração e a sociologia. Não é por acaso que as três adquiriram o **status** de disciplinas autônomas, guindadas à glória das universidades, com o aparecimento da sociedade industrial. Elas equivalem, a nível cultural intelectual, à divisão do trabalho a nível de produção⁽³²⁾. Estas três disciplinas lidam diretamente com problemas e questões novas colocadas pela sociedade contemporânea: alocação e planificação dos recursos materiais, coordenação de funções, diagnóstico de situações sociais globais etc. Com qual delas o direito trabalha coordenadamente? As relações entre elas e a dogmática jurídica têm sido de convivência, mas não necessariamente de cooperação. É muito difícil para a dogmática absorver a perspectiva da programação e da planificação⁽³³⁾ que elas têm. No entanto, todas têm algum instrumento novo de conhecimento e análise que requer o tratamento normativo para sua operacionalidade.

No caso brasileiro, em que o desenvolvimento econômico é planejado pelo Estado, o distanciamento do direito com relação àquelas disciplinas tem por efeito alijar o jurista das tarefas mais importantes do planejamento e do controle das ações sociais. As escolas de direito não se preocuparam até agora com este tema, talvez por acreditarem que a diferenciação dos campos de saber é condição de sua autonomia. Mas condição de sua autonomia também é a capacidade de acomodação do sistema ou seu exterior⁽³⁴⁾.

11. O ensino e o profissional

As faculdades de direito continuam formando bacharéis sem o real raciocínio jurídico que permita uma reflexão sobre o mundo moderno a nível do direito. Os exemplos da inadequação são muitos.

No direito comercial, por exemplo, o bacharel não absorve na faculdade um tipo de conhecimento que permita, por exemplo, sua atuação em determinados campos, como a defesa do consumidor. Assim, não se provoca o judiciário para a solução de conflitos entre produtores, consumidores, e um ponto de tensão na economia produtiva deixa de ser eliminado, ou é eliminado a duras penas para um dos lados (normalmente o do

(32) Cf. ANTONIO GRAMSCI, *op. cit.*, Cap. II.

(33) Cf. nota 24.

(34) Não se pode negar que hoje a consciência destes problemas já é um dado, assim como algumas tentativas de ação a partir dela. Mas é preciso insistir em que não houve uma tentativa de decisão final e abrangente do problema, o que envolve a revisão profunda do ensino do direito.

consumidor). Vale aqui, por exemplo, a lição de ASCARELLI de que a jurisprudência dos tribunais é um espelho infiel da realidade, porque não conhece de problemas que afligem a economia da produção em massa⁽³⁵⁾.

Ainda no campo do direito comercial as noções de responsabilidade do empresário não são abordadas como um problema novo. A responsabilidade do empresário é tratada perfunctoriamente, na maioria dos cursos, e busca-se enquadrá-la no rígido esquema do Código Civil (art. 159). Não se dá a devida atenção ao fato de que a propriedade de bens de consumo ou bens de produção é distinta, e a responsabilidade daí derivada é distinta⁽³⁶⁾.

Basicamente a mesma série de problemas, derivados da massificação e da industrialização, vai surgir no direito processual. Os interesses coletivos estão muitas vezes despersonalizados na dogmática atual. São interesses que não pertencem ao Estado mas à sociedade e só podem fazer-se valer por meio dos chamados "corpos intermediários", isto é, associações de homens com um interesse comum a favor da coletividade. Quando se percebe que coletividade não é sinônimo de Estado, começa o direito judiciário a enredar-se num beco sem saída de conceitos. As lições de MAURO CAPPELLETI procuram inovar na matéria⁽³⁷⁾, mas a atitude geral é de um certo imobilismo ou perplexidade.

Os problemas do profissional tornam-se mais sensíveis quando tratando do direito econômico. Aqui, para usar a linguagem de SAN TIAGO DANTAS, "o direito assume (...) o papel de força reacionária, de elemento resistente, que os órgãos de governo estimariam contornar para poderem promover por meios mais imediatos e diretos o que lhes parece ser o bem comum"⁽³⁸⁾. O fato é devido em grande parte à ausência de interdisciplinaridade nas universidades brasileiras, pois o advogado não deixa o curso de direito com métodos próprios aos seus fins e sua função na sociedade moderna. Por outro lado, a suposta eficiência destas novas disciplinas perde a noção do homem como centro de valores para deslocá-la para o "produtivismo".

Finalmente o direito penal vai sofrendo também a pressão para mudar. O descontrole da violência e da criminalidade atesta a inadequação da atual sistemática. Os delitos de direito econômico, os **white collar crimes**, proliferam e colaboram com um rebaixamento geral dos padrões de expectativas sociais, muito especialmente nas grandes organizações públicas e estatais.

Ora, se tantas são as mudanças a que o direito se deve submeter, por que não o faz?

(35) TULLIO ASCARELLI. *Seggi di Diritto Commerciale*. Milano, Giuffrè, 1955 (p. 524).

(36) Cf. nota 12.

(37) "A Justiça será invocada não mais somente contra violação de caráter individual, mas sempre mais freqüente contra violações de caráter essencialmente coletivo (...). Assiste-se ao necessário movimento de uma forma nova que chamarei de **garantismo social** ou coletivo, e que significa, exatamente, superioridade do garantismo entendido em senso individualístico tradicional." MAURO CAPPELLETI. "Formações Sociais e Interesses Coletivos diante da Justiça Civil" in *Revista de Processo*, n.º 5, São Paulo.

(38) "A Educação Jurídica e a Crise Brasileira" in *Revista Forense*, n.º 159, Rio.

Estes poucos exemplos não querem dizer que há apenas novos problemas a serem resolvidos. Creio que signifiquem que há uma perspectiva nova da dogmática jurídica que, nascendo nestes pontos de tensão, deverá estender-se aos ramos mais tradicionais do direito.

12. A função da crise

No Brasil estas questões vêm sendo lançadas há pelo menos duas décadas, exatamente a partir do momento em que o desenvolvimento econômico se tornou *leitmotiv* dos programas políticos.

O ensino do direito tal como está posto favorece o imobilismo de alunos e professores. Sem esforço de renovação uns atingem o grau de doutrinadores e o prestígio da cadeira universitária. Os outros, além do mítico título de "doutor", obtêm a habilitação profissional que lhes permite viver de um trabalho não braçal (*white collar*). A tarefa do ensino para o aluno é cumprida nestes termos: aprendido o "abc" do processo e do direito civil já se está habilitado a viver de inventários e cobranças sem maior indagação.

Ora, o jurista formado para esta função perde sua combatividade, sua crítica, sua consciência do papel social do direito. É claro que este operário anônimo do direito é necessário, mas por que deve ser inconsciente?

A perda deste raciocínio jurídico aliena o advogado dos centros de decisão política. Sua atividade passa a ser meramente formal, sem influência no processo de tomada de decisão e planejamento. O jurista formado por estas escolas, convém lembrar, não será apenas advogado: será também o juiz que fará parte, afinal de contas, de um dos poderes políticos do Estado, o judiciário. Assim, o jurista ocupará a posição de juiz, mas sua preocupação política não terá subido muito mais que a do homem comum, em contraste com a do homem de governo.

A alienação do jurista deste modo colabora também na supressão das garantias de direitos. É que o centro de equilíbrio social (ou de legitimação) é colocado na eficiência, não no bem do homem. Começa-se a falar num bem comum que só existe nas estatísticas dos planejadores, mas que a pobreza dos centros urbanos desmente. Em nome desse bem comum, alcançável pela eficiência, sacrificam-se alguns valores que talvez não fosse inútil preservar⁽³⁹⁾.

O advogado é formado na escola como um mero profissional cuja função não é instrumentalizar o controle social, valorando ações, problematizando a justiça: sua função é produzir e fazer render seu trabalho; não é vinculada à política e a realidade social. Deste ponto de vista a escola vem assumindo uma postura nitidamente ideológica, favorecendo a perpetuação de certas relações de dominação.

Seria superficial dizer que a dominação é exercida pelos tecnocratas. Não, os tecnocratas atuais são instrumentos, tanto quanto foram os bacha-

(39) Cf. com os conceitos de ação racional tendo em vista a um fim, na sociologia de MAX WEBER.

reís no passado. Por trás da ordem institucional é que se vai encontrar quem realmente comanda o "patronato da nação brasileira". O que ocorreu foi que os bacharéis perderam a eficiência que os tecnocratas adquiriram e, naturalmente, foram substituídos no processo de ordenação social. Agora, é melhor que os advogados permaneçam na posição em que estão, e isto é para todos. Para os técnicos, eles ficarão isolados e não causarão problemas, apenas formalizando as decisões: para os próprios bacharéis a aceitação custa menos esforço.

V — DESAFIO DA RENOVAÇÃO

13. **Objetivos a alcançar**

A necessidade de soluções jurídicas novas exige mudanças no ensino tradicional. Coloca-se em primeiro lugar a questão dos objetivos a serem alcançados. Estes são resumíveis, basicamente, a uma proposta de compreensão jurídica do mundo moderno. Para se chegar lá é preciso trabalhar nos métodos e no currículo das escolas de direito.

14. **Métodos: propostas**

Quanto aos métodos há propostas práticas e nitidamente didáticas, tais como a adoção do método de casos, proposta por SAN TIAGO DANTAS⁽⁴⁰⁾ e a de ALFREDO LAMY⁽⁴¹⁾. Embora o sistema de casos seja uma verdadeira tentação para os críticos do atual ensino do direito, é preciso lembrar que tal sistema está vinculado a uma cultura que valoriza o pensamento indutivo. Há também proposta mais abrangente de renovação de base do estudo de direito que consiste em veicular a dogmática como um conjunto de problemas e questões⁽⁴²⁾. Esta proposta pode ainda ser desdobrada nas próprias cadeiras dogmáticas, alinhando-as em torno de temas comuns, tais como a personalidade, a responsabilidade etc.

15. **Currículo**

Finalmente há a necessidade de alteração do currículo. Esta alteração deve tender basicamente para a possibilidade de escolha do aluno e a integração interdisciplinar com outras faculdades.

16. **Conclusão**

Implementadas algumas destas medidas, o direito pode voltar a ser ativo na sociedade. Mas fatalmente atuará no sentido de uma nova consciência, e a composição de poder que a presente estrutura social impõe deverá se readaptar a isso.

Em todo caso o direito não é mais que uma manifestação da cultura de um povo. Se a sociedade brasileira se recusa a assumir as características de uma sociedade capitalista e industrial, o esforço de autoridade no sentido de transformar-lhe a cultura jurídica será em vão.

(40) Vide nota 38.

(41) "A Crise do Ensino Jurídico e a Experiência do CEPED" in *Cadernos da PUC*, n.º 17, Rio, 1974.

(42) TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR. "Reforma do Ensino Jurídico: Reformar o Currículo ou o Modelo" in *Cadernos da PUC*, n.º 17, Rio, 1974.

Obras publicadas pela
Subsecretaria de Edições Técnicas (*)

À venda na SSETEC (Senado Federal — 22.º andar) ou pelo
Reembolso Postal

“REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA”

Números atrasados à venda: 10, 12, 13/14, 17, 18, 26, 30 a 45, 47 a 53, 55 a 65.

Preço do exemplar: Cr\$ 120,00

	Cr\$
— nº 66 (abril a junho de 1980)	120,00
— nº 67 (julho a setembro de 1980)	120,00
— nº 68 (outubro a dezembro de 1980)	120,00
— nº 69 (janeiro a março de 1981)	120,00
— nº 70 (abril a junho de 1981)	240,00
— nº 71 (julho a setembro de 1981)	240,00

“ÍNDICE DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA”

(NÚMEROS 1 a 70)

Distribuição gratuita

“COLEÇÃO DE ATOS INSTITUCIONAIS, ATOS COMPLEMENTARES E
DECRETOS-LEIS”

— 5º volume, contendo 336 páginas

Ato Institucional nº 10

Atos Complementares nºs 52 a 56

Decretos-Leis nºs 564 a 664 e legislação citada, com
índices cronológico e por assunto

60,00

(*) Não estão relacionadas as obras esgotadas.

	Ato Institucional nº 11	
—	6º volume, contendo 488 páginas	
	Atos Complementares nºs 57 a 62	
	Decretos-Leis nºs 665 a 804 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto	60,00
—	7º volume, contendo 290 páginas	
	Emenda Constitucional nº 1	
	Atos Institucionais nºs 12 a 17	
	Atos Complementares nºs 63 a 77	
	Decretos-Leis nºs 805 a 851 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto	60,00
—	8º volume, contendo 318 páginas	
	Decretos-Leis nºs 852 a 941 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto	60,00
—	9º volume, contendo 364 páginas	
	Decretos-Leis nºs 942 a 1.000 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto	60,00
—	10º volume, contendo 386 páginas	
	Decreto-Lei nº 1.001, de 21-10-1969	
	Código Penal Militar, com índices remissivo e por assunto	60,00
—	11º volume, contendo 503 páginas	
	Decretos-Leis nºs 1.002 e 1.003	
	Código de Processo Penal Militar e Lei de Organização Judiciária Militar, com índices remissivo e por assunto	60,00
—	12º volume, contendo 309 páginas	
	Decretos-Leis nºs 1.004 a 1.068 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto	60,00

– 13º volume, contendo 406 páginas	
Atos Complementares nºs 78 a 94	
Decretos-Leis nºs 1.069 a 1.153 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto	60,00
– 14º volume, contendo 487 páginas	
Decretos-Leis nºs 1.154 a 1.187 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto	60,00
– 15º volume, contendo 247 páginas	
Atos Complementares nºs 95 a 97	
Decretos-Leis nºs 1.188 a 1.271 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto	60,00
– 16º volume, contendo 424 páginas (último da coleção)	
Atos Complementares nºs 98 e 99	
Decretos-Leis nºs 1.272 a 1.322 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto. Obs.: este volume contém um índice geral das duas coleções, a partir do Decreto-Lei nº 1/65	60,00
“DIRETRIZES E BASES PARA O ENSINO DE 1º e 2º GRAUS” (Edição de 1971)	
– Histórico da Lei nº 5.692, de 11 de agosto de 1971 (2 tomos)	100,00
“PREVIDÊNCIA SOCIAL” (Edição de 1974)	
– Histórico da Lei nº 5.890, de 8-6-73, que “altera a legis- lação da Previdência Social, e dá outras providências” (2 tomos)	100,00
“REPRESENTAÇÕES POR INCONSTITUCIONALIDADE — Dis- positivos de Constituições Estaduais”	
– Acórdão do STF (íntegras) em Representações por incons- titucionalidade de dispositivos de Constituições estaduais. Resoluções do Senado Federal, suspendendo a execução de dispositivos julgados inconstitucionais pelo STF (2 tomos)	150,00

"O PODER LEGISLATIVO E A CRIAÇÃO DOS CURSOS JURÍDICOS"

- Obra comemorativa do sesquicentenário da Lei de 11 de agosto de 1827, que criou os cursos jurídicos de São Paulo e Olinda 70,00

"LEGISLAÇÃO ELEITORAL E PARTIDARIA"

(3ª edição – agosto de 1978) 55,00

- Código Eleitoral, Lei das Inelegibilidades, Lei Orgânica dos Partidos Políticos, Lei de Transporte e Alimentação e Lei das Sublegendas – textos vigentes consolidados (redações anteriores de dispositivos alterados, em notas).
- Índices alfabéticos e remissivos.
- Legislação alteradora, citada e correlata.
- SUPLEMENTO (agosto de 1978) – Instruções do Tribunal Superior Eleitoral para as eleições de 1978 25,00

"LEI ORGÂNICA DA MAGISTRATURA NACIONAL" (2ª ed.) 100,00

- Lei Complementar nº 35, de 14-3-79 (alterada pela Lei Complementar nº 37, de 13-11-79) – *anotada*
- Histórico das Leis (tramitação legislativa)
- Regimento Interno do Conselho Nacional da Magistratura

"CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO" (edição de novembro de 1979) 250,00

- Quadro Comparativo = Anteprojeto da CLT – Legislação trabalhista vigente
- Exposição de Motivos do Anteprojeto

"PARTIDOS POLÍTICOS" (edição de 1980) 100,00

- Lei Orgânica dos Partidos Políticos (Lei nº 5.682, de 21-7-71) – texto atualizado e anotado
- Índice temático
- Resoluções do TSE

“SEGURANÇA NACIONAL” (edição de 1980)	250,00
– Lei nº 6.620, de 17-12-78	
– Índice temático	
– Ementário da Legislação	
– Comparações e anotações	
– Histórico da Lei nº 6.620/78 (tramitação legislativa)	
“CÓDIGO PENAL” (2ª edição – 1981)	250,00
– Decreto-Lei nº 2.848, de 7-12-40 – texto atualizado e anotado	
– Índice temático	
“CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL” (6ª edição – agosto de 1981)	100,00
<p>Constituição do Brasil, de 24 de janeiro de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 17-10-69, e as alterações feitas pelas Emendas Constitucionais nºs 2/72 a 19/81.</p> <p>Minucioso índice temático.</p> <p>352 páginas/formato bolso</p>	
“DIREITO FINANCEIRO” (3ª ed. – 1981)	250,00
– Lei nº 4.320/64. Normas disciplinadoras da matéria. Plano de contas único da Administração Direta.	
“REFORMA ADMINISTRATIVA – ORGANIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL” (3ª edição – 1981)	350,00

Decreto-Lei nº 200 (texto atualizado). Legislação alteradora e correlata. Anotações sobre transformações sofridas pelos órgãos governamentais (criação, extinção, alteração de denominação e de atribuições). 440 páginas.

Rede de Bibliotecas depositárias das publicações da Subsecretaria de Edições Técnicas

Biblioteca Nacional

Instituto Nacional do Livro

Senado Federal

Câmara dos Deputados

Supremo Tribunal Federal

Tribunal Federal de Recursos

Superior Tribunal Militar

Tribunal Superior Eleitoral

Tribunal Superior do Trabalho

Assembléias Legislativas

Tribunais de Justiça

Faculdades de Direito

ASSINATURA DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Faça a sua inscrição como assinante da **Revista de Informação Legislativa** e receba, pelo sistema de reembolso postal, cada número editado.

Dirija seu pedido à

Subsecretaria de Edições Técnicas
SENADO FEDERAL
Brasília — DF — 70160

REEMBOLSO POSTAL

Escolha as publicações de seu interesse e dirija seu pedido à

Subsecretaria de Edições Técnicas
SENADO FEDERAL
Brasília — DF — 70160

Seu pedido será atendido pelo reembolso postal.