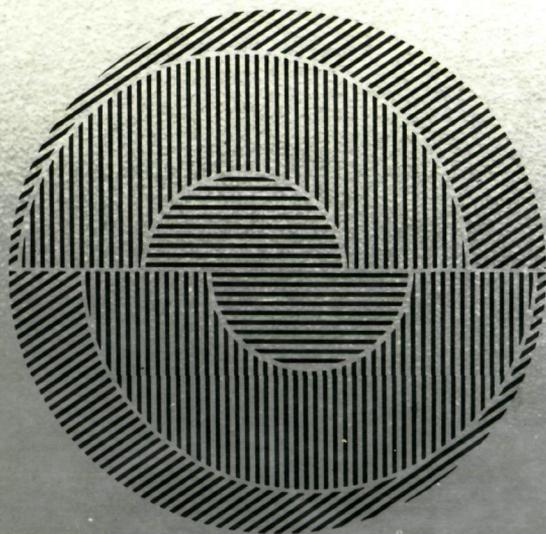


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

ABRIL A JUNHO 1989

ANO 26 • NÚMERO 102



REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA
a. 26 n. 102 abril/junho 1989

Publicação trimestral da
Subsecretaria de Edições Técnicas
do Senado Federal

Fundadores:

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

Dr. ISAAC BROWN
Secretário-Geral da Presidência
do Senado Federal
(1946-1967)

LEYLA CASTELLO BRANCO RANGEL
Diretora da R. Inf. Legisl.
(1964-1988)

Direção:

ANNA MARIA VILLELA

Chefe de Redação:

PEDRO HELVÉCIO BOMTEMPO

Chefe de Diagramação e Revisão:

JOÃO EVANGELISTA BELÉM

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	n. 102	a. 26	abr./jun. 1989
-----------------	----------	--------	-------	----------------

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

Encomendas à Subsecretaria de Edições Técnicas

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

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

v. trimestral

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

Diretores: 1964-1988 Leyla Castello Branco Rangel
1988 Anna Maria Villela

ISSN 0034-835X

1. Direito — Periódicos. I. Brasil. Congresso. Senado Federal. Subse-
cretaria de Edições Técnicas. II. Villela, Anna Maria, dir.



CDD 340.05
CDU 34(05)

SUMÁRIO

COLABORAÇÃO

O Estado e a economia na Constituição de 1988 — <i>Diogo de Figueiredo Moreira Neto</i>	5
A experiência brasileira de Constituição Econômica — <i>Washington Peluso Albino de Souza</i>	21
As sociedades de economia mista e as empresas estatais perante a Constituição de 1988 — <i>Mauro Rodrigues Penteado</i>	49
As macroperspectivas do Direito Minerário a partir da nova Constituição — <i>Nelson de F. Ribeiro</i>	69
Novos rumos para a internacionalização do mercado de capitais — <i>Arnoldo Wald</i>	77
Dívida Externa: O empréstimo de consolidação de 1898 — <i>Carmen Licia Palazzo de Almeida</i>	83
O regionalismo latino-americano e a democratização do Direito Internacional Público — <i>Silvio Dobrowolski</i>	97
Dogmática jurídica e a crise de legitimação do Estado moderno — <i>Paulo de Tarso Ramos Ribeiro</i>	117
Revigoramento legal e exegético da vocação liberal do mandato de segurança — <i>Fávila Ribeiro</i>	125
Acumulação de cargos e proventos? — <i>Obi Damasceno Ferreira</i> ...	155
Estatuto da Magistratura — <i>Ministro Sydney Sanches</i>	165
A Constituição de 1988 e o Tribunal de Contas da União — <i>Ministro Luciano Brandão Alves de Souza</i>	173
Tribunais Regionais Federais e Juizes Federais. Tribunais e Juizes Estaduais. Juizados Especiais — <i>Ricardo Arnaldo Malheiros Fiuza</i>	185
Poder constituinte estadual — <i>Adilson Abreu Dallari</i>	201
A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. Perspectivas estrutural e funcional — <i>Francisco dos Santos Amaral Neto</i>	207
Anteprojeto de lei sobre direito de autor — <i>Antônio Chaves</i>	231
O anteprojeto de lei sobre direitos autorais — <i>Carlos Alberto Bittar</i>	243
O fazer literário e a lei — <i>N. P. Teixeira dos Santos</i>	247
Estatuto dos Direitos dos Atletas na nova Carta Magna — <i>Alvaro Melo Filho</i>	261
Pena de morte — <i>Orlando Soares</i>	275
Instituciones supranacionales frente a la toxicomanía y el narcotráfico — <i>Antonio Beristain</i>	295
O controle de constitucionalidade na França — <i>Paulo Rodrigues Vieira</i>	309

PUBLICAÇÕES

Obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas	325
---	-----

O Estado e a economia na Constituição de 1988

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO

Professor da Faculdade de Direito Cândido
Mendes, Procurador do Estado do Rio de
Janeiro.

S U M A R I O

1. *Introdução.* 2. *Sobrevivência do mercantilismo.* 3. *Crescimento dos parassistemas.* 4. *Crise do estatismo.* 5. *Conservadorismo em nome do progressismo.* 6. *Conclusão.*

1. *Introdução*

A Constituição de 1988 foi saudada como um auspicioso marco de progresso para o País. O que há de realidade nesse otimismo fica muito a depender do conceito que se tenha do progresso.

Entendido como um processo de amplo conteúdo de aperfeiçoamento das sociedades humanas, não podemos deixar de conotá-lo aos vários campos em que se desdobra a vida societária; nessa perspectiva, a nova Carta, *analisada como instrumento de desenvolvimento econômico*, é muito mais conservadora que progressista.

Curiosamente, a Constituição de 1988, que em tantos aspectos foi inovadora e até ousada, não rompeu com vícios estatizantes que herdamos de cerca de meio século de experiência desenvolvimentista, dos quais trinta e cinco anos sob regimes autoritários.

O estatismo, tão em moda durante toda a primeira metade deste século, arraigou-se e reforçou-se entre nós desde a Revolução de Trinta a tal ponto que hoje, enquanto o mundo retoma o caminho do progresso pela competição e pela cooperação, enclausuramo-nos num modelo obsoleto, marcado por vícios políticos e econômicos que estão sendo superados até nos países socialistas, onde a estatização atingiu seus extremos.

Ao tempo de Getúlio Vargas e mesmo durante alguns anos depois, o modelo estatizante tinha condições de deflagrar o processo de desenvolvimento porque o Estado podia concentrar os recursos necessários a essa empreitada. Era razoável, então, num mundo de grandes antagonismos e baixa cooperação, a adoção de uma solução de *substituição de importações*, acompanhada de medidas nacionalistas, xenófobas, cartorialistas e paternalistas. O *protecionismo*, *negação do livre comércio* e da livre competição,

não era apenas uma alternativa melhor, era a única existente para superar a dependência industrial externa.

O modelo estatizante, caracterizado pela crença na superioridade ética e funcional do Estado, levava-o a intervir na ordem econômica, impor normas a seus processos e, se se julgasse necessário, substituir a iniciativa da sociedade pela sua. Dadas as circunstâncias apontadas, já nasceu impregnado de um nacionalismo exaltado, preconceituoso e xenófobo, que acabou levando à estruturação de um sistema de privilégios econômicos em favor de empresas indistintamente eficientes ou ineficientes; um cartorialismo de difícil saída, e, ainda, sob as pressões sociais dos marginalizados dos benefícios do progresso econômico, a adoção de soluções paternalistas cada vez mais demandantes.

Como previsível conseqüência, essas características, embora produzissem algum resultado imediato, criando um simulacro de progresso, com o tempo, passaram a atuar como inibidoras do verdadeiro desenvolvimento econômico; a estatização da produção combinada com o privilégio cartorial levaram ao descrédito da eficiência, e o paternalismo de Estado, que cada vez menos tinha condições de atender a todos e em tudo, provocou o surgimento de parassistemas econômicos e sociais.

Pretendemos, ainda que sucintamente, examinar essas características e localizá-las na nova Carta, mas, antes, é necessário sublinhar que nenhuma delas poderia classificar-se como "progressista" — muito ao contrário: são, todas elas, teimosas e pertinazes manifestações de um *conservadorismo político-econômico* que deita suas raízes no mercantilismo.

2. *Sobrevivência do mercantilismo*

Não cabe aqui discorrer sobre o mercantilismo, mas não podemos deixar de conceituá-lo, para bem situar o leitor no tema deste subtítulo, como a doutrina político-econômica que parte da crença de que o bem-estar econômico só pode ser obtido através da regulamentação estatal de caráter nacionalista (v. verbete no *Dicionário de Ciências Sociais*, Rio, Ed. FGV, 1986, p. 746, de autoria de C. WILSON).

No Renascimento, o próprio Estado, seu produto político *par excellence*, surgia com a missão de impulsionar o progresso econômico, proporcionando às iniciativas empresariais as garantias e privilégios que jamais tiveram sob o feudalismo.

Aos empresários cabia, de sua parte, convencer os governantes de que de seu empreendimento adviriam novas riquezas; aos governantes, em contrapartida, conceder-lhes uma carta de autorização específica que lhes outorgava favores e exclusividade. Era, em tudo, um pacto; de certa forma, uma sociedade, pois os resultados eram fortemente tributados (v., a respeito, a característica exposição de D. C. COLEMAR sobre o instituto inglês do *Charter*, in *The Economy of England, 1450-1750*, Oxford University Press, 1977).

De tal forma foi decisiva essa *entente* entre empresários e governantes que as instituições feudais não a resistiram, firmando-se, as monarquias absolutas, sobre os escombros do feudalismo e de seus velhos privilégios improdutivos, ao ponto de um dos mais sobressalentes historiadores econômicos da escola alemã, G. T. VON SCHMOLLER, afirmar que o mercantilismo criou o Estado (v. *The Mercantile System*, 1884, Peter Smith, N. Y., 1931).

Embora a expressão “mercantilismo” tenha recebido divulgação somente a partir do século XVIII, com a crítica de ADAM SMITH, inegavelmente suas características doutrinárias acompanharam a evolução do Estado moderno, desde seu papel econômico nas repúblicas de Gênova e Veneza, passando pelas monarquias das grandes navegações, de Portugal e Espanha, pelo colbertismo francês, até a revolução industrial, iniciada na Inglaterra. São, assim, quatrocentos anos de história, do século XV ao XIX.

Não se trata, portanto, de um modismo passageiro e, muito menos, de uma doutrina cerebrada em gabinetes, mas de uma expressão histórica sancionada pelo êxito, daí sua força e permanência.

Mas, como qualquer instituição duradoura, o mercantilismo desenvolveu, como subprodutos, características que visam a garantir sua própria sobrevivência. Assim é que suas premissas básicas: incentivo à produção, tributação pesada, protecionismo e regulamentação estatal, *sofreram*, com o correr dos séculos, transformações qualitativas que garantiram a sobrevivência do modelo sob as mais diversas condições.

O incentivo à produção, por exemplo, até mesmo pelo uso do privilégio, consolidou-se no cartorialismo; a tributação pesada transformou-se em parceria estatal sem riscos, por vezes a troco de tolerância; o protecionismo acirrou o nacionalismo, desembocou no colonialismo e fomentou as guerras expansionistas; a intervenção regulatória produziu, sucessivamente, a monarquia absoluta, o Estado autocrático, o Estado empresário e o Estado socialista.

Todas essas características transmutantes, por várias formas acabaram sendo responsáveis pelos Mega-Estados que o século vinte viu surgir. Porém, mais que tudo, o mercantilismo legou a idéia de que o progresso é dádiva do Estado, pois seria impossível que os países o alcançassem com os esforços espontâneos de suas respectivas sociedades.

O ambiente político de enfrentamento do início do século vinte não mudou muito esse quadro. Com efeito, as grandes conflagrações armadas e os modismos ideológicos foram muito exigentes em termos de concentração de poder no Estado, de modo que o modelo mercantilista, *mutatis mutandis*, continuava a servir aos novos tipos de Estados: burocráticos, militaristas, autocráticos e socialistas; não raro reunindo todas ou quase todas essas características.

Esses foram, portanto, os últimos desdobramentos contemporâneos do estatismo mercantilista. Deixando de lado, por serem temas mais políticos

que econômicos, o militarismo e a autocracia, vejamos a burocracia e o socialismo, concepções político-econômicas que poderiam ser apresentadas como produtos típicos da primeira metade deste século. Ambos, respostas estatizantes, respostas de poder concentrado, às tendências democratizantes e pluralistas que pouco a pouco começariam a se impor nas últimas décadas do século e, possivelmente, marcarão a passagem do milênio.

Mas concentremo-nos na *burocracia*, que é o Estado sem utilidade, e no *socialismo*, que é o distributivismo sem riqueza. Ambos popularizaram-se nos países subdesenvolvidos pela promessa de sobrevivência com pouco esforço e pela mística simpática do paternalismo. Ambos, desdobramentos do velho mercantilismo, pela crença no insubstituível papel do Estado.

Concedamos, todavia; até certo ponto a instituição de uma burocracia pode efetivamente corresponder a uma necessidade administrativa, segundo a visão weberiana. É sua tendência à expansão incontrolável o seu maior perigo, capaz de alterar a morfologia do poder político e passar a sobreexistir e a valer por si mesma, como observaram autores que mais recentemente se debruçaram sobre o fenômeno, como FUEYO, MERTON e o conhecido PARKINSON. É quando a burocracia passa a ser mais política que administrativa.

O distributivismo também se apresenta com uma face positiva e, por isso, é sedutor; é uma necessária resposta a uma distorção gerada pela excessiva concentração de riquezas, reconhecidamente postuladora do equilíbrio de poderes, numa sociedade que pretenda ser justa e pluralista. É aquela tendência a tomá-lo como um fim e não como um meio, como um instrumento demagógico para galgar ao poder e não como um corretivo sócio-econômico que o torna problemático, passando a atuar como um desincentivo à criação de riquezas, um inibidor da livre empresa, um estimulador da presença do Estado-Empresário e um inimigo da competição. A esse ponto, o distributivismo passa a ser mais político que econômico.

Essas duas deformações, francamente radicalizantes, do mercantilismo, em sua última fase — a burocracia e o distributivismo — só podem medrar no Estado-Poderoso. Embora cada uma delas tenha motivações distintas; uma, atender à elite de poder, e a outra, à massa desprovida, ambas se valem de técnicas típicas de detenção do poder: a burocracia mantém-se pela pressão, e o distributivismo ascende pela demagogia.

Não obstante aparentemente conflitivas, burocracia e distributivismo, freqüentemente as vemos aliadas, produzindo uma coalizão altamente *conservadora*; muito mais do que possa parecer a seus devotados defensores. Ambos têm em comum a necessidade de manter e de reforçar o Mega-Estado, de subordinar toda a sociedade a esquemas e sistemas oficiais, com concentração de poder e de decisões.

Só o Estado grande é que lhes pode servir a contento; aos burocratas, porque lhes amplia as possibilidades de se manterem no poder; aos distributivistas, porque lhes garante as necessárias condições de poder para repartir coercitivamente as riquezas disponíveis.

Assim é que o Estado grande, tecno-burocrata ou socialista, ou sua combinação muito comum, são perfeitos exemplos de simbiose entre burocracia e distributivismo, agindo em sistema de poder, limitando-se reciprocamente e apoiando-se mutuamente. Uma conciliação pragmática do aparentemente inconciliável: o elitismo com a demagogia, a *nomenklatura* com o populismo.

Ocorre que os políticos dos países em desenvolvimento, geralmente tão vítimas do atraso quanto os seus governados, descobriram que essa combinação é muito segura, porque lhes permite obter o melhor da burocracia sem perder a aura populista que lhes garante a bandeira do distributivismo. Não importa se, com isso, não introduzem modificações corretivas... não importa se, com isso, praticam um conservadorismo empedernido... não importa se, com isso, aumentam a pobreza e a marginalidade. O que importa é manter um *status quo* que lhes permite conciliar o produtivismo burocrático privilegiado com o distributivismo socialista demagógico... e manterem-se no poder.

Mas o produtivismo burocrático privilegiado, que teria a seu cargo buscar a produção, acaba cedendo em favor de exigências, cada vez mais demandantes, do distributivismo socialista demagógico, de modo que, a médio e longo prazo, dessa coalizão resulta um modelo em que a produção, única fonte de riqueza, perde prioridade e, sobre o que é produzido e cada vez mais escasso, disputam os privilegiados do elitismo e do paternalismo, enquanto que o contingente dos marginalizados cada vez aumenta mais, conformando uma sociedade paralela sobre a qual discorreremos a seguir.

Isso explica por que nada costumava se alterar substancialmente nos países em desenvolvimento. O compromisso burocrático-distributivista acaba sendo a mais perversa forma de conservadorismo da História. A tendência é a manutenção do *status quo* das duas ordens de privilégios, mesmo quando um grupo alteia bandeiras de "renovação" política, ou um outro faz uma "revolução democrática", quando um partido sobe ao poder em nome das "reivindicações populares", ou até quando negociam uma "aliança nacional". O Estado continua grande e poderoso e a sociedade oprimida e inerme; não importa se estejam no poder os burocratas ou os distributivistas.

Mas, a médio e longo prazo, essa *entente*, expressa ou tácita, é instável. Cada vez um maior número fica à margem das vantagens; nem são elites nem são clientes do poder. Nesse tipo de esquema, em que a produção não aumenta e as reivindicações se empilham, nem todos podem ganhar. Na verdade, cada vez menos ganham e cada vez menos se divide.

Há empresários que ficam à margem dos privilégios do esquema oficial da burocracia; há trabalhadores que ficam à margem do esquema oficial do distributivismo. No fundo, começa-se a disputar privilégios e, por isso, é fácil criar-se uma "política pendular", muito semelhante à que

NEY PRADO descreveu para explicar a instabilidade dualista do Brasil Republicano.

Nada mais conservador, portanto, que essa política pendular. Ela apenas alterna reivindicações de privilégios. *Não os substitui por um modelo realmente produtivo, competitivo, baseado numa igualdade inicial de oportunidades mais muito exigente em termos de eficiência.*

Para gerar progresso é preciso ter competência — tanto a burocracia como o socialismo não a tem revelado nos países em que detém o poder. Ambos temem a competição porque desestabiliza e, por isso, se acomodam nos privilégios. E, apesar disso, burocratas e socialistas consideram-se progressistas ou, pelo menos, arrogam-se este epíteto.

Talvez a burocracia no poder possa levar à criação de riqueza. Mas o fará com grande sacrifício da mobilidade e da justiça social.

Também é possível que o socialismo no poder possa lograr um grau razoável de distribuição de riqueza. Mas o fará com grande sacrifício da produção e, assim, das gerações seguintes.

A simbiose não apresenta, sequer, as vantagens fugazes de um dos dois modelos. O sacrifício é total em busca de uma ilusão.

Em todos esses casos não há progresso econômico. E o leitor, por certo, identificará os exemplos, sem muito o que buscar.

E como ficam os marginalizados da economia e do poder, dos privilégios reservados aos eleitos da fortuna e do sistema? O que podem esperar do Estado e do seu direito?

Essas indagações retóricas ficam sem resposta enquanto Estado e direito só tiverem em vista e só derem proteção aos participantes do sistema oficial de empresa e de trabalho. E aqui entramos no desafio em ascensão, capaz de instabilizar o conservantismo burocrático-distributivista: o parassistema.

3. *Crescimento dos parassistemas*

Como nada pode sopitar as forças criativas do homem em busca de sua sobrevivência e de seu bem-estar, no gozo de sua própria e inalienável liberdade, com ou sem Estado, com ou sem o seu direito, a sociedade continua a produzir.

E como produzir riquezas é produzir a própria liberdade, a sociedade gera *parassistemas* em lugar do sistema oficial, que não quer ou não pode satisfazê-la em suas necessidades.

Esses parassistemas, na precisa denominação que lhes dá AGUSTÍN GORDILLO (v. *La Administración Paralela*, Ed. Civitas S.A., Madri, 1982), são organizações paralelas, informais, às vezes clandestinas e ilegais, que cumprem as funções sociais, econômicas, administrativas, jurídicas e políticas que as organizações formais e oficiais descaram.

A princípio manifestam-se os parassistemas econômicos: a economia invisível, paralela ou subterrânea, a criação da riqueza para sobreviver num sistema que discrimina entre privilegiados e marginalizados. O parassistema econômico se origina, em geral, no processo de circulação e distribuição, mas logo passa ao de transformação e ao de produção, fechando o ciclo econômico subterrâneo.

Vêm depois os parassistemas sociais: as respostas institucionais informais que passam a reger a vida das coletividades em seus múltiplos aspectos não-econômicos. Família, agremiação, lazer, atendimento à saúde, tudo se passa à margem do sistema oficial.

Em seguida organiza-se o parassistema jurídico-administrativo, dando respostas e articulando soluções para as múltiplas demandas de segmentos da sociedade que são ignorados ou apenas punidos pelo sistema jurídico-administrativo social. Comércio, moradia, serviços públicos e até segurança pública são replicados na maneira do possível mas sempre na medida do necessário. O parassistema não tem excedentes para sustentar uma burocracia marginal nem para se permitir distributivismo, pois se funda na solidariedade instintiva.

Finalmente o poder político é gerado no parassistema, passando a conviver articulado, em parte ou no todo, ou independentemente em relação ao sistema político oficial. As relações entre os dois sistemas, o formal e o informal, vão desde uma cômoda convivência, tolerada e até bem-vinda, a um aberto antagonismo, quando o sistema oficial se sente ameaçado.

Mas é preciso ter-se em mente que os parassistemas, quando eclodem, são imbatíveis. Para terminar com suas manifestações seria necessário exterminar os seus agentes ou eliminar as suas causas, duas soluções que o sistema oficial geralmente não pode utilizar. A única forma sensata de eliminar os parassistemas é absorvê-los, mas para isso é necessário vontade política, sacudir o conservantismo.

Nos países desenvolvidos o parassistema, em geral, é pequeno e tem pouca oportunidade de crescer, salvo se o próprio Estado o permitir, naquelas atividades em que seja mais vantajoso mantê-lo. Distintamente, nos países em desenvolvimento o parassistema parece endêmico e tanto mais forte quanto exclusivo for o sistema privilegial oficial, reforçando-se, cada vez mais, na medida em que seus agentes só possam sobreviver e prosperar na informalidade.

O empresário do parassistema, que não tem condições de operar no sistema oficial, na maior parte das vezes não poderia sequer iniciar um negócio, tais as exigências, trâmites burocráticos e custos para obter a coleção de autorizações e licenças que, em conjunto, se constituem num autêntico *charter* de privilégios. As vezes, faltam-lhe até os canais de acesso para obtê-los.

O trabalhador do parassistema também só encontra condições de sobreviver, mantendo-se e a seus dependentes, na informalidade. Não há emprego para ele no sistema de trabalho oficial, seja porque não teve acesso ao subsistema de formação de mão-de-obra, seja, a mais das vezes, porque muitos são os pretendentes para poucas vagas, numa economia em que a produção não encontra o único estímulo apropriado, que o Estado não pode dar, apenas garantir: a competição. De certa forma, o trabalhador que logra acesso ao sistema oficial passa a ser um privilegiado, pois tem o gozo de todas as garantias jurídicas do trabalho e benesses sociais, enquanto os do parassistema só têm... o trabalho.

O importante é reconhecer-se que, à sua maneira, os parassistemas dão uma resposta pragmática à inércia conservadora dos discursos da esquerda e da direita. Como bem observou HERNANDO DE SOTO, em notável trabalho de pesquisa social no Peru, elas "são, antes de tudo, mercantilistas e têm, portanto, mais características em comum do que elas mesmas supõem" (*Economia Subterrânea*, Rio, Ed. Globo, 1987, p. 320).

Na prática, nos países em desenvolvimento, a resposta a esses problemas só se dá com mudanças do sistema oficial, o que nenhum dirigente, de esquerda ou de direita, quando assumiu o poder, tem feito, acomodando-se nesse verdadeiro conservadorismo, que nada tem de ideológico mas de fisiológico. Os parassistemas, ao contrário, são a resposta espontânea da sociedade à inanidade do Estado burocrático e do Estado socialista, como formas de organização política.

Por sua indisfarçável presença nos países em desenvolvimento, os parassistemas demonstram que o debate deste fim de século não é entre ideologias, não é entre esquerdas e direitas, mas entre o velho e o novo, ineficiente e o eficiente.

O dilema desloca-se entre o manter as fórmulas estatizantes, por inércia, conservadorismo ou ignorância, ou colher, nesse potencial de criatividade que se patenteia e explode nos parassistemas, a força para mudar.

É preciso, antes de tudo, a consciência de que o Mega-Estado está em cheque; o parassistema forçará inevitavelmente a reconciliação entre o Estado e a sociedade e a superação do fosso, que continua a aumentar, entre a sociedade "oficial", a das estatísticas, e a sociedade "marginal", a das favelas, dos guetos, das listas negras e das prisões.

O caminho passa pelo reconhecimento dessa simples verdade; de que o Estado e o direito não podem atuar como empecilhos à produção econômica, mas, ao contrário, de que só podem atuar como seus garantidores e impulsionadores, pois essa é sua função e só assim tornaram-se ricas as nações desenvolvidas.

O Estado providencial pertence ao passado. Foi um produto histórico do crescimento da máquina estatal, como também o foram o Estado colonialista, o Estado militarista e o Estado socialista, todas essas formas, varie-

dades do totalitarismo e da deificação hegeliana do Estado, que dispensou o conceito de sociedade e subverteu o de liberdade.

O fracasso rotundo do Mega-Estado está patente em cada país subdesenvolvido, em cada país socialista, em cada desempregado, em cada marginal, em cada empresa informal que se abre, em cada trabalhador clandestino, em cada camponês que migrou para a cidade em busca de oportunidade, em cada birosca de favela, em cada sonegador que não pode pagar tributo, se não fecha seu negócio ou morre de fome, em cada favelado que não pode pagar aluguel de uma habitação decente, em cada menino de rua que nos vem vender alguma coisa e até em cada assaltante, que é a face desesperada da marginalidade.

Estado e direito, ao ignorarem o parassistema e suas necessidades, desprezam o presente, desinteressam-se pelo futuro, condenam a sociedade à estagnação e à miséria, negam sua própria justificação, que não pode ser outra que o bem-comum.

Nenhuma lei, nenhuma Constituição que não contiverem os mecanismos necessários para absorver os parassistemas poderão lastrear o desenvolvimento econômico e o verdadeiro progresso.

4. *Crise do estatismo*

A inadequação do modelo estatizante às atuais exigências do desenvolvimento não decorre apenas das características mercantilistas apontadas e da incapacidade decorrente, de dar respostas integrais e pragmáticas às necessidades das sociedades contemporâneas, cada vez mais complexas e heterogêneas, mas, também, das novíssimas circunstâncias internacionais da política e da economia.

Entre essas circunstâncias destacam-se o declínio do nacionalismo e a transnacionalização da economia, com o advento de novas escalas na tecnologia e na produção.

O nacionalismo não desapareceu, mas renovou-se. Perde seu ranço xenófobo e paroquial e transfigura-se num outro patamar ético em que a solidariedade é mais forte e o preconceito é menos expressivo.

Como fruto dessa evolução, a própria soberania e a cidadania ganham novos e mais amplos contornos. O cidadão europeu, por exemplo, não deixará de ser orgulhosamente francês, italiano ou holandês, mas se sentirá enriquecido com a cidadania européia. Algumas décadas atrás, isso seria inadmissível, quase um crime de lesa-pátria. Hoje, admitem-se fidelidades cumuladas sem conflito em todos os quadrantes do globo em que se conseguiu superar os aspectos preconceituais do nacionalismo, pois, como bem observou NEY PRADO, "o xenófobo, no fundo, é um medroso, que mascara seu temor no preconceito" (in *Os Notáveis Erros dos Notáveis*, Rio, Ed. Forense, 1987, p. 140).

A transnacionalização da cidadania se completa com outra realidade que vem ganhando vulto desde o final da Segunda Guerra Mundial: a

transnacionalização da economia. Já não se pode ignorar que vários sistemas econômicos operam em bases transnacionais, principalmente os de capitais, os de tecnologia e os de complementaridade industrial. Até as economias superdirigidas e superplanificadas dos países socialistas se estão adaptando à nova realidade econômica mundial. Os grandes capitais exigidos para os investimentos indispensáveis ao desenvolvimento, bem como as tecnologias necessárias, não são mais propriedades estatais, sujeitas às leis políticas, mas propriedades privadas movimentadas e postas em ação por organizações também privadas que não têm outro compromisso senão com a eficiência e o êxito. O pragmatismo econômico, lentamente, supera o discurso ideológico, levando-o a um paulatino descrédito, que se reflete nas estatísticas minguentes dos partidos ideologizados, ao declínio sobre o qual tão agudamente discorre DANIEL BELL (*The End of Ideology*, Glencoe, Illinois, Free Press, 1960), que vê esgotadas as possibilidades de reivindicar a verdade de seus conceitos sobre o mundo (*op. cit.*, p. 16). Isso é uma característica presente nas sociedades desenvolvidas.

Mas são as demandas da pesquisa tecnológica, tão exigentes em termos de qualidade, de custo e de organização, o fator que mais impulsionou a transnacionalização da economia. A escala internacional é imprescindível porque é a perspectiva de grandes negócios que determina as grandes inversões, tanto na engenharia dos produtos quanto na engenharia da produção. Essa escala, é óbvio, com exceção de algumas poucas nações de mercado interno de grande expressão em termos numéricos e de poder aquisitivo, só pode ser a internacional.

Nesse mundo internacionalizado, o Estado perde sua importância como ator econômico em favor das grandes organizações internacionais, mas, em compensação, vê aumentados o seu papel de orientador e incentivador da economia e a sua responsabilidade no campo social.

Aproximamo-nos de um modelo em que cada instituição deve buscar o máximo de eficiência em seu respectivo campo: o Estado, sobretudo, a eficiência política, enquanto a empresa, a eficiência econômica.

O envelhecimento do modelo estatizante, já prenunciável em Bretton Woods, acelerou-se à medida em que o mundo sentiu aliviado o afastamento do risco de novas conflagrações globais e o declínio das ideologias, com sua carga de intolerância e de radicalização.

O importante deixa de ser ganhar guerras, mas evitá-las; estabilizar a paz — uma *pax oeconomica*, em que as interdependências equilibrem as diferenças.

Finalmente, *last but not the least*, o modelo estatizante passou a ser questionado no essencial; na concepção hegeliana do Estado, na sempre pretendida assimilação do Estado à sociedade. A partir da Segunda Guerra Mundial, nas nações desenvolvidas começou-se a questionar os rumos da própria democracia e, em consequência, a exigir-se que ela evoluísse também, de representativa a participativa. Passava a ser cada vez mais impor-

tante que, ao lado da escolha dos representantes que deveriam governar a nação, se escolhesse também o modo pelo qual se quer ser governado, na arguta lição de JEAN RIVERO ("A propos des métamorphoses de l'administration d'aujourd'hui; démocratie et administration", in *Mélanges offerts à René Savatier*, Paris, Dalloz, 1965, p. 827).

Esse novo modelo, que está resultando, nos países mais desenvolvidos, no abandono do estatismo, já pode apontar algumas características próprias; o primado da sociedade, a democracia participativa e a retomada da eficiência pela competição e pela complementação internacional.

O *primado da sociedade*, como fenômeno antro-po-social, em relação ao Estado, fenômeno político-social, afirma o triunfo do conceito da sociedade livre, para criar e competir e, competindo, superar-se, em substituição ao Estado dirigista que nos legou o mercantilismo, protecionista e fechado, que só foi eficiente enquanto o nacionalismo dividia e subdividia a geografia política e econômica do globo.

A *democracia participativa*, como fenômeno juspolítico, determinando a escolha do *como* ser governado, decreta o fim do Estado cartorialista, gerador de desigualdades e de privilégios, vinculador da empresa à política, inclinado à baixa prioridade na eficiência econômica. O empresário atrelado à máquina governamental, protótipo do cartorialismo, é um parasita em extinção nos países mais desenvolvidos.

Finalmente, a *retomada da eficiência* através da competição está tornando obsoleto, nos países de vanguarda, o Estado paternalista, distribuidor de empregos, de favores e de benesses. A política serve para gerir a coisa pública e não para substituir-se à economia. Não cabe ao Estado dar, nem mesmo o essencial, mas propiciar, por todos os modos, que sejam produzidos e acessíveis a todos os frutos do progresso.

A igualdade, nesse contexto eficientista, deve estar, ao máximo, nos pontos de partida e não, em absoluto, nos pontos de chegada, para lembrar as palavras de LUIGI EINAUDI (apud *Intervista sul Liberalismo e l'Europa a cura di Vincenzo Ferrari*, Gius, Laterga & Figli SPA, Roma-Bari, 1979, 3., p. 43). Ainda é a eficácia que reclama, como vimos, a transnacionalização da cooperação econômica, para melhor aproveitar as novas escalas da pesquisa científico-tecnológica e dos mercados internacionais.

O país que falhar em compreender a tempo essa transformação e a incorporar a sua política e a seu direito, estará se retrasando, marginalizando-se na História, condenando seus nacionais a verem passar o milênio na pobreza, enquanto países, quiçá até menos dotados, vão se integrando na comunidade econômica desenvolvida, que a liberdade, a isenção e a competição estão expandindo por toda a terra.

5. Conservadorismo em nome do progresso

Sem dúvida, perdeu-se, na crônica defasagem cultural de que historicamente padecemos, a oportunidade de romper definitivamente as peias do

subdesenvolvimento e prepararmo-nos para assumir uma posição de vanguarda na economia mundial.

Continuamos, por preconceito, por desinformação em parte, mas, principalmente, por conveniência da burocratização privilegial e do distributivismo socialista, enclausurados no modelo estatizante e marginalizados do *mainstream* desse novo surto de desenvolvimento global, beneficiado extraordinariamente pela distensão proporcionada pelos acordos Reagan-Gorbachov.

O interesse político na manutenção do *status quo* não abre mão da semântica perversa que inverte conservadorismo e progressismo. Nada mais conservador que manter o estatismo petrificante, que privilegia alguns e condena outros à marginalidade, indistintamente empresários e trabalhadores.

Essa semântica parece ter surtido um excepcional resultado na elaboração da Carta de 1988; para não passar por retrógrados, muitos políticos fizeram questão de adotar teses chamadas “progressistas” sem perceber que, com isso, revitalizavam e mantinham as surradas e ineficientes instituições do conservadorismo burocrático-socialista.

Assim, a pretexto de progressismo, a nova Constituição acabou confirmando quase todas as antigas características do modelo autoritário no campo econômico.

Lamentavelmente, a abertura política, tão auspiciosamente iniciada, não se completou com a abertura econômica; o que seria uma tarefa *realmente* progressista acabou ficando sem suficientes patrocinadores.

A elaboração constitucional, que o Brasil encetou em circunstâncias transicionais, mas sem antes curar a crônica miopia política que nos aflige, não poderia deixar de ressentir-se tanto de suas características negativas quanto desse cruel paradoxo: a nível racional, identificou-se um anseio de liberdade, mas a nível emocional, continuou-se a se esperar do Estado a solução de problemas que só a sociedade pode dar eficientemente, *se estimulada pela liberdade*. E não há, estejamos certos, nenhum elenco de liberdades e de garantias individuais que resistir possa ao novo *Leviathan* verde e amarelo que a Carta de 1988 está nutrindo — não no seu Título II — Dos Direitos e Garantias Fundamentais — mas nos que o sucedem, organizando um Estado grande, caro, pesado e interventivo.

As contradições repetem-se à medida que perlustra-se o Texto promulgado: as setenta e sete gloriosas declarações de liberdades e de garantias acabam sendo paulatinamente desbastadas e engolidas pela máquina interventiva, monopolista, cartorialista e paternalista, imaginada para o novo Estado brasileiro.

O indivíduo, exaltado por aquelas prolixas declarações de direitos e garantias, parece ter recebido tudo e mais alguma coisa. Mas, aos poucos, a Carta decepciona e se contradiz, à medida que o papel do Estado vai sendo definido na mais extensa carta constitucional de nossa história. O

indivíduo tem tudo enquanto pessoa idealizada; no momento em que dele se espera o trabalho, a iniciativa, o progresso enfim, dele se desconfia, começa a ser penalizado, tributado e limitado: só o Estado é ético, como já observara NEY PRADO ao comentar o texto inspirador, preparado pela Comissão Afonso Arinos (v. *Os Notáveis Erros dos Notáveis*, Rio, Ed. Forense, 1987, *passim*).

Mas o indivíduo abstrato não existe: o que conforma a sociedade são operários, empresários, professores, militares, contribuintes, agricultores, profissionais liberais etc. . . — mas, a alguns, o Estado cerca e cerceia, como se fossem apenas tolerados, e, a outros, os engana com falsas concessões, como se o progresso fosse produto da lei e “dádiva do papel”, como expusemos em artigo com este nome publicado na Carta APEC (n.º 797, de 30-6-88, pp. 18 e 19).

Como consequência, ao tornar o progresso algo que o Estado deve “proporcionar”, desestimula-se o *real* progresso, que a sociedade deve criar.

Aí vão, como meros exemplos do que apontamos como *irrealismo* antiprogressista, o *estímulo à ociosidade* pela redução a seis horas da jornada máxima para turnos ininterruptos (art. 7.º, XIV), pelo adicional de um terço no pagamento das férias (art. 7.º, XVII), pela esdrúxula licença paternidade (art. 7.º, XIX), pelo aviso prévio proporcional ao tempo de serviço (art. 7.º, XXI), e o *desestímulo* à competição e ao aprimoramento pessoal, pela proibição demagógica de distinção entre trabalhadores braçais e intelectuais (art. 7.º, XXXII), por uma exagerada estabilidade no emprego (art. 7.º, I) e pelo *grevismo* incentivado (art. 9.º).

O *estatismo cartorial* está presente em vários dispositivos, como no que define a empresa brasileira de capital nacional (art. 171, II), no que proíbe os contratos de risco (art. 177, § 1.º), no que cria o monopólio para a distribuição de gás (art. 177, IV) e como no que reinstitui o regime regaliano para o subsolo, abandonado desde o Império por sua reconhecida imprestabilidade para estimular a mineração (art. 20, IX).

Mas também está presente o *estatismo inconseqüente*, como no tabelamento dos juros reais em 12% (doze por cento) ao ano (art. 192, § 3.º), tornando impossível o crédito sadio e exacerbando a economia subterrânea, e no usucapião urbano (art. 183), que estimula o esbulho e constitucionaliza as favelas, condenando, demagógica, indireta e inconfessadamente, milhares de brasileiros e suas descendências às habitações precárias, perigosas e subumanas, sob o irônico pretexto de “protegê-los”.

O *estatismo burocrata-paternalista* declarado fica patenteado no elenco de serviços que o Estado Federal deverá explorar “diretamente ou mediante concessão a empresas sob *controle acionário estatal*”: serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações (art. 21, XI), mas, como se a experiência desorganizadora do Plano Cruzado houvesse sido esquecida, dá-se competência privativa à União para “organizar o abastecimento alimentar” (art. 23, VIII)

e para funcionar como “agente normativo e regulador da atividade econômica”, uma deliberadamente equívoca expressão que realmente nada acrescenta, se interpretada no contexto constitucional, mas que pode dar margem a infundáveis discussões, explorações demagógicas e vacilações, enquanto, ao prosperarem, o Poder Público cada vez mais invade e inibe, com sua tecnoburocracia ineficiente, os setores de decisão do mercado (art. 174, *caput*).

O *estatismo tecnocrata-xenóforo*, entre outras presenças, estará pronto para tolher o progresso do País na nacionalização da pesquisa, lavra e aproveitamento dos recursos minerais (art. 176, § 1.º); com o já referido fim dos contratos de risco (nos casos em que o estrangeiro assumia os riscos, porque, no exterior, nós podemos assumi-los . . .) (art. 177, § 1.º); na inexplicável oposição de o capital estrangeiro vir a desenvolver, entre nós, o combalido setor da saúde (“a doença é nossa”) (art. 199, § 3.º); e, para encerrar essa tragicômica lista exemplificatória, naquela tão vaga como preconceituosa afirmação de que “o mercado interno integra o patrimônio nacional”, em que se confunde, propositadamente, causa com efeito: patrimônio é o *resultado* da produção econômica mas, por si só, não é sua *causa* (art. 219, *caput*); sem que se lhe agregue trabalho, tecnologia e a capacidade de oferecer ao mercado o melhor produto ou serviço pelo menor preço, não há patrimônio, mas um *ônus* a ser suportado pelos que produzem. A China e a Índia têm esse “patrimônio”, maior que o nosso e muitas vezes maior do que o da Suíça, mas este pequeno País é que apresenta o maior produto *per capita* do mundo: será que é preciso dizer mais?

Sem multiplicar os exemplos colhidos da generosa catadupa desses sucessivos atentados ao progresso, que L. G. NASCIMENTO SILVA denominou, apropriadamente, de “espartilho à sociedade” e MIGUEL REALE, de “totalitarismo normativo”, nem os seus defensores, pelo menos, poderão negar que a Assembléia Nacional Constituinte foi, nesses e em muitos outros temas, muito além da matéria constitucional e acabou furtando, aos futuros Congressos, o espaço legislativo indispensável para a tarefa de *permanente adequação da vida nacional às cambiantes exigências do progresso*.

Estamos ameaçados de ser permanentemente espartilhados num modelo que já nasce ultrapassado e congelado; curiosamente, tudo em nome de um “progressismo”, que de progresso só tem o étimo, pois se alguma preocupação de progresso se pode conceder a esse “progressismo”, ficou apenas no *distributivismo social*, como se este fosse possível e, se possível, sustentável, sem o desenvolvimento econômico e tecnológico que o lastreie e, sobretudo, sem o estímulo que nasce e prospera na livre competição.

Dispam-se os *soi-dissant* “progressistas”, os conservadores mercantilistas, das surradas vestes dos preconceitos, que nem mais para os palanques lhes vão servir, e repensem na máxima cunhada por DENG XIAO PING: “não importa se o gato é branco ou preto; o importante é que coma o rato”.

Só a liberdade gera o verdadeiro progresso e o Estado não nos dá qualquer dos dois. Que o progresso é fruto da liberdade e não aquela dádiva do papel, é tudo o que devemos ter em mente para emendar... e recomeçar, pois o estatismo já deu o que podia dar. Agora, é com a sociedade.

6. Conclusão

Não é preciso mais que olhar em torno para dar-nos conta de que estamos atrasados, mergulhados no mais improficuo conservadorismo, mascarado ironicamente de progressismo para efeitos propagandísticos.

Estariam estadistas do porte de FELIPE GONZALES, CAVACO E SILVA, MARGARETH THATCHER, BETTINO CRAXI, DENG XIAO PING e MIKAIL GORBACHOV, equivocados ao reduzir o tamanho, o peso e a ingerência do Estado na economia, independentemente das ideologias ou doutrinas políticas que professam e das características tão distintas de seus respectivos países? Não teriam eles se apercebido que o progresso não é dádiva do Estado, mas se alcança na conciliação permanente entre o idealismo e o pragmatismo, um exercício que a sociedade vem realizando espontaneamente desde as cavernas? Não teriam coincidido na convicção de que não são os esquemas cerebrinos e as crenças pré-fabricadas que trazem o progresso, mas a livre competição?

A Constituinte não pôde ou não quis olhar em torno, nem olhar para o futuro. Ateve-se ao passado, considerou-o satisfatório e manteve, com ligeiras alterações cosméticas, o autoritarismo canônico das Cartas de 1967 e 1969. Foi politicamente mais fácil conciliar-se a burocracia com o distributivismo que a economia com a racionalidade.

Somam quarenta os institutos de intervenção previstos na Constituição de 1988; vinte e oito de intervenção regulatória; um, genérico, de intervenção concorrencial; cinco, de intervenção sancionatória; e seis, de intervenção monopolista. Todos mantêm, com ligeiras modificações, os empecilhos ao progresso que a redemocratização deveria ter varrido com o autoritarismo que permitiu que se acumulassem.

Podemos alinhar, à guisa de conclusões, quatro pontos característicos do modelo econômico *conservador* na Carta de 1988: o primeiro, a manutenção do estatismo, uma *solução política exaurida*, pois nem os capitais públicos são mais abundantes — ao contrário, acumulam-se os *deficits* públicos em grande número de países — nem o Estado comprovou ser um gestor eficiente — ao contrário, privatiza-se a economia de norte a sul, de leste a oeste, como solução para tornar o Estado menos pesado para a sociedade.

O segundo ponto é o desinteresse pela eficiência econômica, sacrificada pelo discurso ideológico, a que já nos referimos.

O terceiro, a sinalização de uma inibição xenófoba à internacionalização da economia brasileira, fazendo-nos perder oportunidade que são canalizadas para nossos competidores, hoje, na Ásia, amanhã, na África e na América Latina.

A quarta, um desprezo prático pela liberdade, em que pese a sua abundante afirmação teórica no Título II, dos Direitos e Garantias Fundamentais. Não obstante, só a liberdade é o legítimo fundamento do progresso, não apenas como uma regra positivada, mas como uma experiência diuturnamente vivida em todos os campos da atividade humana. Onde ela não existir o verdadeiro progresso não medrará, no seu mais puro, vernacular e universal sentido; o único que assegura o primado do homem sobre todas as suas criações.

Há, felizmente, saídas corretivas para que o desenvolvimento econômico seja retomado; a primeira estará na utilização das potencialidades da legislação infraconstitucional, pois, felizmente, a Carta de 1988, sem ela, fica incompleta em sua eficácia. A segunda, pelo emprego das *emendas* e da *revisão* constitucionais, ambas previstas como procedimentos hábeis para aquele efeito. Também felizmente, a Constituição redemocratizante de 1988 foi promulgada em caráter confessadamente provisório, pois, à semelhança da Carta portuguesa de 1982 (art. 286), na qual tanto se inspirou, previu-se sua *revisão* obrigatória e ilimitada após os primeiros cinco anos de vigência (art. 3.º). A terceira, pela aplicação prudente dos dispositivos que possam dar azo a interpretações radicalizantes e desagregadoras, pelo Poder Executivo e pelo Poder Judiciário, casuisticamente.

Aquela previsão revisionista, humilde e apologética, como se fora um pedido antecipado de desculpas pelos acrescidos transtornos que, de certa forma, os constituintes já previam para a economia nacional, e pela consciência que tiveram do atraso a que condenariam uma geração de brasileiros, com suas questionáveis "conquistas", impondo um sacrifício real em aras de um progresso retórico, é o próprio resumo das perplexidades da nova Carta. Mas, paradoxalmente, é sua mais promissora esperança.

Por enquanto, e finalmente, há a alternativa prudente da interpretação construtiva e inteligente, a partir dos sadios princípios que a Carta adota, capaz de desbastar arestas, suavizar radicalismos e servir à causa do desenvolvimento que, no momento, confunde-se com a causa da estabilidade política.

Seja por via de interpretação, de integração infraconstitucional, de emenda ou de revisão, não importa, retomaremos a via do desenvolvimento. Isto é certo. Só temos que esperar.

É verdade que esperaremos pagando um alto preço, pois a cada dia milhares de brasileiros estarão sofrendo ou morrendo enquanto não sobrevierem as mudanças necessárias. Mas este também é o preço da democracia e este também é o preço da liberdade. São investimentos na esperança.

A experiência brasileira de Constituição Econômica

WASHINGTON PELUSO ALBINO DE SOUZA

Professor Titular de Direito Econômico da
Faculdade de Direito da UFMG

1. Cinquenta e quatro anos seguidos de experiência, em cinco Constituições com tratamento da temática econômica, autorizam-nos a tecer considerações sobre alguns pontos que nos parecem os mais importantes aspectos da "Constituição Econômica Brasileira", agora consubstanciada no Título VII da Carta de 1988. Efetivamente, em primeiro lugar é necessário corrigir os efeitos da pouca divulgação desta expressão que vai ganhando terreno na literatura jurídica mais moderna. Depois, é válido o desafio quanto à elaboração e ao esclarecimento de conceitos que a compõem e que se apresentam como "novos" ou carentes de maior conhecimento ao serem situados lado a lado dos princípios consagrados nas Cartas tradicionais. Além destes aspectos, restam ainda os registros da metodologia adotada para a elaboração da Carta Magna, que adotou a reunião dos temas em um conjunto harmônico. Chegou ao ponto atual apresentando peculiaridades que lhe garantem a condição de peça completa e perfeitamente encaixada no texto geral.

Para se formular conhecimento mais seguro do modo pelo qual se efetivou esta experiência, torna-se recomendável uma análise das diversas Cartas brasileiras até a presente, penetrando o sentido do enunciado dos títulos em que se reuniram os seus diversos artigos, a estrutura do discurso, bem como o conteúdo e o modo de tratar a temática ali inserida.

Desde logo se há de destacar como óbvio o tratamento dado aos temas em consonância com a realidade sócio-econômico-política predominante na época de elaboração de cada uma delas, possibilitando-se analisar o seu comportamento projetado na análise da carta seguinte e na configuração dos princípios ideológicos materializados nos respectivos textos ⁽¹⁾.

(1) Constituições de 1934, 1937, 1946, 1967 e 1988.

O caráter científico de um tratamento desta natureza oferece-nos a possibilidade de avaliação do dinamismo do direito na busca incessante de coincidência com a realidade, ao mesmo tempo que revela a sua projeção nos fatos futuros que a Carta Magna pretende orientar. Como que, um movimento ondular, ligado à conjuntura social na sua mais ampla manifestação, desenha-se no texto geral da Constituição, porém se reveste de colorido mais intenso na "Constituição Econômica" (2) em decorrência das próprias características da vida da sociedade atual. A ausência da "Constituição Econômica" nas Cartas liberais de 1824 e 1891 justifica-se pelas mesmas razões de comportamento semelhante nas Constituições dos demais países, até a Carta de Weimar, de 1919. No caso brasileiro, não somente as transformações ideológicas, com a implantação do neoliberalismo, porém as metamorfoses econômicas que se foram intensificando e o efeito externo de modelos políticos diversos tiveram repercussões sensíveis que a observação revela de modo incontestável.

Os efeitos próximos ou remotos da Constituição Econômica na ordem jurídica como um todo traduzem-se na legislação ordinária que se amplia e diversifica ao ponto de impressionar os juristas afeitos à tradição dos Códigos bem acomodados e com a pretensão napoleônica de durabilidade eterna. A atividade econômica de intensidade crescente e variedade ilimitada gera a fértil produção legal que procura atendê-la. A conciliação desta pletera de leis com o atendimento dos instrumentos executivos e judiciais, em face do ideal de acesso cada vez mais amplo do cidadão à justiça, constitui outro não menor e mais fácil desafio ao direito nos dias atuais, exigindo a modernização instrumental que podemos utilizar no desenvolvimento da Informática Jurídica e outros meios de sua dinamização que, entretanto, só por si não possibilitam a realização de justiça.

1. O enunciado

As diversas Constituições brasileiras, a partir de 1934, ao cuidar da "ordem econômica", caracterizando a Constituição Econômica, o fizeram garantindo-lhe a mais alta expressão hierárquica em termos de disposição formal da matéria, pois que a trataram como "Título". Seu enunciado apresentou variações não muito importantes até que se chegou ao texto de 1988, como se depreende de sua comparação: "Da ordem Econômica e Social, (3) Da Ordem Econômica" (4); "Da Ordem Econômica e Social" (5); "Ordem

(2) Vide: nosso *Direito Econômico*, Ed. Saraiva, 1980, pp. 72 ss.: "O Direito Econômico no Discurso Constitucional", *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, nºs 60/61, 1985. LOJENDIO, D. Ignácio Marla de, in *Constitución y Economía*, Madrid, p. 81; Moreira, Vital, *Economía e Constitución*, 2ª edição, Coimbra Editora, 1979, Portugal; ANSEJO, Oscar de Juan, *La Constitución Económica Española*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, Espanha; GALÁN, Juan Ignácio Font, *Constitución Económica y Derecho de la Competencia*, Tecnos, 1987, Madrid.

(3) Constituição de 1934, Tít. IV.

(4) Constituição de 1937 não adota a divisão do texto.

(5) Constituição de 1946, Tít. V; 1967, Tít. III; 1969, Tít. III.

Econômica e Financeira" (6). Esta Carta destacou a "Ordem Social" em título à parte (7), com o que não se mostrou propriamente original, pois a Constituição italiana de 1944 já o havia feito com as "Relações Ético-Sociais" e as "Relações Econômicas". A portuguesa de 1976 dera a categoria mais elevada de "Parte" à "Organização Econômica", para destacar, como um dos seus Títulos, o "Sistema Financeiro e Fiscal".

2. *Estrutura do discurso*

Os diversos textos constitucionais brasileiros apresentam estruturas diferentes entre si, embora fundamentalmente sigam a mesma técnica.

Certamente pela sua função inovadora, visto como as Constituições anteriores não se ocupavam do assunto econômico com este destaque, a de 1934 incorporou toda a temática em 28 artigos, 18 parágrafos e 10 letras. A de 1937, em 20 artigos, 4 parágrafos e 14 letras.

A de 1946 fê-lo em 17 artigos, 12 parágrafos e 17 incisos. A de 1967, em 9 artigos, 26 parágrafos e 27 incisos. A emenda de 1969, em 14 artigos, 21 parágrafos e 30 incisos. A de 1988 divide o "Título" em 4 Capítulos, o que é feito pela primeira vez, e por eles distribui igualmente 22 artigos, 29 parágrafos, 44 incisos e 4 letras. Considerando-se que a maioria dos temas está presente a todas elas, percebe-se a projeção diferente dada em cada uma, para temas que ora assumem a importância de artigos, ora se classificam em parágrafos, incisos ou letras.

Por outro lado, veremos mais adiante que a distribuição temática se foi desenvolvendo e as modificações, assim como as inovações, comandaram o processo de agrupamento de artigos pela identidade de assuntos ou, por outro lado, levaram aquelas modificações de posicionamento traduzindo a ascensão ou decadência hierárquica, chegando até à supressão, muitas vezes para ressurgimento posterior, como se deu com o problema dos juros.

A Carta de 1988 introduziu várias inovações que podem ser apontadas a começar pela divisão do título em capítulos, como dissemos acima, porém igualmente por destinar o Cap. I aos "Princípios Gerais da Atividade Econômica", em lugar da simples referência a "princípios", incluída no artigo introdutório. Com esta medida de natureza técnica, contribuiu mais claramente para a caracterização da "Constituição Econômica", pois, embora esta não signifique a intenção de uma Carta à parte, destacada do texto geral que naturalmente mantém-se íntegro, oferece à temática da "Ordem Econômica" elementos para embasamento de "teoria geral", ou de "fundamentos" próprios. Estes, sem se chocar com o texto geral, permitem referências a uma hermenêutica específica. Efetivamente, a interpretação do texto da Constituição Econômica, ou seja, do título da "Ordem Econômica", há de se basear nos princípios da técnica de legislar sobre o tema

(6) Constituição de 1988, Tít. VII.

(7) Constituição de 1988, Tít. VIII.

econômico e de interpretá-lo juridicamente, fazendo-o em referência aos elementos gerais da Carta em que está inserido.

Esta inovação exige análise à parte, pelos motivos expostos a seguir:

De início, em vez de reunir toda a matéria em artigos corridos, como fizeram as anteriores, e ao distribuí-la por quatro capítulos, assim localizou a temática abordada:

— Cap. I

Arts. 170 a 181, onde se inserem os dispositivos referentes aos “Princípios Gerais da Atividade Econômica”.

— Cap. II

Arts. 182 a 183, onde se situa a “Política Urbana”.

— Cap. III

Arts. 184 a 191, contendo a “Política Agrícola, Fundiária e Reforma Agrária”.

— Cap. IV

Art. 192, dedicado ao “Sistema Financeiro Nacional”.

Uma rápida comparação com as Constituições anteriores credita à de 1988 mais apurada técnica sistematizadora, melhor explicitação de determinados temas com o desdobramento em incisos, artigos e parágrafos, evitando o uso de *letras* para as subdivisões. Desta forma, a Constituição Econômica passou a dispor de elementos formais e de maior consistência.

Apesar destes aspectos positivos, exige ponderação o fato de o legislador constituinte se ter mostrado tímido nas afirmativas, recorrendo ao velho estratagema de relegar à lei ordinária ou especial o verdadeiro “comando” e mantendo-se na expressão programática. Como se sabe, uma das características da moderna técnica de legislar constitucionalmente é a de superar tais expedientes. Tanto que institutos como o da “inconstitucionalidade por omissão” ou o próprio “mandado de injunção”, incluído nesta Carta, são dados como remédios contra aquele recurso protelatório dos efeitos das conquistas introduzidas na Lei Fundamental. Realmente, o legislador de 1988 caracterizou-se por esta timidez, pois para os 22 artigos e 51 incisos, nada menos de 34 têm sua aplicação relegada a 39 leis.

Esta delegação de competência da Lei Maior à legislação secundária caracteriza-se como uma espécie de alienação de competência constituinte, e, embora tal técnica tenha sido consagrada no constitucionalismo clássico, a verdade é que por ela se chegou ao caminho capaz até mesmo de anular os preceitos constitucionais pela indefinida elaboração legal, quando não por textos que sob a alegação de atender à realidade e à viabilidade, acabam por desfigurar o sentido originário do discurso constitucional.

3. *As metodologias de elaborações dos textos*

Partindo do ponto de vista de sua íntima relação com os dados ideológicos neles inseridos, tomaremos para identificação das metodologias de elaboração dos diversos textos constitucionais, as influências da realidade nacional ou internacional reinantes nas respectivas épocas, tanto sobre a Constituição como, especialmente, sobre a Constituição Econômica.

Observação mais atenta desde logo revela dissensões fundamentais de princípios que essa metodologia reuniu em um mesmo texto, deixando à prática política e à hermenêutica a sua final absorção e conciliação. Refletem, no entanto, elementos correspondentes à evolução dos conceitos, valores e dos próprios fatos, os quais o legislador constituinte não pode ignorar sob pena de falsear o objetivo primacial da Constituição, deixando de atender à realidade política, econômica e social do país a que se destina, em qualquer época ou circunstância.

3.1. *A Carta de 1934*

Saindo da Carta de 1891, a Revolução de 1930 ofereceu, em quatro anos, farta legislação produzida sob regime de arbítrio e dirigida no sentido de substituir os princípios liberais anteriores por outros inspirados nas experiências decorrentes especialmente das crises posteriores à Primeira Guerra Mundial. A Carta de 1934 absorveria em grande parte as inovações daquela legislação e apresentaria uma estrutura inteiramente nova, com a adoção pela primeira vez, como dissemos anteriormente, da Constituição Econômica na história do constitucionalismo brasileiro. A nova temática aí incorporada já havia sido introduzida em grande parte na legislação brasileira por meio dos instrumentos dos *decretos* do Governo Provisório, ou seja, pelo poder discricionário assegurado pelo Decreto n.º 19.398, de 11 de novembro de 1930⁽⁸⁾, que o instituiria. Para Afonso Arinos de Melo Franco, ter-se-ia configurado no período uma “Constituição Provisória” que somente se extinguiu com a promulgação da Constituição de 16 de julho de 1934, cujo Ato das Disposições Transitórias aprovou os atos do Governo Provisório, excluindo os seus efeitos de qualquer apreciação judicial.

Define também as funções do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica.

Estabelece, igualmente, os regimes de prestação de serviços pelo poder público, ao lado dos regimes de concessão ou permissão, autorização e pesquisa.

A partir deste período localizamos a Constituição Econômica Brasileira, porém, se considerarmos a referência a uma “Constituição Provisória”,

(8) Afonso Arinos de Melo Franco, considera este diploma como uma verdadeira “lei Bi-Constitucional outorgada por um poder de fato (FRANCO, Afonso Arinos de Melo, “Curso de Direito Constitucional Brasileiro”, Forense, Rio, 1ª edição, 1960, p. 172.)

como tal identificaremos, a partir de 1930, toda a legislação referente à construção de uma "Ordem Econômica" já marcada pela presença do Estado. Não há qualquer conflito nesta afirmativa com as opiniões de que referido decreto tivesse o "seu fundo predominantemente privatista" (9), especialmente pela garantia das relações jurídicas entre as pessoas de direito privado.

Antes de chegarmos à Carta de 1934, verificamos que, após pressões irresistíveis, foi expedido pelo Chefe do Governo Provisório o Decreto n.º 21.402, de 14 de maio de 1932, que marcara as eleições para a Assembléia Constituinte. A metodologia adotada por este próprio diploma foi a da criação de uma Comissão Especial, que em nome do Governo elaborasse o anteprojeto da futura Constituição, o que se deu pelo Dec. n.º 22.040, de novembro de 1932.

Desde logo são detectados elementos fascizantes e socializantes no trabalho das Comissões, os quais se incorporariam ao texto final. Apresentavam-se como o resultado da influência da Constituição alemã de Weimar, de 1919; da espanhola, de 1931; bem como das idéias em ascensão do fascismo italiano e dos demais países que se enveredavam por este rumo político.

Foi nomeada uma subcomissão para o preparo das bases do projeto e implantação dos trabalhos da própria Comissão. Foram constituídos grupos de trabalho e nomeados relatores parciais dos mesmos, já se encontrando os elementos encarregados dos problemas afetos à ordem econômica e à justiça social.

Na metodologia de seu trabalho, a Comissão tomou por base o texto de 1891, ao qual deveria acrescentar todos os elementos da Ordem Econômica e Social (10). Em relação a estes, PONTES DE MIRANDA afirmou que a mesma teria sido *omissa*, expressão um tanto imprópria se considerarmos as características ideológicas peculiares a cada uma delas.

3.2. A Carta de 1937

Esta Carta não seguiu a metodologia das anteriores quanto à sua elaboração. Não contou com anteprojeto ou omissão que dela previamente se encarregasse. Resultando de um golpe de estado, ao que consta foi obra individual do jurista Francisco Campos que, por sua vez, a teria decalcado de Cartas de outros países e vindo a ser apelidada de "polaca". Em sua maior parte, não chegou a ser posta em prática, ficando ao sabor do poder ditatorial operar as partes que lhe convinha. A metodologia parece ter sido propositalmente a de criar esta situação, prometendo medidas institucionalizadoras e, ao mesmo tempo, adiando-as indefinidamente. Exemplo pode ser tomado pelo art. 187, que determinava a sua imediata entrada

(9) MELO FRANCO, Afonso Arinos de, ob. cit. p. 173.

(10) Id., ob. cit. Vol. II, p. 179. MIRANDA, Pontes de. *Com. à Const. da Rep. dos EE. UU. do Brasil*, Editora Guanabara, 1937.

em vigor e anunciava um plebiscito nacional a ser regulado em decreto do Presidente da República, o que jamais aconteceu, levando Afonso Arinos a definir esse regime como uma “ditadura programada” (11).

Introduziu no constitucionalismo brasileiro as denominadas “leis constitucionais”, que não se confundiam nem com os decretos, nem com os decretos-leis. Tratavam dos instrumentos para a adaptação do texto constitucional originário à nova realidade configurada a partir da II Guerra Mundial, ou seja, para garantir princípios liberais em substituição aos autoritários do mesmo texto. Dentre estas, a de n.º 9 substituiu o plebiscito pelas eleições diretas para Presidente e para o Parlamento, cabendo a este os poderes de reformar a Constituição.

3.3. A Carta de 1946

A partir da Emenda Constitucional n.º 9 à Carta de 1937, deflagrou-se o processo para a elaboração da Carta de 1946. O primeiro passo foi a convocação de eleições para o Parlamento Constituinte. Foi instalado um Governo de Transição confiado ao Poder Judiciário na pessoa do presidente do Supremo Tribunal Federal. A Lei Constitucional n.º 13, deste governo, definiu os poderes constituintes da Assembléia. A de n.º 5 estabeleceu os do Presidente da República e da Assembléia, eleitos juntamente. Instalada esta última, formou-se a “Comissão de Constituição” com a incumbência de elaborar o projeto. Era composta pelo critério de representação proporcional dos partidos políticos, ficando as matérias distribuídas por subcomissões, com prazo marcado para entrega dos respectivos trabalhos, cada uma contando com um relator. Tomou-se por base o texto de 1934 e não houve anteprojeto, caracterizando-se como a primeira a adotar esta metodologia. O “Projeto primitivo” partiu dos textos das subcomissões. Levado à discussão pela Comissão Geral, chegou-se ao “projeto previsto”.

3.4. A Carta de 1967

O golpe militar de 31 de março de 1964 instituiu o autodefinido Governo Revolucionário. Pelo Ato Institucional n.º 1, do comando revolucionário, foi consagrado o denominado *poder constituído originário*. Esta afirmativa doutrinária estabeleceu-se no Preâmbulo do Ato Institucional n.º 12, ao declarar que “a Revolução investe-se, por isso, no exercício do Poder Constituinte, legitimando-se a si mesma” e que “o seu Poder Constituinte não se exauriu, tanto é ele próprio do processo revolucionário, que tem de ser dinâmico para atingir os seus objetivos”. A partir daí, foi editado Ato Institucional n.º 4, de 7-12-1966, convocando o Congresso Nacional para, em reunião extraordinária, votar e promulgar o projeto de Constituição apresentado pelo Presidente da República e que se transformou na Constituição de 1967.

(11) Ob. cit. p. 211.

Em lugar de convocação de uma Assembléa Constituinte, o Governo "concedeu ao Congresso Nacional, diretamente, o *poder constituinte delegado*, no uso de uma faculdade que reputou inerente à revolução". Detalhando quanto à metodologia de elaboração da nova Carta, o A. I. 4 determinou que o Presidente da República apresentasse projeto ao Congresso Nacional. Recebido este, o Presidente do Senado convocou as duas Casas para, em sessão conjunta, sendo designada Comissão Mista composta de 11 senadores e 11 deputados, dar parecer pela aprovação ou rejeição do projeto, submetido a discussão em sessão conjunta. Se aprovado, voltava à comissão para receber emendas. Se rejeitado, encerrava-se a sessão extraordinária. As emendas eram submetidas à discussão do Plenário e votadas em um único turno.

Ainda pelo A.I. 4, ficava estabelecido que o Presidente da República, na forma do art. 3.º do A.I. 2, podia baixar atos complementares extraordinários e decretos com força de lei sobre matéria administrativa e financeira.

Houve dois anteprojetos. O primeiro, elaborado por uma comissão de juristas nomeados pelo Dec. n.º 58.198, de 5-4-66, composta por Levi Carneiro, Orozimbo Nonato, Temístocles Cavalcante e Seabra Fagundes. O segundo ficou a cargo de Carlos Medeiros Silva. O primeiro continha o Título III, "Da Ordem Social e Econômica".

3.5. *A Emenda n.º 1, de 1969*

A Carta de 1967 recebeu a Emenda Constitucional n.º 1, de 7 de outubro de 1969, apresentando-se praticamente como uma nova Constituição.

A metodologia adotada para tal emenda não obedeceu ao disposto nos arts. 49, I, e 50. Ao contrário, baseou-se no art. 3.º do Ato Institucional n.º 16, de 14-10-69, combinado com o § 1.º do art. 2.º do A. I. 5, de 13-12-68, que decretou o recesso do Congresso Nacional. Foi interpretado que caberia ao Executivo "legislar sobre todas as matérias". Alegou-se entre os "considerando" apresentados, que a elaboração de emendas à Constituição, compreendida no processo legislativo (art. 49, I) estava na atribuição do Poder Executivo Federal, embora tal não coincidissem com o texto. E, assim, a emenda contendo dispositivos modificativos, supressivos e mandando que a Constituição passasse a ser publicada de acordo com o novo texto, foi promulgada pelos Ministros da Marinha, da Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar.

3.6. *A Carta de 1988*

Encerrado o "ciclo do domínio militar", o Governo seguinte instituiu a Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, para colaboração dos trabalhos da Assembléa Nacional Constituinte, também chamada a "Comissão de Notáveis", escolhidos e assim julgados pessoalmente pelo Pre-

sidente da República. Definia-se desta forma a metodologia que se baseava no compromisso de convocar a Assembléia Nacional Constituinte, no dever do Poder Executivo de participar desse trabalho coletivo, inclusive convidando alguns dos muitos brasileiros ilustres e capazes para essa colaboração, e no dever de todos os brasileiros, de todas as instituições representativas da sociedade, públicas e privadas, de colaborar com os trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte, para que se obtivesse ampla representatividade nacional.

Composta de elementos dos mais diversos segmentos da sociedade, e presidida pelo jurista Afonso Arinos de Melo Franco, a Comissão entregou ao Presidente da República, em 18 de setembro de 1986, o Anteprojeto Constitucional composto de 468 artigos. Ao recebê-lo, o Presidente da República tomou-o como "um acervo de contribuições para a reflexão dos futuros integrantes da Assembléia Nacional Constituinte". Este Anteprojeto consagra o Tít. III à "Ordem Econômica", dedicando-lhe 24 artigos.

Pela Emenda Constitucional n.º 26, de 27-11-85, as Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado convocaram a Assembléia Nacional Constituinte, fixaram o dia 1.º de fevereiro de 1987 para a primeira reunião unicameral, determinando que a aprovação da Constituição se daria em dois turnos de discussões e votação pela maioria absoluta de seus membros. Foi constituída a Comissão de Sistematização, encarregada de elaborar o Anteprojeto de Constituição. Por sua vez, foram constituídas as Comissões Temáticas que se encarregaram das diversas Partes ou Capítulos.

Interessa-nos especialmente como Constituição Econômica a "VI Comissão da Ordem Econômica", cujo trabalho gerou grandes polémicas em pontos essenciais, recebendo, posteriormente, as modificações que levaram até ao texto definitivo.

4. A Temática

Observando-se a evolução da técnica seguida pelos legisladores Constituintes brasileiros para a disposição dos temas da "Constituição Econômica", verifica-se como regra permanente a adoção de um primeiro artigo com funções de autêntico "capítulo introdutório de todo o conjunto, pois nele se definem os seus princípios gerais". Entretanto, como dissemos anteriormente, a Carta de 1988 deu maior relevo à preocupação de uma "Introdução", praticamente com funções de "teoria geral" e, em lugar de fazê-lo apenas em um artigo, dedicou-lhe todo o primeiro Capítulo de um conjunto de quatro.

Esta inovação, por outro lado, conduz à revisão do tratamento da própria estrutura do todo, quando se percebe que certos temas antes dispersos passaram a ser reunidos em grupos de artigos, assim como se registra sensível variação no tratamento hierárquico de muitos deles.

De qualquer maneira, neste primeiro Capítulo estão identificados os “princípios gerais da atividade econômica”, enquanto nos demais se penetra objetivamente a problemática da realidade econômico-social.

4.1. Fundamentos

Ao tratar dos “princípios gerais”, o legislador situou, no primeiro artigo (art. 170) do Cap. I, a preocupação para com os seus “fundamentos” e os “princípios” a serem observados. Como *fundamentos* da “Ordem Econômica” nomeia “a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa”. Como *objetivo* indica o de “assegurar a todos existência digna conforme os ditames da justiça social”, seguindo-se-lhes, então, os “princípios” a serem para isto observados.

As Cartas de 1824 e 1891 não se preocupavam com tais elementos, limitando-se, na “Declaração de Direitos”, a garantir a “inviolabilidade da liberdade e da propriedade”. Confirmam sua marca individualista que, de resto, ainda permanece nesta mesma disposição nas Cartas posteriores. Reafirmam a presença do espírito liberal e individualista que continuam mantendo, embora mitigados. Somente a partir da Carta de 1934, foi que o tema se incorporou “à ordem econômica”, mesmo assim de modo muito tímido ao determinar que a mesma deveria “ser organizada conforme os princípios da justiça e da vida nacional de modo que possibilite a todos existência digna”. Acrescentava que, “dentro destes limites, é garantida a liberdade econômica” (art. 115). Temos, portanto, o sentido de “liberdade econômica” diferenciado do de “liberdade” em geral, que nas Constituições liberais era assegurada sem restrições. Nestas ficaram configurados, portanto, os princípios do liberalismo capitalista, enquanto que nas posteriores o seu condicionamento se fez ligado à existência digna, em visão social mais ampla. Valorizando a liberdade individual que os dispositivos liberais consideravam uma consequência natural do funcionamento social, adicionava-lhe a conotação econômica em sede de cogitação constitucional para que jamais pudesse vir a ser comprometida por falta deste embasamento.

Somente a partir da Carta de 1946 a expressão *justiça social* foi cunhada. Ao destacar os seus “princípios”, mandava que fosse conciliada a “liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano” (art. 145). Completava-se este intuito constitucional, porém, com a consideração do “trabalho como obrigação social”, ao mesmo tempo que o assegurava “a todos” (art. 145, parágrafo único).

A Carta de 1967 inovou a técnica de tratamento do tema, passando a enumerar os “princípios em que se baseia a ordem econômica e social”. Definiu o “fim” a atingir, como sendo o de “realizar a justiça social” (art. 157). A Emenda Constitucional de 1969, seguindo a mesma técnica, introduziu, ao lado da *justiça social*, também o “desenvolvimento nacional” (art. 160).

Em suma, a *justiça social* sempre foi tratada em estreita ligação com a livre iniciativa e a dignidade da vida humana baseada no trabalho. Já o “desenvolvimento nacional” que surge na Carta de 1969 desloca-se para os “Princípios Fundamentais” gerais e não foi especificamente absorvido no título da “Ordem Econômica e Financeira”, o que vale dizer, na “Constituição Econômica”.

4.2. Os Princípios

Por um lado, um inegável empirismo semântico leva o uso jurídico dos termos *fundamentais* e *princípios* a se comprometer com sentido mal definido, por vezes sendo assemelhado. O Constituinte brasileiro tem revelado certa preocupação em distingui-los, sendo que o de 1988, no conjunto de artigos da Constituição Econômica, ainda mais se preocupou com a questão, a partir do momento em que destacou em capítulo os “Princípios gerais da atividade econômica”.

Tomando-o, embora superficialmente, pelo sentido aristotélico, temos o *fundamento* como “causa no sentido de razão de ser”, na explicação e justificação racional da coisa da qual é causa⁽¹²⁾. Nascido no iluminismo alemão do séc. XVIII, “na linguagem comum e menos na filosófica, é o fundamento que apresenta a razão de uma preferência, de uma escolha, da realização de uma alternativa antes que outra”.

Já os *princípios*, apesar de aparente preciosismo da diferenciação, embora tomados por *fundamento* ou *causa*, de modo habitual, significam o *ponto de partida* de um processo qualquer, e nesta conexão foi que Anaximandro os introduziu em filosofia. Esta aparente confusão se desfaz em Aristóteles para quem, embora *causas* e *princípios* tenham o mesmo significado, posto que todas as *causas* são *princípios*, o que encontramos de comum entre *causas* e *princípios* é aquilo que é ponto de partida ou do ser ou do tornar-se, ou do conhecer. Na filosofia moderna, inclui-se a noção de um ponto de partida privilegiado e não relativamente privilegiado, isto é, com relação a certos escopos, mas absolutamente “*em si*”.

Obedecendo ao que depreendemos do intuito do legislador constituinte de estabelecer certa distinção entre os dois conceitos, tomaremos o *fundamento* como a causa da “ordem econômica” instituída no texto constitucional, ligando-se, portanto, ao próprio objetivo por ela pretendido, enquanto que os *princípios* serão os elementos pelos quais aquela “ordem” se efetivará, ou seja, o ponto de partida para esta efetivação e que não pode ser relegado.

Não nos parece de menor importância analisar o modo pelo qual os elementos nomeados por “princípios” figuram como norteadores da “Ordem Econômica”. Se não se incluem decisivamente na configuração desta

(12) N. ABAGNANO, *Dicionário de Filosofia*, verbete *fundamento*, Editora Mestre Jou, S. Paulo, Brasil.

“ordem”, registram as marcas ideológicas que aí devam predominar como instrumentos a serem acionados para a sua correta efetivação.

Já vimos anteriormente como se processou a evolução do enunciado destes “princípios” nas diversas Cartas, a partir da sua especificação na Carta de 1967. Entretanto, é imprescindível registrar o tratamento dúbio e inseguro dado a elementos tomados como tais, porque ora são situados nos “fundamentos”, ora se incluem nos “princípios” como se deu com o “desenvolvimento nacional”, ora são deslocados em artigos, parágrafos, e assim por diante (como se verificou com o “abuso do poder econômico”). Permanecem, entretanto, a “justiça social” como *fundamento*, e a iniciativa privada, a função social da propriedade, a dignidade da pessoa humana e a preocupação para o “trabalho”, como *princípios*. A partir destes dados permanentes, as variações se compõem.

O texto de 1988 modificou mais uma vez a enumeração dos “princípios”, conservando, literalmente, apenas a “função social da propriedade” e mantendo o mesmo sentido anterior nas novas expressões “livre concorrência” enquanto coincidente com “livre iniciativa”, e “busca de pleno emprego”, “lembrando a expansão das oportunidades de emprego produtivo”.

Introduziu a “soberania nacional”, que tudo indica deva ser com o intuito de definir o “nacionalismo econômico” pela sua localização na Constituição Econômica, visto como, em termos políticos, a “soberania” já se acha corretamente colocada nos “Princípios fundamentais” introdutórios de toda a Constituição (art. 1.º, I). A *propriedade privada*, por sua vez, sempre fora assegurada como princípio fundamental nas Constituições liberais, como vimos anteriormente, e se repete como “Direito individual” no Capítulo próprio, e como “princípio” da “Ordem Econômica”, no Capítulo dos “Princípios Gerais da Atividade Econômica”. A atual enumeração inovou com a inclusão da “defesa do consumidor”, “defesa do meio ambiente” (que por sua vez conta com todo um outro capítulo específico; Cap. VI, Tít. VIII, “Da Ordem Social”), “redução das desigualdades regionais e sociais” e o “tratamento diferenciado para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte”.

4.3. *Conceitos e definições*

Um dos expedientes usados pela técnica tradicional de legislar é lançar mão das definições e “conceitos” por *força de lei*. Deixa-se de lado o dado científico e até mesmo o lógico e natural para se impor o entendimento pretendido pelo legislador. Em decorrência, desenvolveu-se rico folclore como o do Imposto de Renda, no Brasil, que violenta os conceitos científicos de renda e de salário, incluindo este no âmbito daquela sob a expressão geral “proventos de qualquer natureza”; ou então, o caso do zeloso funcionário fiscal de Minas Gerais que, diante da evasão tributária e desconfiado de que esta se originasse do fato de bois serem exportados como vacas para fugirem à alíquota mais alta, teria emitido portaria decla-

rando que, a partir daquela data, em todo o Estado, “boi é boi mesmo, e vaca é vaca”.

Sem chegar a tais extremos, porém usando prodigamente deste método, o constituinte de 1988 também conceituou e definiu temas que têm sentido próprio, sempre que não conseguiu chegar a um consenso político ou ideológico. Obviamente ficou comprometida a leitura autêntica do discurso constitucional, embora não deixe de ser respeitável o ponto de vista de que este tem como condição natural o sentido político ao qual os demais se devem amoldar. Percebe-se, portanto, como a cultura jurídica brasileira está se ressentindo de mais avanços semânticos na elaboração da linguagem que lhe é própria e que sofre injunções de diversas ordens para atingir os seus reais objetivos.

Um primeiro dado a considerar neste sentido é o que se refere à *empresa*. O constituinte de 1988 destoou de todos os textos anteriores. Por estes, o conceito de *empresa nacional* desdobrava-se em *empresa particular*, *pública* ou *mista*, admitindo-se em contraposição a *empresa estrangeira*, embora permanecesse o sentido pouco claro como na hipótese em que determinados benefícios dependentes de concessão só seriam dados na forma de lei exclusivamente a brasileiros ou a *sociedades organizadas* no País⁽¹³⁾. Estas e outras brechas povoaram o universo empresarial brasileiro de empresas estrangeiras ou multinacionais que acrescentavam ao seu nome de origem a expressão “do Brasil”.

O constituinte de 1988, diante das acirradas posições definidas por convicções ou por interesses em choque, recorreu ao expediente da definição “por força de lei”, distinguiu a “empresa brasileira” da “empresa brasileira de capital nacional” sendo que a diferenciação se fez, não pela nacionalidade da empresa, mas pela do detentor do seu controle. Dourou a embalagem do mesmo conteúdo anterior quando se cogitava de serem organizadas no País, e acrescentou-se a exigência de sediarem no Brasil a sua administração, medida cuja fragilidade se conhece bem.

Estas acomodações não se deram apenas no âmbito ideológico, mas também na área doutrinária. Assim, a “VI Comissão da Ordem Econômica”, ao elaborar a primeira redação da proposta de texto constitucional, com mais coerência adotou a posição de considerar a *empresa* como *pessoa jurídica*, ou seja, adotou a posição doutrinária da aceitação da personalidade jurídica da empresa fazendo-a claramente sujeito de direito, em vez de tomá-la apenas como “atividade”. Neste propósito afirmou que “somente será considerada empresa nacional a pessoa jurídica constituída e com sede no País”. A redação finalmente aprovada deixou impreciso o conceito ao dizer que “são consideradas: I — *empresa brasileira* a constituída sob as leis brasileiras”...; II — “*empresa brasileira de capital nacional* aquela

(13) Constituições: 1934, art. 119, § 1º; 1967, art. 116, § 1º; E.C. nº 1, de 1969, art. 168, § 1º

cujo controle"... Evitou tomar posição, no que cometeu descuido ao tratar das empresas públicas, da sociedade de economia mista e outras entidades que *explorem atividade econômica*... (art. 173, § 1.º), bem como ao dispor que a lei regulará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade (id. § 2.º). Basta estes dois exemplos para revelar a aceitação da empresa como entidade, ou seja, com personalidade própria.

4.4. *Intervenção do Estado no domínio econômico*

O instituto da Intervenção do Estado no Domínio Econômico tem sido tratado pelo constituinte brasileiro de modo vacilante⁽¹⁴⁾.

A expressão usada, porém, traz em seu íntimo entendimento a ação do Estado condicionada a restrições, numa sobrevivência muito forte do princípio liberal da própria "não intervenção".

A redação mais permanente reúne-se à existência de lei que permita à "União monopolizar determinada indústria ou atividade econômica" (Const. 1934, art. 116). O texto de 1946 acrescenta a delimitação finalística de que a "intervenção terá por base o interesse público e por limite os direitos fundamentais assegurados nesta Constituição" (art. 146). A Carta de 1967 inclui "os motivos de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficiência no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais" (art. 157, § 8.º, repetindo-se na Emenda Constitucional de 1969). O texto de 1988 dispõe que "só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei", e a define como "exploração direta de atividade econômica pelo Estado" (art. 173).

Nos sucessivos parágrafos apostos a este artigo são incluídos temas que receberam tratamento diferente dos anteriores, embora se justifique a sua reunião como outras tantas formas de "intervenção". Neste caso estão a empresa pública, a sociedade de economia mista, a repressão ao abuso do poder econômico, embora este já tivesse ocupado anteriormente as posições de "artigo" (art. 148, Const. 1946) e de "princípio" (Const. 1967, art. 157, VI e E.C. 1969, art. 160, V). Mais ligado às funções disciplinares do Estado, é introduzido no texto de 1988 um dado que se contrapõe às tradicionais resistências da doutrina societária brasileira, ao estender a aceitação da personalidade jurídica da empresa, estabelecendo a responsabilidade da própria empresa, separando-a daquela dos seus dirigentes, e "sujeitando-a às punições compatíveis com a sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular" (art. 173, § 5.º).

(14) SOUZA, W. P. A. de, "O Discurso Intervencionista nas Constituições Brasileiras", in *Revista de Informação Legislativa*, nº 81, jan./mar. 1984.

Aprofundando-se nas posições do Estado interventor, apresenta-o como *agente normativo e regulador*, com as funções de fiscalização, incentivo e planejamento (art. 174).

Resta, pois, o tratamento dado às atividades relacionadas com os serviços públicos e que extrapolam as funções administrativas clássicas do regime liberal, quando são transferidos aos particulares pelos regimes de *concessão* ou de *permissão*. Têm sido incluídos na Constituição Econômica Brasileira desde 1934 (Const. de 1934, arts. 136, 137; 1937, arts. 146, 147; 1946, art. 151; 1967, art. 160; E.C. 1969, art. 167; 1988, art. 155).

4.5. *Recursos minerais e energia elétrica, petróleo e radioativos*

A redação das diversas Constituições anteriores a 1988 repetia-se na expressão de que as minas e demais recursos minerais, bem como as quedas d'água, constituem propriedade distinta da do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial (Const. 1934, art. 118; 1937, art. 143; 1946, art. 152). Em 1967 introduz-se a expressão *jazidas*: as jazidas, minas..., art. 161; a E.C. de 1969 repete 1967, (art. 168). A Carta de 1988 modifica a redação para jazidas em lavra ou não, evitando a expressão *minas*. Além disso, diferentemente dos textos anteriores, segundo os quais não era expressamente determinado o seu proprietário, dando margem a dúbias interpretações, sanou esta falha afirmando que "pertencem à União". Outros detalhes prendem-se à imposição de prazo determinado para a autorização da pesquisa e à necessidade da anuência do poder concedente, para a cessão ou transferência (art. 176 e parágrafos).

A introdução da "pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o processamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados", no dispositivo sobre monopólio da União, representa a consolidação constitucional da entrada do País na era da energia nuclear, antes registrada apenas na legislação ordinária e executada de modo precário, apesar da existência de respeitáveis reservas desta natureza.

A orientação monopolizadora do Estado nestes setores, veementemente combatida pela iniciativa privada, que mais uma vez tentou abalá-la com a bandeira da "desestatização" em *lobies* milionários junto aos constituintes, tem sido, no entanto, a busca da reversão de um modelo colonialista de exportação de matérias-primas para as metrópoles econômicas e políticas. As lições da II Guerra Mundial, com a falta de produção nacional e a impossibilidade de sua importação, valeram para formar convicção da opinião pública quanto ao petróleo. Com o presente texto, o mesmo se dará com os minérios e minerais radioativos.

A retomada da linha da "separação" só se verificou com a Emenda Constitucional de setembro de 1926, ao determinar que "as minas, jazidas minerais necessárias à segurança e defesa nacional e as terras onde existiram, não poderão ser transferidas a estrangeiros". Daí para a frente, mantém-se esta tendência retomada, que se enraíza na tradição portuguesa colo-

niais com o regime da "concessão" ao particular consagrada nas "datas" aos "inventores" ou descobridores. Com a exclusividade desta exploração a "brasileiros ou a sociedades organizadas no País", ou, no texto de 1988, à "empresa brasileira de capital nacional", procurou-se garantir a independência econômica de que a carta de 1891 descurou. Foi introduzida a figura da "atividade garimpeira", dando-lhe benefícios especiais (art. 174, 4.º, 5.º e art. 22, XXV). O que denota efeitos circunstanciais no momento em que este processo de trabalho conseguiu revelar grandes reservas na Amazônia, apesar de se saber que a técnica de extração predominante é de natureza industrial de grande porte e envolve volumosos capitais.

4.6. *Capital estrangeiro*

O texto de 1988 inovou registrando o tratamento do capital estrangeiro ainda que o remetendo à legislação ordinária, por sinal já existente e muito titubeante.

Por certo, as Constituições dos países alta ou razoavelmente capitalizados não têm necessidade de consignar este tema em tão elevada importância. Porém, os países chamados "periféricos", aqueles que gravitam na dependência de economias desenvolvidas, buscam assegurar-se da desproteção que permite transações espoliativas tornadas praxe nas suas relações com o capital internacional. Recomendações partidas dos encontros de Cartagena têm sido bastante incisivas neste sentido, mas a não ser a Constituição da Venezuela, na América Latina, só a do Brasil tem esta iniciativa. Apesar de sintética, a redação oferece princípios a serem obedecidos pela legislação ordinária, que "disciplinará, com base no interesse nacional, os investimentos de capital estrangeiro, incentivará os reinvestimentos e regulará a remessa de lucros" (15).

Tendência no sentido da defesa dos interesses nacionais em face dos investimentos estrangeiros pode ser registrada nos textos constitucionais, conforme acima foi visto.

Nos brasileiros tem sido constantemente mantida a restrição ao capital ou a pessoas estrangeiras em áreas determinadas. Como vimos para as jazidas e sua exploração, o mesmo temos para as embarcações e transporte, bem como para empresas jornalísticas, rádio, televisão, e outros de menor significado. Tendência mais diretamente ligada ao capital, especialmente ao capital financeiro, porém, se tem arrefecido em relação ao disposto em textos anteriores, só ressurgindo agora e de modo muito menos enfático do que anteriormente. Assim podemos verificar que a Constituição de 1934 determinou que a lei promovesse o "fomento da economia popular, o desenvolvimento do crédito e a nacionalização progressiva dos bancos de depósito". Igualmente providenciava sobre a nacionalização das empresas de seguros em todas as suas modalidades, devendo constituir-se em socie-

(15) Art. 172.

dades brasileiras as estrangeiras que então operavam no País. Mais taxativo foi o texto de 1937 ao determinar: "Só poderão funcionar no Brasil os bancos de depósito e as empresas de seguros, quando brasileiros os seus acionistas. Aos bancos de depósito e empresas de seguros atualmente autorizados a operar no país, a lei dará um prazo razoável para que se transformem de acordo com as exigências deste artigo".

Do mesmo modo, referia-se aos serviços públicos concedidos, cujas empresas concessionárias deveriam constituir com maioria de brasileiros a sua administração, ou delegar a brasileiros todos os poderes de gerência (16).

A Carta de 1946 afrouxou essa orientação, determinando que a lei disporá sobre o regime dos bancos de depósito, das empresas de seguros de capitalização e de fins análogos (17). A Carta de 1967, com a Emenda de 1969, silenciou sobre este aspecto do problema, enquanto a legislação ordinária correspondente se orientou no sentido contrário à linha anterior.

4.7. *Planejamento*

O Planejamento tem sido tratado constitucionalmente no Brasil de modo evasivo e disperso, apesar da sua importância e, de certo modo, até mesmo de sua prática, pelo menos em termos setoriais. Quando do regime militar de 1964, a legislação ordinária chegou a regulamentá-lo, dando-lhe, maior ênfase do que a constante daqueles próprios textos. Apesar do caráter autoritário característica do regime em que fora elaborada, chegamos a salientar, em outra oportunidade, a importância da sua simples existência ousando identificar o que denominamos "Sistemas Brasileiros de Planejamento" (18). Por certo, o seu aperfeiçoamento, sobretudo com a introdução de elementos democráticos de maior participação da sociedade e da participação do Legislativo, seria o caminho natural a seguir para tanto. De qualquer modo, havia uma certa conotação de base constitucional naquelas medidas, que foram tomadas por lei complementar, atos complementares, fundamentados em atribuições conferidas por atos institucionais e pela própria Constituição então vigente. (Lei Complementar n.º 8, de 7 de dezembro de 1967; Ato Complementar n.º 43, de 21-1-69 e n.º 76, de 21-10-1969, baseado no Ato Institucional n.º 5, de 13 de dezembro de 1968 e no art. 49, II, da Constituição de 1967). Pelo primeiro destes atos já se determinava a elaboração de "Planos Nacionais apresentados sob forma de diretrizes gerais de desenvolvimento definindo objetivos políticos globais, setoriais e regionais" (art. 1.º). Em verdade, verificou-se apenas o prosseguimento de uma longa elaboração legal cujos marcos iniciais poderão ser encontrados na Comissão de Planejamento Econômico, que teve o seu regi-

(16) Art. 146, Const. 1937.

(17) Art. 149, Const. 1946.

(18) SOUZA, W. P. A. de, "Direito Econômico do Planejamento", in *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*.

mento aprovado pelo Decreto n.º 16.683, de 29 de setembro de 1944, e nos diplomas que lhe sucederam.

O texto de 1988 considerou o Planejamento de modo mais incisivo, apesar de apresentá-lo em meio a outras funções do Estado intervencionista como se viu anteriormente. Por isto mesmo, merece tratamento em destaque, em virtude dos próprios detalhes ali oferecidos. Justamente no art. 174, fica definida a função de planejamento do Estado enquanto “*agente normativo e regulador* da atividade econômica”. Em seguida, é feita remessa à lei, o que devemos entender como o comando de que fica determinado que dela devam constar as “diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento” (id. § 1.º).

São conhecidas as dificuldades técnicas do tratamento dos planos no sistema federalista brasileiro, especialmente diante da autonomia do Estado-Membro e do Município. Mas, se o constituinte de 1988 manteve-se ausente do planejamento estadual, não se portou do mesmo modo com referência ao Município, pois fez obrigatório o “plano diretor” como instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana (art. 182, § 1.º). Nem se argumente tratar-se de tipo diferente de plano, porque, apesar de suas peculiaridades, terá de se conciliar com os demais, pois o espaço municipal constitui a base topográfica de qualquer deles.

A legislação recomendada poderá oferecer oportunidades de soluções para as peculiaridades do nosso federalismo em regime democrático, o que constitui um convite à capacidade do jurista brasileiro.

4.8. *Microempresas e empresas de pequeno porte*

A Carta de 1988 contemplou de modo especial as chamadas microempresas e as empresas de pequeno porte. Fê-lo como um dos “princípios” da Ordem Econômica e Financeira (art. 170, IX), conferindo-lhes “tratamento favorecido”. Ordenou à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios lhes dispensarem “tratamento jurídico diferenciado”, visando a incentivá-las. Neste propósito são simplificadas as obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, chegando-se até à sua redução ou eliminação.

Uma espécie de “modismo” a respeito destas entidades se foi consolidando na medida em que o pensamento oficial, depois de afirmar e refletir que as empresas multinacionais são benéficas à economia nacional, dependendo apenas de se saber com elas conviver, chegou a um ponto mais avançado desta tese, como expediente de fortalecer a pequena empresa para que possa evitar o abuso do poder econômico pelas mais fortes. O II Plano Nacional de Desenvolvimento é taxativo nesta orientação. Posteriormente, foi elaborada lei ordinária na mesma direção, culminando-se com a presença do tema no texto constitucional. As dificuldades neste sentido

começam com a própria caracterização do que sejam estas empresas cuja definição se fará "por força de lei". O diploma existente toma por referência o montante do faturamento, gerando dificuldades quanto à natureza diversa das atividades, quando aquela referência se torna precária. De resto, todas as tentativas de estabelecimento de um critério científico a respeito não chegaram a resultado satisfatório.

4.9. *Transportes*

Inclui-se, nas atividades catalogadas nos "princípios gerais", a ordem dos transportes aéreo, marítimo e terrestre. O legislador desce a detalhes, cuidando da predominância dos armadores nacionais e de navios de bandeira e registro nacionais; do transporte de granéis, da utilização de embarcações de pesca e outras, da ordenação dos transportes nacionais, da nacionalidade brasileira dos armadores, proprietários, comandantes e tripulação das embarcações nacionais, da navegação de cabotagem e interior, e assim por diante.

4.10. *Turismo*

O constituinte brasileiro de 1988 mostrou-se preocupado com o turismo, pois se pretende encontrar neste tipo de atividade uma das maiores fontes de benefícios econômicos, dadas as condições da natureza brasileira e de elementos culturais adequados a esta exploração.

O Turismo foi considerado como "fator de desenvolvimento social e econômico" e mais uma vez o comando se dirigiu não apenas à área de competência da União, mas também aos Estados, Distrito Federal e aos Municípios que deverão promovê-lo e incentivá-lo.

CAPITULO II

4.11. *Da política urbana*

Apesar de existir uma farta legislação voltada para o problema habitacional e do longo período em que os textos constitucionais garantiram a autonomia municipal, não se viu satisfatoriamente configurada uma política urbana capaz de utilizar todos os instrumentos à sua disposição para que se impedisse de chegar ao grave estado em que se encontram as cidades brasileiras.

Por certo, a explosão demográfica e a transformação da estrutura social e econômica que levaram em poucos anos ao esvaziamento dos campos e ao excesso populacional das cidades, são apontadas como as causas primordiais do fenômeno. Entretanto, não se pode arredar do ponto fundamental de que também este fato, tomado como causa, em verdade, é o efeito da ausência de uma política econômico-populacional geral, conduzida pela via

do emprego e das oportunidades de ganho compatíveis com a dignidade de vida. Os textos constitucionais os anunciavam de modo esparso e que jamais se projetaram em uma política harmônica, sólida e consistente, na maioria das vezes não saindo nem mesmo do registro inicial.

Situados em dois artigos⁽¹⁹⁾ no texto de 1988, aí estão reunidos elementos voltados para o instituto de se institucionalizar uma “política urbana”, mais do que de oferecer sugestões ou medidas isoladas.

Assim, o objetivo defendido de “ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade” já a desvincula da visão urbanística simplesmente material para atribuir-lhe sentido e dimensões mais altas. A “garantia do bem-estar de seus habitantes”, situando o homem na cidade e nas funções sociais desta, dá-nos a dimensão pretendida.

Estes dados, inseridos no “capítulo”⁽²⁰⁾ vão buscar nos diversos parágrafos o instrumental para a sua efetivação.

O primeiro deles é a existência do “plano diretor”. Sua obrigatoriedade para as cidades com mais de 20 mil habitantes e a exigência de aprovação pela Câmara Municipal oferecem vários temas à reflexão. Um deles é a dúvida quanto a esta obrigatoriedade de interferir na autonomia municipal. Sem dúvida, se “lei municipal” deve atender aos princípios estabelecidos na Constituição⁽²¹⁾ e a elaboração do plano diretor poderia, *a fortiori*, ser considerada como “suplementação da legislação federal”, enquadrando-se também na competência para “legislar sobre assuntos de interesse local”⁽²²⁾.

Além disso, a discriminação das cidades de mais de 20.000 habitantes para as quais o plano diretor é “instrumento básico de política de desenvolvimento e expansão urbana”⁽²³⁾ excluindo as menores, deixa estas à mercê dos mesmos desajustes que se manifestarão quando atingirem aquele mínimo. Se, por um lado, a sua dimensão aparentemente não justifica o planejamento, por outro, só o engano do tratamento deste como forma sofisticada de administração pode excluí-las.

Outro posicionamento destacável, assumido pelo constituinte, é o que se refere à configuração do que se deva entender por “função social urbana”. Determina que esta se cumpre ao serem atendidas “as exigências fundamentais da ordenação da cidade, expressas no plano diretor”. Este, como vimos, passa, então, a ser o instrumento referencial da função social e a partir dele é que se justificarão as medidas para efetivação da própria política urbana. Estas, por sua vez, deverão estar voltadas tanto para o

(19) Arts. 182 e 183, Const. 1988.

(20) Id.

(21) Art. 29.

(22) Art. 30, I, II.

(23) Art. 182, § 1º

procedimento referente à propriedade privada, como às medidas administrativas capazes de levar às condições de “bem-estar” anunciadas no *caput*.

Do plano diretor o texto passa ao problema dos imóveis urbanos. Em primeiro lugar, vêm as desapropriações, que seguem a regra tradicional da prévia e justa indenização em dinheiro. Mas, não se limitando a tanto, oferece instrumentos mais contundentes para desenvolver o que certamente considera também como cumprimento da “função social”. Dirige-se ao proprietário do solo urbano “não edificado, subutilizado ou não utilizado”. Força o seu “adequado aproveitamento” por parte do proprietário, e mediante lei específica, quando a área esteja incluída no plano diretor, e para o que haverá lei federal. Então, procede-se ao parcelamento ou edificação compulsória (24), ou então, é aplicado imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana, progressivo no tempo, levando certamente o proprietário a não suportar este ônus e a se desfazer do bem, na impossibilidade de construir ou dar-lhe destino consentâneo com o plano. Ou, ainda, procede-se à desapropriação com pagamento de títulos da dívida pública. Estes, embora com emissão aprovada pelo Senado Federal, resgate em até dez anos e assegurado o valor real da indenização e os juros legais, parece ferir frontalmente o próprio § 3.º deste mesmo artigo, quando a forma de pagamento das desapropriações fora garantida como prévia e em dinheiro.

Também ficou consagrado o chamado “usucapião urbano”. É conferido “a quem possuir área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou a de sua família”, não sendo proprietário de outro imóvel urbano ou rural. Não condicionando tais imóveis ao plano diretor, terão ficado de fora da política urbana para constituir elemento de uma política de distribuição de imóveis e consagração das dificuldades decorrentes precisamente do desordenamento da ocupação das favelas. Deixar à pretensão de que seja óbvia a sua inclusão no plano diretor é desviar-se no próprio sentido dado pelo constituinte de 1988 aos chamados problemas sociais.

A concessão de aquisição do imóvel por usucapião urbano, independentemente de estado civil, ao homem ou à mulher, oferece brechas que exigem regulamentação, evitando-se a obtenção de duas propriedades, burlando o intuito do dispositivo legal, como vem acontecendo em outras hipóteses, especialmente com os imóveis financiados para uso próprio e postos em aluguel por expedientes que decorrem de dobras da legislação.

Mesmo uma análise superficial do tema revela-nos, em primeiro lugar, a inevitável sensibilidade do legislador constituinte para o problema urbano que é, sem dúvida, o mais grave apresentado à população do País. Em segundo lugar, a maneira pela qual o tema foi posto, se tomado frente a legislação anterior, constitui autêntica “revolução”, de tal modo são abaladas as estruturas tradicionais da propriedade urbana.

(24) Art. 182, § 4º

CAPÍTULO III

4.12. *Da política agrícola e fundiária e da Reforma Agrária*

O Capítulo III não contou com a desejável sistematização dos respectivos artigos. Se o enunciado põe em último lugar a Reforma Agrária, justamente os seus três primeiros artigos a ela são dedicados⁽²⁵⁾. Dois outros se identificam facilmente como aplicados à política agrícola⁽²⁶⁾ e os demais à política fundiária, onde se faz certa confusão⁽²⁷⁾ com o tema Reforma Agrária.

Em verdade, o que se verificou foi a absorção da Reforma Agrária constante dos textos anteriores, especialmente a partir das emendas à Constituição de 1946 e, posteriormente, dos dispositivos do Estatuto da Terra (Lei n.º 4.504, de 31-11-64), com referência ao usucapião, de cinquenta hectares para a sua efetivação. Destoou, desta forma, do disposto na Emenda Constitucional n.º 10 à Carta de 1946, onde o prazo de ocupação era de 10 anos e a extensão de 100 hectares, princípio absorvido pela Constituição de 1967 no constante à área para a legitimação da propriedade rural ocupada. Por sua vez, foi mais liberal do que a Lei n.º 6.969, de 10-12-81, que estabeleceu para o “usucapião especial de imóveis rurais”, alterando a redação do § 2.º do art. 589, do Código Civil, com cinco anos de prazo e vinte e cinco hectares de área.

Para se chegar até ao texto constitucional atual, portanto, além de legislação anterior que foi amadurecendo lentamente a idéia da Reforma Agrária, mediante a criação de Comissões para o seu estudo e outras medidas do mesmo gênero, entre protelatórias e cuidadosas, pode-se dizer que o caminho neste terreno começa pela Emenda Constitucional n.º 10, de 9 de novembro de 1964, à Carta de 1946. Ali estão praticamente todos os elementos posteriormente repetidos, com pequenas modificações, tais como o pagamento em títulos da dívida pública e não mais em dinheiro, a determinação legal do volume anual ou periódico das emissões, as características dos títulos, a taxa de juros, o prazo e as condições de resgate, a competência da União para a prática desapropriatória, limitando-a às áreas prioritárias fixadas pelo Executivo, a existência de planos de reforma agrária, e assim por diante.

Posteriormente, o Ato Institucional n.º 9, de 25-4-69, considerando que ainda havia necessidade de medidas constitucionais a respeito, substituiu o § 5.º do art. 157. Este dizia que os planos para essa desapropriação deveriam ser “aprovados por decreto do Poder Executivo, e sua execução era da competência de órgãos colegiados constituídos por brasileiros de notável saber e idoneidade, nomeados pelo Presidente da República depois de

(25) Arts. 184, 185, 186.

(26) Arts. 187, 188.

(27) Art. 191.

aprovada a escolha pelo Senado Federal". A redação adotada dispunha que o Presidente da República poderia delegar as atribuições para desapropriação de imóveis rurais "sendo privativa a declaração de zonas proprietárias". Com esta redação, permaneceu a regra da Emenda Constitucional de 1969.

No tocante à justificativa para a desapropriação, também houve modificações. A Emenda Constitucional n.º 10 à Carta de 1946 dizia que a medida limitava-se a áreas incluídas nas zonas prioritárias, fixadas em decreto do Poder Executivo, só recaindo sobre *propriedades rurais cuja forma de exploração contrarie o disposto neste artigo, conforme for definido em lei*. O Constituinte de 1988 passou este motivo para o *caput* do artigo (28), introduziu a condição de o imóvel rural não estar cumprindo sua função social, determinou que, ao declarar o imóvel como de interesse social para este fim, o decreto já autorize a União a propor a desapropriação com a garantia do contraditório especial em ritmo sumário para o processo judicial, além de declarar a pequena e média, bem como a propriedade produtiva de qualquer dimensão, como insuscetíveis de desapropriação. Definiu as condições em que a função social esteja sendo cumprida, tal como fez para a política urbana, sem que a assemelhasse textualmente à idéia de "propriedade produtiva". Para esta, garantiu tratamento especial e determinado, cabendo à lei ordinária "fixar as normas para o cumprimento dos requisitos relativos à sua função social" (29). Este duplo tratamento da questão não deixa de despertar indagações a respeito. Pergunta-se se haverá dois sentidos de função social para a propriedade rural, se a lei que garantirá aquele tratamento especial para a propriedade produtiva dispensará os requisitos explicitamente determinados como "Direito e garantias fundamentais" (30), ou seja, o aproveitamento racional e adequado, a utilização conveniente dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente, a observação das disposições que regula as relações de trabalho e a exploração que favoreça ao bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores. Indaga-se, ainda, nesta hipótese, uma vez satisfeitos tais requisitos, se a propriedade já não se afirmaria como produtiva, ou se é possível concebê-la improdutiva, mesmo assim.

Um dado novo trazido para o texto constitucional foi o da "política agrícola". Também ele já constante do Estatuto da Terra, porém enriquecido de elementos importantes, não só pela exigência de seu planejamento e execução mediante lei que o determine, porém igualmente pela técnica de garantir o seu tratamento de acordo com as condições integrais da atividade, ou seja, com a participação dos produtores e trabalhadores rurais além dos setores de comercialização, de armazenamento e de transporte. O legislador desceu mais uma vez a detalhe, designando elementos fundamentais a serem considerados na política agrícola e que por certo são outros tantos pontos

(28) Art. 184.

(29) Art. 186.

(30) Art. 5º, XXIII.

fundamentais do seu planejamento. Assim, de parte da produção, salienta os instrumentos creditícios e fiscais, que se aliam aos incentivos, às pesquisas e à tecnologia, bem como à assistência técnica e à extensão rural, à eletrificação rural, à irrigação e ao seguro agrícola. Ao garantir a comercialização, destaca a política de preços compatíveis com os custos de produção. Com referência às condições de vida, recomenda a questão da habitação para o trabalhador rural. Quanto ao sentido de organização, destaca o sistema cooperativista. Por fim, manda que sejam compatibilizadas as ações da política agrícola e da reforma agrária, e que se incluam no planejamento agrícola as atividades agroindustriais, agropecuárias, pesqueiras e florestais. Procura dar tratamento global ao problema que, em verdade, não se pode ou se deve abordar por partes, sob pena de se perpetuar o regime de maior sacrifício do produtor rural ante o poder de manobra dos setores intermediários.

Quanto à recomendação de que seja compatibilizada a destinação das terras públicas e devolutas com a política agrícola e de reforma agrária, se afastado o seu aspecto óbvio, devemos lembrar que a política da chamada "nova fronteira", com a ocupação de terras distantes e sem nenhuma infra-estrutura, sempre redundou em maiores investimentos sociais sem que se assegurasse, primeiro, o pleno aproveitamento das regiões já ocupadas. A principal manifestação deste fato se revela na continuidade da "atividade de rapina" com a destruição desnecessária de reservas e a emigração, ou com o abandono de áreas devidamente servidas por aqueles investimentos. Ao incluir todas as soluções ou sugestões imagináveis, sem a preocupação de selecioná-las ou de modelá-las no sentido de melhor atender à realidade, o legislador ofereceu um leque tão amplo de elementos para a política econômica a ser seguida, que acabou por permitir que sejam consagrados os procedimentos atualmente postos em prática, a menos que se dirija a leitura do seu discurso, neste particular, para a vinculação obrigatória com os requisitos fundamentais de início considerados.

Quanto à política agrícola e sobretudo à reforma agrária, destacam-se as regras oferecidas para a destinação das terras públicas e devolutas a que nos aludimos, às alienações das mesmas para reforma agrária, às aquisições por estrangeiros e ao usucapião rural.

CAPÍTULO IV

4.13. *Do sistema financeiro nacional*

Destinado ao "Sistema Financeiro Nacional", este capítulo, cuja introdução parece de inspiração na Carta Portuguesa, e cujo enunciado repete o da titulação de Lei n.º 4.595, de 31 de dezembro de 1964, incorporando muitos dos seus dispositivos, restringe de certo modo a temática muito mais ampla, que sugere, e que poderia ser completada com os dispositivos

incluídos em outras partes da mesma Carta, especialmente os referentes a finanças públicas. Assim não sendo, ficaria o entendimento de que este capítulo se restringe às bases da política econômica do poder regulamentar do Estado para as instituições financeiras privadas, não fosse a referência expressa de se destinar também às instituições oficiais. A inclusão dos estabelecimentos de seguros, previdência e capitalização, bem como dos órgãos fiscalizador e ressegurador, traz ao nível constitucional mais um dado de que a legislação ordinária já se ocupava.

Outros dispositivos dirigidos no mesmo sentido procuram oferecer novas versões ou consolidar modificações que se foram configurando na seqüência legislativa. Como exemplo, tem-se a criação de Fundo ou Seguro para a proteção da economia popular, ante a sucessão de eventos escandalosos. Firmando-se na limitação do valor e vedando a participação dos recursos da União, ameaça de tornar inócua qualquer medida desta natureza, pois só teria sentido com a responsabilidade do poder público, a quem compete autorizar e fiscalizar o funcionamento das entidades provocadoras daqueles prejuízos.

Do mesmo modo, o salutar princípio da inegociabilidade e da intransferibilidade das autorizações para funcionamento das instituições financeiras dos estabelecimentos de seguro, previdência e capitalização tornados negócios de alta especulação e que acabaram por levar à concentração do sistema financeiro nacional nas mãos de pequeno número de controladores, antes nacionais, fica comprometido porque já pode também passar para o capital estrangeiro. Elogiável, embora tardia, é a intenção de restringir e permissão de transferência de poupanças de regiões de menor, para outras de maior desenvolvimento, bem como a obrigação de os depósitos e aplicações dos recursos relativos a programas e projetos de caráter regional, de responsabilidade da União, serem mantidos nas instituições regionais de crédito. Tal dispositivo, posto em prática em épocas mais remotas, quando os diversos segmentos econômicos muito se bateram neste sentido, teria estabelecimentos bancários situados nos poucos grandes centros desenvolvidos, funcionando como bombas de sucção montadas para drenar nessa direção a riqueza interior. Por fim, temos o polêmico parágrafo referente às *taxas de juros* e que tanta celeuma, tantos "lobbies" e tão descontraídos pareceres inspirou.

A primeira arguição prendeu-se ao significado de *taxas de juros reais*. Ora, o único conceito tranqüilo de taxas de juros, cientificamente referido, é o de um montante, geralmente percentual, considerado como taxa, ou valor fixo, que o tomador ou devedor paga ao emprestador, ou credor como acréscimo ao *principal*, isto é, à quantia inicial da transação. De tal maneira se viciou a cobrança deste *plus* no Brasil, especialmente desde o decreto chamado "Lei de Usura", estabelecendo a taxa de 12% ao ano, que se acabou por criar um discurso pelo qual o credor recebia como juros outras quantias cobradas por diversos motivos. Posteriormente, com a

introdução de elementos novos na mecânica dos empréstimos bancários e de vendas a crédito, a separação nominal foi sendo desprezada até mesmo para a incorporação da *correção monetária* de valores aplicados. Muitos a confundem indevidamente com *juros e*, até mesmo, com *investimentos* ou *lucro*.

Por tudo isto, a retomada do tema em sua expressão científica levaria a que, segundo o texto, o acréscimo à quantidade original da transação não pode ser superior à taxa de 12% ao ano. Tudo o que se pagar, a qualquer título, com este acréscimo, será *taxa de juros reais*, que assim terá de ficar limitada a 12% ao ano. O próprio legislador constituinte reafirma o conceito científico ao dizer que nesta taxa, ou seja, nestes 12% a.a. estão "incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito".

A segunda arguição não se prende ao núcleo do tema e sim à condição de o dispositivo ser auto-aplicável ou não. Parecer normativo o julgou necessitado de legislação regulamentadora. Afastou, na circunstância, a discussão doutrinária mais aprofundada, que certamente caberia.

O interesse do legislador constituinte para com o cooperativismo também se registra neste capítulo, referindo-se ao funcionamento das cooperativas de crédito, para as quais recomenda condições de operacionalidade e estruturação próprias das instituições financeiras. Sabe-se, que, apesar de uma legislação razoável a respeito, o sistema cooperativo brasileiro é grandemente desvirtuado, na prática, por falta de espírito e de consciência adequados à sua própria natureza. Não é distinguido, entre nós, das sociedades comerciais tradicionais. Com referências ao crédito cooperativo, ainda mais lamentavelmente têm sido as experiências, comprometendo a confiança em um dos mais importantes instrumentos de agregação e de apoio às atividades econômicas nos diversos países, independentemente de regimes e de sistemas políticos ou econômicos.

O significado da metodologia adotada, porém, assume proporções de valor científico destacado, com a oportunidade da participação direta dos cidadãos nas sugestões dos temas a serem incluídos no texto. Milhares deles foram enviados, segundo informações da Comissão de Sistematização. Não há referência quanto aos que foram e aos que não foram aproveitados. Por outro lado, não deixou de haver a influência de Constituições de outros países, especialmente de Portugal e Espanha, pelo fato de também estarem atravessando período de transição entre governos autoritários e democráticos, e com esta, registrando o toque circunstancial. Mas, de qualquer modo, adotada no Brasil, esta consulta instituiu o "método indutivo" de tratamento do texto Constitucional que, se ao pensamento jurídico tradicional pode não apresentar maior valor, em termos de elaboração legislativa a partir da realidade, do próprio fato, constitui um passo avançado que compete aos cientistas do direito analisar, aperfeiçoar e dele tirar regras preciosas para a técnica de redação dos textos constitucionais. Este mesmo trabalho deverá

aprofundar-se até a tarefa de elaborar a legislação ordinária decorrente das recomendações do texto constitucional, pois jamais se conseguiu um manancial tão farto de dados e de informações sobre a realidade nacional e o posicionamento da opinião pública a respeito dos problemas que lhe dizem respeito. Neste particular, o sentido de pesquisa e de experimentação assume coloridos jamais atingidos pelo direito brasileiro.

Conclusão

Esperamos ter trabalhado os elementos capazes de demonstrar que a Constituição Econômica brasileira não se originou e nem se consolidou por mera imposição circunstancial e por capricho dos legisladores constituintes, em cada época. Ao contrário, provém das modificações ideológicas experimentadas pela realidade brasileira e, neste caso, em consonância com aquelas que se processavam nos principais países em busca de adequação à realidade.

Mesmo no seu condicionamento inicial encontrou em nosso País uma legislação de transição ideológica que tecera a passagem do *liberalismo* para o *neo-liberalismo*, preparando o terreno para que a nossa primeira Constituição Econômica, consignada na Carta de 1934, nascesse alicerçada em um sistema jurídico devotado à nova situação e que fornecia os elementos já experimentados para a configuração da temática a ser abordada.

Este caráter de “experiência jurídica” confirma-se na seqüência das Constituições brasileiras permitindo uma evolução, tanto da temática nela incluída, como da técnica de legislar que, além de lhe creditar a prática dinâmica da realidade sócio-econômica, confere-lhe o mérito da busca incessante de atendimento ao seu dinamismo. Se a Constituição tomada em sentido geral tem por sua própria natureza este objetivo, em se tratando da Constituição Econômica, é bem fácil perceber-se como as dificuldades se multiplicam em termos de realização técnica.

Pretendemos ter analisado de modo suficiente os efeitos do que denominamos metodologia de elaboração constitucional como sendo os expedientes para se chegar até ao texto da Carta definitiva. Maior ou menor arbítrio do poder na escolha dos membros das comissões encarregadas de elaborar os anteprojetos; efeitos políticos inevitáveis dos choques ideológicos de cada época; traços fortes de autoritarismo correspondentes à origem do poder ocasional; reivindicações da opinião pública como expressão de necessidade ou de convicção nacional; problemas sociais tornados intoleráveis à condição de vida do povo e dos indivíduos; autenticidade representativa dos legisladores constituintes são apenas alguns dos elementos que nos mostram até onde se configura a coincidência ou a distonia entre o texto constitucional promulgado e a realidade a que se destina.

A configuração da temática incluída na Constituição Econômica constitui outro ponto fundamental do seu estudo e exalta a importância do sentido experimental de sua escolha. Os temas não são ali incluídos por

mero capricho do legislador constituinte, mas devem ser tomados como a expressão dos anseios do País, pelo menos enquanto presentes ao texto. Quanto à orientação e ao comando a respeito assumem decisiva importância as forças políticas predominantes que podem, até mesmo, excluí-los ou ignorá-los, muitas vezes frustrando pretensões da opinião pública.

A Carta de 1988 tem o mérito da inovação neste particular. A confecção do projeto, a partir de consulta popular pelo envio espontâneo de sugestões, embora trazendo as dificuldades que se conheceram e, por certo, não sendo obedecido com rigor, permitiu experiência que uma vez aperfeiçoada deverá dar frutos positivos até mesmo para expedientes mais arrojados, como o das revisões constitucionais e da mais adequada atualização do texto diante da peculiaridade da dinâmica econômico-social. Embora afirmativa desta natureza possa ferir o pensamento tradicionalista, pensamos que deva ser feita ao menos para inspirar maior meditação e estudo quanto à técnica de legislar sobre a temática econômica em sede constitucional. Muito se discutiu sobre a presença ou a exclusão de temas decisivos para a vida econômica do País; se ficariam melhor localizados na Constituição ou na legislação ordinária. Apesar da opção por uma Constituição extensa, o legislador constituinte ainda não conseguiu esquivar-se ao tradicional expediente de transferir à legislação ordinária a objetivação do intuito constitucional, submetendo-o a todos os riscos de desvios ou deturpações pela via de uma verdadeira delegação de competência a grau legislativo menor. São dificuldades como estas que a técnica de legislar ainda provoca em sua precariedade, exigindo avanços e aperfeiçoamentos.

A ligeira análise sobre a experiência brasileira de Constituição Econômica sugere-nos, portanto, a permanente preocupação com o estudo e a observação da dinâmica sócio-econômica do País. Pode realizar-se por instrumentos menores, pelo trato da legislação ordinária na busca de correta correspondência com o intuito constitucional. Por outro lado, baseado em princípios hermenêuticos adequados, deve-se evitar o trato da legislação, em qualquer âmbito, como um sistema excessivamente rígido. Não menor é a responsabilidade do Poder Judiciário ante a hipótese de construir soluções capazes de anular ou de minorar o intuito constituinte, em lugar de criar as condições para a sua efetivação consoante com a realidade em sua permanente mutação.

Instrumentos novos como o “mandado de injunção”, “o mandado de segurança coletivo”, a ação popular e alguns outros serão os elementos mais autênticos no trabalho de fazer válidos os ditames constitucionais e, ao mesmo tempo, possibilitar a missão de cumprir os fundamentos de justiça ali definidos.

Neste sentido, parece-nos positiva a experiência da Constituição Econômica brasileira, especialmente se avaliamos pelo resultado de sua evolução até o texto de 1988.

As sociedades de economia mista e as empresas estatais perante a Constituição de 1988

MAURO RODRIGUES PENTEADO

Mestre em Direito. Professor Doutor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

SUMÁRIO

I — Introdução. II — Breve esboço histórico. III — Sociedades de economia mista e subsidiárias ou empresas controladas por outras sociedades de economia mista: exigência de autorização legal para sua criação. IV — Subsidiárias ou controladas de sociedades de economia mista, criadas à míngua de autorização legal específica. Regime Jurídico. IV.1 — A inexistente categoria das chamadas sociedades de economia mista “de segundo grau”. IV.2 — Colocação isolada da doutrina, adotada, episodicamente, pela Consultoria-Geral da República. V — Diretriz atualmente dominante no âmbito da Administração Federal, Tribunal de Contas da União, doutrina e jurisprudência. V.1 — Posição da Administração Federal. Orientação da Consultoria-Geral da República. V.2 — Idem. Posição da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. V.3 — Tribunal de Contas da União. V.4 — Doutrina. V.5 — Jurisprudência. VI — Conclusão: o controle e a gestão de empresas com participação majoritária do Estado, que não são sociedades de economia mista.

I. Introdução

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5-10-1988, alçou a sede constitucional, de forma nítida e inequívoca, os requisitos de criação das sociedades de economia mista (art. 37, inc. XIX); além disso, reafirmou o sistema constante da legislação ordinária anterior (Lei n.º 6.404/76, art. 237, § 1.º), ao contemplar especificamente os pressupostos para a constituição de suas subsidiárias, assim como a participação delas em qualquer empresa privada (art. 37, inc. XX).

A orientação adotada pelo legislador constituinte consagrou, expressamente, a posição que a respeito vinham adotando a doutrina, as autoridades administrativas e o Poder Judiciário. Estabeleceu, assim, que “*somente por lei específica* poderão ser criadas (...) sociedades de economia mista” (art. 37, inc. XIX), e que “*depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada*” (inc. XX).

Foi, desse modo, lançada a definitiva pá de cal em incipiente polêmica que chegou a se esboçar em nossos meios jurídicos — que, contudo, já se achava pacificada nos âmbitos doutrinários, administrativos e judiciais — acerca das *soi-disant* sociedades de economia “de segundo grau”. Doravante, ao teor dos preceitos constitucionais citados, a criação de sociedades de economia mista e suas subsidiárias, bem como a participação de entidades da Administração Direta ou Indireta em empresas privadas passa a depender de expressa e específica autorização do Poder Legislativo; e as sociedades em que tal participação já existe, à minguada da referida autorização, continuam, como sempre o foram, a constituir sociedades anônimas de direito privado, que não integram a Administração Pública, embora possam, por via reflexa, receber orientações específicas emanadas daquela, desde que obedecido o regime societário comum. São elas — como sempre o foram, reitera-se — apenas sociedades controladas direta ou indiretamente pelo Poder Público.

Ou, na palavra autorizada de HELY LOPES MEIRELLES, sua natureza é a de “*empresa privada, em sentido estrito, simples sociedade anônima, em que pese à participação majoritária em seu capital de ente da Administração Pública*” (1).

O que dizer-se, então, das chamadas “empresas estatais”? Como sabido, essa categoria é estranha à dogmática jurídica, na medida em que a expressão “empresa estatal” tem pouca ou quase nenhuma tradição na doutrina e jurisprudência, aqui e alhures, sendo recente a sua inserção em nosso direito positivo. De que trata essa expressão, já que é largamente empregada na imprensa e nos meios não jurídicos, com muita freqüência?

Em termos jurídicos — e é disto que este trabalho trata — “empresa estatal” constitui um *conceito operacional*, malévola ou inteligentemente introduzido em nosso quadro normativo (conforme a perspectiva do analista, é óbvio), para identificar aqueles organismos, privados ou públicos, que, por força de várias circunstâncias, foram submetidos a intervenção e participação do Poder Público.

Data de 29-10-1979 o Decreto n.º 84.128, que, pela primeira vez, abalçou-se a explicitar a noção de “empresa estatal”. E o fez de modo pragmático, integrando no conceito — com total desprezo a elementares

(1) Apud STUBER, Douglas Walter, “Natureza jurídica da subsidiária de sociedade de economia mista”, *Revista de Direito Administrativo*, vol. 160, pp. 18/34, 1982.

noções jurídicas — órgãos e entidades que, ou não se caracterizam como “empresas”, ou não se amoldam ao qualificativo “estatal” (2).

O referido conceito, exclusivamente *operacional*, como frisamos, visava implementar mecanismos de *controle* do Poder Executivo — centralizados na Secretaria de Controle das Empresas Estatais — SEST — sobre cerca de 500 empresas e órgãos diversos que, ou não integravam a Administração Direta, ou não se revestiam da *forma* de autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista (componentes da Administração Indireta).

Essa *forma*, exigida pela legislação vigente (Decreto-Lei n.º 200, de 1967, arts. 4.º e 5.º; Lei n.º 6.404, de 1976, arts. 235 *usque* 242), pressupõe a manifestação volitiva da sociedade, expressada pelo Poder competente (Legislativo), que após apreciar e valorar devidamente os casos concretos, ministra autorização específica para o exercício descentralizado das referidas atividades pelo Poder Executivo.

Sucedê que a dinâmica da vida negocial, intensificada numa sociedade heterogênea e em desenvolvimento, como a nossa, não foi acompanhada com a necessária agilidade pelo Legislativo; com isso, o Executivo viu-se muitas vezes na contingência de assumir ou desenvolver determinadas atividades e serviços, sem a devida autorização legal.

É óbvio que aqui não cabe invocar a cínica máxima segundo o qual “se os fatos não se adaptam à teoria, pior para os fatos”. Os fatos de tal jaez existiram, e nada indica que deixarão de ocorrer; o que se espera é que, no futuro, e agora com o reforço do comando constitucional analisado, a eles seja dado adequado tratamento jurídico. Para conviver com essa realidade, engendrou-se, como se disse, a noção operacional ou instrumental de “empresa estatal”, que outro objetivo não tem senão o de propiciar o controle do Estado sobre as sociedades ou entidades de que participa, ainda que de forma distorcida.

Andaram bem, portanto, os constituintes de 1988 ao não acolherem o conceito operacional e não jurídico (*stricto sensu*) de “empresa estatal”; orientaram-se pela bússola da experiência e da boa e sedimentada doutrina, ao contemplarem apenas os institutos estáveis e adequados ao modelo político-econômico escolhido.

(2) V., a respeito, o artigo de nossa autoria, que sob o título, “As empresas estatais e os sistemas de supervisão e controle”, foi publicado na *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, vol. 45, 1982, pp. 20/28. Reza o art. 2.º do Decreto n.º 84.128: “consideram-se empresas estatais, para os fins deste decreto: I — empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias e todas as empresas controladas direta ou indiretamente pela União; II — autarquias, fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público; III — órgãos autônomos da Administração Direta.

Parágrafo único — Poderão ser equiparados às empresas estatais, para efeito do controle governamental de que trata este decreto, as entidades e organismos de direito privado que recebam contribuições parafiscais ou transferidas do orçamento da União (...).

Os preceitos constantes da Carta de 1988, que vêm de ser referidos, constituem corolário do princípio segundo o qual “a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, *conforme definidos em lei*” (art. 173, *caput*) (3).

A vigente Constituição consagra a distinção introduzida em nosso direito positivo pelo Decreto-Lei n.º 200, de 1967, entre a Administração Direta e Indireta, esta última integrada pelas sociedades de economia mista, empresas públicas e autarquias (Constituição, art. 37, inc. XVII; Decreto-Lei n.º 200, arts. 4.º e 5.º). Tanto que, em mais de dez dispositivos, refere-se textualmente aos componentes da “Administração Indireta”, quando tenciona a eles estender o comando maior, *v.g.*, art. 22, XXVII, sobre licitações; art. 165, § 5.º, I e II, sobre a lei orçamentária anual, inclusive de seus órgãos de seguridade social (*idem*, inc. III); art. 165, § 9.º, II, sobre normas de gestão financeira e patrimonial; art. 49, X, acerca da subsunção ao controle e fiscalização direta pelo Poder Legislativo; art. 71, II e III, sobre a fiscalização dos Tribunais de Contas; art. 37, XVII, sobre a vedação de acumulação de cargos; art. 169, parágrafo único, sobre os limites legais à política de pessoal.

Da mesma forma, adotando e aplicando corretamente essas distinções e conceitos, o texto constitucional reconhece a existência de sociedades com participação do Poder Público, sem prévia e expressa autorização legal — que se situam, portanto, fora do campo de incidência dos mandamentos acima citados — a elas dirigindo normas específicas, mediante o emprego de terminologia própria. É o que sucede no tocante aos recursos para investimentos; desejando incluir na lei orçamentária anual *todos* os investimentos do Poder Público — e não apenas aqueles realizados pela Administração Direta e Indireta — o art. 165, § 5.º, II, determinou que o mencionado diploma orçamentário compreenda “o orçamento de investimento das empresas em que a *União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto*”. Ora, é curial que se a intenção do legislador fosse a de alcançar apenas os entes da “Administração Indireta”, a expressão técnica empregada seria esta, como ocorreu nos dispositivos

(3) Os textos constitucionais anteriores silenciavam a respeito da definição de sociedades de economia mista, matéria que foi tratada, primeiramente, no Decreto-Lei nº 200/67, art. 5º, posteriormente alterado pelo Decreto-Lei nº 900/69, e, também, pela Lei nº 6.404/76 (arts. 235/237). A Constituição de 24-1-1967 estabelecia que “somente para suplementar a iniciativa privada, o Estado organizará e explorará atividade econômica” (art. 163, § 1º), determinado, no parágrafo seguinte, que as “sociedades de economia mista, reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e das obrigações”, normas essas repetidas pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969 (art. 170, §§ 1º e 2º). Aparentemente a Constituição de 1988 teria restringido essa equiparação, ao referir-se apenas às “obrigações trabalhistas e tributárias”, sem mencionar o direito das “obrigações”; a expressão “regime jurídico próprio das empresas privadas”, todavia, nos parece ter elástico suficiente para abranger o direito obrigacional.

supra-referidos. Igual técnica foi utilizada, quanto à observância dos princípios sobre licitações e contratos, na redação dada ao art. 22, XXVII, *in fine*, o que confirma a conclusão a que chegou a vigente Carta Magna de não admitir as chamadas sociedades de economia mista de “segundo grau”.

A Constituição em vigor sistematizou mais adequadamente o elenco dos órgãos e entidades vinculadas ao Poder Público, incluindo no gênero Administração Pública (Título III, Capítulo VII) as três espécies seguintes: (1) Administração Direta, (2) Administração Indireta e (3) Administração Fundacional (art. 37, *caput*).

As sociedades de economia mista integram a Administração Indireta, sujeitando-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias (art. 173, § 1.º), sendo vedado a elas atribuir privilégios fiscais não extensivos ao setor privado (*idem*, § 2.º).

Todos os mandamentos citados, inscritos na nova Lei Maior a respeito das sociedades de economia mista, não conflitam nem são incompatíveis com os diplomas legais anteriores que tratavam da matéria (Decreto-Lei n.º 200, de 25-2-67, arts. 4.º e 5.º, com a redação dada pelo Decreto-Lei n.º 900, de 29-9-69; Lei n.º 6.404, de 15-12-76, arts. 235 *usque* 242), o que importa dizer que estes últimos permanecem em plena vigência (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 2.º, inc. I). A despeito da consagração, pela Constituição de 1988, dos conceitos e princípios constantes da legislação ordinária precedente, a matéria, pela sua relevância, está a merecer análise mais detida, tarefa a que nos dedicaremos neste estudo.

II. Breve esboço histórico

É controversa a origem das sociedades de economia mista. TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE, primeiro autor que sobre elas versou em nossa literatura jurídica — na Exposição de Motivos sobre a Lei das Sociedades por Ações submetida ao Governo Federal, em 1939 ⁽⁴⁾ — considera que a fórmula não é nova: “criou-a o Estado nacional da época mercantilista, no ocaso do século XVI e no começo do século XVII”. As primeiras manifestações do fenômeno, segundo o clássico jurista, teriam sido a Companhia das Índias Orientais, criada na Inglaterra em 1599 e a Companhia das Índias Ocidentais, instituída pelos Estados Gerais dos Países Baixos Unidos, em 1602 ⁽⁵⁾.

O Ministro BILAC PINTO, em famoso e muito difundido estudo, atribuiu à concessão dos serviços públicos e à intervenção do Estado no domínio econômico a origem e desenvolvimento dessa espécie societária:

(4) Cf. NETO, Cotrim, *apud* VELLOSO, Cáo Mário da Silva, “Empresas estatais; responsabilidade e controle”, *Revista de Direito Público*, vol. 85, p. 84, 1988.

(5) *In* “Sociedades por Ações”, vol. I, 2ª ed., Forense, Rio, 1953, p. 40.

“essa evolução não se operou — afirma o autor — de maneira uniforme e geral ou por estágios que possam ser precisamente delimitados no tempo e no espaço” (6).

Segundo VALVERDE, a primeira sociedade de economia mista criada entre nós foi o Banco do Brasil, fundado pelo Alvará de 12-10-1808, do Príncipe Regente. Seguiram-se-lhe em ordem cronológica, o Banco do Estado de São Paulo, o Banco Mineiro da Produção e o Banco de Crédito da Bor-racha. Sob a égide da Constituição de 1937 (7), começaram a surgir uma série de sociedades de economia mista, sempre caracterizadas por sua nota conceitual marcante e inalterável, a despeito do silêncio do texto constitucional, a saber, a criação mediante autorização legal emanada do Poder Legislativo, ou, no recesso deste, pelo Poder que em caráter excepcional exercia as funções legislativas: Instituto de Resseguros do Brasil, Decreto-Lei n.º 1.186, de 1939; Companhia Siderúrgica Nacional, Decreto-Lei n.º 3.002, de 1941; Companhia Vale do Rio Doce, Decreto-Lei n.º 4.352, de 1942; Companhia Nacional de Álcalis, Decreto-Lei n.º 5.684, de 1943; Companhia Hidroelétrica do São Francisco, Decreto-Lei n.º 8.081, de 1945; Fábrica Nacional de Motores S/A, Decreto-Lei n.º 8.699, de 1946 (8).

E a criação de sociedades de economia mista não cessou, contrariando o vaticínio que BILAC PINTO fizera em 1953 (9). Por outros motivos, que não apenas aqueles já indicados por VALVERDE em 1939 (10), as sociedades de economia mista proliferaram, mercê da exploração direta da atividade econômica pelo Estado, por “imperativos da segurança nacional ou por relevante interesse coletivo” (Constituição de 1988, art. 173, *caput*), para a prestação de serviços públicos de forma descentralizada (*idem*, art. 175), para a exploração de atividades monopolizadas (*idem*, art. 177), para a atuação em “setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime

(6) “O declínio das sociedades de economia mista e o advento das modernas empresas públicas”, publicado na *Revista de Direito Administrativo*, vol. 32, abril-junho de 1953, p. 4.

(7) O art. 135 da Carta outorgada em 1937 estabelecia que “a intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores de produção, de maneira a evitar ou resolver os conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata ou imediata, revestindo a forma de controle, do estímulo ou da gestão direta”.

(8) Cf. VALVERDE, *ob. cit.*, pp. 46-50.

(9) V.g., PETROBRAS, criada pela famosa Lei n.º 2.004, de 3-10-1953; ELETROBRÁS, Lei n.º 3.890-A, de 1961; TELEBRAS, Lei n.º 5.792, de 1972; SIDERBRAS, Lei n.º 5.919, de 1973, etc.

(10) “Vivemos, forçoso é confessar, em pleno regime de usura. Porque, no Brasil, o dinheiro ainda produz facilmente dinheiro. A proliferação de casas bancárias, com capitais ridículos, evidencia o acerto da afirmação. Ora, é possível que o Governo possa modificar com o tempo essa situação, fundando sociedades de economia mista para a realização de empreendimentos de interesse geral” (*ob. cit.*, pp. 46-47).

de competição e de liberdade de iniciativa" (Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, art. 163, *caput*), para a exploração direta de atividades econômicas "em caráter suplementar da iniciativa privada" (idem, art. 170, § 1.º), ou, ainda, para o exercício de atividades e serviços indispensáveis à coletividade, por cuja exploração a iniciativa privada não tenha interesse.

No que diz respeito aos requisitos de criação das sociedades de economia mista, nosso direito positivo experimentou três fases: (a) a primeira, de agnosticismo constitucional e legal, na qual, apesar disso, reconhecia a jurisprudência e doutrina, a indispensabilidade de autorização legal ⁽¹¹⁾; (b) uma segunda etapa, em que inicialmente o Decreto-Lei n.º 200, posteriormente alterado pelo Decreto-Lei n.º 900, e depois a Lei n.º 6.404 definiram essa espécie societária, erigindo como requisito essencial para a sua constituição a prévia autorização legislativa; (c) finalmente, com a Carta Magna recém-promulgada, a matéria, pela sua relevância, ganhou sede constitucional, mercê de tratamento aprimorado e detalhado, que compreende inclusive as subsidiárias das sociedades de economia mista, sepultando quaisquer dúvidas que pudessem pairar a respeito destas últimas.

III. *Sociedades de economia mista e subsidiárias ou empresas controladas por outras sociedades de economia mista: exigência de autorização legal*

Em face da Constituição em vigor inexistem, pois, qualquer dificuldade no tocante à fixação da natureza das empresas controladas por sociedades de economia mista. Da mesma forma que estas últimas, as subsidiárias dessa espécie societária somente poderão ser criadas após a competente "autorização legislativa", requisito que igualmente é exigido para "a participação de qualquer delas em empresa privada" (art. 37, inc. XX). Inexistindo lei autorizativa, a subsidiária ou controlada de sociedade de economia mista será, como afirma HELY LOPES MEIRELLES, "*empresa privada, em sentido estrito, simples sociedade anônima, em que pese à participação majoritária em seu capital*" de ente da Administração Pública (nossos os grifos) ⁽¹²⁾.

As subsidiárias de sociedades de economia mista, constituídas mediante autorização legal, e que adotem a forma das sociedades por ações, participam, igualmente, da mesma natureza do ente societário que detém o seu controle, integrando, se forem de nível federal, a Administração Federal Indireta (Decreto-Lei n.º 200/67, art. 4.º). E estão submetidas, igualmente, às disposições constantes do Capítulo XIX da Lei n.º 6.404/76, dentre as quais avulta a sua não sujeição à falência (art. 242).

(11) Cf. entre outros, VALVERDE, *ob. e loc. cit.* e THEÓPHILO DE AZEREDO SANTOS, cit. em acórdão do Supremo Tribunal Federal (RTJ-96/1326), *verbis*: "é requisito essencial à caracterização de tais sociedades a criação por lei, como já exigia a doutrina mesmo anteriormente às disposições dos Decretos-Leis n.ºs 200, de 1967, e 900, de 1969 — que são expressos a esse respeito". A esses autores somam-se nomes da expressão de OSCAR SARAIVA, ARNOLDO WALD, CAIO TÁCTO, WALDEMAR FERREIRA e SEABRA FAGUNDES (v. item V-4, abaixo).

(12) *Apud* STUBER, *ob. cit.*, pp. 18/34.

O enquadramento das mencionadas subsidiárias na categoria das sociedades de economia mista resulta, a par do texto constitucional vigente, dos dois diplomas legais acima citados: (a) o primeiro define a sociedade de economia mista como “a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta” (Decreto-Lei n.º 200/67, art. 5.º inc. III); (b) o segundo prescreve que “a constituição de companhia de economia mista depende de prévia autorização legislativa” (Lei n.º 6.404/76, art. 236, *caput*), que “somente poderá explorar os empreendimentos ou exercer as atividades previstas na lei que autorizou a sua constituição” (*idem*, art. 237, *caput*).

IV. Subsidiárias ou controladas de sociedades de economia mista, criadas à míngua de autorização legal específica. Regime jurídico

Diversa é a natureza jurídica dos entes societários, criados por sociedades de economia mista, ou cujo controle acionário seja por estas assumido, sem prévia e específica autorização do Poder Legislativo. À falta desse requisito, reputado como essencial e insuprimível — mesmo quando inexistiam normas constitucionais ou legais sobre a matéria (cf. item II, acima) —, as subsidiárias e controladoras de sociedades de economia mista têm a natureza de sociedades de Direito comum, não fazendo parte, se vinculadas à União, da Administração Federal Indireta (Decreto-Lei n.º 200/67, art. 4.º).

Para essas sociedades, que existem às dezenas entre nós, foi criado pelo Decreto n.º 84.128, como dissemos acima, o conceito *operacional* de empresa estatal, instituindo, no Sistema de Planejamento Federal, um subsistema centralizado na SEST — Secretaria de Controle de Empresas Estatais.

Levando em conta o que acima foi afirmado — ou seja, que existem subsidiárias e controladas de sociedades de economia mista que não participam da mesma natureza jurídica de suas acionistas ou sócias controladoras —, o decreto mencionado estabeleceu que “consideram-se empresas estatais, para os fins deste decreto: I — empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias e todas as empresas controladas, direta ou indiretamente, pela União” (art. 2.º).

Outros diplomas legais, emanados da União, quando tencionam projetar seus efeitos sobre as subsidiárias e controladas de sociedades de economia mista, que não participam da natureza jurídica destas últimas, igualmente lançam mão da expressão acima grifada (*v.g.*, Decreto-Lei n.º 2.300, de 21-11-1986, art. 86, que obriga tais sociedades a adotar “procedimentos seletivos simplificados e observância dos princípios básicos da licitação”; Decreto-Lei n.º 2.355, de 27-8-1987, que estabelece limites de remuneração aos dirigentes e empregados de empresas estatais).

Mas não é apenas o Poder Executivo Federal, através de Decretos-Lei, Decretos, Portarias e outras normas administrativas, que reconhece e trata apartadamente dessa categoria de sociedades controladas direta ou indiretamente pela União, distinguindo-as das sociedades de economia mista. Também o Poder Legislativo adota e aplica diferenciadamente os referidos conceitos, cedidos que são.

Assim é que, quando pretendeu que as referidas sociedades tivessem suas contas submetidas ao crivo do Tribunal de Contas, o Congresso Nacional, através da Lei n.º 6.525, de 11-4-1978, operou substancial modificação na respectiva legislação de regência (Lei n.º 6.223, de 14-7-1975), alterando o que dispunha o seu art. 7.º para explicitar que “as entidades com personalidade jurídica de direito privado, de cujo capital a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município ou qualquer entidade da respectiva Administração Indireta seja detentora da totalidade ou da maioria das ações ordinárias, ficam submetidas à fiscalização financeira do Tribunal de Contas competente, sem prejuízo do controle exercido pelo Poder Executivo” (13).

Acresce reiterar, neste passo, o que adiantamos na parte introdutória deste estudo (item I), ou seja, que o próprio texto constitucional em vigor também utiliza a expressão “empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto”, para projetar seus ditames sobre a espécie societária de que se está a tratar (art. 165, § 5.º, II).

IV.1. *A inexistente categoria das chamadas sociedades de economia mista “de segundo grau”*

Do que até aqui foi exposto resulta evidente que inexistente sociedade de economia mista, cuja constituição não tenha sido precedida de *prévia e específica autorização*, emanada do Poder competente (Legislativo).

Esse era o entendimento pacífico e reiterado da doutrina e jurisprudência e da própria Administração Pública, ao tempo em que sequer existiam mandamentos constitucionais ou legais que se referissem ao mencionado requisito (cf. item II, supra). Tal interpretação ganhou foros de legalidade com a edição do Decreto-Lei n.º 200, cujo art. 5.º, inc. III, estabeleceu que essa espécie societária deve ser criada por lei. Com o advento da Lei n.º 6.404 o mencionado pressuposto foi ainda mais reforçado, na medida em

(13) A redação original do art. 7º da referida lei excluía as sociedades que não fossem de economia mista do crivo das Cortes de Contas, *verbis*: “Art. 7º — As entidades públicas com personalidade jurídica de direito privado, cujo capital pertença, exclusiva ou majoritariamente à União, ao Estado, ao Distrito Federal, ao Município ou a qualquer entidade da respectiva Administração Indireta, ficam submetidas à fiscalização financeira do Tribunal de Contas competente, sem prejuízo do controle exercido pelo Poder Executivo”. O adjetivo feminino plural “públicas” ensejou a interpretação, prevalecente até a promulgação da Lei nº 6.525, de que somente as sociedades criadas após prévia autorização legal é que estavam sujeitas à referida fiscalização.

que o seu art. 236 determinou que “a constituição de sociedade de economia mista depende de prévia autorização legislativa”, acrescentando, o artigo seguinte, que a manifestação volitiva do Poder Legislativo deve explicitar “os empreendimentos” ou “as atividades” a que esse ente societário pode se dedicar.

O § 1.º desse dispositivo disciplina a participação de companhias de economia em outras sociedades, frisando que isto somente poderá ocorrer *quando autorizado por lei* ou para aplicação em incentivos fiscais; por princípio elementar de hermenêutica depreende-se que dita autorização legal igualmente deve indicar “os empreendimentos” e as “atividades” das referidas controladas ou coligadas, consoante determina o *caput* do artigo.

Ratificando essa orientação legislativa e em harmonia com a interpretação predominante na doutrina e em nossos pretórios, a recém-promulgada Constituição estabelece, de um lado, que “somente por lei específica” poderão ser criadas sociedades de economia mista (art. 37, inc. XIX), e, de outro, que a criação de subsidiárias daquelas “depende de autorização legislativa, em cada caso” (idem, inc. XX).

IV.2. Colocação isolada da doutrina, adotado, episodicamente, pela Consultoria-Geral da República

A despeito da clareza dos textos legais citados, vozes isoladas na doutrina chegaram a sustentar a existência das chamadas sociedades de economia mista “de segundo grau”, que seriam aquelas constituídas *sem prévia e específica autorização legal*, mas em decorrência de previsão *genérica* constante da lei de regência dos entes que as criaram (14).

Essa proposição doutrinária, embora isolada e contrarrente, chegou a refletir-se no âmbito da Administração Federal, por curto período, acolhida que foi em parecer do Consultor-Geral da República, Dr. RAFAFIL MAYER (15), com base no argumento de que a existência, na lei que cria determinada sociedade de economia mista (v. g., a citada Lei n.º 2.004, objeto do referido parecer), de autorização *genérica* para a constituição ou participação em outras sociedades, equivaleria a uma *autorização legislativa implícita* para a instituição de outras sociedades, que também seriam de economia mista, ditas de “segundo grau”.

O parecer em tela, exarado a propósito das subsidiárias da PETROBRÁS, ensejou, no breve lapso temporal em que prevaleceu, a aplicação da diretriz

(14) Encontramos apenas três autores admitindo a espécie, de menor nomeada, *data venia*, em relação àqueles que integram a caudalosa corrente dominante: STUBER, Walter Douglas, ob. cit., pp. 13/34; MOURA, Eliana Donatelli de, *Sociedade de Economia Mista na Nova Lei das S/A*, Porto Alegre, Ed. Atrium, 1978, p. 25; NETO, Cotrim, “Da natureza jurídica das subsidiárias de empresas estatais”, *apud* STUBER, ob. cit. p. 29.

(15) Parecer n.º L-154, de 21-7-1977, publicado no *Diário Oficial* da União, de 26-7-1977, pp. 9.519-9.521.

que adotara a pelo menos mais uma empresa, através do Parecer n.º P-61, de 30-1-1981, que abordou a natureza jurídica da AÇOMINAS (16).

O mencionado ponto de vista, que já não resistia ao confronto com o texto do Decreto-Lei n.º 200, esbarrava, ainda, em dois outros óbices intransponíveis: (a) o primeiro de ordem constitucional, uma vez que tanto a Constituição de 1967, quanto a Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, vedavam a delegação de competências entre os Poderes da União, à míngua da obediência do procedimento legislativo próprio (leis delegadas, promulgadas conforme arts. 52 *usque* 54 da Emenda n.º 1); (b) o segundo, inscrito no art. 237 da Lei n.º 6.404, que exige da lei autorizativa de criação de economia mista a especificação dos “empreendimentos” e “atividades” a serem explorados. Ora, nenhuma das leis que continham a referida *autorização genérica*, que se pretendeu qualificar como *implícita*, continham tal explicitação. Mais do que isso: muitas dessas extravagantes sociedades de economia de “segundo grau” eram companhias preexistentes constituídas por particulares, com objetos sociais diversificados, cujo controle acionário foi posteriormente transferido para órgão da Administração Federal Indireta. Aqui, a transgressão ao mencionado dispositivo da lei acionária ficava ainda mais flagrante, na medida em que a autorização genérica e implícita muito raramente explicitava o “empreendimento” ou “atividades” da sociedade controlada ou colegiada.

V. Diretriz atualmente dominante no âmbito da Administração Federal, Tribunal de Contas da União, doutrina e jurisprudência

Basicamente pelos motivos acima expostos, essa solitária posição doutrinária e administrativa não logrou prevalecer, sucumbindo à orientação oposta que, salvo as exceções citadas, foi acolhida pela própria Administração Federal, Tribunal de Contas da União, doutrina e jurisprudência (v. itens V-1 a V-5 abaixo), culminando por influenciar a redação do texto constitucional em vigor como destacamos linhas acima.

V.1. Posição da Administração Federal. Orientação da Consultoria-Geral da República

O posicionamento adotado pela Administração Federal sobre a matéria, constante de pareceres da Consultoria-Geral da República, que para ela são de observação obrigatória, “atos administrativos superiores”, *ex vi* do disposto no Decreto n.º 93.237, de 8-9-1986 (17), esteve sempre afinado com a orientação dominante na doutrina e na jurisprudência, salvo o breve lapso temporal em que prevaleceu o citado entendimento externando pelo Consultor-Geral Dr. LUIZ RAFAEL MAYER.

(16) Publicado no *Diário Oficial* da União, de 10-2-1981, p. 2.754.

(17) O anterior Regimento da Consultoria-Geral da República, aprovado pelo Decreto n.º 58.693, de 22-6-1966, também determinava que, “a partir da publicação do parecer no *Diário Oficial*, os órgãos da Administração Federal — centralizados ou não — ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento” (art. 22, § 2º).

Até 21-7-1977 data deste último parecer —, o citado órgão consultivo federal inadmitia as chamadas sociedades de economia mista “de segundo grau”. O primeiro parecer de que se tem notícia sobre o assunto (n.º 297-H, de 18-1-1966, anterior, portanto, ao Decreto-Lei n.º 200, de 1967 ⁽¹⁸⁾), é de autoria do Dr. ADROALDO MESQUITA DA COSTA e foi aprovado pelo Presidente da República, versando a situação jurídica da Companhia Siderúrgica da Guanabara — COSIGUA. Nessa manifestação, o ilustre Consultor-Geral destacou que “a simples participação de ações pelo Poder Público não basta para a determinação de uma sociedade de economia mista”. Louvando-se na doutrina dominante, que será indicada no item abaixo, o aludido jurista acrescentava que “não se pode perder de vista, outrossim, que a sociedade de economia mista, embora criada nos moldes da lei comercial comum, a sua instituição depende, no entanto, de *autorização legislativa*, por envolver a aplicação de recursos públicos, como porque significa a execução de uma determinada incumbência do Estado” (sic).

O mesmo consultor reiterou essa interpretação, em mais duas oportunidades: na primeira, ao examinar o regime jurídico da Companhia Siderúrgica Paulista — COSIPA, através do Parecer n.º 383-H, de 18-8-1966 ⁽¹⁹⁾, quando concluiu que essa companhia “não é uma sociedade de economia mista, por não ter sido instituída mediante lei autorizativa”; na segunda, ao analisar a situação jurídica da USIMINAS, através do Parecer n.º 512-H, de 8-5-1967 ⁽²⁰⁾, no qual deixou consignado que “no caso da COSIGUA e COSIPA, esses requisitos (autorização legislativa e participação do Poder Público na administração) não estavam preenchidos, daí por que esta Consultoria-Geral não as considerou sociedades de economia mista, aliás, com o aval da melhor doutrina” ⁽²¹⁾.

Essa diretriz — que é a que atualmente deve ser observada pela Administração Federal — prevaleceu até 21-7-1977, tendo sido expressamente retomada em 2-9-1981, através do Parecer n.º P-010, elaborado pelo Consultor-Geral da República, Dr. PAULO CÉSAR CATALDO, com aprovação do Presidente da República.

O Parecer que consagra a orientação dominante foi exarado com a finalidade de examinar a natureza jurídica das empresas controladas pela TELEBRAS — Telecomunicações Brasileiras S/A; a lei que autorizou a criação dessa sociedade de economia mista prevê que a mesma “poderá constituir subsidiárias e participar do capital de outras empresas, cujas atividades sejam relacionadas com o setor de comunicações” (Lei n.º 5.792,

(18) Publicado no *Diário Oficial da União*, de 7-2-1966, pp. 1.445-1.446, com a seguinte ementa: “COSIGUA. Sociedade de economia mista. Necessidade de lei que a institua. Participação do Poder Público em sua Administração”.

(19) Publicado no *Diário Oficial da União*, de 8-9-1966, pp. 10.336-10.337.

(20) Publicado no *Diário Oficial da União*, de 10-5-1967.

(21) Publicado no *Diário Oficial da União*, de 10-9-1981, pp. 17.066-17.072.

de 11-7-1972, art. 3.º, § 2.º) (22). Valendo-se de fartos fundamentos doutrinários e jurisprudenciais, o Dr. PAULO CÉSAR CATALDO enfrentou e afastou a tese das sociedades de economia mista de “segundo grau”, concluindo que “a Telebrás passou a controlar, pela participação majoritária do capital da União, as empresas discriminadas, que não se transformaram, entretanto, pela só mudança do controle acionário, em sociedades de economia mista federais, pela inexistência de autorização legal expressamente atributiva desta qualificação” (nossos os grifos). Observe-se que a tese vencida encontrava, na hipótese examinada no parecer comentado, argumento de apoio inserto no regulamento da lei citada, baixado pelo Decreto n.º 74.379, de 8-8-1974, art. 2.º, parágrafo único, *verbis*: “as subsidiárias da TELEBRÁS poderão ser enquadradas na categoria de sociedade de economia mista, por ato do Presidente da República, mediante proposta do Ministro das Telecomunicações”. O parecerista afastou a objeção, destacando que a norma regulamentar, hierarquicamente inferior, colidia com o texto do art. 235 da Lei n.º 6.404, que exige prévia e expressa autorização legislativa, tanto para a criação desse tipo societário, quanto para a sua participação em outras sociedades. “Incide na espécie — acrescentava ele, com inteira propriedade — a norma do § 2.º do art. 235 da Lei n.º 6.404, expressando que as companhias de que participam, majoritária ou minoritariamente, as sociedades de economia mista, sujeitam-se às normas gerais das sociedades por ações, sem as exceções cogitadas no Capítulo XIX do mesmo diploma”.

Afirmamos que o argumento invocado pelo ilustre Consultor-Geral reveste-se de inteira pertinência posto que lança uma pá de cal sobre a tese afastada, evidenciando que sustentar a criação originária ou derivada de sociedades de economia mista “de segundo grau”, sem prévia e expressa previsão legal, equivale a tornar letra morta o disposto no citado art. 235, § 2.º, da lei acionária em vigor.

V.2. *Idem. Posição da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional*

Como órgão integrante da Administração Federal, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional não poderia furtar-se à observância dessa orientação, e é o que vem sucedendo. No parecer datado de 30-9-1987, subscrito pelo Procurador-Geral, Dr. CID HERÁCLITO DE QUEIROZ, e aprovado pelo Ministro da Fazenda (23), ficou registrado, preliminarmente, que “a matéria referente à conceituação da sociedade de economia mista já foi objeto de inúmeros pronunciamentos da douta Consultoria-Geral da República, aprovados pelo Presidente da República, devendo, pois, ser observados pela administração pública federal como atos normativos superiores.

(22) O parecer examinado também foi publicado, com comentários de nossa autoria, na *Revista de Direito Mercantil* n.º 43, julho-setembro de 1981, pp. 111-112, sob o título “Caracterização jurídica das sociedades de economia mista”.

(23) Publicado na *Revista de Direito Administrativo*, n.º 170, out./dez., 1987, pp. 202-212.

Atualmente rege a eficácia dos pronunciamentos da Consultoria-Geral da República o Decreto n.º 93.237, de 8-9-1986, que dispõe sobre a Advocacia Consultiva da União no Poder Executivo". Quanto ao mérito, são feitas referências às manifestações examinadas no subitem precedente, com destaque para o entendimento ora prevalecente consubstanciado nos pareceres dos Drs. ADROALDO MESQUITA DA COSTA e PAULO CÉSAR CATALDO, dos quais aquela repartição fazendária extraiu a sua particular definição de sociedade de economia mista, *verbis*: "a sociedade de economia mista pode ser conceituada como a organização empresarial destinada à execução de uma dada atividade econômica, sob a forma de sociedade por ações, regida em suas operações pelo direito privado, de cujo capital participem recursos do poder público e de pessoas particulares, sob o controle acionário daquele poder, criada por força de autorização legal, configurando um cometimento estatal, com fundamento na Constituição Federal, afetado à realização da utilidade pública, pois outra não pode ser a destinação do patrimônio público" (nossos os grifos).

V.3. Tribunal de Contas da União

O Tribunal de Contas da União, embora se revestindo da condição de órgão auxiliar do Congresso Nacional, na realização do controle externo da União e das entidades da administração direta e indireta (Constituição de 1988, art. 71, *caput*), também acolhe e aplica a precitada orientação adotada pelo Poder Executivo federal.

É o que se verifica de duas recentes decisões daquela Corte de Contas: na primeira delas, apreciando o processo de prestação de contas TC-025386/84-0, o Tribunal, em decisão de 3-6-1986⁽²⁴⁾, assinalou que "a legislação vigente coloca o ato de criação por lei como requisito essencial para que a sociedade seja considerada de economia mista. Assim está posto no Decreto-Lei n.º 200/67, art. 5.º, item III, com a redação do Decreto-Lei n.º 900/69 e na Lei n.º 6.404/76, art. 236. É também o entendimento firmado e confirmado pela Consultoria-Geral da República, em parecer dos ilustres Drs. ADROALDO MESQUITA DA COSTA, LUIZ RAFAEL MAYER e PAULO CÉSAR CATALDO"; a segunda, tem a seguinte ementa: *empresa privada controlada por sociedade de economia mista não integra a administração indireta*⁽²⁵⁾. Na fundamentação desta decisão, o Ministro-Relator faz referência ao Parecer n.º 010, de 2-9-1981, cuja orientação é a que atualmente predomina, ponderando: "depois de trazer à colação diversas manifestações da própria Consultoria-Geral da República, entendimento de doutrinadores de renome e decisões judiciais, no mais alto grau de jurisdição, o ilustre Consultor-Geral da República conclui seu brilhante parecer, com valor de decreto, após o 'aprovo' do

(24) Publicada no *Diário Oficial* da União, de 23-6-1986, pp. 9.242-9.243, Relator Ministro Ewald S. Pinheiro.

(25) Decisão de 12-3-1987, Relator Ministro Adhemar Ghisi, publicada na *Revista de Direito Administrativo*, nº 167, jan./mar. de 1987, pp. 294-298.

Presidente da República, entendendo que as sociedades sob controle da TELEBRÁS não se transformam em sociedades de economia mista federais 'pela só mudança do controle acionário'. *Para deter esse status, a empresa deve ter autorização legal que expressamente lhe atribua tal qualificação*" (nossos os grifos).

V.4. Doutrina

Tirante as manifestações isoladas mencionadas no item IV.2, acima, a doutrina sufraga o ponto de vista até aqui posto em destaque. O exame dos pronunciamentos dos juristas pátrios pode ser sistematizado em três períodos: (a) manifestações anteriores a qualquer previsão legal sobre a matéria; (b) lições posteriores à edição do Decreto-Lei n.º 200, de 1967; (c) estudos subseqüentes à promulgação da Lei n.º 6.404, de 1976, que, como visto, disciplinou de modo inequívoco a matéria.

No primeiro deles, há que se mencionar, inicialmente, os clássicos juristas citados no parecer do Consultor-Geral Dr. ADROALDO MESQUITA DA COSTA⁽²⁶⁾: TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE, OSCAR SARAIVA, ARNOLDO WALD, CAIO TÁCITO, WALDEMAR FERREIRA e SEABRA FAGUNDES. Este último era particularmente incívico a respeito: "a constituição e a vida de uma sociedade de economia mista se vinculam à lei especial que autoriza a formação e à lei geral sobre as sociedades por ações"⁽²⁷⁾.

A eles se alinhou o saudoso PONTES DE MIRANDA: "mesmo se o Estado se faz titular de mais da metade, ou de mais de dois terços, ou da quase totalidade das ações de sociedade por ações, ou tem quota superior à de qualquer dos acionistas, a sociedade não se torna de economia mista"⁽²⁸⁾. Por derradeiro, há que se incluir nesse primeiro período de vazio legal sobre o tema o nome de THEÓPHILO DE AZEREDO SANTOS, em face do escólio que ministrou em sua obra *As Sociedades de Economia Mista no Direito Brasileiro*, pp. 45/46 e 55⁽²⁹⁾.

Após a edição do Decreto-Lei n.º 200, sobressaem pelo menos dois magistrados: o do eminente publicista HELY LOPES MEIRELLES, pela crítica que dirige aos arts. 4.º e 5.º, na redação dada pelo Decreto-Lei n.º 900, de 1969: "com esse conceito, restritivo e incorreto, a União se autolimitou ao determinar que a sociedade seja criada por lei, quando a lei deve apenas autorizar a sua criação" (grifos do original)⁽³⁰⁾; e a do preclaro administrativista paulista, JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, no sentido de que "não é tarefa das mais fáceis definir sociedade de economia mista

(26) V. nota 14, supra.

(27) In *Revista de Direito Administrativo*, vol. 32, p. 473, 1953.

(28) In *Questões Forenses*, vol. VII, Rio, Ed. Borsoi, 1956, p. 353.

(29) Citada pelo Ministro Moreira Alves, em acórdão prolatado no RE-79840-MG (RTJ-96/1326).

(30) In *Direito Administrativo Brasileiro*, 2ª ed., S.P., RT, 1972, p. 343.

(...) no Brasil, o assunto foi simplificado pelo Decreto-Lei n.º 200/67, que, sem seu art. 5.º, I, definiu a sociedade de economia mista como a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para o exercício de atividade de natureza mercantil, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam, em sua maioria, à União ou a entidade da Administração Indireta(...). Substituindo-se a expressão grifada por 'a exploração de atividade econômica', temos a definição do Decreto-Lei n.º 900/69" (31).

Com o advento da Lei n.º 6.404/76 e em razão do modo inequívoco com que a vigente lei acionária disciplinou as sociedades de economia mista, os autores, à unanimidade, se puseram de acordo sobre a tese aqui comentada (v.g., WILSON DE SOUZA CAMPOS BATALHA, JOSÉ DA SILVA PACHECO, JOSÉ WASHINGTON COELHO) (32). Neste último período merecem especial destaque duas outras importantes manifestações, por abordarem especificamente o tema das inexistentes sociedades de economia mista "de segundo grau". A primeira de autoria de ARNOLDO WALD (33), da qual extraímos as seguintes considerações: "quanto às chamadas sociedades de economia mista de segundo grau, ou seja, aquelas cujo controle pertence a uma sociedade de economia, deveremos fazer uma distinção para atender ao disposto no Decreto-Lei n.º 200. Se a subsidiária foi criada por lei, será sociedade de economia mista. Caso contrário, obedecerá ao regime das sociedades anônimas comuns (34)... a idéia do legislador (de 1976) foi excluir do rol das sociedades de economia mista as chamadas sociedades de empresas mistas de segundo grau, ou seja, as subsidiárias de sociedades de economia mista, quando não criadas por lei (35)... ao excluir do rol das sociedades de economia mista as que, embora controladas direta ou indiretamente pela União Federal ou pelos Estados e Municípios, não foram criadas por lei, o legislador acabou submetendo ao regime comum das sociedades anônimas numerosas companhias, entre as quais se destacam, só no campo federal, a COSIPA, a USIMINAS, a ACESITA, a USIBA, a Companhia Telefônica Brasileira, a TELESP, assim como numerosas subsidiárias da ELETROBRÁS, da EMBRATEL, da PETROBRÁS e da Vale do Rio Doce" (nossos os grifos).

(31) In *Curso de Direito Administrativo*, p. 64, 3ª ed., Ed. S. P., RT, 1982.

(32) Citados pelo Consultor-Geral da República, Dr. PAULO CÉZAR CATALDO, no parecer referido nas Notas 18 e 19, supra.

(33) In "As sociedades de economia mista e a nova lei das sociedades anônimas", artigo publicado na *Revista Forense*, vol. 268, out./dez. de 1979, pp. 395-404.

(34) Como se vê, o autor até admitia, em face do Decreto-Lei n.º 200, o uso da expressão "sociedade de economia de segundo grau", mas para diferenciá-lo da sociedade de economia controladora, de "1º grau". Ambas, no entanto, conforme o autor, para receberem o qualificativo de sociedade de economia mista, deveriam ser criadas por lei.

(35) Já após a promulgação da Lei n.º 6.404, de 1976, infere-se do texto transcrito que para o autor mesmo o uso da expressão sociedade de economia mista de "segundo grau" é impróprio e inadequado.

Também HELY LOPES MEIRELLES voltou a tratar do tema, ulteriormente ao advento da lei que atualmente rege as sociedades por ações, igualmente para negar a existência da categoria das sociedades de economia mista "de segundo grau" em trecho que prima pelo didatismo e clareza com que deslinda a questão: "*é empresa privada, em sentido estrito, simples sociedade anônima, em que pese à participação majoritária no seu capital da TELEBRÁS, da qual é subsidiária ou sociedade controlada, nos termos do § 2.º do art. 243 da Lei n.º 6.404/76, de vez que a mera detenção das ações com direito a voto, por uma sociedade de economia mista, não confere a outra companhia a mesma natureza jurídica do acionista majoritário, pois lhe faltaria o principal requisito, qual seja o da criação por lei, nos termos do inciso III do art. 5.º do Decreto-Lei n.º 200/67 e ainda porque a própria Lei das Sociedades Anônimas (Lei n.º 6.404/76) retirou as sociedades assim constituídas do rol das de economia mista, ao excluí-las das disposições contidas nos seus arts. 235 a 242, específicos para estas últimas*" (36) (nossos os grifos).

V.5. *Jurisprudência*

O Poder Judiciário também acolhe, reiterada e pacificamente, a tese de que a qualificação de sociedade de economia mista somente pode ser atribuída ao ente societário constituído após prévia e específica autorização legal. É de tal forma cediça essa orientação que limitar-nos-emos a citar mais de uma dezena de julgados do Supremo Tribunal Federal, abordando especificamente a matéria.

Iniciamos pelo exame de três acórdãos prolatados anteriormente à promulgação da Lei n.º 6.404/76. No primeiro deles (37), o relator, Ministro MOREIRA ALVES, asseverava: "ainda que — como pretende a recorrente — anteriormente ao Decreto-Lei n.º 200/67 pudesse ser sustentada a existência de sociedades de economia mista sem lei que a criasse, a simples participação do Estado no capital de uma sociedade anônima não bastava para transformá-la em sociedade de economia mista, como bem acentua HELY LOPES MEIRELLES".

Dois outros julgados desse período, e anteriores ao acima mencionado, contemplaram a situação jurídica da USIMINAS (38) e da COSIPA (39).

(36) *Apud* WALTER DOUGLAS STUBER, *ob. cit.*, p. 27.

(37) RE-79840-MG, julgado em 18-8-1975, in RTJ-75/204-208.

(38) RE-72306-GB, julgado em 18-9-1973, in RTJ-68/737-743.

(39) RE-76374-GB, julgado também em 18-9-1973, in RTJ-67/616-621. Neste acórdão o Relator citado acentuou: "a única noção de sociedade de economia mista que ao cultor do direito interessa e a única que pode conhecer, *enquanto jurista*, é aquela que se individualiza em função de uma disciplina peculiar. Dizendo com maior precisão: só há conceito jurídico de sociedade de economia mista no pressuposto de uma situação original perante o direito. Dir-se-á, então, que para o jurista, como jurista apenas, *sociedade de economia mista no Brasil de hoje* é só aquela definida como tal pelo Decreto-Lei nº 200, art. 5º, III, "criada por lei" (nossos os grifos).

Ambos, da 1.ª Turma da Corte Suprema, foram relatados pelo Ministro OSWALDO TRIGUEIRO, que no primeiro deles declarou o seguinte: "parece-me fora de toda a dúvida que a recorrida não integra o elenco dos órgãos da Administração Indireta, porque não é sociedade de economia mista, criada por lei, e cujo controle acionário deva ser, necessária e permanentemente, exercido pelo Poder Público. A criação de sociedade de economia mista, como órgão da Administração Indireta, depende de manifestação da vontade do Estado, através de lei, como o exige o art. 5.º, III, do Decreto-Lei n.º 200, até porque o Estado somente pode exercer atividade econômica em caráter suplementar, como determina o art. 170, § 1.º, da Constituição Federal. Nem se compreenderia que a exceção constitucional pudesse ser indefinidamente ampliada pela autoridade administrativa, à revelia da lei".

Promulgada a Lei n.º 6.404/76, o Excelso Pretório ampliou os fundamentos para firmar-se na linha que vinha sendo seguida. "Sociedade de economia mista. Com ela não se confunde a sociedade sob o controle acionário do Poder Público. É a situação especial que o Estado se assegura, através da lei criadora da pessoa jurídica que a caracteriza como sociedade de economia mista", registrava ementa de acórdão prolatado em 20-6-79 (40). A mesma ementa encimou três outros acórdãos de 1980 (41), com o seguinte acréscimo: *se alguma dúvida pudesse existir, ela desapareceu com o art. 236 da Lei das Sociedades Anônimas.*

Nos anos seguintes dois outros acórdãos (42) receberam da Suprema Corte a seguinte ementa: "Sociedade anônima. Sociedade de economia mista. É sociedade de economia mista aquela criada por lei, não bastando para caracterizá-la como tal a simples presença de capital público (Lei n.º 6.404/76, art. 236)". Dois arestos de 1981 reafirmam a tese, para estabelecer a competência para o julgamento de feitos nos quais figura como parte essa espécie societária: "sociedade de economia mista. Sua criação depende de lei. Compete, por isto, no caso, ao juízo da vara cível, não ao dos feitos da fazenda pública julgar as causas em que sejam parte" (43).

(40) RE-91035-RJ, 1ª Turma, Relator Ministro Soares Muñoz, unânime, in RTJ-96/1323-1327.

(41) RE-92338-I-RJ, 1ª Turma, unânime, Relator Ministro Soares Muñoz, julgado em 18-3-1980, in RTJ-99/341-344; RE-92340-3-RJ, 1ª Turma, Relator Ministro Soares Muñoz, julgado em 25-3-1980 (texto arquivado no Serviço de Jurisprudência do STF); RE-93175-9-RJ, 1ª Turma, Relator Ministro Soares Muñoz, unânime, julgado em 14-10-1980 (idem).

(42) RE-94777-9-RJ, 2ª Turma, Relator Ministro Décio Miranda, unânime, julgado em 14-8-1981 (texto arquivado no STF); RE-96336-7-RJ, 2ª Turma, Relator Ministro Décio Miranda, unânime, julgado em 2-3-1982 (idem).

(43) RE-93502-9-RJ, 2ª Turma, unânime, Relator Ministro Leitão de Abreu, julgado em 28-6-1981, in *Jurisprudência Brasileira*, vol. 64, pp. 152-153; RE-92288-RJ, 2ª Turma, Relator Ministro Leitão de Abreu, unânime, julgado em 10-2-1981, in RTJ-97/860-861.

Finalmente cabe mencionar o julgamento realizado em 28-11-1986, no qual foi explicitada a qualificação jurídica de sociedade anônima controlada por Governo estadual: “não se aplica ao pessoal de empresa controlada pelo Estado a regra do art. 3.º da Lei n.º 5.107, de 1966, que cuida do pessoal da Administração Direta e Indireta da União Federal. Não é a VASP sociedade de economia mista estadual, pois nem sequer foi constituída por lei. O Estado tem apenas o seu controle acionário” (44).

VI. *Conclusão: o controle e a gestão de empresas com participação majoritária do Estado, que não são sociedades de economia mista*

A despeito de não serem sociedades de economia mista, as empresas controladas majoritariamente pelo Estado, seja pela Administração Direta, seja pela Indireta, sem prévia e específica autorização legislativa, estão sujeitas a normas de controle e gestão, editadas pelo Poder Executivo, que todavia devem ser exercitadas segundo o regime societário comum. É o que reza o art. 235, § 2.º, da Lei n.º 6.404, de 1976: “as companhias de que participem, majoritária ou minoritariamente, as sociedades de economia mista estão sujeitas ao disposto nesta lei, sem as exceções previstas neste capítulo”.

A atuação do Estado na gestão e controle dessas empresas se realiza, portanto, mercê do exercício de suas prerrogativas enquanto acionista controlador (Lei n.º 6.404, arts. 116, 117 e 243). Nessa condição, o Estado detém o poder genérico — como qualquer outro acionista controlador privado — de “fazer a companhia realizar o seu objetivo e cumprir a sua função social” (art. 116, parágrafo único), dirigindo suas atividades sociais e orientando o funcionamento de seus órgãos sociais (art. 116, b). Tal poder, explicitado mediante interpretação *a contrario sensu* das várias alíneas do art. 117, § 1.º, da lei acionária, abrange a orientação da sociedade para a consecução de seu objeto (a); a promoção de operações de dissolução, liquidação, transformação, incorporação, fusão ou cisão (b); a realização de alterações estatutárias, emissão de valores mobiliários, bem como a adoção de políticas e decisões que tenham por fim o interesse da companhia (c); a eleição de administradores e conselheiros fiscais (alínea c, cc art. 116, a), a aprovação das contas dos administradores e a apuração de denúncias sobre irregularidades (g).

Na órbita federal, o controle e a gestão dessas espécies societárias, pelo Poder Executivo, foram disciplinadas, como frisamos no item IV,

(44) RE-107955-SP, 2ª Turma, unânime, Relator Ministro Carlos Madeira, in RTJ-120/1272-1275. A vista das considerações transcritas no texto, o Ministro Francisco Rezek, em declaração de voto, afirmou que “a VASP, empresa privada que é, sob o prisma formal, não está sujeita aos parâmetros do Decreto-Lei n.º 200 e de outras normas concernentes ao recrutamento de servidores públicos”.

supra, mediante a instituição, pelo Decreto n.º 84.128, de 29-10-1979, de um subsistema no Sistema de Planejamento Federal, centralizado na Secretaria de Controle das Empresas Estatais — SEST, e que abrange, ao lado das empresas públicas e sociedades de economia mista, as *subsidiárias e todas as empresas controladas, direta ou indiretamente, pela União*, criadas sem prévia e específica autorização legislativa (art. 2.º, inc. 1).

A par desse controle, o Poder Executivo expede, para tais sociedades, uma série de instruções a serem implementadas de acordo com o regime societário comum, como as constantes dos exemplos a seguir comentados. Assim é que, para os conselheiros fiscais e representantes da União nas “entidades controladas direta ou indiretamente pelo Tesouro Nacional”, foi baixado, pela Instrução Normativa STN/MF, de 26-2-1987 (46), o “Manual de Orientação” para a atuação dos referidos agentes. Preservado, como salienta o seu Capítulo 1, o regime normativo da Lei n.º 6.404, o mencionado documento visa, “através do ordenamento e da sistematização, organizar instrumentos básicos de trabalho, capazes de esclarecer e orientar os conselheiros fiscais no cumprimento de suas atribuições (...) e facilitar a atuação de todos os conselheiros fiscais representantes do Tesouro, dando-lhes uma linha uniforme e padronizada de trabalho” (item 1.6).

Determinadas instruções são expedidas para receberem implementação através de reforma estatutária, pela assembléia geral extraordinária de acionistas, como é o caso das constantes do art. 5.º do Decreto n.º 97.161, de 6 de dezembro de 1988, *verbis*: “as entidades de que trata o art. 1.º (entre as quais se incluem as ‘controladas direta ou indiretamente pela União’), no prazo de 60 dias, procederão às necessárias alterações dos seus estatutos, a fim de que os órgãos de auditoria interna passem a vincular-se, diretamente, aos presidentes dos respectivos Conselhos de Administração ou órgão equivalente (...)”. E é o caso, igualmente, do Decreto n.º 97.460, de 15 de janeiro de 1989, que limitou a seis o número máximo de cargos no conselho de administração e na diretoria, e a três os do conselho fiscal, “ressalvado o caso da existência de representantes dos acionistas minoritários e preferenciais” (art. 1.º). O parágrafo único desse artigo estabelece que “a assembléia geral deverá aprovar as alterações estatutárias necessárias ao cumprimento do disposto neste Decreto”.

Por derradeiro, cabe reiterar que, além da orientação, controle e fiscalização da gestão das referidas espécies societárias, pelo Poder Executivo, estão elas sujeitas à obrigação de prestar contas ao Tribunal de Contas, nos termos da Lei n.º 6.223, de 14-7-1975, com a redação dada pela Lei n.º 6.525, de 11-4-1978.

(46) Publicada no Diário Oficial da União, de 6-3-1987, pp. 3.163-3.167.

As macroperspectivas do Direito Minerário a partir da nova Constituição

NELSON DE F. RIBEIRO

Secretário de Indústria, Comércio e Mineração do Estado do Pará. Professor Titular (aposentado) da Universidade Federal do Pará. Ex-Ministro de Estado da Reforma e do Desenvolvimento Agrário

Em vários setores das atividades econômicas e sociais, a nova Constituição interveio e adotou uma orientação normativa, não apenas *estrutural*. Foi além. Procurou oferecer respostas aos problemas *conjunturais* em que esses setores têm sido envolvidos. Assim ocorreu com a questão mineral. O legislador constituinte compreendeu a sua *relevância estratégica* e conjuntural e por isso procurou ser mais minudente, incluindo na Constituição ângulos novos que não foram tratados pelas Constituições ante-

Estudo apresentado no XXV Congresso Brasileiro de Geologia e no VII Congresso Latino-Americano de Geologia, realizados no período de 6 a 13 de novembro de 1988, em Belém do Pará.

riores. Dessa forma, permeou o texto constitucional, em quase todos os seus títulos, de normas de direito minerário que em seu conjunto formam um arcabouço amplo, verdadeira matriz de um campo do direito brasileiro que passará, sem dúvida, sob a égide da Carta Magna, a ter grande importância e larga aplicação.

2. Este estudo tenta oferecer uma visão sistemática dos grandes ângulos ou perspectivas que o direito minerário brasileiro assumiu na nova Constituição. Trata-se de uma abordagem de real significado, porque essas perspectivas, na aplicação ou regulamentação da norma constitucional, funcionarão como verdadeiros parâmetros que norteiarão o equacionamento das soluções para a grave questão mineral brasileira.

3. Uma análise global do texto constitucional permite deduzir que as seguintes perspectivas nortearam a concepção política e filosófica do legislador constituinte na elaboração da nova Carta Magna: a perspectiva nacionalista, a perspectiva estadualizante, a perspectiva socializante, e a perspectiva ambientalista. A primeira de alguma forma já se fez presente no direito minerário brasileiro, embora nem sempre a nível constitucional. As demais são abordagens novas, algumas das quais foram apenas tangenciadas pela legislação minerária.

1. *A perspectiva nacionalista*

4. Essa perspectiva se fez manifestar em primeiro lugar na definição da propriedade do subsolo, quando no art. 20, inciso IX, definiu, como *bens da União*, "os recursos minerais, inclusive os do subsolo". A redação caracteriza-se pela especificidade, tentando prevenir a ocorrência de quaisquer dúvidas quanto à propriedade dos bens minerais. Essa especificidade foi mais ostensiva no art. 176, quando estabeleceu a regra de que "*as jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra*" (grifos do autor). A norma constitucional aqui é mais explícita, pois manteve, como propriedade da União, as jazidas mesmo em lavra, caracterizando-as como propriedade distinta da do solo. Ao concessionário da exploração da jazida garantiu a propriedade do produto da lavra, o que, sem dúvida alguma, é um dos avanços mais importantes da política mineral brasileira. Foi superado, dessa maneira, o questionamento no sentido de aplicar aos bens minerais o regime de *res nullius* que as Constituições de 1934 e 37 haviam preconizado. Reconheceu, assim, a Constituição que os recursos minerais são bens econômicos que pertencem à sociedade como um todo. Por isso mesmo, não podem ser tratados como propriedade daquele que os descobrir, no seu exclusivo interesse particular, pois, seria uma violência contra o interesse social que é inerente à natureza desses bens.

5. O ângulo mais polêmico, entretanto, da questão mineral, cuja definição constitucional refletiu a perspectiva nacionalista, foi, fora de qualquer dúvida, a definição normativa prevista no § 1.º, do artigo 176, *in verbis*:

“Art. 176 —

§ 1.º — A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o *caput* desse artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, *no interesse nacional, por brasileiros ou empresa brasileira de capital nacional*, na forma da lei, que estabelecerá as condições quando essas atividades se desenvolverem em faixas de fronteira ou terras indígenas” (grifos do autor).

6. Foi a grande opção feita pelo legislador constituinte nesse setor. Primeiro, estabeleceu a regra de que a exploração mineral somente poderá ser feita no interesse nacional, excluindo, dessa forma, o atendimento ao interesse alienígena e colocando o interesse particular, obrigatoriamente, na perspectiva dos interesses da Nação como um todo. Além disso, nacionalizou a exploração dos bens minerais quando a definiu como privilégio de brasileiros, ou de empresas brasileiras de capital nacional. O conceito destas foi definido no artigo 171, inciso II, quando estabeleceu que elas devem ter o controle efetivo e permanente de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País. Além disso, caracterizou, como controle efetivo desse tipo de empresa, aquele que é exercido pelo capital votante e que, ademais, tem o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para a gestão do seu desempenho. Com isso a Constituição evitou fórmulas de contorno da perspectiva nacionalista. A presença do capital estrangeiro é admitida na exploração mineral, através de empresas nas quais não tenha o controle majoritário do processo decisório.

7. É interessante frisar que a orientação nacionalista, adotada pelo legislador constituinte, *não tem um conteúdo xenófobo*, o que é evidenciado através de duas diretrizes consignadas nas Disposições Transitórias. A primeira, quando admitiu que a nacionalização da exploração mineral, *preconizada no § 1.º do art. 176, far-se-á no prazo de quatro anos, dando assim à iniciativa privada o tempo necessário para que essa nacionalização se realize sem traumas para a economia nacional* — art. 44, *caput*, das Disposições Transitórias.

8. Esse tom cauteloso da nova ordem constitucional na *questão mineral* tornou-se mais evidente, ainda, na diretriz constante do § 1.º do art. 44 das Disposições Transitórias. Aí, o constituinte estabeleceu uma norma de política econômica do mais alto significado para a conjuntura nacional, quando excetuou, da nacionalização prevista no § 1.º do art. 176, as *empresas brasileiras que, no prazo de quatro anos, “tenham o produto de sua lavra e beneficiamento destinado à industrialização no território nacional,*

em seus próprios estabelecimentos ou em empresa industrial controladora ou controlada". Ficou, assim, ressalvada a situação daquelas empresas brasileiras que, mesmo não sendo de capital nacional, sejam constituídas sob as leis brasileiras e tenham sua sede e administração no País. Estas poderão continuar a lavar suas jazidas, desde que industrializem o seu produto no País, em seus estabelecimentos ou em empresa pertencente ao mesmo grupo econômico.

9. Reconheceu, dessa forma, o constituinte que o grande significado econômico no aproveitamento dos recursos minerais está na sua industrialização no País e não na sua simples extração ou beneficiamento. Foi evidentemente preservado o interesse econômico nacional, pois, de um lado, esse dispositivo tornou-se um incentivo à industrialização mineral do País, com isso maximizando o seu aproveitamento em benefício da economia brasileira; de outro, atentou bem para a circunstância de que a contribuição do produto industrial, de origem mineral, para a formação do PIB, atinge a cerca de 1/4 por cento, enquanto que a do produto mineral *in natura* não vai além de 4%. Isso significa que mesmo empresas brasileiras de capital nacional poderão, na fase de industrialização do produto, atuar através de outras empresas brasileiras, ainda que o capital destas não seja nacional, estabelecendo-se, assim, o equilíbrio econômico em que os interesses do País são plenamente resguardados.

10. A orientação nacionalista se fez sentir também de maneira ostensiva na continuação do monopólio da União sobre a exploração de jazidas de petróleo. Assim, no art. 176 e seus incisos, definiu a amplitude desse monopólio estatal, quando estabeleceu que o mesmo compreende, não só a lavra, mas ainda a pesquisa das jazidas; não só o petróleo, mas também o gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; quando o estendeu à refinação do petróleo, seja nacional ou estrangeiro; quando preconizou o monopólio da importação e da exportação do petróleo e seus derivados básicos; e identicamente procedeu quanto ao transporte marítimo, ou por meio de conduto do petróleo bruto, de origem nacional, e seus derivados.

11. Finalmente, um aspecto novo, preceituado pela nova Constituição, diz respeito ao monopólio exercido pela União sobre os bens minerais nucleares e seus derivados. A abrangência desse monopólio compreende a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio dos mesmos, dado o seu alto significado estratégico, não só de natureza econômica, mas também no contexto da política internacional.

2. A perspectiva estadualizante

12. O fortalecimento do *federalismo* foi, fora de qualquer dúvida, uma das maiores conquistas da sociedade brasileira na elaboração da nova Constituição. Tornar a autonomia dos Estados-Membros um dado pragmático e não um mero formalismo, foi a tônica que norteou a ação normativa

do constituinte, tanto a nível político como nos níveis econômico, social e administrativo. A descentralização do processo decisório e a desconcentração da atuação do poder público defluem ostensivamente da leitura do texto constitucional em todos os seus títulos. Essa orientação fez-se presente na normatização da questão mineral. Os Estados e Municípios foram convocados, mais aqueles do que estes, para compartilhar do processo administrativo da exploração do subsolo brasileiro, superando-se, dessa maneira, a exclusividade centralizadora que norteou a sistemática da administração dos problemas minerais nas Constituições anteriores.

13. Logo de início, a Constituição abre uma exceção na propriedade dos bens minerais, sempre atribuídos à União. O inciso I do art. 26 incluiu entre os bens dos Estados as *águas subterrâneas*. Não se trata de uma importante exceção, pois as razões que a determinaram poderiam também ser aplicadas no sentido de transferir para os Estados a propriedade de outras substâncias, como aquelas que são aplicadas na indústria da construção civil e as águas minerais. Em qualquer circunstância, a inclusão de uma classe de minerais entre os bens dos Estados vale, sobretudo, pela abertura que passou a haver no monolítico preceito da apropriação desse tipo de bens pela União.

14. Dentro dessa perspectiva estadualizante, o preceito mais notável foi, sem dúvida, *criação do "royalty"* em favor dos Estados e Municípios, previsto no § 1.º do art. 20. Por esse dispositivo, foi assegurada a *participação* dos Estados e Municípios no resultado da exploração dos recursos minerais em seu respectivo território. Assim, foi atribuída uma compensação aos Estados e Municípios pela perda de seus recursos naturais não renováveis. Nada mais justo. Tratando-se de um recurso exaurível, era indispensável compensar a sociedade pela sua exploração. Essa norma vem, aliás, tardiamente, quando a exploração já provocou no País tanta degradação ambiental, já exauriu tantas jazidas, sem que a sociedade fosse, de alguma forma, retribuída pela perda de seu patrimônio econômico.

15. Um aspecto fundamental dessa nova perspectiva foi a convocação dos Estados-Membros para participarem da sistemática de *administração dos bens minerais*. Pelo art. 24, inciso VI, os Estados passaram a legislar, *concorrentemente* com a União, sobre a "conservação da natureza", "proteção do meio ambiente" e "controle da poluição". É evidente que dessas hipóteses ou situações se permite inferir que os Estados poderão legislar sobre a *poluição mineral*, o que poderá ter grande significado no momento histórico que vive a Amazônia e, em especial, o Estado do Pará, com o problema da poluição física e química de seus rios.

16. É sob essa mesma ótica que deve ser entendida a norma consignada no artigo 23, inciso VI, no sentido de que os Estados-Membros têm *competência comum* com a União e os Municípios para "proteger o meio ambiente e combater a poluição em todas as suas formas". Inclui-se, portanto,

nessa atribuição de responsabilidade aos Estados, o combate à *poluição mineral*, preventiva e coercitivamente.

17. A política de discriminação das rendas públicas trouxe dispositivos do mais alto significado no fortalecimento do federalismo e na retratação da face estadualizante do direito minerário. A extinção dos impostos únicos e, em especial, do imposto incidente sobre a mercadização minerária foi a opção pela *verdade tributária*. Por sua natureza, o comércio de minérios não poderia estar fora do clássico Imposto sobre Circulação de Mercadorias — ICM, pois sua incidência ocorre exatamente sobre as “operações relativas à circulação de mercadorias” (art. 155, inciso I, alínea *b*). Por que, quando a mercadoria é um mineral, deveria sua comercialização ficar fora da incidência do ICM? Tratava-se de uma medida adotada pelo autoritarismo que, com isso, pretendia manter os Estados fora de qualquer interferência no processo de administração de atividade minerária.

18. A nova Constituição trouxe, ainda, duas normas de grande importância na política tributária incidente sobre a exploração mineral. A primeira foi admitir que o ICMS seja “seletivo em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços” — art. 155, inciso III. Essa norma permitirá aos Estados adotar alíquotas diferenciadas na tributação sobre a comercialização de minérios, considerando suas condições mercadológicas. A outra não permite a isenção do ICMS sobre *produtos semi-elaborados* destinados ao exterior — artigo 155, inciso X, alínea *b*. Essa isenção, tal como era aplicada no regime tributário anterior, tornava-se, de fato, um incentivo a que o País permanecesse como um exportador de “*commodities*”, principalmente de origem mineral, para atender aos interesses econômicos dos países industrializados do Hemisfério Norte.

19. Finalmente, deve ser ressaltado, nessa perspectiva estadualizante, a atribuição aos Estados de *competência comum*, com a União e os Municípios, para fazer o *registro, o acompanhamento e a fiscalização* das “concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seu território” — artigo 23, inciso XI. Excluem-se, dessa forma, as situações estranhas até então ocorrentes, em que os Estados não passavam de meros espectadores da ação da iniciativa privada em seu território, quando se tratava de atividade minerária, porque esta operava sob a jurisdição exclusiva da União. Pelo novo dispositivo constitucional, os Estados passaram a ter efetiva participação na administração da atividade mineral, já que agora têm competência para controlar a adequação do desempenho das concessionárias de exploração mineral, registrando, acompanhando e fiscalizando a sua atuação.

3. *A perspectiva socializante*

20. Um esclarecimento preliminar faz-se necessário. O termo *socializante* não tem aqui qualquer conotação ideológica. Diz-se *socializante* e não

socialista. Este relativo ao regime político — o socialismo. Socializante refere-se ao processo de *socialização*, isto é, a tendência dos tempos modernos de multiplicação das relações mútuas e interdependências, como constatao o Concílio Ecumênico Vaticano II (G.S. 25), através do associativismo e da cooperação, dos acordos e relações obrigacionais entre grupos, empresas e organizações assemelhados.

21. Essa perspectiva socializante, no tratamento constitucional da questão mineral, fez-se sentir com mais evidência no *problema da garimpagem*. Logo no artigo 21, inciso XXV, foi atribuída à União a competência para “estabelecer as áreas e as condições para o exercício de atividade de garimpagem, em forma associativa” (grifo do autor). Trata-se da competência para que a União crie áreas de *reservas garimpeiras* e indique as *condições* para a prática dessa atividade. Entre as *condições* definiu logo o constituinte que a atividade garimpeira, objeto desse amparo do Poder Público, através da União, é apenas aquela que se fizer sob a *forma associativa*. Isto é, obrigou a União a adotar a perspectiva socializante, sempre que intervier para a formação de áreas de reserva garimpeira.

22. No artigo 174, parágrafo 3.º, a Constituição tornou-se mais explícita quanto a essa orientação associativista da garimpagem. Obrigou o Poder Público a favorecer a “organização da atividade garimpeira em *cooperativas*, levando em conta a *proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros*” (grifos do autor). Pretende-se, assim, que o Poder Público, em definitivo, promova a organização da garimpagem em benefício de seus principais agentes — os garimpeiros, que até hoje atuam à margem de qualquer amparo do Estado, sujeitos a relações de trabalho de conteúdo ético e jurídico duvidoso, pela perda de autonomia e a total alienação diante dos valores da vida social.

23. Para melhor garantir o incentivo e amparo às cooperativas de garimpagem, o parágrafo 4.º do citado artigo 174, assegura em favor delas, “*prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis*”, nas áreas de reservas. A garimpagem, através de *orientação associativa*, está dessa forma garantida, não só em seu ângulo estrutural — a formação de áreas de reserva —, mas também patrimonial, pela capacitação jurídica e prioritária das cooperativas para realizar as pesquisas e a lavra de minerais garimpáveis.

24. Devem ser incluídos, também, como transparência da perspectiva socializante, dois ângulos das normas constitucionais, abordados como expressões maiores de outras perspectivas:

a — a criação do “royalty”, na medida em que se trata de compensação, *devida à sociedade como um todo*, pela perda de um recurso natural exaurível;

b — a obrigação de “recuperar o meio ambiente degradado”, por parte daquele “que explorar recursos minerais” — art. 225, parágrafo 2.º; trata-se de uma exigência constitucional para *proteger a sociedade dos danos ou da degradação* que o minerador provocar sobre o meio ambiente; seu objetivo é, portanto, levar a atividade minerária a satisfazer o seu compromisso social.

4. A perspectiva ambientalista

25. Aqui não é, apenas, o tratamento da questão mineral que assume um conteúdo ambientalista. É toda a Constituição, nos seus mais diversos ângulos, que está permeada de dispositivos refertos de sentido ecológico. Foi, porém, quando abordou e disciplinou o problema mineral que o legislador constituinte se revelou mais incisivo e objetivo, no sentido de que a exploração dos recursos do subsolo se realize sempre com o amplo resguardo dos princípios e normas relativos à ecologia mineral.

26. Primeiro, a Constituição *verticaliza* a intervenção do Poder Público no problema da poluição mineral, seja quando atribui, não só à União, mas também aos Estados e Municípios, a responsabilidade pela proteção ambiental e pelo combate à poluição — art. 23, inciso VI, seja quando divide com os Estados a responsabilidade por legislar sobre a “responsabilidade por dano ao meio ambiente” — art. 24, inciso VIII. Ficou, assim, estabelecido um amplo arcabouço de ação do Poder Público, de forma que a questão do combate à poluição não tenha vazamento pela omissão das autoridades responsáveis em todas as esferas do Poder.

27. No “Título VII — Da Ordem Social”, criou um capítulo próprio sobre o problema ambiental — “Capítulo VI — Do Meio Ambiente” — e definiu que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado” — art. 225, *caput*. A esse direito que todos têm ao equilíbrio ecológico, o constituinte estipulou de pronto uma *obrigação*, ao preceituar que “aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado” (grifo do autor) — art. 225, parágrafo 2.º Ao direito que todos têm à proteção ambiental corresponde uma obrigação específica de parte daqueles que exploram recursos minerais, deixando, assim, transparecer a perspectiva ambientalista do direito minerário brasileiro.

Em conclusão, estas macroperspectivas do direito minerário brasileiro devem ser objeto de alta conscientização da sociedade, pois elas em si refletem os grandes *avanços* que o tratamento da questão mineral passou a ter no campo do direito e da política, na ordem econômica social do País. Essas perspectivas são os faróis que devem iluminar as decisões do administrador público e do juiz, na aplicação das normas constitucionais, sobre a difícil questão mineral brasileira.

Novos rumos para a internacionalização do mercado de capitais

ARNOLDO WALD

Na presente fase da nossa história econômica, no momento em que pretendemos reduzir o papel do Estado e combater o *deficit* público, a utilização do mercado para garantir o crescimento do País é a solução mais adequada e consagrada por toda a sociedade.

No mundo prevaleceu, até 1930, a idéia de uma economia de mercado sem limites, que ensejou a crise de 1929 e a reação intervencionista, que perdurou com a 2.^a Guerra Mundial e até a década de 1970. Atualmente, depois da tese e da antítese, chegamos ao momento da síntese. Reconhecemos que existem falhas no mercado, que nem sempre é perfeito, embora tenda a sê-lo, na maioria dos casos. Por outro lado, há falhas na regulamentação e na intervenção, sendo estas, todavia, necessárias em determinadas situações. A privatização, a desestatização e a desregulação são tendências que revelam uma maior ênfase dada ao mercado e uma redução substancial do papel do Estado na sociedade, corrigindo as falhas tanto do mercado quanto da intervenção estatal.

Na realidade, os mercados perfeitos ou quase perfeitos são os competitivos, nos quais a concorrência racional enseja maior flexibilidade e

possibilidade de mudança, o que não ocorre no caso dos monopólios de fato e de direito. Mas o funcionamento adequado do mercado tem certas premissas, como a igualdade de tratamento de todos e a difusão plena das informações. Sempre que ocorrem desequilíbrios nos níveis de informação, os mercados deixam de ser eficientes e a regulamentação deve corrigir as eventuais desigualdades criadas.

A política governamental cabe, pois, desenvolver as técnicas adequadas para corrigir as falhas do mercado, sem incorrer nas falhas da regulamentação excessiva ou descabida.

Afirmou-se, recentemente, o paradoxo de estarmos num mundo em que a economia vai bem e as finanças vão mal. Trata-se, portanto, de compatibilizar os ritmos da economia e das finanças, fazendo com que estas se enquadrem no desenvolvimento econômico mundial, transformando a atual incerteza e insegurança numa relativa estabilidade, sem inflação e sem oscilações monetárias internacionais. Precisamos restabelecer a perenidade das unidades de conta e dos padrões monetários. Não se pode continuar a viver normalmente, durante muito tempo, num mundo, ou num país, no qual a moda deixa de cumprir a sua função básica de medida de valor e de denominador comum dos bens produzidos e negociados pela sociedade.

Atualmente, o objetivo prioritário do Brasil deve concentrar-se na luta contra a inflação e o *deficit*, que a provoca, e neste empenho pelo corte de despesas e pela criação de riquezas, contamos com o mercado de capitais para drenar recursos para as empresas, criar empregos e ensejar investimentos e lucros que garantirão os reinvestimentos de amanhã, como já foi salientado por um estadista alemão.

Todo o problema brasileiro, neste momento, pode ser resumido na necessidade de combater a inflação e de adequar os investimentos às necessidades e possibilidades da economia brasileira. O grande mercado para colher os recursos e dar-lhes a devida liquidez é o mercado de capitais.

Num momento de penúria nacional, é evidente que é mais oportuno obtermos investimentos de risco do que financiamentos a médio ou longo prazo. Estes, além de não estarem disponíveis atualmente, ensejam sempre uma remuneração fixa, independente do lucro dos empreendimentos, que os torna especialmente onerosos na fase de implantação. Assim sendo, im-

põe-se o desenvolvimento acelerado do nosso mercado de capitais como condição do crescimento econômico do Brasil.

O Governo Federal tem dado às empresas e ao mercado de capitais todo o apoio possível. A nova política industrial e a abertura da economia, sob todas as suas formas, inclusive importações, realizações de *joint venture* etc. constituem uma das maiores revoluções da política econômica brasileira.

No tocante ao mercado de capitais, foram tomadas medidas fiscais para facilitar os investimentos de dinheiro novo no mercado, baixando-se uma regulamentação específica para esta matéria e para os fundos de conversão. A sociedade de participação mereceu uma regulamentação própria da CVM e do Banco Central.

Nos projetos de lei sobre o imposto de renda, foi realizado, em parte, o velho sonho do Professor Otávio Gouvêa de Bulhões de evitar a dupla tributação da empresa e do acionista em relação ao mesmo lucro. Um regime fiscal especial está sendo cogitado para as empresas abertas com participação de empregados, numa modalidade que tem obtido sucesso nos Estados Unidos e que tem incontestável interesse social. Em relação às próprias operações de Bolsa, foi encontrado, na tributação em valor reduzido pelo IOF, uma fórmula eqüitativa, que não deve perturbar o mercado.

A privatização abre, por sua vez, novos horizontes para o mercado de capitais. Os princípios que orientam a Medida Provisória n.º 26 são a transparência, o atendimento ao interesse nacional, a flexibilidade nas modalidades operacionais e a participação de empregados e de pequenos acionistas, sempre que possível. Já é a política adotada, *grosso modo*, pelo BNDES nas suas reprivatizações. Nas operações a serem realizadas no futuro, pretende-se usar a conversão da dívida, o sistema financeiro e de distribuição e fazer os leilões em Bolsa, privatizando-se não só a fase de consultoria, mas também a de lançamentos e subscrições das ações, mediante utilização das instituições de mercado. Haverá assim viabilidade de multiplicar, várias vezes, a nossa capitalização em Bolsa, mediante o ingresso de novas ações e de novos recursos, que podem representar até alguns bilhões de dólares por ano.

Existe uma preocupação válida do mercado quanto aos lançamentos de ações e debêntures de empresas mistas no mercado. A Comissão de Valores Mobiliários tem examinado as dificuldades decorrentes das dimen-

sões, algumas vezes gigantescas, das novas emissões de debêntures de sociedades de economia mista diante da relativa limitação dos recursos do mercado. É um problema que deve ser examinado, mas não se pode esquecer a importância das empresas governamentais no movimento das Bolsas de Valores, nem tampouco a impossibilidade, existente no momento, de injeção de novos recursos públicos para investimento nas estatais.

Para facilitar o acesso às Bolsas das empresas nacionais de controle estrangeiro, o Conselho Monetário Nacional revogou, recentemente, a Resolução n.º 755, que exigia contrapartida em moeda estrangeira. Era uma medida inócua, que estava impedindo o ingresso no mercado ou o aumento de capital de empresas controladas por estrangeiros, numa discriminação que perdeu a sua razão de ser e que não se compatibiliza com a nova Constituição. Abre-se, assim, mais uma perspectiva, que poderá aumentar a presença das subsidiárias das multinacionais, que representam, hoje, cerca de 3% na Bolsa e que são suscetíveis de alcançar cerca de 5 ou 6%, sem afetar, de modo algum, os interesses nacionais, estimulando, outrossim, eventuais *joint ventures* fecundas, no tocante à transferência de tecnologia e até a conquista de novos mercados externos. As empresas brasileiras controladas por capitais estrangeiros, depois de estarem cotadas nas Bolsas Nacionais, também poderão registrar-se e negociar as suas ações no exterior, eventualmente, no país de origem de seus controladores, ensejando, assim, uma maior presença dos títulos brasileiros nos principais mercados do mundo.

Finalmente, a criação do banco múltiplo ofereceu às corretoras a possibilidade legítima de sua transformação em instituição financeira, podendo, conforme o seu capital, alcançar o nível de banco e abrindo, assim, um sistema de vasos comunicantes entre os mercados de capitais e financeiro.

Já tive a oportunidade de assinalar a importância que a conversão representou para o Brasil, em geral, e para o mercado de capitais, em particular. As empresas abertas e os fundos receberam cerca de 500 milhões de dólares de recursos decorrentes de conversão e mais de 200 milhões de dinheiro novo. Assim sendo, mais de 700 milhões de dólares ingressaram no mercado de capitais e, em virtude dos leilões, outros 700 milhões beneficiaram as empresas incentivadas, que hoje também passaram a integrar o mercado, avaliando-se, pois, em quase um bilhão e meio de dólares a contribuição internacional para o nosso mercado em 1988.

Penso que, com os recursos da conversão, do dinheiro novo e da privatização, poderemos dar novas dimensões às Bolsas de Valores e ao mercado de capitais, seguindo o exemplo da França e da Inglaterra que, em poucos anos, aumentaram substancialmente o valor da capitalização em Bolsa e o número de acionistas.

Na realidade, devemos passar da “era da dívida” para a da participação acionária e, aos poucos, transferir para o mercado de capitais recursos externos e internos hoje investidos em papéis de renda fixa.

Nada impede que, num futuro próximo, tenhamos um mercado de capitais com não mais de trinta bilhões de dólares, mas de duzentos ou trezentos bilhões. O investimento externo em ações brasileiras pode, pois, ser um dos meios de solução da dívida externa, além de constituir importante instrumento para novos investimentos no País.

Na realidade, o nosso mercado representa menos de 10% do PIB, quando em outros países alcança 60 e até 80%, o que justifica a nossa previsão de um crescimento que nos coloque na posição das economias mais desenvolvidas.

No mundo do investimento global, no qual numerosas ações estrangeiras estão sendo negociadas em Londres, Nova Iorque, Tóquio e Paris, não há razão para que o nosso mercado se situe proporcionalmente em valores inferiores aos de Singapura, Malásia, Jordânia e Taiwan. Em algarismos absolutos, a capitalização em Bolsa brasileira é inferior à de Hong Kong, da Coreia do Sul e até de Luxemburgo, o que não se explica.

Mesmo comparando o PIB brasileiro com o de outros países, chegamos à conclusão de que não se justifica que o nosso mercado represente 1% do americano ou do japonês, podendo, para manter a proporção adequada, multiplicar-se por oito ou dez, alcançando os níveis acima referidos.

Em 1987, os investimentos em ações estrangeiras realizados no mundo inteiro alcançaram 1,3 trilhão de dólares. Se o Brasil pudesse receber 1% deste investimento internacional — o que constitui uma meta modesta — teríamos a possibilidade de um aumento de recursos anual de 13 bilhões de dólares, ou seja, cerca de 40% do nosso mercado. Tal ingresso teria um incontestável efeito multiplicador sobre os próprios recursos nacionais colocados no mercado.

Estes números não são produtos da imaginação e da fantasia, mas defluem de estudos publicados pela IFC e se comprovam pela rápida subscrição das ações do Fundo Brasil. Outros vinte fundos privados estão hoje captando recursos no exterior para o mercado brasileiro.

Mas o sucesso do mercado de capitais depende não só da política de governo, mas, ainda, e basicamente, da credibilidade do mercado, da adequada auto-regulação, da fiscalização a ser realizada pelas Bolsas, dos Códigos de Conduta de empresas abertas e dos investidores, das Bolsas e das corretoras. O mundo da Bolsa anda sacudido por escândalos; em Paris, em Nova Iorque e nos mercados emergentes da Ásia. Em todos os lugares, sente-se a necessidade de evitar manipulações e operações de iniciados. Neste sentido, é indispensável a colaboração entre as Bolsas e as autoridades administrativas para salvaguardar o bom nome e a imagem do mercado de ações.

Por iniciativa da CVM, o Ministério da Fazenda já remeteu ao Presidente da República anteprojeto de lei, com a finalidade de reprimir, no plano civil, administrativo e penal, as operações irregulares e as fraudes de mercado. Mas a repressão de pouco adiantará, se não for complementada por medidas preventivas que o mercado pode e deve tomar.

Se quisermos realmente ter um mercado de capitais em escala internacional, no interesse do sistema e do País, chegou a hora de completarmos o reaparelhamento técnico, que já existe, com uma nova estruturação que atenda aos padrões internacionais da conduta que se exigem de investidores e intermediários.

A CVM e as Bolsas fizeram, neste sentido, um primeiro esforço para evitar a concentração excessiva e caracterizar a responsabilidade dos administradores de carteiras. É um passo importante, mas não suficiente. Chegou a hora de repensarmos o mercado de capitais e o mercado financeiro e, entre ambos, surgiu uma verdadeira simbiose, que não pode ser esquecida nem desprezada.

É o momento de selarmos uma aliança construtiva entre o mercado e os órgãos de Governo para um esforço comum no sentido do fortalecimento e aprimoramento das instituições para que a internacionalização deixe de ser uma providência de efeitos conjunturais ou o sonho de uma noite de verão e se torne uma conquista definitiva e fecunda para o País e um instrumento para que o mercado brasileiro adquira novas dimensões quantitativas e qualitativas.

Dívida externa: O empréstimo de consolidação de 1898

CARMEN LÍCIA PALAZZO DE ALMEIDA

Economista. Mestre em História das Relações Exteriores pela Universidade de Brasília. Pesquisadora em História Econômica e Relações Internacionais

S U M Á R I O

1. *Introdução.* 2. *Os condicionantes externos à renovação dos empréstimos brasileiros.* 3. *Os problemas financeiros internos.* 4. *A dívida externa e a negociação do "funding loan".* 5. *Conclusões.*

1. *Introdução*

O presente trabalho analisa as condições em que foi negociada a dívida externa brasileira no final do século XIX, quando o País encontrava-se à beira da insolvência.

Prudente de Moraes, Presidente da República que, em 1898, estava já no último ano de seu mandato, enfrentava uma situação financeira extremamente precária. O déficit do orçamento havia crescido muito, tanto em consequência das despesas militares quanto dos problemas cambiais. Já nos dois primeiros anos após a proclamação da República ocorreu uma grande desvalorização cambial que, por um lado, favoreceu o setor exportador, na medida em que aumentou seus lucros, mas, por outro, representou um acréscimo nos gastos governamentais em divisas estrangeiras. Mais adiante, entre 1896 e 1897, verificaram-se grandes safras de café, estimuladas por lucros anteriores, caindo, então, o preço e reduzindo-se a entrada de divisas no País.

O serviço da dívida tornava-se cada vez mais pesado. Os financiamentos em capitais ingleses, aos quais o País recorria desde o Primeiro Império, avolumavam-se a tal ponto que a República, entre o final de 1897 e o início de 1898, tinha dificuldades para efetuar o pagamento de juros e

amortizações. Dentro deste contexto, Prudente de Moraes buscava uma solução que lhe permitisse governar até o final de seu mandato com um certo equilíbrio nas finanças do País. Da mesma forma, o assunto interessava a Manoel Ferraz de Campos Salles, Presidente eleito em março de 1898 e que esperava iniciar o próximo quadriênio com a economia em melhores condições.

A procura de um caminho para sair da crise passava, porém, não apenas por diversos problemas de ordem interna, mas também por condicionantes externos que limitavam a capacidade brasileira de negociação da dívida.

2. *Os condicionantes externos à renovação dos empréstimos brasileiros*

No final do século XIX a Europa estava saindo de uma crise de desaceleração do crescimento industrial que havia perdurado entre 1873 e 1895. O período considerado como o da Grande Depressão teve seu início com a quebra da Bolsa de Viena, em 1873. Em 1882 a Bolsa de Lyon também era atingida. Na Inglaterra, as exportações tinham diminuído em 25% entre 1872 e 1875, seguindo-se um aumento do desemprego e uma queda dos principais preços⁽¹⁾. Mas, de qualquer maneira, a economia britânica ainda mantinha uma posição de preponderância no comércio mundial.

Potência marítima e colonizadora, a Grã-Bretanha conheceu o apogeu de sua hegemonia entre os anos de 1850 e 1870. No entanto, tendo partido à frente dos demais países na industrialização e contando com um sistema bancário também precoce, mesmo após a depressão os ingleses mantiveram-se em importante posição de liderança no cenário econômico internacional. A concorrência norte-americana e alemã nas três últimas décadas do século XIX ainda não era de tal porte que viesse ameaçar o imperialismo britânico.

A Inglaterra vendia para o exterior principalmente equipamentos para estradas de ferro, máquinas-ferramentas e outros bens de capital, inúmeras vezes acompanhados pelos próprios empréstimos necessários à consecução das obras. Mas a pauta de bens de consumo exportados pelos britânicos também era significativa, entre eles os artigos têxteis e de cutelaria. EICHENGREEN, em sua análise dos ciclos na Grã-Bretanha, lembra que os empréstimos provavelmente estimularam a demanda externa por produtos ingleses⁽²⁾.

Na América Latina, os financiamentos destinavam-se principalmente à Argentina, ao Brasil, ao Peru e ao Chile. A Venezuela e o México também receberam investimentos, mas seus problemas de insolvência prejudicaram a continuidade dos fluxos. Entre 1862 e 1865 os governos peruano e brasileiro foram os principais tomadores latino-americanos de capital britânico.

(1) BEAUD, Michel, 1981, p. 166.

(2) EICHENGREEN, Barry J., 1983, pp. 145 a 161.

O período compreendido entre 1860 e 1873 foi de grande expansão dos investimentos ingleses no exterior, seguindo-se uma queda e depois uma retomada entre 1880 e 1890. No decorrer da década de 1890, porém, há uma nova diminuição nos fluxos de capitais e só no final do século irá ocorrer nova recuperação ⁽³⁾.

O motivo para o aumento e a contração dos investimentos externos tem sido discutido e há vários autores que relacionam este movimento com as próprias contrações cíclicas do século XIX, quando então o declínio dos lucros, internamente, levaria a uma busca mais efetiva de aplicações no exterior. Por outro lado, as crises de insolvência por que passaram diversos países tomadores de capital influenciaram negativamente os investimentos. A opinião pública européia reagia de maneira desfavorável à tomada de títulos estrangeiros cada vez que ocorria à suspensão de pagamentos por parte de países devedores ⁽⁴⁾.

Mais precisamente na década de 1890, a diminuição dos fluxos de capitais ingleses era devida a duas ordens de fatores: à suspensão dos pagamentos da Casa Baring, agente financeiro da Argentina, seguindo-se uma ameaça de pânico no setor de crédito, e à nova depressão que se verificava especialmente na Argentina, na Alemanha, nos Estados Unidos e na Austrália.

RUDOLF KOBATSCH, escrevendo nos primeiros anos do século XX, mas também referindo-se à expansão imperialista, criou o conceito de "internacionalização dos Estados atrasados" ⁽⁵⁾. Esta internacionalização seria representada não pela ação de uma única potência, mas pelo comum acordo entre diversas delas que, apesar das rivalidades da época, enfrentariam em conjunto os problemas reais. Como exemplo, cita os Tribunais Mistos da Turquia e do Egito, respectivamente de 1846 a 1867. Em outras palavras, os países europeus tanto poderiam competir uns com os outros pelos mercados, quanto se uniriam quando acreditassem que seus capitais estivessem correndo riscos mais sérios.

Embora seja só no século XX que se verifique o bloqueio alemão e britânico à Venezuela, as bases para que o policiamento fosse exercido pelas grandes potências já estavam lançadas desde o início do colonialismo europeu.

Na América Latina, embora fosse o caso de países independentes, e não de colônias, o que se podia verificar era a existência de Estados economicamente frágeis e que dependiam do mercado externo tanto para

(3) "En 1888 (selon les estimations de C. K. Hobson), les investissements à l'étranger avaient à nouveau retrouvé leur niveau de 1872: c'est-à-dire qu'ils dépassaient les 82 millions de livres. Mais, au cours des années 1890, ils ont à nouveau diminué ... En 1894, le volume des investissements ne représentait que 21 millions de livres et en 1898 seulement 17 millions de livres". DOBB, Maurice, 1909, p. 332.

(4) JOSLIN, David, 1963, p. 9.

(5) KOBATSCH, Rudolf, 1913, p. 406.

a colocação de suas matérias-primas quanto para a importação de uma significativa quantidade de produtos industrializados. Assim, encontravam-se de qualquer maneira atrelados às economias centrais, ainda que não por vínculos políticos.

As críticas sistematicamente elaboradas sobre o imperialismo só irão surgir a partir de 1902, com a obra de JOHN A. HOBSON e, ainda posteriormente, com HILFERDING (1910), ROSA DE LUXEMBURGO (1913) e LÊNIN (1916), entre os autores mais significativos.

No entanto, no decorrer do século XIX, praticamente todos os teóricos procuravam justificar o expansionismo e, ainda que alguns fossem contrários à disputa colonial, não o eram no que dizia respeito ao imperialismo via exportação de capitais para países independentes.

Este era, em linhas gerais, o quadro da época em que o Brasil, já considerável devedor, chegava — em 1898 — a uma situação de quase insolvência, necessitando recorrer, em caráter de urgência, aos banqueiros ingleses. É justamente deste quadro que podem ser extraídos os condicionantes dentro dos quais deveriam se movimentar os negociadores:

— A Grã-Bretanha era a grande provedora de capitais para os países que deles necessitavam, sendo pouco significativa, no caso da América Latina, a presença da França e da Alemanha como fontes alternativas de financiamento no século XIX;

— entre os períodos nos quais os investidores britânicos encontravam-se menos propensos a colocar seu capital no exterior estava justamente a década que se iniciava em 1890;

— a ameaça de intervenção de uma potência estrangeira em um país onde seu capital investido se encontrasse em risco pairava sobre o horizonte, tendo por trás a força da mentalidade e a experiência dos métodos do imperialismo.

Estes condicionantes pesaram necessariamente como fatores de dificuldade sobre os quais o governo brasileiro possuía limitada capacidade de modificação. A apreensão, portanto, deste contexto internacional é importante para compreender os limites externos da própria negociação.

3. *Os problemas financeiros internos*

No Brasil, na segunda metade do século XIX, não havia uma corrente única de pensamento econômico. Trata-se de uma generalização muito ampla referir-se ao século passado como sendo apenas o do livre-cambismo e, desta maneira, estender à realidade brasileira, indiscriminadamente, a adoção de preceitos liberais como reflexo da influência inglesa. No que diz respeito ao comércio exterior, pode-se falar em liberalismo e protecionismo como as duas posições marcantes no debate entre os homens públicos e, como bem destacou o professor AMADO CERVO em seu trabalho sobre

o Parlamento brasileiro, ambas as tendências estavam presentes e se fizeram ouvir nas discussões entre os políticos (6).

No relacionamento com a Inglaterra a pressão externa foi a favor de um *laissez-faire* que continuasse a privilegiar a entrada de produtos industrializados. Mas, o fim dos tratados comerciais marcou uma primeira etapa de decisões voltadas para os interesses internos, muito embora não se possa dizer que — no decorrer de todo o século — a tendência das políticas econômicas adotadas tenha sido predominantemente protecionista.

Tratando-se de propostas mais objetivas, a nível da gestão financeira, destacavam-se duas escolas: a dos metalistas e a dos papelistas. Em síntese, os primeiros eram favoráveis à conversibilidade da moeda, cuja emissão deveria ser controlada pelo Estado. Os papelistas defendiam a necessidade de diversos bancos emissores, bem como as vantagens do papel-moeda inconvertível.

Se, por um lado, os metalistas estavam mais preocupados com a imagem da moeda estável, os defensores do papel-moeda não convertível acreditavam que o problema mais grave era a escassez de créditos, a baixa liquidez da economia, que prejudicava o desenvolvimento da capacidade empresarial dentro do país.

Divididas as opiniões acerca da política financeira, esta foi alterada, no decorrer do século XIX, diversas vezes. A preocupação dominante era, ao lado da estabilidade interna, a questão das taxas de câmbio, já que a economia vinculava-se diretamente ao exterior, tanto pela importância das exportações e importações, quanto pela entrada de capitais. Aos cafeicultores, favoreciam as desvalorizações, enquanto para os importadores, desvalorização do mil-réis significava pagar mais caro pelas mercadorias estrangeiras.

Para o Estado, a queda da moeda brasileira em relação à libra implicava na necessidade de obter mais divisas para os pagamentos de juros e amortizações da dívida externa. Desta maneira, não haveria uma única linha de ação que pudesse ser apontada como de interesse geral por parte do Governo, das classes produtoras e dos comerciantes. A economia apresentava, já a partir da segunda metade do século XIX, um certo grau de complexidade que deve ser levado em conta em uma análise histórica.

A partir de 1850 diversos fatores contribuíram para as futuras mudanças no perfil do País. Entre 1850 e 1869, entraram no Brasil 214.232

(6) "Um balanço da evolução do pensamento político aplicado às relações econômicas externas, no século XIX, evidencia o choque de tendências contraditórias. O liberalismo, favorável aos interesses do capitalismo externo, encontra eco, internamente, nos interesses da classe fundiária. Contra ambos deve lutar a corrente protecionista, mais adequada ao superior interesse nacional, conforme a consciência política de seus defensores." CERVO, Amado L., 1981, p. 229.

imigrantes (7). O café prosperava, crescendo as exportações e também a participação brasileira na produção mundial. O endividamento externo teve seu papel nesse processo de transformação, através especialmente do desenvolvimento da rede ferroviária, do aparelhamento dos portos da urbanização em geral. O relacionamento com a Inglaterra, no decorrer de todo o século XIX, é, portanto, multifacetado. A hegemonia britânica, num determinado momento, travou a instalação de fábricas brasileiras, impedindo a concorrência com os seus manufaturados e, em outros, favoreceu o aumento do crédito e, portanto, a liquidez necessária a um novo estágio de desenvolvimento. CAIO PRADO JR., historiador muitas vezes crítico do capital estrangeiro em determinados aspectos, escreveu também acerca do estímulo que este mesmo capital proporcionou à economia durante a fase da qual estamos tratando (8).

Entre 1890 e 1891 ocorreu o chamado "Encilhamento", quando então a posição contrária à ortodoxia britânica em matéria de emissão de moeda foi plenamente adotada (9). Rui Barbosa, em janeiro de 1890, apresentou seu Decreto de Reforma Bancária que criava bancos regionais emissores. O crédito se expandiu em grandes proporções. O País, na verdade, estava crescendo, e a necessidade de aumentar a circulação do papel-moeda era um fato. Mas a crise da Bolsa, que teve seu auge em 1891, levou ao pânico generalizado e, após esta experiência papelista, os defensores do metalismo reagiram no ano de 1892, através da política de Rodrigues Alves no Ministério da Fazenda, reduzindo as emissões e optando por medidas mais ortodoxas, como a da liquidação pura e simples de empresas que se encontravam em situação crítica em virtude do Encilhamento.

Já a partir de 1895 os preços internacionais do café começaram a cair significativamente, ao mesmo tempo em que aumentaram os problemas internos do Governo, entre eles a revolta de Canudos.

4. *A dívida externa e a negociação do "Funding Loan"*

Até a data da consolidação da dívida, em 1898, foram tomados vinte e um empréstimos, incluídos neste número as duas operações de curto prazo de 1896 e 1897 e também o empréstimo português, assumido pelo Império em 1825, como parte da negociação para que Portugal aceitasse a Independência (10).

(7) LIMA, Heltor Ferrelra, 1970.

(8) IGLESIAS, Francisco (org.), 1982, p. 145.

(9) A historiadora Maria Bárbara Levy dá uma clara visão do Encilhamento e dos problemas financeiros da época em: LEVY, Maria Bárbara. O Encilhamento. *Economia Brasileira: uma visão crítica*. NEUHAUS, Paulo (coord.). Rio de Janeiro, Ed. Campus, 1980, pp. 191 a 255.

(10) A relação dos empréstimos tomados pelo Brasil entre 1824 e 1897, bem como seu valor, "tipo" e finalidade é apresentada sob a forma de uma tabela em: PALAZZO DE ALMEIDA, Carmen Lúcia. "Funding Loan" — o empréstimo de consolidação de 1898. Tese de Mestrado. Departamento de História. Universidade de Brasília, 1986, p. 21.

Inicialmente os empréstimos visavam cobrir situações deficitárias do Tesouro e também o pagamento de juros e amortizações de outros financiamentos. Mas já a partir de 1858 começam as aplicações em linhas férreas e em outras obras de infra-estrutura.

As condições em que foram efetivados os financiamentos variaram bastante e as mais desfavoráveis ocorreram nos anos de 1829, 1839, 1865 e 1893. Um dos motivos mais importantes para explicar os termos draconianos do empréstimo de 1829 (do tipo 52%, ou seja, o País recebia efetivamente pouco mais da metade do total tomado) era o fato de outros países latino-americanos encontrarem-se, naquela oportunidade, em completa insolvência (11). Quanto ao Brasil, sua situação também não era muito favorável, e o Tesouro não conseguia cumprir os contratos de 1824/25. As más condições impostas pelos banqueiros ingleses para o empréstimo de 1839 refletiam ainda o risco que representava a América Latina e mesmo o próprio Brasil. Em 1865 e 1893 ocorrem novas desvantagens nas contratações, a primeira talvez reflexo de uma péssima situação das finanças internas, somada à instabilidade dentro do país e à depressão dos mercados financeiros internacionais. O contrato de 1893 ocorreu em plena fase de problemas com a defesa e com a manutenção da ordem. Iniciava-se a revolta federalista no Rio Grande do Sul, revoltava-se a armada no Rio de Janeiro e o País era sacudido pela Guerra Civil.

Em outros anos, porém, os tipos dos empréstimos foram bem mais favoráveis para o Brasil. Em 1875 os contratos foram assinados a 96,5% e em 1888 a 97%. Muito embora não haja nenhuma prova documental referente ao motivo que levou as negociações a este resultado, um maior equilíbrio econômico-financeiro do País poderia ser o responsável, já que os banqueiros certamente avaliaram os riscos para os seus capitais. Em seu livro sobre o Barão de Penedo, RENATO DE MENDONÇA destaca a extrema habilidade do negociador brasileiro para o contrato de 1875, o qual talvez tivesse contribuído parcialmente para o sucesso alcançado (12).

É importante considerar, porém, que o ano de 1888 correspondeu especialmente a uma fase de grande desenvolvimento da economia brasileira. Os preços do café estavam muito elevados, as exportações de cacau da Bahia e de borracha da Amazônia cresciam bastante. O País vivia um período de considerável prosperidade e, justamente neste momento, foi obtida a melhor condição de financiamento: 97%. Aqueles que nos prestavam sabiam avaliar o surto econômico do final do Império.

Este clima ainda estará presente em 1889, quando Ouro Preto consegue levar a efeito uma negociação que irá permitir a reconversão das dívidas de 1865, de 1871, de 1875 e de 1886.

(11) JOSLIN, David, *op. cit.*, p. 3.

(12) MENDONÇA, Renato, 1942.

Quando Prudente de Moraes assumiu a Presidência, em 1894, o País iniciava um novo ciclo de dificuldades vindas de várias frentes: caíam os preços internacionais do café, continuava a desvalorização do mil-réis e os problemas com a manutenção da ordem se avolumavam. A revolução do Rio Grande do Sul e o episódio de Canudos desestabilizaram ainda mais a precária situação financeira. Entre 1896 e 1897, continuavam a diminuir as reservas cambiais do Tesouro, que necessitava de divisas para fazer face a seus compromissos externos. O Estado não tinha condições de continuar pagando a dívida e, dentro deste quadro, Prudente de Moraes iniciava as gestões para o que ele pretendia que viesse a ser um novo e grande empréstimo.

A consolidação da dívida externa brasileira, negociada em 1898 pelo então Presidente eleito, mas ainda não empossado, Campos Salles, representava, de acordo com as regras do capitalismo financeiro internacional, a derradeira possibilidade para que o Governo Prudente de Moraes solucionasse o grave problema de solvência internacional do país.

Entre 15 de novembro de 1894 e 3 de maio de 1898, Prudente remeteu ao Senado cinco Mensagens Presidenciais e em todas são constantes as referências aos problemas de política monetária e fiscal. Na primeira, já estavam presentes as preocupações com os gastos extraordinários devido às perturbações da ordem:

“os germens da insubordinação e da anarchia expandiram-se e os compromissos do Thesouro foram grandemente augmentados com as despesas extraordinárias, que se tornaram indispensáveis” (13).

Na Mensagem de 3 de maio de 1895, o Presidente volta a referir-se aos problemas que affligiam o País:

“A nossa situação financeira, aggravada por causas que conheceis, continua a preocupar muito seriamente a attenção do Governo”.

“Tive desde logo que procurar recursos no Exterior para acudir aos encargos da nossa dívida, alliviando o mercado cambial de uma concorrência que seria de consequencias muito graves no estado actual de nossa praça, trabalhada por maos elementos de perturbação” (14).

A ameaça de insolvência externa foi crescendo e, à medida que o quadriênio presidencial aproximava-se do seu fim, mais flagrante ficava a impossibilidade de cumprir com o serviço da dívida. Em junho de 1898 venceria uma parcela que o Governo já sabia de antemão que não poderia pagar.

Campos Salles, como futuro responsável pelos destinos do país, observava com grande interesse a situação, ciente da precariedade das finanças e da magnitude dos problemas que seu Governo herdaria. O Presidente em exercício e o então ainda candidato estabelecem contato acerca da ne-

(13) MENSAGENS PRESIDENCIAIS, 1978, p. 108.

(14) *Ibid.*, p. 123.

cessidade de negociação da dívida externa. Data de 14 de fevereiro de 1898 uma carta de Campos Salles a Prudente de Moraes, comunicando que havia pensado em uma viagem à Europa. Como resposta, recebeu uma correspondência, datada de 18 de fevereiro, na qual o Presidente esclarecia as decisões que, junto com seu Ministro da Fazenda, Bernardino de Campos, havia tomado com relação ao pagamento da dívida e que eram as seguintes:

- tentar a obtenção de um grande empréstimo, que pudesse solucionar as dificuldades financeiras;
- contatar os agentes do Brasil em Londres — os banqueiros Rothschild — apresentando a proposta brasileira;
- aceitar a sugestão da viagem de Campos Salles à Europa (15).

Nesta carta, Prudente de Moraes dá a sua idéia de uma política financeira de caráter conservador, que objetivava essencialmente sanear as finanças públicas, mas articuladamente com o capitalismo internacional. Não havia nenhuma pretensão de inovar, de sugerir alguma solução que visasse, ao mesmo tempo, desenvolver as potencialidades internas da economia. Toda a preocupação dirigia-se à necessidade de continuar solicitando empréstimos novos para pagar os anteriores.

Campos Salles, decidido a viajar, troca correspondência com Bernardino de Campos (16), marcando seu embarque para o dia 20 de abril — já então como presidente eleito — no navio “Thames”.

Em 19 de maio, escreve de Londres uma longa carta à sua mulher, Dna. Aninha, detalhando a chegada à Europa e os primeiros contatos com os banqueiros ingleses. Nesta correspondência, referia-se à opinião dos credores sobre as finanças da República “mal dirigidas” e sobre a situação desfavorável “antes produto da incapacidade dos governantes do que a prova da debilidade nacional” (17). Tal comentário não ganhou, da parte de Campos Salles, nenhum adendo em que ele defendesse a administração de Prudente de Moraes, afinal diretamente atingida. Ao contrário, o que se depreende da carta do presidente eleito é que a boa vontade britânica em solucionar a questão da insolvência brasileira devia-se ao fato de que a negociação estava sendo feita por ele, desvinculada, portanto, de uma certa forma, do Governo anterior. Ou, ao menos, com o aval do próximo.

Na mesma correspondência, seguia esclarecendo que lhe seria submetida em breve a proposta dos credores — uma versão do texto que Edward Tootal, enviado do “London & River Plate Bank” ao Brasil, teria trazido ao Rio de Janeiro na mesma época em que ele embarcava para as

(15) CAMPOS SALLES, Manuel Ferraz de, 1983, p. 87.

(16) CAMPOS SALLES, 1983, p. 88.

(17) Carta de Campos Salles a Dna. Aninha, Londres, 19 de maio de 1898. Arquivo particular de Manoel Ferraz de Campos Salles Neto, São Paulo.

negociações na Europa. Este detalhe esclarece que a proposta do que viria a ser o *funding loan* partiu dos banqueiros ingleses e a ela a parte brasileira aderiu, conseguindo, depois, chegar a um acordo com algumas modificações.

Nos telegramas trocados entre Campos Salles e Bernardino de Campos acerca dos detalhes no encaminhamento das discussões é possível observar que a negociação, naquele momento, se desenvolvia realmente em duas frentes: no Rio de Janeiro, com o *London & River Plate Bank* e em Londres, com os Rothschild⁽¹⁸⁾. Eram os seguintes os termos da proposta britânica:

— o empréstimo a ser emitido em Londres para a consolidação de dívida seria garantido pelos direitos de todas as alfândegas do Brasil, pela hipoteca da Estrada de Ferro Central e pelas rendas do abastecimento de água do Rio de Janeiro;

— para um valor máximo de £ 10.000.000, o Governo brasileiro deveria retirar de circulação, ao câmbio de 12d. (dinheiros), a quantidade de papel moeda equivalente ao empréstimo de consolidação, soma esta que, recolhida aos bancos estrangeiros, seria posteriormente incinerada;

— os prazos de carência, tanto para o pagamento de juros, quanto de amortizações, seriam de dois anos; passado este tempo, o País deveria voltar ao cumprimento de suas obrigações⁽¹⁹⁾.

Tratava-se não de um empréstimo novo, como havia pretendido Prudente de Moraes, mas de uma consolidação de dívidas anteriores, tendo como importante contrapartida a obrigação do enxugamento de papel moeda que circulava internamente.

Campos Salles, em Londres, reunido com os Rothschild, agentes financeiros do Brasil, dedicou-se a modificar a proposta do *London & River Plate* dentro de possibilidades realistas, procurando alcançar algumas concessões que pudessem favorecer o lado devedor.

Afinal foi conseguido um acordo com os banqueiros ingleses, os quais aceitavam uma "contra proposta" brasileira. Comparando ambas⁽²⁰⁾ é possível destacar três aspectos que resultaram em vantagens obtidas pelo Brasil:

— o prazo para o início do pagamento dos juros das dívidas anteriores — pagamento este que, de acordo com o *funding*, seria feito através da emissão de *bonds* — era de dois anos na proposta britânica e foi aumentado para três. O prazo de amortização era estendido de dois para dez anos;

(18) Telegrama de Campos Salles. Arquivo particular de Manoel Ferraz de Campos Salles Neto, São Paulo.

(19) CAMPOS SALLES, 1983, p. 97.

(20) *Ibid.*, p. 99.

— o câmbio para o recolhimento do papel moeda passava a ser de 18d. em vez de 12d. como tinha sido sugerido inicialmente. Assim, a uma taxa de 18d. corresponderia maior quantidade de divisas por um determinado valor de mil-réis recolhido, do que ao câmbio anteriormente proposto pelos banqueiros;

— a exigência de garantias era muito elevada a Campos Salles, conseguiu excluir a Estrada de Ferro Central. Com relação às rendas das alfândegas, “ficaram reduzidas à especialização da Alfândega do Rio de Janeiro, devendo, porém, o Governo suprir com as rendas de outras o que viesse a faltar em caso de insuficiência daquela. . .” (21).

No dia 2 de junho, antes, portanto, que Campos Salles deixasse Londres, os irmãos Rothschild enviam-lhe uma longa carta, na qual referem-se à crise enfrentada pelo Brasil e à recomendação que haviam dado, como nossos agentes financeiros, aos portadores de títulos brasileiros para que apoiassem o projeto de consolidação dos coupons dos diversos empréstimos (22). Aliás, esta era a importância da participação dos Rothschild na negociação do *fundings loan*: sua aprovação ao esquema adotado implicava na maior confiança que teriam os tomadores dos títulos brasileiros.

Na sua correspondência, ainda, os banqueiros destacavam que o Brasil deveria cumprir em todos os seus detalhes aquilo que havia sido combinado, solicitando a Campos Salles uma carta na qual ele declarasse aprovar o empréstimo de consolidação. Os ingleses faziam, inclusive, uma verdadeira advertência ao presidente eleito “... *mais il faut également que la plus grande économie soit pratiquée dorénavant dans tous les départements de l'État et, pour faire face à un engagement solennellement pris, il faut savoir dès à présent dans le vif et réduire dans toutes les sections gouvernementales les dépenses qui jusqu'à présent ont été encourues sur une échelle bien au-delà des ressources et des moyens du pays*” (23).

Os agentes financeiros estavam, portanto, presentes não apenas nas negociações — mas também nas recomendações de política interna.

Em 6 de junho Campos Salles respondia, igualmente por carta, agradecendo a acolhida que lhe havia sido dada em Londres e assegurando que seria adotada no país “uma conduta de severa economia” (23).

5. Conclusões

A presente análise do empréstimo de consolidação da dívida externa brasileira, assinado em Londres em 1898, considerou três aspectos essen-

(21) CAMPOS SALLES, 1983, p. 100.

(22) Carta de N. M. Rothschild a Campos Salles, Londres, 2 de junho de 1898. Arquivo particular de Manoel Ferraz de Campos Salles Neto, São Paulo. Reproduzida em PALAZZO DE ALMEIDA, Tese de Mestrado, *op. cit.*, pp. 53 a 56.

(23) Carta de Campos Salles a N. M. Rothschild, Londres, 6 de junho de 1898. Arquivo particular de Manoel Ferraz de Campos Salles Neto, São Paulo.

cais: o quadro geral da economia no século XIX, com destaque à hegemonia britânica; a situação geral das finanças no País e a negociação propriamente dita, que resultou numa proposta aceita tanto pelos banqueiros ingleses quanto por Prudente de Moraes e Campos Salles.

Na medida em que a Grã-Bretanha era, na época, a principal e quase única fonte de financiamento para os países latino-americanos, ela possuía também o poder de ditar as regras e as condições em que seriam assinados os contratos. O imperialismo, com métodos próprios de ação, exercia o controle sobre os capitais, procurando sempre minimizar os riscos, ainda que para tal tivesse que adotar práticas intervencionistas. E, em épocas de crise de insolvência em diversos países devedores, os fluxos de financiamentos tendiam a diminuir, e os banqueiros tornavam-se mais cautelosos.

Quando Campos Salles partiu para Londres, para tentar reerguer a imagem do Brasil na *City*, procurando através da sua própria presença dar maior peso à negociação, o mundo ainda se encontrava em um período de menor movimento de empréstimos. Houvera a retomada da oferta de capitais entre 1880 e 1890, mas, na última década do século, a queda era significativa. A confiança dos tomadores europeus dos títulos da América Latina estava abalada por uma série de insucessos ocorridos em diversos países.

A missão do futuro presidente, portanto, não era fácil e o quadro geral da economia brasileira não tornava as perspectivas mais animadoras. O preço do café havia caído muito, especialmente em 1897 e 1898. A moeda brasileira estava em franca desvalorização e o *deficit* público crescia a cada ano.

Campos Salles era, ele mesmo, um adepto das soluções mais drásticas para colocar a economia em ordem. Assim, embora tenha chegado a Londres como representante de um país cuja situação financeira encontrava-se bastante deteriorada, suas próprias idéias o tornavam um interlocutor perfeitamente adaptado às exigências dos banqueiros ingleses. Em seu manifesto de candidato à Presidência, de 31 de outubro de 1897, está muito clara a opção pela austeridade econômica, inclusive com a sugestão de abandono do protecionismo tarifário (24).

A negociação da dívida externa brasileira em 1898 obedeceu, pois, a um rígido plano proposto pelos credores, plano este que foi modificado de comum acordo entre o Brasil e os banqueiros ingleses, sendo obtida uma pequena amenização das condições previamente impostas. As mudanças nas cláusulas que tratavam das garantias tiveram sua importância mais do ponto de vista político do que econômico, pois seria humilhante para o País aceitar a desmedida exigência inicial. Com relação aos prazos, a modificação já tinha maior significado prático, pois efetivamente permitiria que o Brasil dispusesse de um maior período de carência, que daria

(24) CAMPOS SALLES. *Manifestos e Mensagens*. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1902.

ao novo presidente o tempo necessário para colocar as finanças em ordem. Igualmente a modificação no câmbio teve certa importância.

Levados em conta todos estes aspectos, é possível concluir que a negociação do *funding loan*, enquanto negociação propriamente dita, foi razoavelmente bem sucedida já que, em condições adversas externas e internas, equacionou-se a questão financeira, dentro, é claro, de uma articulação com o capitalismo internacional. Foram também atingidos tanto os objetivos dos investidores britânicos quanto os do futuro presidente. A este serviam perfeitamente as exigências dos banqueiros, já que ele próprio pretendia aplicar no País uma política de austeridade. As recomendações dos Rothschild acerca da necessidade de absoluto controle sobre os gastos públicos vinham ao encontro do que Campos Salles desejava realizar e assim ainda lhe seriam úteis como justificativa para a adoção de medidas impositivas que teriam como principal objetivo o saneamento das finanças.

Por outro lado, a negociação também implicava em perdas para o Brasil. Mais uma vez tinha sido necessário recorrer aos capitais externos para o pagamento da dívida. Perpetuava-se, assim, o círculo vicioso de empréstimos que visavam cobrir financiamentos anteriores e, portanto, sem fins produtivos.

Quanto à solução, ela viera do exterior. A proposta do *funding loan* não havia resultado de uma avaliação das reais necessidades da economia brasileira, sendo sua preocupação maior a de impedir o estado de insolvência. Agravava-se a dependência externa, permanecia frágil o mercado interno.

O empréstimo de consolidação de 1898 representou, portanto, não apenas uma negociação feita nos moldes desejados pelos banqueiros ingleses, mas também uma possibilidade para que o presidente eleito pudesse implementar uma política econômica que era a sua própria receita para a solução dos problemas do Brasil.

BIBLIOGRAFIA

- BEAUD, Michel. *Histoire du Capitalisme: 1955-1980*. Paris, Seuil, 1981.
- BOUÇAS, Valentim. *Finanças do Brasil — Dívida Externa, 1824-1945*. Rio de Janeiro, Edições Financeiras, 1950.
- BRON, Michael Barratt. *A Economia Política do Imperialismo*. Rio de Janeiro, Zahar, 1974.
- BUENO, Clodoaldo. *A República e sua Política Exterior (1889-1902)*. Marília, mimeografado, 1984.
- BUESCU, Mircea. Política de endividamento externo do Império. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, 19 (3) jan./mar., 1982.
- CALÓGERAS, Pandiá. *A Política Monetária do Brasil*. São Paulo, Editora Nacional, 1960.

- CAMPOS SALLES, Manuel Ferraz de. *Da Propaganda à Presidência*. Brasília, Editora UnB, 1983.
- CAMPOS SALLES. *Manifestos e Mensagens*. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1902.
- CERVO, Amado Luiz. *O Parlamento Brasileiro e as Relações Exteriores (1826-1889)*. Brasília, Editora UnB, 1981.
- DEBES, Célio. *Campos Salles: Perfil de um Estadista*. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1978, 2 vol.
- DOBB, Maurice. *Etudes sur le Développement du Capitalisme*. Paris, François Maspero, 1969.
- EICHENGREEN, Barry J. *The Causes of British Business Cycles, 1833-1913. The Journal of European Economic History*, Roma, 12 (1):145-161, primavera de 1983.
- FURTADO, Celso. *Formação Econômica do Brasil*. Rio de Janeiro, Fundo de Cultura, 1959.
- GUANABARA, Alcindo. *A Presidência de Campos Salles*. Brasília, Editora UnB, 1983.
- IGLESIAS, Francisco (org.). *História: Caio Prado Junior*. São Paulo, Editora Ática, 1982.
- JOSLIN, David. *A Century of Banking in Latin America*. Londres, Oxford, 1963.
- KOBATSCH, Rudolf. *La Politique Economique Internationale*. Paris, M. Giard & E. Brière, 1913.
- LEVY, Maria Bárbara e ANDRADE, Ana Maria R. de. Fundamentos do Sistema Bancário no Brasil: 1834-1860. *Estudos Econômicos* 15 (nº especial): 17-48, 1985.
- LIMA, Heitor Ferreira. *História Político-Econômica e Industrial do Brasil*. São Paulo, Editora Nacional, 1970.
- MANCHESTER, Alan Krebs. *British Preeminence in Brazil, its Rise and Decline: a Study in European Expansion*. New York, Octagon Books, 1972.
- MENDONÇA, Renato. *Um Diplomata na Corte da Inglaterra. O Barão de Penedo e sua Época*. São Paulo, Editora Nacional, 1942.
- MONTEIRO, Tobias. *O Sr. Campos Salles na Europa. Notas de um Jornalista*. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1900.
- NEUHAUS, Paulo (coord.). *Economia Brasileira. Uma Visão Histórica*. Rio de Janeiro, Editora Campus, 1980.
- PALAZZO, José Truda. *Dois Ensaios: Introdução ao Estudo da Teoria Clássica do Comércio Internacional. Desenvolvimento Econômico e Recursos do Exterior*. Porto Alegre, IEPE, 1962.
- PALAZZO de ALMEIDA, Carmen Lúcia. 'Funding Loan'. *O Empréstimo de Consolidação de 1898*. Tese de Mestrado. Departamento de História. Universidade de Brasília, 1986 (mimeografado).
- PIRES DO RIO, J. A. *A Moeda Brasileira e seu Perene Caráter Fiduciário*. Rio de Janeiro, Editora José Olympio, s.d.
- SINGER, Paul. O Brasil no contexto do capitalismo internacional, 1889-1930, in FAUSTO, Boris (dir.). *História Geral da Civilização Brasileira, III, O Brasil Republicano, 1. Estrutura do Poder e Economia*. São Paulo, Editora Difel, 1977.

O regionalismo latino-americano e a democratização do Direito Internacional Público

SÍLVIO DOBROWOLSKI

Juiz federal e professor na Universidade Federal de Santa Catarina

(...) En ese error nos quedamos trescientos años esclavos;

Se nos quedó el maleficio de brindar al extranjero nuestra fe, nuestra cultura, nuestro pan, nuestro dinero.

Hoy, les seguimos cambiando oro por cuentas de vidrio y damos nuestra riqueza por sus espejos con brillo.

Hoy, en pleno siglo veinte, nos siguen llegando rubios y les abrimos la casa y los llamamos amigos.

Pero si llega cansado un indio de andar la sierra, lo humillamos y lo vemos como extraño por su tierra.

Tu, hipócrita, que te muestras humilde ante el extranjero, pero te vuelves soberbio con tus hermanos del pueblo...

¡Oh! Maldición de Malinche, enfermedad del presente, cuando dejarás mi tierra, cuando harás libre a mi gente?

(*Maldición de Malinche*, GABINO PALOMARES).

SUMARIO

Introdução. 1 — Preliminar metodológica. 2 — O poder. 3 — O poder e o direito. 4 — Poder, DIP e política. 5 — A descolontização e o DIP. 6 — A América Latina como precursora da democratização do DIP. 7 — Regionalismo, poder e direito. 8 — As modificações na estrutura mundial e a crise nos poderes dominantes. 9 — O regionalismo latino-americano e o DIP. 10 — Conclusão. 11 — Notas. 12 — Bibliografia.

Introdução

Na atual conjuntura internacional, o regionalismo assume papel de destaque nas relações entre os Estados. A integração regional serve de meio para melhorar o desempenho, no relacionamento internacional, dos países assim associados, em consequência da adição dos poderes dos seus membros. A soma em questão permite-lhes conseguir resultados que sozinhos não obteriam.

No presente estudo, tratar-se-á de examinar a importância do fenômeno regional, nesta quadra das relações internacionais, bem como assinalar as alterações de estrutura no sistema mundial, que demandam novas soluções jurídicas.

A partir da análise do inter-relacionamento entre direito e poder, cuidar-se-á de verificar o papel do regionalismo para a democratização do direito internacional público. Apontar-se-á uma estratégia para os países da América Latina, em vista de sua co-articulação regional, como fórmula para criação de normas capazes de institucionalizar um sistema internacional mais conveniente para os Estados da região.

1. Preliminar metodológica

O direito é fato humano, social. Para sua exata compreensão, o método exclusivamente dogmático é insuficiente, ao não abranger todas as facetas que se encontram cristalizadas na norma jurídica.

O único meio para bem examiná-la é empregar os recursos das ciências do homem, numa visão interdisciplinar, que permite ver todos os prismas, p.e., o sócio-econômico, o político e o psicológico. É preciso observar a sociedade e sua circunstância, da qual emerge a regra do direito.

A existência de valorações para o seu estabelecimento obriga o estudo axiológico, de cunho filosófico, e, sendo o homem animal histórico, exige se tenha em conta o passado e o presente do meio social, sem esquecer o aspecto prospectivo. Qualquer trabalho de interpretação do direito pede integral esquadrinhamento do texto, articulando-o com a realidade atual e sugestão de aperfeiçoamento.

Ao jurista não cabe o papel de mero repassador de fórmulas escritas e ingênuo admirador de textos legislados. Compete-lhe viver no seu tempo e país, e, como vida é fazer para o futuro, tem de criticar as normas existentes e trabalhar para aperfeiçoá-las, e isto só conseguirá se entender o sentido, os fins e efeitos delas com absoluta precisão, alcançável através do enfoque globalizante já descrito.

Neste trabalho procurar-se-á questionar o DIP com especial direcionamento para seus aspectos políticos e econômicos, observando as teorias e as normas examinadas, a partir de uma postura engajada na realidade brasileira.

2. O poder

O exame de qualquer relação social permite encontrar nela subjacente o poder. Em todo relacionamento humano conjugam-se dialeticamente os seus elementos: a dominação e a dependência. Em face da sua difusão pelo ambiente social, LÖEWENSTEIN chegou a definir a sociedade como "um sistema de relações de poder, cujo caráter pode ser político, social, econômico, religioso, moral, cultural ou de outro tipo" (1).

Quando o estudo incide sobre relacionamentos entre entidades titulares do poder, a nível macroscópico, os contatos aí encontráveis caracterizam-se abertamente, sem qualquer nuance, como sendo dessa espécie. As relações internacionais entre os Estados soberanos, detentores em última instância, para cada grupo social, do exercício do mando, apresentam-se, por isso mesmo, especificadas pelo poder.

Indispensável, nessa razão, rememorar as concepções usuais em torno desse fenômeno social básico.

Segundo MAX WEBER, ele "significa a possibilidade de um homem ou de um grupo de homens realizar sua própria vontade, dentro de uma relação social, mesmo em face da resistência de outros" (2). Quer dizer, cuida-se de um potencial para a realização de fins, o conjunto de meios para instrumentalizar a vontade dos homens, levando-os a agir conforme uma orientação desejada.

Essa fórmula, ideada a partir do modelo teleológico da ação, atende exclusivamente ao predomínio, à dominação, em nada influenciando o entendimento mútuo. O conceito weberiano é o de um poder egoísta, considerado como simples meio para obter fins, inclusive com o emprego da violência.

Embora a análise sociológica revele corresponder, muitas vezes, à realidade — principalmente nas relações internacionais —, as necessidades da convivência, cuja base há de ser o comum acordo, postulam uma correção do rumo. Em vez de um ambiente onde o conflito é superado através do poderio capaz de reduzir as vontades a simples utensílios, é inquestionável a preferência por um outro, pacífico, de cooperação espontânea entre os atores, capaz de permitir que se evitem as fatais conseqüências de um holocausto nuclear.

(1) LÖEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona, Ariel, 1979, p. 26.

(2) WEBER, Max. *Economía Y Sociedad*. 2ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1977, v. 1., p. 43.

Cumpra observar, antes de tudo, que o poder não pertence a um indivíduo apenas, a um só Estado, mas resulta de todo o grupo. Numa comunidade internacional, marcada pela interdependência, necessitando os mais poderosos, sempre e em grau crescente, dos demais, seja, por exemplo, como fornecedores de insumos primários ou na qualidade de consumidores, a afirmativa delinea-se como absolutamente exata. Ao invés da visão instrumental, é preciso compreender o poder na sua fonte genética, no próprio conjunto social. É o conceito democrático do poder, que, conforme HANNAH ARENDT, “brota onde as pessoas se unem e atuam em conjunto” (3). Fundamenta-se no entendimento entre os homens, associados para estabelecer uma unidade de ação comum, um empreendimento que devem e aceitam realizar unidos.

3. O poder e o direito

Em vista da ubiqüidade do poder nas relações humanas, o direito, pauta de conduta social, há de estar ligado, de modo íntimo, com ele e não apenas quando tenha de ser coercitivamente aplicado.

Na produção da regra jurídica, vários moldes podem compor o seu conteúdo. Entre as muitas soluções possíveis, é preciso eleger aquela que corresponda aos valores prevalentes e se adapte à realidade sócio-econômica encontrável na comunidade. Para essa eleição, intervém o poder, força diretiva capaz de formular e impor decisões vinculantes.

Consoante o ensinamento de REALE, “cada norma jurídica (...) corresponde a um momento de integração de certos fatos segundo valores determinados, representando uma solução temporária (momentânea ou duradoura) de uma tensão dialética entre fatos e valores, solução estatuída e objetivada pela interferência decisória do poder em um dado momento da experiência social” (4).

Para JOSÉ EDUARDO FARIA, “todo direito positivo tem, em sua estrutura, uma instabilidade intrínseca, resultante do conflito permanente dos valores sociais entre e com a própria realidade social, em constante mutação”. Em consequência, “a norma jurídica pressupõe um permanente conflito de valores e uma necessária interferência do poder” (5). Esse momento decisório, ato do poder, escolha política, é, para o autor, o ponto culminante do processo nomogenético, com a conversão das preferências individuais em coletivas, adquirindo elas validade jurídica objetiva (6).

(3) ARENDT, Hannah. *Sobre la Violencia*. México. Joaquín Mortiz, 1970, p. 40.

(4) REALE, Miguel. *Pluralismo e Liberdade*. São Paulo, Saraiva, 1963, p. 214.

(5) FARIA, José Eduardo. *Poder e Legitimidade*. São Paulo, Perspectiva, 1978, p. 115.

(6) FARIA, José Eduardo. *Op. cit.* pp. 20 e 116.

Necessário perquirir, no entanto, que tipo de poder preside ao estabelecimento das normas jurídicas, a fim de precisar qual o uso que a elas pretende dar. A idéia de um legislador subordinado apenas aos preceitos da razão, absolutamente imparcial e bem intencionado, é insustentável, sob o prisma da realidade.

O direito positivo, por importar em escolha axiológica, não é mero produto técnico, cientificamente neutro. Quando elaborado por um poder egoístico, acompanhará a sua forma de atuar, servirá para instrumentalizar a dominação, aspecto bem ressaltado, em primeiro lugar, pela doutrina marxista. Ao contrário, a norma será democrática e válida para convivência autêntica, se a sua criação for presidida por um poder dessa natureza.

Em uma democracia verdadeira, é possível observar a existência de muitos poderes sociais (partidos políticos, sindicatos, igrejas, grupos de pressão), em diálogo participativo, compartilhando a soberania do Estado, a quem cabe a função de árbitro, para manter a integração da sociedade. Os múltiplos centros de poder tomam parte na produção jurídica, por meio da criação de normas, dentro dos seus âmbitos específicos, e pela efetiva participação na escolha da regra, quando da positivização do direito estatal. Tem-se, aí, uma poliarquia, com pluralismo de poderes ativos e multiplicidade de fontes do direito, que, embora imperfeito como toda obra humana, deve servir, não a um grupo privilegiado, mas a todo o corpo social.

No plano internacional, embora inexista órgão institucionalizado para aplicar a sanção jurídica, o laço entre o direito internacional público e o poder evidencia-se em dois aspectos. Suas normas são estabelecidas pelos Estados, entidades portadoras do poder dos grupos nacionais, e visam regular a interação entre eles. Essas regras se qualificarão conforme elaboradas ou não por meio dialógico e também de acordo aos critérios de sua interpretação.

4. Poder, DIP e política

CELSO D. DE ALBUQUERQUE MELLO, em denso estudo, demonstra a correlação entre política e direito, particularmente visível no direito internacional público. Escreve ele:

“O DIP só pode ser entendido em sua plenitude se estudado também no seu aspecto político. Acreditamos que esta observação se aplica a todo o direito. Só o aspecto político pode explicar a existência das normas jurídicas, bem como a “relatividade” existente na sua aplicação. FREUND diz com muita razão que o direito positivo é “a idéia do direito considerada

sob o ângulo político". No DIP o aspecto político surge de um modo claro, enquanto que no direito interno ele surge mascarado" (7).

A co-implicação é perceptível a partir da presença do poder no estabelecimento do direito e do papel deste, quanto à vida social. Se a política é a arte de governar e a regra jurídica serve de diretriz às relações sociais, sendo positivada pelo poder, aquela e o direito se correlacionam, ainda mais porque este serve também para limitar o mesmo poder que a criou. O texto do ilustre internacionalista, ao se reportar à relatividade na aplicação da norma de DIP, está referido, é claro, a uma política instrumentalizadora das relações humanas, de mera obtenção de resultados em benefício de alguns.

Em verdade, a elaboração do DIP fez-se, a partir do século XVI, sob inspiração egoísta. Um pequeno grupo de Estados europeus, a contar da época dos descobrimentos, formulou regras que permitissem sua coexistência e legitimassem sua ocupação nos territórios recém-descobertos ou tomados aos não-cristãos. Difusão da fé e direito de ocupação de "coisas desertas e vacantes" foram seus fundamentos iniciais. O segundo deles, tirado das Institutas, do texto sobre a posse de animais bravios — "De rerum divisione, ferae bestiae" —, sem embargo do absurdo inominável de equiparar a animais selvagens seres humanos, inclusive alguns povos de elevada civilização, como os incas, os maias e os astecas.

Formou-se, assim, um DI "aristocrático-individualista", considerado como regalia dos Estados europeus. Consoante ensina VALLADÃO, era "um aristocrático direito das potências da Europa, que só o aplicavam entre si, adotando "outras" regras para os povos da América Latina, da África ou da Ásia, não "cristãos" ou não "civilizados"" (8). Fora da Europa, as normas jurídicas eram substituídas pelas exigências da política "sobretudo e quase exclusivamente" (9).

No século XIX, esse DI egoísta exacerbou-se, para autorizar a partilha da África entre as grandes potências europeias, e da Ásia entre a Rússia, a Grã-Bretanha e a França.

Os Estados Unidos foram admitidos nesse "clube eurocêntrico" e, com base na doutrina de MONROE, da "América para os americanos", não se pejaram em tratar seus vizinhos do Sul como objeto de conquistas territoriais, ou dominação colonialista.

(7) MELLO, Celso D. Albuquerque. A norma jurídica no Direito Internacional Público. In FERRAZ, Sérgio, coord. *A Norma Jurídica*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1980, p. 254.

(8) VALLADÃO, Haroldo. Os enfoques universalista e regionalista no Direito Internacional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, Senado Federal, 16 (62): 8, abr./jun. 1979.

(9) VALLADÃO, Haroldo. *Op. cit.* p. 9.

EDUARDO PRADO, em seu clássico *A Ilusão Americana*, depois de evidenciar muitas ocasiões de exercício do imperialismo norte-americano para com o México, passa ao exame de acontecimentos relativos à América Central. Antes, contudo, para ilustrar sua crônica histórica, refere manifestações de políticos daquele país, como segue:

“Está no destino de nossa raça”, dizia na sua mensagem de 7 de janeiro de 1857 o Presidente Buchanan, “o estender-se por toda a América do Norte, e isto acontecerá dentro de pouco tempo se os acontecimentos seguirem o seu curso natural. A emigração seguirá até ao Sul, nada poderá detê-la. A América Central, dentro de pouco tempo, conterà uma população americana, que trabalhará para o bem dos indígenas.” O Senador G. Procon em 1858: “Temos interesse em possuir Nicarágua. Temos manifesta necessidade de tomar conta da América Central, e, se temos essa necessidade, o melhor é irmos já como senhores àquelas terras. Se os seus habitantes quiserem ter um bom governo, muito bem e tanto melhor. Se não quiserem, que vão para outra parte. Não-me dizer que há tratados, mas que importam os tratados se temos necessidade da América Central? Saibamos nos apoderar dela, e se a França e se a Inglaterra quiserem intervir, avante, ó doutrina de Monroe!”⁽¹⁰⁾

Na atualidade, ainda subsiste o ranço aristocrático do DIP. Até bem pouco, vigorava como regra do Estatuto da Corte Internacional de Justiça o dispositivo do seu artigo 38, assim elaborado:

“1. A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará: (...)

c) os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas”⁽¹¹⁾.

A Carta da ONU, embora declare (art. 2.º, 1) que “a Organização é baseada no princípio da igualdade de todos os seus membros”, possui, em sua estrutura, o Conselho de Segurança, com cinco membros permanentes, com a faculdade de oporem seu veto individual a decisões tomadas pelos outros participantes (art. 23, 1 e 27, 3)⁽¹²⁾. A par da gritante contradição ao princípio da igualdade, os dispositivos relativos ao veto e aos membros permanentes consagram o predomínio da política de potência nas relações internacionais, o que indica um DIP para isso orientado, ou em cuja aplicação se promovam distorções capazes de favorecer tal situação.

(10) PRADO, Eduardo. *A Ilusão Americana*. 5ª ed., São Paulo, IBRASA, 1980, pp. 62/3.

(11) MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Internacional Público — Tratados e Convenções*. Rio de Janeiro, Renes, 1970, pp. 196/7.

(12) MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Op. cit.* pp. 169/170.

É por essas distinções indevidas que se podem ler desabafos como o seguinte:

“O DIP, pode-se dizer, tem sido direito imperialista, consagrando, em inúmeros casos, institutos que só operam em favor de grandes potências, intervenção, proteção do investimento estrangeiro etc.”⁽¹³⁾

Se apenas “nações civilizadas” conhecem princípios jurídicos valiosos, e a direção do maior organismo internacional compete a uns poucos, qual o papel dos demais, em uma sociedade propositadamente institucionalizada para manter os privilégios dos mais poderosos?

Os juristas desses Estados demonstram um desprezo visível em relação aos argumentos dos demais países e utilizam critérios hermenêuticos variáveis conforme as necessidades políticas dos grandes. CHRISTIAN CAUBET, entre os exemplos que oferece, lembra a questão da liberdade da pesca em alto-mar e o problema dos testes nucleares nos oceanos. A primeira foi resolvida pela conclusão de que a pesca livre decorria do princípio da liberdade no alto-mar, favorecendo, é claro, às nações ricas, dotadas de frotas pesqueiras mais numerosas e melhor equipadas. Com respeito à experimentação de engenhos nucleares, apesar de evidente o perigo para toda a humanidade, em vista da imersão de resíduos radioativos, e da indubitável contrariedade dessas explosões frente ao preceito de liberdade dos mares, em vez de submeter-se o problema, como o anterior, à Corte Internacional de Justiça, tratou-se de alegar a sua incompetência. Mas o pior, foram os argumentos especiosos apresentados em defesa das experimentações. Expõe o autor referido:

“O representante dos Estados Unidos, por exemplo, sublinhou que a intenção de seu país era de se chegar à elaboração de armas atômicas “limpas”, e que, por outro lado, todo e qualquer uso do alto-mar tinha como consequência impedir que os outros Estados o utilizassem temporariamente. Pôr no mesmo nível a passagem de um navio, a pesquisa científica no mar, e a explosão de um artefato nuclear, revela amplamente a profundidade do desprezo que possuía aquele representante pelo raciocínio lógico e pelos outros membros da comunidade internacional”⁽¹⁴⁾.

A interpretação do DIP é, portanto, influenciada pelos interesses políticos. REFERE RONNING que “há um conjunto de causas econômicas, políticas e sociais que condicionam as doutrinas variáveis e interpretações

(13) MELLO, Celso D. de Albuquerque. *O Direito Internacional Público em Transformação*. Rio de Janeiro, PUC/São Paulo, Resenha Universitária, 1976, p. 78.

(14) CAUBET, Christian G. *Fundamentos Políticos-Econômicos da Apropriação dos Fundos Marinhos*. Florianópolis, UFSC., 1977, p. 84.

legais" (15). Muitas vezes, os hermenutas deformam os princípios e os textos, para atender exclusivamente às necessidades políticas dos grandes Estados.

SEPÚLVEDA afirma, a propósito:

"Outro aspecto que ensina como o preceito jurídico pode ser distorcido por meio da interpretação política é o que se refere à subversão ideológica como causa eficiente para aplicação de Tratado de Assistência Recíproca, convertendo-o em um dispositivo de defesa política, para a qual não foi concebido. Foi suficiente que a Comissão Internacional da Paz, em seu informe à VIII Conferência de Consulta, dissesse que uma posição política suspeita de comunismo era um "ato de agressão política", "agressão de caráter militar", "ataque à paz e à segurança interamericanas, assim como à soberania e independência política dos Estados americanos", para que se considerasse incidir o artigo 6.º do Pacto, no caso de Cuba, em Punta del Este, em janeiro de 1962, quando foi excluída da participação no sistema internacional. Ou seja, que a noção de subversão permeava os conceitos de agressão, de legítima defesa, de ameaça a outros, permitindo a aplicação distorcida do Pacto" (16).

5. *A descolonização e o DIP*

Ao término da Segunda Guerra Mundial, começou a se processar a liquidação do sistema colonial até então vigente. A Europa, exaurida pelo conflito, não dispunha mais de recursos para manter o sistema de dominação, inclusive sobre povos que haviam tomado parte na luta contra o nazismo. Logo o movimento tornou-se avassalador, resultando na ascensão à cena internacional de grande número de Estados, na Ásia e na África.

Esse fato teve conseqüências importantes sobre o DIP. As novas nações cedo aprenderam que sua independência política não significava a independência econômica. Além das deficiências no domínio da economia, as normas jurídicas consagradas de uma igualdade (aparente, segundo se viu no exame da Carta da ONU) formal, apareciam como óbices para obterem essa libertação. Ao servirem para amparar o crescimento e o progresso dos países mais ricos, as regras do DIP eram consideradas ilegítimas pelos novos Estados. Seu caráter europeu ressaltava e merecia a contestação dos ex-colonizados, que viam, nesse direito, um instrumento para antigos senhores manterem a dominação, dentro de um sistema econômico desigual e injusto.

(15) RONNING, C. Neale. *Derecho y Política en la Diplomacia Interamericana*. México, UTEHA, 1965, p. 4.

(16) SEPÚLVEDA, César. *Las Fuentes del Derecho Internacional Americano*. México, Porrúa, 1975, pp. 117/8.

Sob o aspecto cultural, o sistema jurídico internacional era marcada-mente norte-ocidental, e rejeitado por haver sido construído sem considerar religiões diferentes da cristã e culturas não-européias, predominantes nos novos países.

Embora boa parte das idéias condutoras dessas nações à independência política fosse de cepa européia — crença na dignidade do homem, na igualdade de todos sem discriminações raciais, na liberdade —, a forma como os europeus agiram em violação desses princípios, nas relações coloniais, justificava a rejeição das normas jurídicas criadas pelos conquistadores.

MOHAMMED BEDJAOUI sintetizou com precisão os pontos dissonantes quanto ao DIP, de parte desses povos, ao explicar que ele foi sentido “como um sistema de normas tendo conteúdo geográfico (era direito europeu), uma inspiração ético-religiosa (era um direito cristão), uma motivação econômica (era um direito mercantilista) e objetivos políticos (era um direito imperialista)” (17).

Esses países, rotulando-se de nacionalistas e anti-imperialistas, com aspirações de reduzir as desigualdades econômicas entre os povos, passaram a contestar a ordem estabelecida e a polaridade das relações internacionais resultante do conflito Leste-Oeste. Sob a bandeira do Terceiro Mundo, recusaram-se a aceitar um sistema jurídico em cuja definição não colaboraram. Irromperam na Assembléia Geral das Nações Unidas, onde prevalece o princípio paritário, e, atuando em bloco, procuraram democratizar o DIP.

Ao conflito político ideológico (Ocidente-Oriente) veio acrescentar-se outro, o Norte-Sul, a oposição entre os Estados ricos e os subdesenvolvidos, os últimos tentando reorientar o sistema internacional, tendo por base uma igualdade real, em lugar da meramente formal, com a consolidação da independência política e a conquista da econômica. Neste segundo aspecto, obtiveram Resoluções da Assembléia Geral, no sentido de assegurar a cada país a livre disponibilidade dos seus recursos naturais e de recomendar a ajuda de parte dos Estados ricos para os outros. A ONU e as instituições internacionais, principalmente a partir dos anos sessenta, operacionalizaram diversos projetos de desenvolvimento e de ajuda econômica.

Passou-se a falar em democratização e socialização do DIP (18), ou de um direito internacional social, como forma recomendada para implementar uma política similar àquela aplicada pelo Estado intervencionista com o fito de atenuar a luta de classes, no seu interior. Seria o meio para superar a oposição dos Estados proletários contra os países ricos, através da redução das disparidades econômicas e da abolição da miséria.

(17) BEDJAOUI, Mohammed. *Pour un Nouvel Ordre Economique International*. Paris, Unesco, 1979, p. 51.

(18) VALLADAO, Haroldo. *Op. cit.*, pp. 5-22.

Esses generosos propósitos não foram, no entanto, alcançados, não obstante algumas realizações efetivas e a tomada de consciência, por muitos, quanto à indispensabilidade de um diálogo Norte-Sul. As Resoluções da Assembléia Geral possuem o caráter de meras recomendações, sem força obrigatória. Se aquele órgão “passou fundamentalmente a ser uma tribuna de terceiro mundismo”⁽¹⁹⁾, continua sem ter o papel de um Parlamento. A ONU é uma organização de Estados soberanos. “As Resoluções votadas pela maioria não têm possibilidade de serem aceitas e aplicadas, a menos que não representem o interesse de um grupo, mas exprimam o acordo geral dos Estados-Membros”⁽²⁰⁾.

Em vista da recente atenuação da “guerra fria” entre as duas superpotências, reabrem-se vias mais amplas, rumo à democratização do DIP, que passa, antes de tudo, por um esforço dos países subdesenvolvidos ou em vias de desenvolvimento, no sentido de mútuo auxílio para somar potencialidades e institucionalizar normas, como adiante se tratará de explicitar.

6. *A América Latina como precursora da democratização do DIP*

A postura das nações terceiro-mundistas, em relação ao DIP, encontra antecedentes muito claros, na atividade dos países latino-americanos, ainda no século XIX. Seus povos, desde sua independência, obtida frente a seus colonizadores que se dedicaram a lhes pilhar, sistematicamente, os recursos, “sentiram, através de violências, espoliações, enfim, das maiores injustiças, o tratamento que as potências européias, dizendo-se “cristãs” e “civilizadas”, lhes dispensavam sob as exigências da política e da moral”⁽²¹⁾. Sob a cobertura do DIP clássico, os países europeus e também os Estados Unidos praticaram atos de violência, para alcançar seus intentos de dominação.

Recordem-se, nesse passo, as ocupações territoriais (p. e., Malvinas, Texas), as intervenções com finalidades “estratégicas” ou de “polícia” ou para cobrança compulsória de dívidas (v. g.: Cuba, em 1901; Nicarágua, 1909 (política do “big stick”); Venezuela, 1902).

Entre as doutrinas desenvolvidas pelos juristas da América Latina, para fazer face a tais atos de força, sobressaem a de Carlos Calvo, proclamando o princípio da não-intervenção de um Estado nos negócios de outro e a inserção nos contratos com estrangeiros de cláusula de renúncia por estes à proteção dos seus governos; bem ainda a de Drago, condenatória da utilização da força armada para a cobrança de dívidas aos Estados.

(19) MOREIRA, Adriano. *Ciência Política*. Lisboa, Bertrand, 1979, p. 404.

(20) FEUER, Guy. Nations unies et démocratie. In: CHANTEBOUT, Bernard e HAMON, Francis, org. *Mélanges Offerts à Georges Burdeau — Le Pouvoir*. Paris, L. G. D. J., 1977, p. 1087.

(21) VALLADAO, H. *Op. cit.*, p. 9.

Cabe apontar, ainda, o direito de asilo político, a proibição de adquirir territórios por meio de conquista, a adoção dos princípios de solução pacífica dos litígios como outros aspectos do DIP adotados no âmbito latino-americano. Ronning, após dizer que “em nenhuma parte do mundo se discutiu tanto e se fizeram tão severos esforços pela formação de uma ordem legal regional” (22), arrola as convenções sobre direito de asilo, agentes diplomáticos, agentes consulares, deveres e direitos dos países em época de guerra civil, neutralidade marítima, condição legal dos estrangeiros, como produtos do continente.

Por oposição ao DIP europeu, a América Latina procurou institucionalizar regras capazes de permitir a conservação de sua precária independência e a construção dos seus Estados. Invocou, para isso, princípios baseados em idéias generosas — autodeterminação, defesa e auxílio aos mais fracos, repúdio ao emprego da força nas relações internacionais. Esse espírito democrático ressalta na posição brasileira, quando da Segunda Conferência Internacional de Paz, de Haia, em 1907, onde Rui Barbosa defendeu, perante a arrogância das potências militares européias, a abolição da guerra de conquista e a igualdade entre os Estados, na seleção de juízes para a Corte Internacional de Arbitragem (23).

Dentro da mesma orientação, pode-se assinalar, em tempos recentes, as atitudes relativas à desnuclearização da América Latina, à extensão do mar territorial com vistas à apropriação dos recursos nele existentes, e às pretensões por mudanças na ordem econômica internacional de pungente atualidade, em face do endividamento externo dos países latino-americanos.

Fora de dúvida, portanto, a exemplo e em contraste com o direito internacional público europeu, a efetiva existência de soluções latino-americanas e o desenvolvimento de princípios internacionais nessa região, indicando a realidade de um direito internacional latino-americano. Apesar da resistência de tratadistas ligados ao sistema europeu, já o Congresso científico latino-americano reunido no Rio de Janeiro, em 1905, a partir de proposta de Alexandre Alvarez, assinalou reconhecer “um direito internacional americano, isto é, um conjunto de regras e de leis especiais, que os Estados latino-americanos observam ou devem observar nas suas relações entre eles ou com os outros Estados da Europa ou da América” (24).

Curioso lembrar, nesse ponto, a preconceituosa afirmativa de HÉBERT GELSONG de que, afora o direito produzido pela Comunidade Européia, apenas o costume latino-americano em matéria de direito de

(22) RONNING, C. Neale. *Op. cit.*, pp. 4/5.

(23) MONSERRAT FILHO, José. *O Que É Direito Internacional*. São Paulo. Braziliense, 1982, p. 103.

(24) MELLO, Celso D. Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 3ª ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1971, v. 1, p. 83.

asilos poderia ser “considerado como representando o único ramo regional do direito internacional público” (25). O menoscabo perante a produção normativa não européia é visível e destituído de apoio na realidade. Em contrário, a correta posição de Gautron de ser valiosa a contribuição americana ao direito contemporâneo, lembrando a influência da cláusula Calvo, as normas latino-americanas do direito do mar, além da admissão de reservas nos tratados internacionais, proveniente da prática interamericana, consagrada na Convenção de Viena sobre o direito dos tratados — artigos 19 a 24 (26).

Esse reconhecimento não tem por meta dismantelar o direito internacional público, mas visa a democratização, a partir do aceite de uma pluralidade de focos de produção normativa. Nesse ponto, com absoluta propriedade, observou Oliveira Lima, “o direito, como princípio e norma da ordem social, é um só e não pertence a este ou àquele continente; mas no seu caráter humano e universal, comporta variedades grandes entre as nações quanto ao modo de encarar e tratar certas e determinadas questões, por efeito de circunstâncias de toda espécie, que vão desde a raça até a cultura” (27).

7. Regionalismo, poder e direito

A derrota da Rússia pelo Japão, em 1905, pode ser considerada como indicativo de nova configuração das relações internacionais, no século XX, na qual emergem nações estranhas ao sistema norte-europeu e a dominação européia entra em declínio.

Em conseqüência, passa-se a dar atenção a um fato antes desconsiderado: a importância da ação regional de países fora do centro Europa-Estados Unidos.

Após a Segunda Grande Guerra, difunde-se a atuação conjunta de Estados, a nível de regiões. Sejam os mecanismos com fins de segurança coletiva (OTAN, Pacto de Varsóvia, TIAR), ou aqueles de cooperação econômica — Comunidade Européia, Conselho de Assistência Econômica Mútua (COMECON), Aliança Latino-Americana de Livre Comércio (ALALC), ou outros mais abrangentes, a exemplo da Organização dos Estados Americanos

(25) GELSONG, Héribert. Le développement du droit international régional. In: SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL. *Régionalisme et Universalisme dans le Droit International Contemporain*. Paris, Pédone, 1977, p. 238.

(26) GAUTRON, Jean-Claude. Le fait régional dans la société internationale. In: SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL. *Régionalisme et Universalisme dans le Droit International Contemporain*. Paris, Pédone, 1977, pp. 41-3.

(27) LIMA, Manuel de Oliveira. *Pan-Americanismo, 1907*. Brasília, Senado Federal/Rio de Janeiro, Casa de Rui Barbosa, 1980, p. 93.

(OEA) e da Organização da Unidade Africana (OUA), "o fato regional, após 1945, parece proliferar" (28). Com a denominação de regionalismo, é fundamental na configuração contemporânea da sociedade internacional.

Dois aspectos o compõem. A contigüidade geográfica e, às vezes mais importante que essa, uma interdependência resultante de fatores vários: afinidades sócio-econômicas, culturais e políticas. Assim as principais teorias e normas do direito internacional latino-americano derivaram, menos da vizinhança que de outros elementos comuns. A realidade de instituições pouco estáveis, sujeitas a contendas freqüentes, orientou no desenvolvimento do asilo político. Na mesma forma, e para restringir o exemplário, as doutrinas Calvo e Drago tiveram por fundamento fatores econômicos.

Resultante de proximidades políticas, ideológicas, econômicas, técnicas e estratégicas mais do que a simples vizinhança territorial, o regionalismo responde à internacionalização de atividades, cuja execução não mais pode ser eficientemente cumprida pelos Estados, isoladamente. Gautron indica, para ilustrar essa afirmativa, a segurança e o desenvolvimento econômico, técnico e cultural, entre as necessidades a serem atingidas pela co-atuação regional, orientando, mesmo, para a unificação política dos países agrupados em zonas geopolíticas (29).

A contigüidade física é, todavia, fundamental em questões a serem resolvidas por força do fator geográfico, tais como a preservação do meio ambiente, o uso dos rios internacionais, a exploração dos recursos marítimos.

Qualquer que seja o motivo prevalente, o regionalismo, do ponto de vista cratológico, é meio para concentração de poder e, portanto, para se criar normas jurídicas internacionais. Isso, aliás, já ficou explícito nas referências ao DIP europeu e ao latino-americano. É preciso mencionar também o direito internacional público socialista, conseqüente ao regionalismo dos países do Leste, com essa orientação política.

A tais regionalismos corresponde o pluralismo jurídico no DIP. Consoante observa Gautron, "a maior parte da doutrina admite a coexistência de várias ordens jurídicas, mais ou menos hierarquizadas, esperando que os diversos direitos particulares estejam contidos no direito internacional universal (ou o mais próximo da universalidade)" (30).

O fato jurídico regional pode se restringir, apenas, à interpretação e à aplicação do DIP, de acordo com as especificidades das diferentes regiões. Doutra parte, as normas nelas criadas — como ocorreu, por exemplo, no

(28) GAUTRON, Jean-Claude. *Op. cit.*, p. 7.

(29) GAUTRON, Jean-Claude. *Op. cit.*, pp. 16-9.

(30) GAUTRON, Jean-Claude. *Op. cit.*, p. 21.

direito do mar — tendem a influir sobre as universais, indicando os reajustes estruturais necessários, a fim de permitir que melhor se adaptem aos múltiplos fatores de variações locais.

Se houve o trânsito para um *pluriverso*, em que raças e civilizações diversas se encontram em um quadro cada vez maior de relações, é imprescindível admitir as diferenças e respeitá-las, mediante o trânsito de um sistema jurídico internacional de elaboração centralizada para outro pluralista, democrático, capaz de realizar, de fato, a universalidade do DIP.

8. *As modificações na estrutura mundial e crise nos poderes dominantes*

Como assinalado, o sistema internacional atravessa, desde o término da Segunda Guerra Mundial, por uma série de notáveis alterações, gerando crise nos poderes dominantes e redistribuição de poder, a nível planetário. Para melhor encaminhamento das propostas a formular, é conveniente arrolar essas mudanças, pelo menos as mais importantes, e analisá-las, sinteticamente.

As inovações técnicas, principalmente nos meios de comunicação provocam a *coagulação* do mundo⁽³¹⁾, pela facilidade de contatos e rapidez de locomoção física.

Após a criação da ONU, disseminam-se as instituições supranacionais, algumas a nível universal (p. e., UNESCO) e outras regionais, todas atuantes. A exemplo destas, reduzindo o âmbito de autarquia das decisões estatais, difundem-se as relações e entidades transnacionais, principalmente através de organizações criadas para atuar em âmbito que ultrapassa as fronteiras dos Estados⁽³²⁾.

Esse último fenômeno influi em prol do regionalismo. Conforme expõe GARCIA-PELAYO, para tratar com o atual sistema transnacional, os Estados precisam de uma política de adaptação, a qual, quando não é praticada por uma superpotência, exige ação interestatal a nível regional. Desse modo, escreve o autor espanhol, “de um lado, se acresce a área de ação do Estado, com a participação nas decisões da entidade regional e nos recursos de variada ordem gerados pela integração, de outro, se diminui a área de autodeterminação porquanto certas decisões e competências passam à organização regional, enquanto outras devem realizar-se de acordo com as pautas estabelecidas por esta”⁽³³⁾.

(31) VIRALLY, Michel. Le droit international en question. *Archives de Philosophie du Droit*. Paris, Sirey, 8, 155, 1963.

(32) GARCIA-PELAYO, Manuel. Sociedad y política transnacionales. In: *Las Transformaciones del Estado Contemporáneo*. 3ª ed., Madrid, Alianza, 1982, pp. 132-56.

(33) GARCIA-PELAYO, Manuel. *Op. cit.*, p. 155.

Os Estados atuam cada vez mais no setor econômico, e envolvem-se com financiamentos internacionais. Perpassa-se por grave crise financeira, determinadora de instabilidade social, em função das grandes dívidas contraídas pelos países em vias de desenvolvimento e subdesenvolvidos. Em contrapartida, algumas das nações da origem desses capitais endurecem com os devedores. Procedem a uma revisão das normas sobre solução de conflitos, pretendendo ser legítima a renúncia à imunidade de jurisdição, por parte dos Estados tomadores de empréstimos. É a tese da soberania restrita aos atos de império, não alcançando os atos de gestão. Segundo essa teoria, as empresas estatais e também outras entidades nacionais, inclusive os bancos centrais, não gozam de imunidade jurisdicional, podendo ter seus bens penhorados no exterior ⁽³⁴⁾.

A ascensão do Terceiro Mundo e suas reivindicações por uma ordem internacional mais eqüitativa, bem ainda o regionalismo, foram objeto de considerações anteriores. Acrescente-se a maior solidariedade internacional, como resultado do medo nuclear. Por igual, a interdependência em aumento, pela vulnerabilidade crescente dos países industrializados, quanto ao abastecimento de matérias-primas.

É possível apontar, nas últimas décadas, sinais de debilitamento nos poderios norte-americano e soviético. Constatam-se desafios políticos (p. e., Cuba e Iugoslávia), e até militares (p. e., Vietnã e Afeganistão). No campo econômico, devem ser indicados dois processos de redistribuição do poder no sistema mundial, como adequadamente os designa CELSO LAFER. “O primeiro” — escreve esse autor — “ocorreu na década de 60, entre os países industrializados, e foi conseqüência da erosão da primazia americana e da importância crescente do Japão e da Comunidade Européia no processo de criação e transferência internacional de recursos. O segundo aconteceu na década de 70, quando o controle da oferta de petróleo pelos seus grandes países produtores provocou uma nova redistribuição do poder no sistema internacional. Desta vez, a favor de alguns países subdesenvolvidos, em detrimento dos países industrializados, de economia de mercado — particularmente o Japão e a Comunidade Européia — e também dos demais países subdesenvolvidos” ⁽³⁵⁾.

Por último, a reaproximação entre Estados Unidos e União Soviética, saudada por alguns como o término da guerra fria, com abertura de novas rotas para o asseguramento do progresso e da paz mundiais. O “novy mishleniye” (novo pensamento), raiz da atual conduta soviética, se baseia

(34) WALD, Arnoldo. A renegociação da dívida externa e o respeito à soberania nacional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, Senado Federal, 25 (97): 103-10, jan./mar. 1988.

(35) LAFER, Celso. *O Comércio e as Relações Internacionais*. São Paulo, Perspectiva, 1977, p. 52.

“na idéia de que à beira do século XXI não se pode apostar na hegemonia bipolar das duas superpotências. É preciso atuar com mais desenvoltura no cenário, com novos atores, como Japão, China, a Europa Ocidental se unificando e as potências capitalistas emergentes no Terceiro Mundo” (36).

A América Latina necessita de adotar estratégias jurídico-políticas indispensáveis para obter posição mais favorável, nesse quadro de mudanças estruturais tão profundas.

9. O regionalismo latino-americano e o DIP

O regionalismo não é a panacéia das relações internacionais. No entanto, frente a um mundo onde o fato internacional tem importância sempre mais acentuada e no qual ocorrem fenômenos de redivisão do poder, é alternativa de eleição, para criar algum poder, de natureza democrática, a partir da cooperação dos países unidos pela geografia e por múltiplos interesses e tradições comuns. A América Latina com seus problemas seculares de espoliação e dependência em prol das potências exteriores, tem de unir seus recursos, para formar poder conjuntamente e, assim, reafirmar suas particularidades, criar condições para obter a real independência econômica e lutar por um sistema normativo internacional mais adequado.

Em primeiro lugar, sem descartar a atual Organização Pan-Americana, cumpre aperfeiçoá-la mediante a inclusão do Canadá. É preciso, todavia, manter posição autônoma frente aos Estados Unidos. Essa tendência, acentuada após a Segunda Guerra (37), se explica pelo fato de aquele país ter-se erigido “em tutor das Américas, sem possuir qualquer título jurídico para isso” (38), descumprindo, na prática, com as funções decorrentes desse papel.

A este respeito, assinala OLIVEIRA LIMA:

“A proteção que visam os Estados Unidos só poderia revelar-se em qualquer sentido interesseiro. Os Estados Unidos nunca a exerceram generosamente em prol das outras repúblicas do continente, deixando despojar a Argentina das ilhas Malvinas e anuindo sem protesto às usurpações britânicas por arbitramento na bacia do Orenoco e na do Amazonas” (39).

Não foi apenas no século passado, que a política norte-americana em relação aos vizinhos do Sul revelou-se a favor dos ingleses. Idêntica posição sucedeu na Guerra das Malvinas. O secretário naval dos EUA, de 1981 a

(36) FOLHA DE SAO PAULO, São Paulo, 29 de maio de 1988, p. A-17.

(37) JAGUARIBE, Hélio. *O Novo Cenário Internacional: Conjunto de Estudos*. Rio de Janeiro, Guanabara, 1986, p. 331.

(38) MELLO, C. D. A. 1971. V. 1. p. 257.

(39) LIMA, Manuel de Oliveira. *Op. cit.*, p. 45.

1987, John Lehman, em recente entrevista à televisão britânica, afirma textualmente:

“A Grã-Bretanha teria tido que se retirar das Malvinas se os EUA suspendessem a sua ajuda. Em meu julgamento, o resultado da guerra teria sido bem diferente se não fosse o fluxo de informações secretas, de logística, apoio técnico e de comunicações e material como os duzentos mísseis “Sidewinders” dos EUA para a Real Marinha britânica” (40).

Na observação de EDUADO PRADO, “por mil modos se revela o desprezo americano pelos “irmãos” do Sul do continente”. Refere esse autor que no pedestal da estátua de Washington, na Capital daquele país, o escultor pôs uns baixos-relevos simbólicos, com as figuras de Hércules e seu irmão Ificles, representando, segundo os guias turísticos da cidade, a América do Sul e a América do Norte. “Aquele é a cobardia, a fraqueza de Ificles, e esta é a majestade divina de Hércules” (41).

Autores americanos apresentam seu país como profundo respeitador de regras de conduta internacionais e reclamam que as demais nações da América, principalmente nos últimos tempos, intentam maior liberdade de ação, colocando em dúvida “normas antigamente consideradas obrigatórias” ou “as interpretam de uma forma nova” (42). De certo, a consideração pelo DIP é mais efetiva do que a pelo próprio direito interno, usado para proposta a Manoel Antonio Noriega, apontado pelos EUA como traficante de drogas, para deixar o governo do Panamá. Eis os fatos, na versão da Revista *Veja*:

“Além de fazer uma série de concessões e aceitar negociar com o ditador panamenho — acusado de tráfico de drogas, assassinatos políticos e fraude eleitoral —, os Estados Unidos acabaram ouvindo de Noriega um sonoro não a uma quase submissa proposta americana para a saída do poder. “O texto desse acordo poderia ter sido escrito pela mãe de Noriega”, chegou a comentar um funcionário do governo americano, ironizando as facilidades oferecidas ao ditador. De fato, a proposta era de pai para filho. O governo americano concordaria em cancelar os dois processos que correm contra ele desde fevereiro nos Estados Unidos por tráfico de drogas, e Noriega poderia abandonar o poder e a farda com todas as honras militares, no dia 12 de agosto próximo, seu quinto aniversário no posto de comandante da Guarda Nacional” (43).

De semelhante desconsideração para com os valores jurídicos, ressumbra sua desvalia. É mais um motivo para os países da América Latina recusarem as soluções prontas, os pratos feitos a título de normas do DIP.

(40) SEIDL, Antônio Carlos. BBC exhibe a vida de oficial inglês mutilado nas Malvinas. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 31 de maio de 1988, p. A-16.

(41) PRADO, Eduardo. *Op. cit.*, pp. 153-4.

(42) RONNING, C. Neale. *Op. cit.*, pp. 2-3.

(43) VEJA. Tempo perdido. São Paulo, abril, 20 (22): 47, 1º jan. 1988.

C. CAUBET, escrevendo acerca das possibilidades de êxito das “nações periféricas” voltadas à alteração do sistema jurídico internacional, afirma dependerem da sua conscientização, de sua oposição e de sua ação. O primeiro desses fatores resulta de compreenderem que as normas questionadas foram impostas para proteger os interesses dos “países centrais”; já o segundo, exige que oponham a cultura própria à exterior, com a procura de soluções jurídicas autônomas, inseridas dentro das próprias tradições culturais⁽⁴⁴⁾. E para tanto, é preciso aglutinar forças, atuando conjuntamente.

Uma pequena amostragem evidencia as diversas questões possíveis de tratamento jurídico a nível regional. Recorde-se a imprescindível integração econômica, com a regulação das relações comerciais, exigindo complexa normatividade, inclusive tributária e de solução de conflitos. Apontem-se, ainda, a preservação do meio ambiente, o uso dos rios internacionais, as bacias fluviais comuns, a cooperação técnica, a cultural e o emprego pacífico da energia nuclear.

É verdade que existem várias Américas Latinas, bastando observar os Estados minúsculos, na América Central, e outros enormes, como o Brasil. Jaguaribe identifica, segundo o nível de desenvolvimento, três grupos:

“(1) alto nível comparativo de desenvolvimento: Argentina, Brasil e México;

(2) nível médio de desenvolvimento: Chile, Colômbia, Cuba, Equador, Peru, Uruguai e Venezuela;

(3) baixo nível comparativo de desenvolvimento: países da América Central e do Caribe, Bolívia e Paraguai”⁽⁴⁵⁾.

Para obter uma coalizão firme, é preciso respeitar as naturais diferenças, fundamentando a ação coletiva na “idéia de uma reciprocidade generalizada, cujo objetivo seria o de permitir a cada um dos parceiros a possibilidade de encontrar o seu interesse pessoal no funcionamento da aliança, de tal modo que o interesse comum sempre se confunda com o interesse de todos”⁽⁴⁶⁾.

O Brasil parece haver tomado consciência da importância desse direcionamento da política externa, ao passar a atuar segundo as linhas de uma “latino-americanização” de seu relacionamento internacional⁽⁴⁷⁾. O episódio

(44) CAUBET, C. G. *Op. cit.*, p. 184.

(45) JAGUARIBE, H. *Op. cit.*, p. 329.

(46) LAFER, Celso. *Op. cit.*, p. 61.

(47) BARROS, Alexandre de S. C. A formulação e implementação da política externa brasileira, o Itamaraty e os novos atores. In: MUNOZ, Heraldo e TULCHIN, Joseph S., org. *A América Latina e a Política Mundial*. São Paulo, Convívio, 1986. pp. 29-42.

das Malvinas confirmou a reduzida confiança que se pode ter na proteção norte-americana. As pesadas exigências no caso da dívida externa mostraram “ao pobre povo brasileiro como foi vendido aos banqueiros internacionais e como sua soberania não passa de patacoada de oratória barata que ninguém pode mais levar a sério” (48).

Apesar de que “o problema fundamental da nossa pátria” — e de toda a América Latina — “é a sua escravização secular ao capitalismo internacional” (49), é preciso sublinhar a essencialidade de políticas nacionais, conjuntas com a regional, para as modificações estruturais internas (50), capazes de extirpar as causas endógenas dessa situação. Para obter democracia e justiça a nível externo, é preciso construí-la internamente.

Discorrendo acerca do problema da dependência dos países periféricos, ALAIN LIPIETZ não encontra, sob o prisma da ciência econômica, nenhum destino exterior, nenhuma lei geral do capitalismo que fixe a uma nação o seu lugar dentro da divisão internacional do trabalho. “A menos” — conclui — “que se chame destino exterior o peso do passado inscrito na estrutura social” (51). P. BRAILLARD e P. SENARCLENS, após dissecarem o tema do imperialismo, chegam a afirmativa semelhante:

“É absurdo negligenciar o papel que desempenham os fatores endógenos no subdesenvolvimento de muitos países do Terceiro Mundo, em particular, dos fatores sociais, políticos e culturais (52). Urge, pois, agir sobre eles, com firmeza, para adequá-los aos fins indicados.”

9. Conclusão

A inexistência de um aparelho coercitivo mundial, capaz de obrigar ao cumprimento da norma jurídica internacional, justifica a assertiva de que o DIP somente será observado se as suas regras atenderem, de modo equilibrado, às justas pretensões de todos os membros da comunidade universal. Se essa meta é difícil de alcançar, somente é possível aproximar-se dela por meio de um Poder democrático, e este passa, no momento, pelo regionalismo.

(48) BARROSO, Gustavo. *Brasil: Colônia de Banqueiros* (História dos empréstimos de 1824 a 1934). 3ª ed., Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1935, p. 119.

(49) BARROSO, Gustavo. *Op. cit.*, p. 115.

(50) MAIA, Napoleão Nunes. *Sistemas e Modelos de Desenvolvimento — Enfoque Interdisciplinar*. Fortaleza, Cearte, 1985, pp. 182-3.

(51) LIPIETZ, Alain. *L'imperialisme, ou la bête de l'Apocalypse. Les Temps Modernes*, 447: 764 oct. 1983.

(52) BRAILLARD, Philippe e SENARCLENS, Pierre. *O Imperialismo*. Trad. de José Paulo Costa Pinto. S.l. Europa — América, s.d., p. 137.

Dogmática jurídica e a crise de legitimação do Estado moderno

PAULO DE TARSO RAMOS RIBEIRO

Auxiliar de Ensino do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

SUMÁRIO

I — Dogmática e epistemologia — Algumas considerações metodológicas. II — Dogmática e ideologia — A legitimação das estruturas jurídicas. III — Função social da dogmática — Os paradoxos da legitimação institucional.

I — Dogmática e epistemologia — Algumas considerações metodológicas

A abordagem do tema da função social da dogmática jurídica exige algumas considerações preliminares de natureza epistemológica cuja importância se faz tanto mais presente quanto se proponha a relacionar o tema da função social com o problema da legitimação institucional das estruturas jurídicas. Vejamos assim o que podemos entender por dogmática jurídica. Aproximando-nos de seu uso mais generalizado, e, na esteira de WARAT (1), diríamos que a dogmática jurídica é a “atividade que tem a pretensão de estudar o direito positivo vigente sem construir sobre o mesmo juízos de valor. É a tentativa de formular uma teoria sistemática do direito positivo baseada em sua aceitação acrítica, e que, mediante a elaboração conceitual do direito estabelecido, explicitaria sua coerência, denotando a pseudológica que o ordena.”

Neste sentido a dogmática se propõe com fundamento em uma lógica positivista, a descrever a ordem legal da maneira mais isenta de sorte a desvincular os conceitos jurídicos da “irracionalidade” do subjetivismo axiológico de cada um. Afirma-se, portanto, como criadora de construções teóricas que se fundamentam na distinção entre o plano descritivo e o plano prescritivo; o plano das explicações e o plano dos argumentos justificadores. Na expressão de BOBBIO (2), procede a uma confusão mais ou menos

(1) WARAT, Luis Alberto. *Ensino e Saber Jurídico*. Rio de Janeiro, Eldorado — Tijuca, 1977.

(2) Cf. BOBBIO, Norberto. *Contribución a la Teoría del Derecho*. Trad. e organização de textos a cargo de Alfonso Ruiz Miguel. Valencia, Fernando Torres Editor, 1980, p. 105.

generalizada entre "formalismo jurídico e formalismo ético". O direito assim é concebido como um fenômeno mais ou menos universal cujas estruturas normativas possuem uma articulação natural de base imanente ao real, o que, em última análise, impõe sobre a dogmática, enquanto ciência jurídica, a tarefa de, descrevendo estas relações, explicitar o direito como objeto dessa investigação. Daí o interesse dos juristas em geral pelo estudo da "natureza jurídica" dos "institutos" de direito, a preocupação em constituir séries conceituais, como direito subjetivo, direito de propriedade, direito das coisas etc., a divisão do direito em dois grandes ramos, o público e o privado, enfim, uma sistematização teórica cuja preocupação maior parece ser a da produção de um discurso jurídico universal dotado de uma completude lógica, manifesta na elaboração de tratados, por exemplo.

A dogmática constrói-se assim, através de enormes redes paralelas de seções cujas malhas abarcam e delimitam o universo ontológico dos "institutos" jurídicos, o que, de resto, nos conduz à constatação de uma dualidade lógica em todo o fenômeno jurídico, pela qual se é ou não jurídico conforme se esteja ou não inserido nas redes de conceitos.

Neste quadro muito amplo, cuja característica básica é a concepção do direito ora como norma, ora como realidade empírica, é que a dogmática enfrenta o seu dilema metodológico. Daí a proposta de autores como KELSEN em tratar o direito a partir de sua especificidade maior: o mandamento normativo contido nas normas jurídicas. Trata-se, em um certo sentido, de uma tentativa de despir a investigação jurídica de toda carga ideológica no sentido de predileções valorativas, sociológicas, políticas etc.

Por isso, há que falar-se, com relação a KELSEN, de uma Teoria Pura do Direito e não de uma Teoria do Direito Puro. Todavia, o problema que se coloca é o de saber se de fato é possível formular uma teoria ideologicamente neutra, sem se reproduzir, ainda que veladamente, uma série de argumentos persuasivos que, em última análise, instauram uma espécie de "socialização" do conjunto de valores aceitos pelo Estado. Esta é uma questão metodológica que antecede a própria análise dos padrões de disseminação do conhecimento científico postulados pela dogmática e que, é bom que se ressalte, produziram ao longo do tempo algo semelhante a uma perversão axiológica da proposta kelseniana, como aliás não poderia deixar de acontecer. Explico-me: se, de um lado, a proposta de KELSEN assume a necessidade metodológica de uma investigação jurídica pura, no sentido de uma validação auto-referente das normas pelo sistema jurídico; de outro, a dogmática, em sua pretensão ontológica universalizante, por assim dizer, retira a validade do plano normativo para situá-la no mundo do real. Isto é, a distinção operada pelo neo-kantismo de KELSEN entre mundo natural e mundo normativo é misturada pela dogmática na aceitação da validade dos conceitos normativos como um problema de natureza descritiva e não de caráter prescritivo. Outra não foi a razão pela qual BOBBIO se referiu à confusão operada pelos juristas, em geral, entre formalismo ético e formalismo jurídico. O primeiro, impondo sobre a dogmática a ne-

cessidade de uma valoração na aplicação e até mesmo nas premissas do pensamento jurídico. E o segundo, entreabrindo para o direito a possibilidade de uma investigação que, na perspectiva positivista de N. BOBBIO⁽³⁾, se lhe apresenta como uma teoria científica, eis que estabelece uma ótica e um certo método para *conhecer* o fenômeno jurídico. O problema, no entanto, é saber se o método já não traz consigo uma ética de justificação de sua escolha e as implicações que daí podem nos chegar.

Deixemos, no entanto, a análise da opção metodológica kelseniana apenas como fator que, por assim dizer, ilumina a nossa preocupação maior com os parâmetros de construção do pensamento dogmático. Ora, admitindo-se a distinção proposta por VIEHWEG⁽⁴⁾ entre modos dogmático e zetético de pensar, podemos extrair algumas conclusões que nos interessam de perto. De início constatamos que a noção de dogma está íntima e etimologicamente ligada ao sentido do ato de doutrinar, isto é, sob um certo ângulo o pensamento dogmático está fundamentalmente preocupado em orientar a ação humana. E é este compromisso com a ação que faz do pensamento dogmático um pensamento onde não pode haver dúvidas, sob pena da ação ficar paralisada. Vale dizer, a noção da dúvida e o compromisso com a ação, ou melhor, a eliminação da dúvida tendo em vista o compromisso com a ação é que orientam a movimentação do pensamento dogmático de forma bipolarizada: 1 — estabelecidas as premissas, estas não podem ser alteradas; 2 — comprometido com a ação social, o pensamento não questiona o fundamento racional-valorativo da sua proposta. Essa “standardização” dos valores que orientam a ação é que levaria um autor como LUHMANN⁽⁵⁾ a falar em uma interrupção na reflexividade *ad infinitum* dos valores quando da positivação normativa do direito, o que, em outras palavras, equivaleria a assumir as normas jurídicas enquanto mandamento de natureza dogmática, isto é, comandos que não admitem ordens contrárias. São, por essa razão, premissas que determinam pontos de partida sobre os quais não pode haver dúvidas, embora se tenha, ao menos ao nível da especulação filosófica, a certeza de que só há dogma porque há dúvida; houvesse a evidência da realidade a conhecer, não haveria dogma, senão axioma. A dimensão ideológica do problema com que se defronta a dogmática jurídica reside exatamente no fato de que, em função de um estruturalismo positivista de ambições ontológicas, que impregnou ao longo do tempo a análise dos juristas dogmáticos, propõe-se o dogma como se fora axioma, o prescritivo como se fora descritivo, o argumento persuasivo como se fora explicativo.

Dizíamos, no entanto, que, em face ao pensamento dogmático, VIEHWEG⁽⁶⁾, propõe o modo zetético de pensar como aquele modo cujas

(3) Cf. BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 106.

(4) Cf. VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Brasília, Imprensa Nacional, 1979.

(5) LUHMANN, Niklas. Positive law and ideology. In *The Differentiation of the Society*. New York, 1982.

(6) VIEHWEG, Theodor. *Op. cit.*

premissas são e serão sempre e continuamente questionadas, razão pela qual este não possui nenhum compromisso, seja para com a ação, seja para com suas próprias premissas. Por conseguinte, a possível construção de um direito sem dogma se situa exatamente aqui no sentido de uma dialética não mais de natureza hegeliana, que apontaria para uma síntese final, mas de uma dialética que remonta a Aristóteles e sobre a qual se poderia constatar como única ortodoxia o próprio movimento heterodoxo da dialética. Ora, precisamente o que se pretende de um ponto de vista sociológico não é tanto assumir uma perspectiva zetética em sua plenitude, o que nos conduziria a um raciocínio eternamente circular, mas o de admiti-la enquanto fundamento de uma construção analítica e de um discurso científico que, por isso mesmo, se pretende aberto, compreensivo e responsável. Neste sentido, analisar a dogmática jurídica hoje exige, do observador mais atento, a consciência epistemológica de que a teoria delimita o objeto que elabora, imprime, na expressão de WARAT (7), "sua particular marca teórica ao objeto, seleciona, filtra, elege e delinea, em conformidade com o arsenal analítico que utiliza este mesmo objeto".

Dessa forma, qualquer conhecimento, por mais objetivo que pareça, jamais é a reprodução da ordem real. Quando muito, se poderia dele falar como uma "representação" ou "aproximação" do objeto real, que lhe serve de perspectiva e referência. Por isso, falamos em discurso aberto, responsável e compreensivo, o que, em última instância, nos lembraria POPPER (8) quando diz que a ciência é "um saber lacunoso". Todavia, poder-se-ia argüir, à luz do arsenal analítico de que se vale a dogmática jurídica e "à la KELSEN", de que o direito não trabalha com fatos, mas com normas, ou ainda, segundo LUHMANN, de que o direito, exatamente em função de sua dimensão normativa, coloca-se como a garantia de expectativas contrafáticas. Vale dizer, não importa o que é, mas o que deve ser. E o que deve ser legitima-se por si só, sem referência ao mundo da causalidade. Não obstante, como adiante veremos, a legitimação do discurso jurídico não se tem limitado a referências normativas em cadeias hierárquicas, mas antes a dogmática tem feito seu objeto de legitimação institucional uma série de outros mecanismos em cima dos quais se tem obtido retórica e substantivamente a obediência político-jurídica.

II — Dogmática e ideologia — A legitimação das estruturas jurídicas

Mas, afinal, em que consistem as relações que poderiam ser estabelecidas entre o discurso jurídico proferido pela dogmática e a ideologia dominante? Como se justifica o discurso jurídico perante seus destinatários? BOBBIO aponta-nos para uma miscelânea operada na práxis jurídica entre as noções de formalismo ético e formalismo jurídico, através da qual se identifica uma concepção legalista da justiça, que nos conduz, afinal, à justificação do ordenamento jurídico independentemente do fato de que o conteúdo das normas seja este ou aquele. A justiça de uma norma não

(7) WARAT, Luis Alberto. *Op. cit.*, cap. I Epistemologia e Direito.

(8) POPPER, Karl. *Logic of Scientific Discovery*. London, 1959.

estaria assim nesta ou naquela prescrição, mas simplesmente no fato de a norma ser ou não legal. Para LUHMANN, no entanto, a ideologia desempenha, nesta perspectiva, um papel justificador de extraordinária importância através de um processo interno de perversão valorativa. Neste sentido, entendidos os valores enquanto pontos de vista que selecionam a opção das ações e a ideologia como elemento neutralizador dos valores divergentes, diríamos que, através da avaliação dos valores, a ideologia desempenha, com relação ao direito, uma dupla função: de um lado, exerce uma função programática ou instrumental, pela qual direciona a escolha dos valores normativos, e de outro, mediante uma função simbólica, incorpora símbolos que acionam os destinatários da norma jurídica, no sentido de uma aceitação acrítica das decisões proferidas pelo sistema jurídico. Tal perversão valorativa torna os valores variáveis a partir de um "standpoint" e a avaliação ela mesma reflexiva. Os valores normativos passam assim a ser entendidos e instrumentalizados a partir de um ponto de referência cujas premissas estão, por assim dizer, imunes às críticas. Ora, outro não é o fundamento de todo o modo de pensar dogmático. Conseqüentemente, não é de estranhar que a dogmática e a ideologia andem, no final das contas, bem próximas uma da outra. Temos, pois, no modelo luhmanniano de legitimação do direito, de um lado, a ideologia enquanto elemento de consolidação da perversão valorativa, e, de outro, as normas como programas de ação. A interação complementar e integradora que se possa estabelecer entre ambas é responsável pela estabilização funcional das relações jurídicas. O direito se legitima, pois, institucionalmente, na medida em que é capaz de produzir uma atitude de prontidão generalizada no sentido da aceitação mais ou menos acrítica das decisões do sistema jurídico⁽⁹⁾. Em um certo sentido, substitui-se a tensão de qual decisão ocorrerá pela certeza de que uma decisão será proferida, o que, em outras palavras, significa admitir a legitimação pela racionalidade formal em detrimento da racionalidade material. Isto é, não importa o *que*, mas *como*; a forma aqui não é estéril, ela possui o condão de legitimar através de seus procedimentos formalizadores as estruturas jurídicas.

Poder-se-ia, no entanto, indagar até que ponto esta noção de legitimação não se constitui em uma espécie de saber tecnológico, na medida em que assume os valores dominantes como premissas de um raciocínio pretensamente descritivo. Dito em outras palavras, o que nos parece hoje fundamental indagar é até que ponto a assunção de um modelo epistemológico impermeável à crítica, em que pese a sua aparente abertura para uma reflexão problematizadora, não atua afinal como um modelo, cuja tarefa específica não é apenas de encobrir relações sociais e de poder, de um ponto de vista estritamente político, mas talvez, antes e sobretudo, a de produzir a ilusão funcional de que o saber dogmático é aberto e responsável, de onde a sua dimensão ideológica. A "ciência jurídica" aparece assim como um saber indiferente às relações de poder. A política é vista como o campo do "irracional" objeto da "sistematização" e "racionalização" jurídicas,

(9) LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo Procedimento*. Brasília, Ed. UnB, 1980.

cujo fruto maior, ao fim, é o surgimento de uma instância ideológica, sobretudo na medida em que esta atribui significações discutíveis à realidade social, plasmando-a na expressão do Prof. WARAT⁽¹⁰⁾, com um discurso “reificante, a-histórico, e com pretensões de generalidade e universalização”. A dogmática implica, assim, uma “saturação ideológica” no conhecimento jurídico que, não obstante, proporciona com isso um efeito de identidade entre o saber e a realidade concreta. Isto é, a construção analítica é vivida como se fora a própria realidade social considerada.

Tudo isso nos conduz no limite à seguinte constatação: se a legitimidade das estruturas jurídicas se reduz à capacidade de que dispõe o poder de ser efetivo, seja pela obtenção do consenso — o que nos parece impossível em sociedades fracamente integradas e com baixo coeficiente de participação política —, seja pela adesão mecânica à “evidência” institucional das relações de poder, toda estrutura político-jurídica é legítima conquanto se faça obedecer, o que, de resto, muito se aproxima do que anteriormente denominados, com base em HABERMAS⁽¹¹⁾, de saber tecnocrático.

Por outro lado, por um valor a-histórico, porém continuamente presente na dialética do justo e do injusto como o referencial legitimador das estruturas normativas, em uma perspectiva fundamentalmente jusnaturalista, se nos apresenta como uma solução utópica e idealizante na medida em que não resolve, historicamente, o problema da legitimação das estruturas jurídicas. Daí o dilema em que se encontra a dogmática jurídica e que nos leva a falar em paradoxos da legitimação institucional. A idéia de crise, pois, é tanto mais nítida conquanto se reconheça que ela se reproduz, quer ao nível epistemológico, na ausência de parâmetros definitivos para a análise da idéia de legitimidade — o que, aliás, nos coloca a indagação se, de fato, a noção de legitimidade não é ela mesma uma falsa questão — quer ao nível educacional, onde a dogmática, em última instância, desenvolve e reproduz o seu saber. Passemos, pois, à análise mais detida da questão.

III — *Função social da dogmática — Os paradoxos da legitimação institucional*

Admitida, pois, a impossibilidade, quer de uma justificação última dos sistemas normativos com base em um valor transcendente, do tipo justiça, por exemplo, quer de uma legitimação institucional, com fundamento afinal na efetividade do poder, a questão da legitimação das estruturas sociais normativas assume uma dimensão aporética. Isto é, não é possível sair do problema sem um momento prévio de opção e de arbítrio, no sentido de uma seleção entre alternativas que se não são incompatíveis, são, pelo menos, divergentes. Daí a saída para uma dimensão pragmática da noção de legitimidade, como um “jogo-sem-fim”, proposta pelo Prof.

(10) WARAT, Luís Alberto. O sentido comum teórico dos juristas. In *Condogmática*. Florianópolis, Almed, 1961.

(11) HABERMAS, Jürgen e LUHMANN, Niklas. *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie: Was leistet die Systemforschung?* Frankfurt, 1971.

TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR. (12), como única maneira de assumir o caráter aporético do discurso dogmático. Ora, estas conclusões parecem levar-nos a um certo relativismo quanto à questão da legitimidade, aliás, bem próximo da perspectiva positivista. O direito torna-se, então, um instrumento de controle e de manipulação, o que entreabre para nós a dimensão “tecnológica” do saber jurídico a que nos referíamos anteriormente. Em outras palavras, a dogmática lança mão de um arsenal analítico, por meio do qual e através de sutis mecanismos de persuasão, impõe significações como legítimas, dissimulando as relações de força que estão no fundamento desta força, e que, em última análise, exercem sobre os destinatários do saber jurídico aquilo que BORDIEU e PASSERON(13) chamaram de um “poder de violência simbólica”.

Os problemas que daí decorrem para o estudo da função social da dogmática, com particular ênfase no ensino jurídico, podem ser assim genericamente situados em dois planos: no primeiro, coloca-se aquilo que o Prof. JOSÉ EDUARDO FARIA (14) denominou de dilema hamletiano da dogmática jurídica: “a angustiante escolha entre adaptar-se às condições sócio-econômicas emergentes, assumindo tarefas com dimensões até então ignoradas pelo legislador liberal, e para as quais teria de substituir a inspiração individualística dos códigos tradicionais por soluções meta-individuais, ou manter suas características ortodoxas, correndo, assim, o risco de perder por completo sua função social de provedor de certeza, segurança, liberdade e igualdade formais”. E, num segundo plano, situa-se aquilo que nós poderíamos chamar de um impasse epistemológico na reprodução pedagógica da cultura jurídica, na medida em que os estudantes, de uma maneira geral, são objeto de uma espécie de educação “domesticadora”, através da qual se instila valores e construções analíticas da realidade, cujo caráter anacrônico fica tanto mais evidente quanto mais a sociedade se moderniza, aprofundando com isso o dilema de Hamlet a que se vê submetida a ciência dogmática. Fica clara, portanto, a impossibilidade da separação entre educação e política, de um lado, e a ingenuidade de se encarar a crise do ensino jurídico como um problema de ordem meramente pedagógica, de outro.

Vive-se, com efeito, o problema de saber quais os limites éticos impostos à aceitação passiva da crise de identidade da dogmática jurídica. Vale dizer, é possível a construção de um modelo teórico de reprodução das relações sociais e jurídicas onde não haja violência simbólica e a problematização dos símbolos e das regras seja uma constante? Ou talvez antes, existe sociedade onde a experiência histórica tenha comprovado a

(12) FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Teoria da Norma Jurídica: Ensaio de Pragmática da Comunicação Normativa*. RJ, Forense, 1978.

(13) BORDIEU, Pierre e PASSERON, Jean Claude. *La Reproduction*. Paris, 1970.

(14) FARIA, José Eduardo. *Direito, modernização e autoritarismo: mudança sócio-econômica x liberalismo jurídico-político*. São Paulo, Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da USP, 1981.

possibilidade de uma "situação comunicativa ideal", como nos aponta JÜRGEN HABERMAS? ⁽¹⁵⁾ Para utilizar o próprio código científico de HABERMAS, é possível às sociedades prescindirem de seus "princípios organizacionais" enquanto elementos que lhe conferem identidade, ou até mesmo assumir, como o próprio caráter, a heterodoxia da problematização dos símbolos?

Em sociedades em desenvolvimento e altamente estratificadas é certamente muito difícil responder afirmativamente a estas questões. Tanto mais quando se tem em conta que a complexidade e a diferenciação funcional das sociedades de massas impõem a necessidade de regras de organização e de um mínimo — e eu me arriscaria a dizer um máximo — de violência simbólica na regulação dos conflitos — que assim se vêem institucionalizados — e, por via de consequência, na positivação do direito.

O que todas estas indagações nos apontam, todavia, é talvez aquilo que poderíamos chamar de dimensão ética dos sistemas normativos que, assim, funciona como uma espécie de contínuo contraponto à dinâmica das relações jurídico-sociais, ao mesmo tempo em que põe a descoberto os, assim chamados, paradoxos da legitimação institucional. A idéia de crise, pois, que permeia toda a noção de paradoxos de legitimação, se manifesta nos distúrbios persistentes de integração do sistema social e do subsistema jurídico. Contudo, não nos referimos aqui àquela noção sistêmica de crise cujos limites de explosão estão, por assim dizer, controlados, no sentido de uma lógica sincrônica com os objetivos últimos dos sistemas sociais. Não se trata, assim, apenas de um problema de contradições acidentais na dinâmica das relações sociais intra-sistêmicas, mas, sim, de contradições estruturalmente inerentes que, por isso mesmo, se colocam em diacronia com a existência contínua dos parâmetros de justificação institucional dos sistemas jurídicos.

As respostas para esse dilema certamente se situam ao nível das próprias contradições paradigmáticas da ciência e filosofia jurídicas. Neste sentido avançar na contradição é avançar na ciência. O que fica, no entanto, como resíduo infinito de perplexidade para os juristas dogmáticos é uma questão até certo ponto ambígua, porquanto coloca, de um lado, a necessidade de uma justificação ética dos dogmas em razão mesmo de sua natureza dogmática e, de outro, apresenta as contradições estruturais dos sistemas normativos como um impasse à construção analítica da própria noção de legitimação institucional. Como ficamos? A aporia é ainda maior se assumimos a reflexividade axiológica *ad infinitum* da noção de legitimidade, como quis o jusnaturalismo. Talvez por essas e outras razões é que a antinomia proposta por WEBER entre racionalidade formal e racionalidade material seja posta como o fundamento de um dilema que é tanto maior conquanto se apresente nas malhas conceituais de uma "ciência" dita dogmática.

(15) HABERMAS, Jürgen. *A Crise de Legitimação do Capitalismo Tardio*. RJ, Ed. Tempo Brasileiro, 1980.

Revigoração legal e exegético da vocação liberal do mandado de segurança

FÁVILA RIBEIRO

Professor do Curso de Mestrado de Direito da Universidade Federal do Ceará

SUMÁRIO

1 — O entranhamento autoritarista na vida nacional. 2 — Fragilidade e intermitência do estado de direito no Brasil. 3 — As correlações substanciats do habeas-corpus e do mandado de segurança na contenção aos abusos do Poder Público. 4 — Despropositada ausência de recorribilidade por denegação de medida liminar. 5 — Compromissos judiciários na contenção dos despotismos e incremento das liberdades. 6 — As características liberais ou autoritárias em conformidade com os recursos previstos. 7 — Sustação de liminar e da execução de sentença concessiva em mandado de segurança.

1. *O entranhamento autoritarista na vida nacional*

O Brasil acasalou desde a fase colonial, expandindo-se após à independência, arraigados métodos autoritaristas, que nunca se debelaram de todo e se têm amoldado a cada estrutura organizacional estabelecida, encolhendo-se, por vezes, sem jamais serem extirpados.

Certo que podem ser apresentados períodos mais amainados, mas que não possuem durabilidade, defrontando-se com recidivas de mandonismos que se disseminam pelas vertentes oficiais e em seus acumpliciamentos oligárquicos.

Pode-se verificar que foi no segundo Império quando se experimentou maior calma e vertiginoso ciclo progressista, tanto que o ambiente se tornou propício à fermentação e à acolhida de reformas sem que fossem obstadas ao nascedouro.

Experimentou a nação um surto inovador no campo político, em época que ainda se revelava permeável aos esbanjamentos absolutistas.

Aqui a Monarquia democratizou-se, embora nas camadas elitistas dirigentes, abrindo margem ao surgimento do sistema parlamentarista, cabendo ao próprio Imperador promover o revezamento e o equilíbrio das forças políticas.

Não temos contado com democracias de prolongada longevidade.

Mais acertadamente se pode afirmar que temos desfrutado de intermitentes períodos democráticos, sem eliminar a estrutura autoritarista muito resistente.

Deve-se atentar no sentido de que o desmantelamento democrático não se corporifica apenas com a supressão das investiduras eletivas, com o eclipse dos governos representativos.

A mentalidade autoritarista tem permitido a infiltração nos novos sistemas que despontam, exibindo as adaptações às contingências histórico-sócio-culturais.

Pouco depois começam a reaparecer os compressores instalados no aparelhamento estatal, espraiando-se pela sociedade, banalizando-se os abusos públicos, asfixiando-se o senso crítico coletivo, ampliando-se os protecionismos que arrastam em sua cauda os privilégios bastardos da impunidade.

Cada período de recesso democrático implica no desenlace do sistema de interdependência de poderes, acarretando o reaparecimento de hegemonias incontroláveis e intolerantes.

Na realidade, arma-se um domínio exclusivo que aniquila as técnicas de recíprocos controles que ficam suntuosamente proclamadas.

Em cada expansão despótica, a liberdade e a igualdade ficam desconfortáveis e inseguras, recebendo apenas sobras permitidas, dosadas com os caprichos dos agentes disseminados nas malhas da dominação pública.

A aquisição de características onipotentes em redutos oficiais torna a ordem pública incapacitada de transmitir indiscriminadas proteções, direcionando-se a responsabilidade apenas para delimitar as condutas individuais, sem que possa conter os desempenhos das autoridades, que se desvinculam de controles que as atinjam.

A ordem jurídica, desprovida de controles igualitários, aplicáveis em todas as direções, converte-se em mero instrumento para ampliar os mananciais repressivos, assegurando o cumprimento da legalidade autoritária que adquiriu positividade no direito público remendado.

Se a letra da lei, ostensivamente consagra estipulações autoritaristas, ter-se-á que observar o texto escrito com suas provisões restritivas, acarretando novos critérios interpretativos, coadunando-se ao sentido do regime político instaurado, com o apoucamento da liberdade.

Por isso, não é mais a liberdade que encontrará prevalência, deixando o intérprete de inclinar-se *in dubio pro libertate*, para exprimir *in dubio pro auctoritate*, formando uma cadeia de dominação pretensamente infalível e arrogantemente incontrastável.

Para simplificar, o Estado de Direito é desmontado, passando a ordem jurídica a exprimir-se fluidamente, sem valores consistentes e coerentes, tudo a depender de movediços caprichos dos governantes, mais ofensivos por contarem com os instrumentos de envolvimento técnico-eletrônicos de comunicações de massas.

Assim, embora as instituições judiciárias subsistam, retiram-lhes vitalidades essenciais, ficando sem margem para contraposição às opressões legalizadas, dada a ausência de substrato de legitimidade que possa ser invocado.

2. *A fragilidade e a intermitência do Estado de Direito no Brasil*

Restauradas as instituições democráticas, nunca se cumpre completa depuração dos elementos autoritaristas embutidos nas ordens política e jurídica.

As esperanças são reanimadas ao ressurgimento representativo, aparecendo por vezes adicionados institutos, objetivando tornar mais eficientes e duradouras as reconquistas políticas.

A Constituição de 1934 consubstanciou inovações, demandando conferir autenticidade ao processo eleitoral, de modo a torná-lo capaz de refletir a genuína vontade do povo, passando os encargos ao Poder Judiciário, com a criação da Justiça Eleitoral.

Transplantou-se do México o "Juicio de Amparo", nacionalizado sob o *nomen juris* de mandado de segurança, com a específica destinação constitucional-processual de enfrentar os abusos de poder de autoridade, desde que se não referissem à liberdade de ir, vir ou permanecer.

Introduziu-se também o aparelhamento judiciário na intervenção federal para coibir as distorções em desfavor das autonomias estaduais, praticadas ao longo da velha República (1889-1930).

Ampliava-se, assim, o lastro de controle jurisdicional, a demonstrar que se pretendia excluir certas matérias de facciosismo político, deslocando as responsabilidades a um setor público preparado para manter-se imunizado aos entrechoques políticos, desde que os seus membros não estavam dependentes de periódicas renovações, contando com garantias que predispunham à sua neutralização.

Contudo, a montagem constitucional de 1934 teve efêmera duração, afundando-se a Nação em demorado período ditatorial, em que as con-

quistas ou eram formalmente dizimadas ou ficavam, de fato, reduzidas à inoperância, figurando como letra morta, não passando de verdadeiras fraudes constitucionais.

Teve-se que aguardar em compulsória inércia a restauração democrática, através da Constituição de 1946, que imprimiu novos avanços nas ordens política e jurídica.

Muitas excrescências subsistiram às mudanças empreendidas; outras deformações foram posteriormente suscitadas, às vezes por intermédio de leis e, em certos momentos, até mesmo pela via judicial.

Quer dizer, em alguns momentos não houve tempestiva cauterização pelos Poderes Legislativo e Judiciário para compelirem a recuos ou abrirem alentos progressistas.

Inegável, e isso é da mais alta relevância histórica, que em precedente época ficou-se a dever ao judiciário o alargamento de alcance do *habeas corpus* através de fecunda construção jurisprudencial, para que outros direitos não ficassem desamparados de prestimosa tutela jurisdicional.

É lamentável que as contingências normais não tivessem permitido o reforçamento do sistema defensivo das liberdades, através do *judge-made-law*.

Essa posição de vanguarda, assumida pelo Judiciário, mostrou uma disposição reformista sintonizada com as liberdades coletivas, para não deixar o homem comum desprotegido, ao aguardo da produção legislativa que não estagnava acompanhando as prementes necessidades da coletividade brasileira.

Por isso mesmo se tem que compreender que o reingresso do País na trilha democrática, não podia ficar circunscrita na recolocação em funcionamento das instituições representativas.

Observara OLIVEIRA VIANNA ser necessário que o Judiciário "tenha pelo Brasil toda a penetração e acessibilidade que o ponha a toda hora e a todo momento ao alcance do jeca mais humilde e desamparado, não precisando ele — para tê-lo junto a si — de mais do que um gesto de sua mão ou de uma palavra de sua boca num apelo" (1).

Teve-se a lastimar que as instituições judiciárias não tenham sempre prosseguido nesse rumo, e assim fortalecido a mentalidade democrática, sendo plausível admitir que, se assim tivessem continuado, teriam melhor servido à coletividade, dando-lhe proteções mais eficazes, reduzindo a propensão ao abuso de poder que muito se alastrou pelo Brasil em níveis insupportáveis.

(1) VIANNA, Oliveira. *Instituições Políticas Brasileiras*. Rio de Janeiro, Livraria José Olympio Editora, 2ª ed., 1955, vol. II, p. 639.

3. *As correlações substanciais do habeas corpus e do mandado de segurança na contenção dos abusos do Poder Público*

É momento a que se dedique reflexão sobre a natureza geneticamente entrelaçada do mandado de segurança e do *habeas corpus*.

Ainda hoje a linguagem da Constituição vigente deixa vertida a delimitação do campo de incidência do mandado de segurança, em termos de proteção a direito líquido e certo contra abuso do poder, ao que escapar da esfera do *habeas corpus*.

Não se trata de interligação meramente formal, pela vizinhança no sistema constitucional, mas de profunda afinidade substancial, em relação de complementaridade, tendo-se, assim, por primeiro, em silenciosa operação lógica, de verificar se comporta ou não o cabimento do *habeas corpus*, antes de tomar a direção do mandado de segurança.

Ambos os institutos se identificam por seus préstimos voltados contra abusos de poder de autoridade.

Era preciso que jamais ficassem descuradas nem prejudicadas essas afinidades nos disciplinamentos processuais destinados a viabilizar as duas garantias fundamentais para que surtíssem equívale rendimento social nas proteções às liberdades.

Passou o legislador ordinário a fazer incursões disciplinando o mandado de segurança, algumas vezes restringindo a disponibilidade judiciária, deixando em certas ocasiões escapar a despreocupação com a liberdade, demonstrando maior enternecimento pela autoridade.

Por diplomas esparsos foi pouco a pouco dissociando-se o mandado de segurança dos perfis do Código de Processo Civil. E cada vez que assim procedia, o legislador cometia amputação de algum aspecto que se revelava prestimoso à liberdade, quando se acrescentava algo para privilegiar a autoridade no contexto da relação processual estabelecida.

O instituto que se antecipara e florescera em terreno superior à lei começava a ser podado, em seus conteúdos liberais, por leis que o procuravam tornar mais afeiçoado aos interesses autoritários.

Rompeu-se o postulado de equidade no âmbito da relação processual, instalando-se situações privilegiantes às autoridades que entram em cena, acoimadas de proceder abusivo, não se dispensando o mesmo tratamento aos que impetravam garantias a direitos.

Pondere-se com DANIEL COELHO DE SOUZA:

“A vontade política nas democracias é impessoal e objetiva. O indivíduo ou os indivíduos, no enfeixarem em suas mãos qualquer parcela de poder, não o fazem por si, como guias ou chefes.

São depositários de um poder alheio e suas virtudes se aferem não pelo que possam representar, mas pelo que mantenham de fidelidade aos ditames da vontade geral" (2).

Com a nova Constituição as correlações se ampliam, passando a definir-se a área de incidência do mandado de segurança pela exclusão das matérias suscetíveis de proteção, antes circunscritas ao *habeas corpus*, e por diante, com o *habeas data*.

O alcance do *habeas data* está indicado no art. 5.º, LXXII:

"a) para assegurar o conhecimento de informações relativas a pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo."

Propicia-se ao indivíduo de nacionalidade brasileira acesso a informações e cadastros pessoais, acumulados em cadastros públicos, de modo que possa o interessado conhecer de averbações existentes, contando com remédio para ilidir os conteúdos no que tenham de inverazes ou distorcidos.

No plano das garantias foi ainda incluído na alínea LXII, do referido art. 5.º, o mandado de injunção, aplicável sempre que a falta da norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos de liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Foi, realmente, meritória a preocupação constituinte, prevendo duas novas categorias de remédios constitucionais-processuais para enfrentar distorções ou omissões danosas do Poder Público.

"A injunção — explica WILLIAM BENNET MUNRO — é uma ordem específica a que seja dada ou não dada uma coisa" (3).

Acumularam-se exemplos de inércia do legislador na previsão de normas que permitam a executoriedade de postulados constitucionais, ficando estes como peças semânticas, sem efeitos concretos para os beneficiários disseminados na coletividade.

É sobremodo útil a implantação de remédio desde que se prenuncie idôneo a suprir o prolongado estado de omissão legal, fazendo desencadear a tramitação de projeto de lei.

Certo é, pois, *ubi jus, ibi remedium*.

(2) SOUZA, Daniel Coelho de. *Interpretação e Democracia*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais Ltda., 1979, p. 144.

(3) MUNRO, William Bennet. *The Government of the United States National, and Local*, New York, the Macmillan Company, 5 ed., 1859, p. 538.

RONALDO TAMOYO y SALMORÓN admite a inversão do axioma, que poderia ser assim enunciado, na compreensão britânica: "*donde hay remedy, hay right*" (4).

Que o remédio é necessário, não resta dúvida, mas impõe aquilatar se a matéria, como vem sendo consagrada, deveria integrar o controle jurisdicional ou o controle parlamentar.

Originariamente, coube aos monarcas anglo-saxões editar normas onde havia lacuna legal, com invocação da *equity*, suprimindo-se a omissão, implantando-se os disciplinamentos demandados.

Explica WILLIAM R. ANSON a fórmula usual na Inglaterra:

"Na Magna Carta, o rei prometeu não recusar e não fazer esperar justiça a ninguém; também nos séculos XII e XIV, quem quer que desejasse obter tal satisfação que as cortes de justiça não lhe podia assegurar, dirigia uma petição ao rei no Grande Conselho em que estava o Parlamento, ao início, considerado como em sessão. As leis mesmo se fizeram como já vimos, durante longo tempo, por petições dirigidas pelos Comuns ou Clérigos em Conselho. Os particulares se dirigiam ao rei "em seu Grande Conselho ou Parlamento"; a opinião geral era que "Todas as vezes que por causa de pobreza, do poder do adversário, por insuficiência da lei, ou por qualquer outra causa análoga, o peticionário não podia obter proteção, a Corte Suprema do Parlamento devia colocar ao dispor dos interessados remédio pronto e eficaz" (5).

A integração no controle jurisdicional parece inadequada, pois não se trata de matéria que possa ser suprida por elastecimentos *exegéticos*, valendo-se do princípio da equidade.

Na hipótese, se cogita, basicamente, de compelir o Legislativo a promover a elaboração de lei que assegure a executoriedade de preceitos constitucionais, pendentes de regulamentação.

Não se compadece com a atividade jurisdicional definir os conteúdos das normas ou estabelecer os seus balizamentos, pois é assunto de caráter inconfundivelmente político, e nem mesmo terá versatilidade em estipular prazos para cumprimento da injunção, por quanto o processo legislativo tem também suas regras procedimentais e cronometrações a observar, que não podem ser preteridas ou danificadas pela intromissão judiciária.

(4) SALMORÓN, Ronaldo Tamoyo. *Introducción al Estudio de la Constitución*. Universidad Autónoma, México, 1977, p. 58.

(5) ANSON, William R. *Loi et Pratique Constitutionnelle de l'Angleterre*. Trad. de C. Gaudillon, Paris, V. (5) Giard E. Brière, 1905, vol. II, p. 427.

Corre-se o risco de verificar depois que o pretendido remédio adotado para assegurar executoriedade a normas constitucionais ficou, ele próprio, destituído de aplicabilidade, tornando-se impraticável, por causa do figurino seguido.

Por que o constituinte não aproveitou a iniciativa de qualquer cidadão para fazer deflagrar o controle político, a ser exercido perante os próprios órgãos legislativos, podendo assumir, logo de saída, o caráter de iniciativa legislativa, via popular?

O Legislativo, em desempenho constituinte, não se apercebeu ou não confiou em suas próprias atividades operativas, desviando a matéria ao Judiciário quando a instituição parlamentar deveria reconhecer-se apta a acudir o reclamo de produção legal, fazendo tramitar a iniciativa de qualquer cidadão brasileiro, provendo a injunção que lhe fosse diretamente assestada, convertendo-a em ato propulsor da elaboração legal.

Sobre revelar-se essa inversão dotada de maior margem de exequibilidade, importaria em fomentar a participação popular, compondo um sistema articulado com as artérias parlamentares.

O sistema anglo-saxônico manteve a interveniência construtiva da *jurisdictio* no âmbito exclusivo da *equity*, distendendo a aplicação das normas dotadas de vigência, na solução de conflitos pendentes, sem interferir na produção legislativa.

Sempre se está a admitir no Brasil o alargamento da atividade jurisdicional, fazendo-a penetrar em todos os sítios, sem que se tenha dedicado compatível preocupação em controles aplicáveis na própria esfera judiciária.

Por nenhum povo foram os ingleses excedidos na demonstração de senso prático no tratamento a direitos, sempre prevendo *remedies* para enfrentar qualquer ação ou omissão lesiva proveniente da esfera pública, abrangendo a atividade jurisdicional.

Mais uma vez a palavra de ANSON é trazida à colação:

"As vias de recurso contra os excessos de jurisdição são os *Writs of Prohibition* de *Certiorari* e de *habeas corpus* afetados à Alta Corte de Justiça. O processo de julgamento, a emissão de uma sentença podem ser impedidos por um *Writ of prohibition*; uma sentença pode ser cassada por um *Writ of Certiorari*; o indivíduo privado em sua liberdade pode recuperá-la em virtude de um *Writ of habeas corpus*"⁽⁶⁾.

É preciso, assim, que a função jurisdicional receba sempre renovados estímulos e controles para suportar a extensão de responsabilidades, proporcionando ao jurisdicionado a proteção contra abuso de poder.

(6) ANSON, op. cit., vol. I, p. 449.

4. *Despropositada ausência de recorribilidade por denegação de medida liminar*

Firmou-se despropositado entendimento da irreCORribilidade de indeferimento da medida liminar. Enquanto esse entendimento era passivamente assentado, a legislação passava a inserir medidas protecionistas à autoridade, prevendo a suspensividade de liminar concedida e mesmo da execução de sentença concessiva, através de despachos de Presidentes dos Tribunais que se correlacionavam à matéria questionada.

Por que motivo foi afastada a possibilidade de qualquer modalidade recursória do indeferimento da medida liminar e se passou a admitir, em ritmo progressivo, o controle correccional e instantâneo em favor da autoridade?

É sinal evidente de que dominava a postura em prol da autoridade (*pro auctoritate*) e desfalcecia a garantia da liberdade.

Em certos momentos históricos, de acordo com o temperamento do regime, essa inversão era incontornável, mas não será certo que assim sempre subsista, pois quando a democracia volta a afirmar-se passa a sobrelevar a preocupação com a liberdade.

Que razões induzem à persistência do desequilíbrio diante do sujeito passivo, e indiferença pelo paciente do abuso de poder?

Mercez acompanhada a reflexão de A. DE LAPRADELLE:

“O Estado é soberano, mas, no Estado moderno, esta soberania, simples emanção das vontades individuais, encontra no indivíduo seu princípio e seu fim. Se o Estado é soberano, não o é por ele mesmo, é pelo indivíduo. Sem dúvida, o indivíduo deve ao Estado mais de um sacrifício pela conservação da Pátria no exterior, sua liberdade, sua vida; pela conservação da ordem no interior, sua obediência ao imperativo legal, mas, por seu lado, o Estado tem, em relação ao indivíduo, deveres. Deve respeitar nele seu princípio e seu fim” (7).

De sorte que, ainda que se tivesse por necessária e até mesmo imprescindível colocar ao dispor da autoridade estatal um procedimento para intentar a sustação de medida liminar concedida e da própria executoriedade da sentença com julgamento de mérito, lícito seria reconhecer também houvesse, não por mera questão de simetria lógica, mas por equidade do tratamento às partes, um procedimento em que fossem contrabalançadas as razões de Estado e as razões de liberdade, pois o mandado de segurança foi instituído para conter o abuso de autoridade pública que tem expressão alarmante no Brasil.

(7) LAPRADELLE, A., *Cours de Droit Constitutionnel*, Paris, A. Pédone éditeur, 1912, p. 495.

Mas sempre prevalece o interesse solitário da autoridade, mesmo nos instantes em que está *sub judice*, por argüição de abuso do poder.

É, portanto, bastante nítida, a propensão pela autoridade, revelando preconceito autoritarista e despreço a situações emergenciais nos infortúnios da liberdade.

Por que na situação focalizada não se contrabalançou o interesse da autoridade com a garantia da liberdade, deixando esta sem qualquer procedimento acessível, sem qualquer modalidade de recurso, sem equivalente controle hierárquico?

Afinal, não se devia subestimar a ocorrência de necessidade premente do impetrante de ter a sua postulação liminar reexaminada, dando margem a que o órgão de segundo grau pudesse aquilatar da existência de pressupostos de admissibilidade, com ensejo também de considerar haja "relevante fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida" conforme a letra do art. 7.º, II da Lei n.º 1.533, de 31 de dezembro de 1951.

Não deveria ser subtraído o poder de reapreciação de algum órgão judiciário superior que merece estar habilitado processualmente a evitar, com presteza que por erro ou defeito de apreciação fiquem definitivamente frustradas as situações expostas pela parte credora de amparo premonitório.

Não é plausível conduzir-se à abdicação desse poder revisor imediato, pois isso equivale a negar à instância superior o poder de impedir ou resguardar, em tempo hábil, o direito atingido por afrontoso abuso de poder.

Dir-se-á que a matéria é colocada ao nível discricionário do órgão judiciário — Juiz ou Relator — e por isso não estaria exposta à superposição de controle jurisdicional.

Escreve J. PINTO ANTUNES:

"O poder discricionário, o poder de polícia, denominada função política, são, sem dúvida, resíduos da famosa razão de Estado, que conseguem, ainda, eximir-se da disciplina imediata da lei. Mas dia a dia a técnica legislativa vai reduzindo o arbítrio individual e sujeitando ao princípio da legalidade as invocadas liberdades dos poderes públicos" (8).

Todavia, nessa linha de estudo é impróprio cogitar-se de interdição de controle judicial, desde que há de ser aplicado na própria esfera do Poder Judiciário, inerente ao poder hierárquico. Ao contrário, cada poder no seu específico campo funcional deve manter controle hierárquico sobre os atos discricionários de autoridades inferiores, para escoimar erros e evitar situações abusivas e irreparáveis.

(8) ANTUNES, J. Pinto, *Da Limitação dos Poderes*. São Paulo, 1950, p. 31.

Nunca será correto supor a infalibilidade nos desempenhos dos homens revestidos de autoridade pública, sempre devendo ser aplicadas técnicas de freios e contrapesos, de uns poderes sobre outros, ou internamente nas próprias instâncias de cada poder como atividade que é inseparável da superioridade hierárquica. Nem se afigura razoável excluir irremediavelmente o deslocamento tempestivo da promoção liminar, para prevenir situação jurídica, evitando se torne irreparável a lesão argüida.

Afinal, a marca da decisão liminar é essencialmente jurídica, desde que constam requisitos de admissibilidade.

Neste ponto, merece considerada a lição de KARL ENGISCH de que "o domínio da livre discricção é pequeno e principalmente limitado à atividade administrativa. A chamada discricionariedade judicial em grande parte não é livre. Trata-se, antes, na maioria dos casos, de conceitos normativos que exigem na verdade uma valoração, a qual, todavia, não é uma valoração pessoal, mas uma valoração objetivamente válida, com um só sentido" (9).

Logo, essa valoração jurídica não pode ser exclusiva de um único julgador, tendo de ser conferida em outros graus de jurisdição pela possibilidade de erros que demandem reparação, não somente quando há concessão descabida, como se deixa de conceder o que merecia atendimento de acordo com as pautas objetivas em lei. Em ambas as situações não se justifica possa a autoridade de menor porte examinar os pressupostos de fato e de direito sobre o cabimento da medida liminar, e não os possa rever, em idôneo tempo, a autoridade judiciária de maior altitude, que se pode defrontar com situação de irreparabilidade.

É preciso recolocar a proteção à liberdade em condição de enfrentar prontamente os abusos de autoridades, por ação ou omissão, dentre as quais se devem incluir os próprios juízes.

Por que a atividade jurisprudencial construtiva não previu ainda controle sobre a irreparabilidade em caso de denegação de liminar, ou quando esta é suspensa pelo próprio juiz, sem causa imputável ao impetrante?

Ora, se na concepção de poderes domina o princípio de ser necessário subsistam controles de uns órgãos sobre outros, é incorreto deixar de prever uma técnica aplicável à situação exposta. E o que menos se pede e o que é mais próprio na circunstância é que esses controles sejam disparados pelo próprio Poder Judiciário, mediante provocação dos interessados.

Por isso questionava Francisco Sá Filho:

"E quem guardará a Constituição contra as usurpações do próprio Judiciário — *Quis custodiet ipse custodes?*" (10).

(9) ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Trad. de J. Baptista Machado, Lisboa, 3ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, p. 184.

(10) SÁ FILHO, Francisco. *Relações entre os Poderes do Estado*, Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1959, p. 292.

Sem dúvida, há de ser o próprio Judiciário, através de sua estrutura organizacional escalonada, tanto quanto acontece nos escalões do Executivo e, de forma horizontal, no Legislativo, pela dualidade de órgãos de equivalente nível, que deve aplicar o reexame da matéria susceptível de controle.

RUI BARBOSA aponta a rota a ser cumprida no âmbito mesmo do processo jurisdicional, argumentando que cada lesão de direito sempre deve ter compatível procedimento judicial para expungir a ofensa.

Diz o notável paladino da liberdade no Brasil "que o princípio de direito comum, muitas vezes secular entre os anglo-saxônicos e transmitido pela jurisprudência inglesa à americana, não permite haja agravo ao direito particular, sem a correlativa reparação legal: *where there is a wrong, there is a remedy*" (11).

A vingar esse entendimento em terras brasileiras, originário das nações anglo-saxônicas, terá que ser desenvolvida uma terapia eficaz, não importa o *nomen juris* que lhe apliquem, conquanto fique instaurado um sistema de proteção.

O direito da parte não pode ser sumária e irreparavelmente imolado em razão de escassa acuidade ou de evidente erro do magistrado que conheceu originariamente do mandado de segurança. Merece aproveitada a orientação britânica que, embora não possua Constituição codificada, tudo sempre tem feito para elastecer a proteção à liberdade, sem a deixar menosprezar.

Diz A. SAINT GIRONS que "toda a Constituição inglesa conduz ao triunfo da liberdade legítima do cidadão, isto é, da justiça. Todos os poderes são organizados com esse objetivo e a autoridade judiciária, guardiã da liberdade e da propriedade dos cidadãos ingleses, encontra sua independência e seu prestígio na Constituição em sua expressão total" (12).

Compulsando-se A. V. DICEY, tem-se ensejo de acompanhar o estudo comparativo de proteção à liberdade entre os franceses e os ingleses, como segue:

"Um observador poderia duvidar que um bom número de suas liberdades ou de seus objetivos estejam, mesmo hoje, tão bem protegidos na República francesa quanto na Monarquia inglesa. Ao contrário, percebe-se, através da Constituição inglesa, essa inseparável relação entre os meios de garantir um direito e o próprio direito que é intrínseco da legislação judiciária.

Partindo desse ponto de vista, o axioma *ubi jus ibi remedium* torna-se alguma coisa de muito mais importante do que uma simples proposição tautológica. No que toca ao direito constitucional,

(11) BARBOSA, Rui. *Os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*. Rio de Janeiro, Companhia Impressora, 1983, p. 140.

(12) GIRONS, A. Saint. *Manuel de Droit Constitutionnel*. Paris, L. Larese et Forcel, 1885, pp. 526/7.

este axioma significa que os ingleses — cujos esforços edificaram gradualmente complicado conjunto das leis e instituições que chamamos Constituição — dedicaram-se com muito mais empenho em buscar remédios para garantir os direitos individuais, ou (o que é a mesma coisa, apenas considerada sob outro ponto de vista) em prevenir males definidos, do que em redigir uma declaração dos direitos do homem ou dos direitos dos ingleses.

Os atos de *habeas corpus* não declaram nenhum princípio, não definem nenhum direito, mas, na prática, valem uma centena de artigos constitucionais garantindo a liberdade individual” (13).

5 — *Compromissos judiciários na contenção dos despotismos e incremento das liberdades*

Necessário no Brasil tenha o Judiciário apostolar devotadamente ao verdadeiro aprimoramento democrático, pela parte que lhe tocar perante a sociedade, alargando os seus horizontes interpretativos em prol da liberdade, não os estreitando com o aumento do quinhão autoritarista, nem se acomodando às exigências ou idiosincrasias dos governantes; não se arvorando em penitente defensor do erário, nem palmilhando roteiros de automações técnico-burocratizantes; não se enfileirando mecanicamente a precedentes anacrônicos. Deve demonstrar sensibilidade em cada caso, compreendendo que por trás de cada litígio existem pacientes, tanto quanto o faz o médico em seu ofício, reconhecendo que, além da doença, deve haver tratamento personalizado de cada doente. Somente assim procedendo, estará apto a compartilhar das aflições alheias e reforçar a confiança coletiva em seus homens públicos.

A Constituição de 1934 introduziu o mandado de segurança. Mas, logo ao nascedouro, segundo narrativa de CASTRO NUNES, foi recebido “com derrotismo”, e dizia que “exagerou-se o risco, mais imaginário do que real, de o transformar em panacéia para todos os males, tabu que, lançado certa vez, passou a ser repetido para justificar a sua denegação ou não conhecimento, ficando assim sem um remédio preventivo e heróico muitas situações jurídicas que o comportariam, porque restrita a indagação a uma *quaestio juris* perfeitamente solucionável sem menor esforço de prova” (14).

Ao invés de haver atitude de balizamento ao expansionismo autoritário, demonstrou-se uma preocupação em refrear a proteção a direitos, parecendo mais que se temiam arrebatamentos anárquicos, incabíveis quando

(13) DICEY, A. V., *Introduction à l'Étude du Droit Constitutionnel*. Trad. de André Batut et Gaston Jéze. Paris, V. Giards E. Brière, 1902, pp. 177/8.

(14) NUNES, Castro. *Do Mandado de Segurança e Outros Meios de Defesa contra o Poder Público*. Rio de Janeiro, Edição Revista Forense, 5ª ed., 1956, p. 31.

se trata de indivíduos que não estão fazendo justiça pelas próprias mãos, mas procurando eliminar atos despóticos com a intercessão judiciária, e não por instigações revolucionárias.

Contudo, a Constituição de 1934 já demonstrava sólida compreensão do alcance que atribuía ao mandado de segurança, não somente por reconhecer a sua vinculação genética ao *habeas corpus*, mas no haver tomado este como referencial para demarcar o campo de incidência, retalhando entre os dois institutos contemplados, ambos com recurso ordinário para o Supremo Tribunal Federal, em caso de sentença denegatória da impetração.

Alojando-os na competência recursal ordinária do Supremo Tribunal Federal, estava traçando pela via constitucional a amplitude dos efeitos e prescindindo de admissibilidade na instância originária, bastando concretizado o estado de sucumbência, para completo exame dos aspectos fáticos e jurídicos questionados.

Essa recorribilidade ordinária somente aproveita ao impetrante desfavorecido pela denegação. À autoridade impetrada restaria procurar abrigo em recurso extraordinário, observados os pressupostos de sua admissibilidade, restringindo-se o exame apenas às questões jurídicas, não a aspectos de fato.

A Carta de 1937 omitiu qualquer alusão ao mandado de segurança, suprimindo-o das garantias individuais e, por conseqüência, da recorribilidade ordinária, pois o instituto perdera qualificação constitucional.

Com a redemocratização, através da Constituição de 18 de setembro de 1946, reaparece o mandado de segurança no capítulo dos direitos e garantias individuais e reinstaura-se a recorribilidade ao Supremo Tribunal Federal do *habeas corpus* e do mandado de segurança.

A Constituição de 24 de janeiro de 1967 respeitou a posição do mandado de segurança ao lado do *habeas corpus*, entre os direitos e garantias individuais, e reafirmou a recorribilidade ordinária, sempre em apoio a situações sucumbentes de decisões denegatórias.

A Carta de 1969 deixou persistir o mandado de segurança, deslocando o recurso ordinário do Supremo Tribunal Federal para o Tribunal Federal de Recursos.

Acompanhando-se a evolução constitucional do mandado de segurança em solo brasileiro, verificar-se-á que em todos os períodos democráticos sempre o amparo se voltava em favor dos impetrantes, como pacientes de abusos de poder, contando ainda com o recurso ordinário ao Supremo Tribunal Federal, para não deixar exaurida, sem último apelo, as decisões denegatórias.

Esse paralelismo nos critérios recursórios mereceu de PONTES DE MIRANDA expressivo comentário:

“A Constituição de 1967, como a de 1946, sintetizou a competência em relação ao mandado de segurança de modo que se operou, a respeito desse remédio, a evolução decorrente da constitucionalização do remédio e do princípio da federalidade da constitucionalização dos recursos jurídicos processuais. Se a última instância denegou, isto é, entregou prestação jurisdicional negativa (julgou sem atender ao pedido) cabe o recurso para o Supremo Tribunal Federal.

Isso significa que a União só reputa exaurida a competência recursal se a decisão foi positiva; quer dizer: se a ‘única’ ou ‘última’ instância que examinou sem ser o Supremo Tribunal Federal, concedeu a ordem de *habeas corpus* ou o mandado de segurança (duas ações mandamentais). É a única ou última instância, portanto, para conceder, não para denegar. Todavia, não cabe o recurso ordinário em mandado de segurança se nenhuma regra jurídica federal é invocada” (15).

Contemplando-se o quadro geral, apura-se que somente as duas Cartas outorgadas em períodos republicanos, de 1937 e de 1969, condensaram subtrações na trajetória do mandado de segurança, refletindo o espírito autoritário que as norteava.

A Constituição de 1988 condensa em seu art. 5.º proteções contra abusos de poder, interligando o *habeas corpus*, o mandado de segurança e mais agora o *habeas data*, nos incisos LXIX e LXX. E retoma a posição clássica na proteção jurisdicional com relação a essas garantias provendo-as de recursos ordinários para o Superior Tribunal de Justiça, a ser implantado.

Por conseguinte, maculando a evolução do *habeas corpus* e do mandado de segurança, apenas as duas Cartas outorgadas de 1937 e 1969, como dito, deixaram de traduzir a marcante preocupação com os que estão expostos a abusos de poder de autoridade, para cuidar que estas não fossem insistentemente molestadas, através de recursos ordinários, aplicáveis somente às decisões denegatórias.

6 — As características liberais ou autoritárias em conformidade com os recursos previstos

Após a recepção do mandado de segurança pela Constituição de 1934, coube à Lei n.º 191, de 16 de janeiro de 1936, regular o seu processo, dispondo sobre o cabimento de recurso, a ser intentado no prazo de cinco dias, “da decisão que indeferir *in limine* o pedido ou que ao final conceder

(15) MIRANDA, Pontes. *Comentários à Constituição de 1967*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1967, pp. 72/3.

ou denegar o mandado”, consoante disposto no art. 11. Acrescentava que o recurso não tinha efeito suspensivo, “subindo, porém, nos próprios autos originários”. O legislador não demonstrou preocupação sobre a tipicidade do recurso, mas por não acarretar a imediata devolução à superior instância, abrindo ensejo à relevação pelo juízo *a quo*, agrupava-o tecnicamente na categoria do agravo de petição.

Esclareça-se que o § 2.º, do invocado art. 11, conduzia ao recurso ordinário para o Supremo Tribunal Federal, nas hipóteses do art. 76, II, *a e b*, da Constituição de 1934, e a recurso extraordinário nas hipóteses do art. 76, III.

O Código de Processo Civil, de 18 de setembro de 1939, silenciou, por completo, sobre a modalidade de recurso pertinente, tendo o saudoso THEMÍSTOCLES CAVALCANTI a opinião de que a omissão enunciativa fazia-o interpretar sobre a figura da apelação a ser aplicada.

A Lei n.º 1.533, de 31 de dezembro de 1951, já sob a égide da Constituição de 1946, filiou-se expressamente ao agravo de petição, como recurso aplicável, na regra transcrita:

“Art. 12. Da decisão do Juiz, negando ou concedendo o mandado, caberá o recurso de agravo de petição, assegurando-se às partes o direito de sustentação oral perante o Tribunal *ad quem*.
Parágrafo único. Da decisão que conceder o mandado de segurança, recorrerá o juiz *ex officio*, sem que esse recurso tenha efeito suspensivo.”

Verifica-se, pois, o acréscimo havido quanto à adoção do recurso de ofício das decisões concessivas do mandado de segurança, constando, porém, que nessa hipótese não haverá suspensividade de efeitos.

É o caso de indagar: em que hipótese haverá suspensividade, se esta não está sendo admitida na hipótese de concessão, mesmo tendo a seu favor o recurso de ofício?

Demonstrada fica a infiltração do pendor liberal no novo diploma, cuidando em deixar expressamente estabelecida a obrigatoriedade do duplo grau de jurisdição, em casos de acolhimento do mandado de segurança, tornando-se desproveitoso à autoridade, nem por isso obteve suspensividade de efeitos, ficando apenas a contar com o efeito devolutivo.

Ficara claro que em caso de denegação, persistia o estado de litispendência até o esgotamento completo do exame de mérito.

A Lei n.º 4.348, de 26 de junho de 1964, comprimiu a executoriedade das decisões concessivas de mandado de segurança, quando versavam sobre outorga ou adição de vencimentos, ou ainda reclassificação de funcionários, atribuindo efeitos suspensivos aos recursos voluntários ou *ex officio*.

Não era apenas a redução na efetividade do ato jurisdicional, produzido em primeiro grau, como um retardamento em desfavor do paciente ao se defrontar com abusos de poder, restando, assim, favorecido o aparelhamento estatal, em detrimento, ainda que temporário, do postulante à garantia individual.

Nova época, regime político diferente, nova concepção de poder, maior inclinação pela autoridade, menos desvelo pela liberdade.

O novo Código de Processo Civil, consubstanciado na Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973, não absorveu o mandado de segurança.

Com a Lei n.º 6.014, de 27 de dezembro de 1973, no mesmo ano de vigência do Código de Processo Civil, cumpriu-se a primeira etapa de ajustamento de vários diplomas esparsos ao sistema processual vigente, sendo de logo atingidos os arts. 12 e 13 da Lei n.º 1.533, de 31 de dezembro de 1951, sendo que o art. 12 mencionado passou a ter a seguinte redação:

“Art. 12. Da sentença negando ou concedendo mandado cabe apelação.

Parágrafo único. A sentença ficará sujeita ao duplo grau de jurisdição, podendo, entretanto, ser executada provisoriamente.”

Pouco depois, a Lei n.º 6.071, de 3 de julho de 1974, dilatou adaptação ao Código de Processo Civil, atingindo a mais dois dispositivos, comportando agora mencionado o parágrafo único do art. 12 logo acima transcrito, novamente alterado para a redação seguinte:

“A sentença que conceder o mandado fica sujeita ao duplo grau de jurisdição, podendo, entretanto, ser executada provisoriamente.”

Pela fórmula precedentemente adotada, todas as sentenças em mandado de segurança, concessivas ou denegatórias, ficam obrigatoriamente sujeitas ao duplo grau de jurisdição. Quer dizer, a obrigatoriedade da afetação recursória ao juízo *ad quem* projetava-se, por igual, sobre as decisões que acolhiam ou desacolhiam o mandado de segurança.

A redução superveniente ao parágrafo único do art. 12 da Lei n.º 1.533, de 31 de dezembro de 1951, manteve a obrigatoriedade ao recurso unicamente na hipótese da sentença concessiva do mandado de segurança, desaparecendo a obrigatoriedade nos casos de denegação, que passariam a depender de apelação voluntária.

Mas esse processo adaptativo ao sistema processual civil, cumprido pelas duas citadas leis, extirpou o agravo de petição inserido no *caput* do art. 12, com ajustamento não apenas à nomenclatura do Código mas aos princípios de uniformização dos conteúdos, dos significados e dos efeitos correspondentes.

Por isso, a provisoriedade de execução concessiva, em virtude da regra da suspensividade de efeitos inerentes à acolhida do recurso de apelação.

A integração ao sistema de recursos consagrados no Código de Processo Civil tinha por incontornável consequência o enquadramento às regras pertinentes à apelação, contidas no art. 520, *verbis*:

“Art. 520. A apelação será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo. Será, no entanto, só no efeito devolutivo quando interposta de sentença que:

- I —
-
- V —

Nenhum dos cinco itens contempla o mandado de segurança, nem há qualquer lei superveniente aos dois citados diplomas que atribuam o recurso de apelação ao mandado de segurança, retirando-o do alcance da duplicidade de efeitos contemplados pelo art. 520 do Código de Processo Civil.

O que restou foi o disciplinamento por dois diplomas legais consecutivos, levando à integração do mandado de segurança ao Código de Processo Civil, tornando-o suscetível de apelação sem qualquer regra superveniente que o dispense da duplicidade de efeitos.

Houve supressão do recurso obrigatório às decisões denegatórias. Derrogou-se, assim, a regra da obrigatoriedade advinda com a redação originária da Lei n.º 6.014/73, mas conservou-se na íntegra, sem restrição que sempre deveria providir a duplicidade de efeitos nos recursos voluntários de sentença denegatória de mandado de segurança.

Havendo sucumbência em detrimento do impetrante, terá este, tanto quanto o impetrado, vale dizer, terão todas as apelações concernentes ao mandado de segurança recebimento obrigatório nos efeitos devolutivo e suspensivo.

Não é matéria sujeita à discricção judicial, pois as exceções concernentes ao recebimento em efeitos apenas devolutivos estão exaustivamente especificados pelo legislador.

O alargamento das exceções deve encontrar suprimento em lei, não podendo resultar de elastério judicial, escapando, assim, ao libito construtivo dos órgãos judicantes que se não podem eximir das casuísticas demarcações legais.

Adverte razoavelmente KARL ENGISCH que “o juiz, no estado legalista, não pondera os interesses segundo a sua fantasia, mas vinculado a soluções dadas ao conflito pelo legislador. Vale o princípio da fidelidade à lei” (16).

(16) ENGISCH, Karl. *Op. cit.*, p. 311.

Estando a matéria cerrada, não comportando desvio interpretativo, terá que haver cumprimento ao disposto no art. 520 do Código de Processo Civil, o que se não há de fazer por mero apego literal, por fetichismo à lei, mas porque esse resultado decorre de continuada decantação evolutiva, sempre que ocorre reconquista de trilha liberal, com exorcizações de impurezas autoritaristas, voltando o mandado de segurança a ser alvo de interpretação mais generosa pela liberdade e mais rigorosa contra autoridades que cometem abuso de poder.

A permuta do agravo pela apelação não teve resultados apenas semânticos, a refletir mudança de nomenclatura.

Eliminou o juízo de relevação, devolvendo à instância superior o conhecimento da matéria decidida, trancando, a partir de então, inovações no juízo de origem.

Deu-se, primeiramente, o caráter de obrigatoriedade aos recursos, mas corrigiu-se, depois, para que o sentido obrigatório fosse restringido às decisões concessivas para imprimir controle recursal em feitiço compulsório. Porém, abriu margem que vitorioso o impetrante pudesse ser admitido a realizar execução provisória. Ainda deixou ao dispor da parte, nessa extensão liberalizante, o recurso de apelação, desde que se haja tornado sucumbente, ficando em razão dessa modalidade de recurso sujeito ao amparo da suspensividade, prorrogando-se o estado de litispendência, admitindo pudesse advir reforma da decisão, sem risco de tornar-se inócua.

Pelo sentido histórico na reconstituição procedida ao decurso do presente estudo, é imperioso tocar, ainda que tangencialmente, na Exposição de Motivos da lavra do ínclito mestre ALFREDO BUZAID, no tópico seguinte:

“Era indispensável apontar essa ausência de unidade, especialmente porque várias leis extravagantes serão atendidas pela reforma do Código, devendo-se submeter-se às normas que regem o novo sistema de recursos. Não se justificava que, tratando-se de ações, gozassem de um tratamento especial, com recursos próprios, diferentes daqueles aplicados às ações em geral. Na tarefa de uniformizar a teoria geral dos recursos, foi preciso não só reduzi-los, atendendo a razões práticas, mas até suprimir alguns, cuja manutenção não mais se explica à luz da ciência. O projeto aboliu os agravos de petição e no auto do processo” (17).

Verifica-se que a liberdade foi gradualmente recuperando o espaço que perdera como elemento predominante na destinação do mandado de segurança, porque este se constitui uma garantia de caráter constitucional, com a finalidade de amparar direitos públicos subjetivos que saíam das raias do *habeas corpus*.

(17) Exposição de Motivos do Código de Processo Civil, Capítulo V, item 28.

E não se descurou que nessa polarização à liberdade opunha-se-lhe manifestação abusiva de autoridade, que se procura conter, fazendo-a retornar aos padrões jurídicos de responsabilidade.

Agora não é mais fase em que a autoridade continue a encontrar prevalência no âmbito do mandado de segurança, pois renasceu o cuidado maior com a liberdade. As novas leis traduzem diferenciações identificadas ao espírito do regime que passou a vicejar. E as leis anteriores, inspiradas em outras perspectivas desfavoráveis à liberdade, devem receber um surto interpretativo renovador, coadunando-se ao espírito do regime que se procura consolidar, não apenas em termos institucionais, mas na mentalidade dos governados e dos governantes distribuídos pelos diferentes poderes.

A matéria foi esmeradamente analisada por ALÍPIO DA SILVEIRA quando ressalta:

“Em geral, a interpretação das leis está subordinada ao espírito do regime em que surgiu a lei.

Porém, é importante notar, a interpretação das leis pode ir contra o espírito que informou a organização de um determinado regime político, contemporâneo ao surgir da lei interpretada, e obedecer, ao contrário, a outro espírito ou tendência, mais de acordo com as necessidades ou sentimentos do momento em que se faz a interpretação” (18).

Ao intérprete caberá expandir a mensagem renovadora na atividade hermenêutica que seja chamado a cumprir, com a sensibilidade histórica dos acontecimentos refletidos na sociedade do tempo presente. O que se não há de admitir é um bloqueio na linhagem exegetica, ficando sempre a transpirar versões retrospectivas que não mais se acomodam aos quadros jurídicos que devem passar a verter novo espírito.

Se houve inovação no campo legislativo, cabível não é que o intérprete embargue o progresso, impondo que as regras do passado e resíduos jurisprudenciais continuem a balizar o presente que deve encontrar novas configurações jurídicas.

Bastante ponderada a palavra de JOSÉ MARIA RODRIGUEZ PANIAGUA:

“A função da lei e a do juiz não hão de ser discordantes, mas harmônicas e complementares. O que o legislador não pode prever nem legislar, pode e deve ter em conta o juiz à vista do caso concreto. Porém, a atividade do juiz sobretudo como a entendemos em nossos países continentais, não pode permanecer desligada das

(18) SILVEIRA, Alípio da. *O Fator Político-Social na Interpretação das Leis*, São Paulo, 1946, p. 307.

pautas que lhe são marcadas pela lei. Que esta é insuficiente é algo que entendemos, hoje não se pode duvidar, contudo, isso não autoriza a excluí-la dos limites a que alcança" (19).

Nesse caso, como é para o bem da liberdade que as leis foram mais recentemente mudadas, cumprindo a missão de integração no sistema processual civil, acarretou que o recurso de apelação fosse prevalecer em seu duplo efeito, principalmente por ser mais benéfica, não por ser recusada e descumprida, não cabendo, de modo algum, armações de resistência, mas pacífica consagração judicial, pois a sociedade no seu todo revela maior afeição aos desígnios liberais e não aos resguardos demasiados, a privilégios de autoridades, quando estão sendo acoimadas de práticas de atos abusivos.

É necessário ter sempre presente a reação dialética inerente aos regimes políticos, compreendendo que quanto mais cresce a autoridade mais fica reduzida a liberdade, e vice-versa, quanto mais se dilata a liberdade mais se encerra a autoridade em suas apropriadas competências.

A coexistência harmônica nesse processo dialético que se trava entre a liberdade e a autoridade, somente será concretizável às expensas da responsabilidade que é a contribuição inerente ao Estado de Direito, tanto aplicável com o mesmo respeito às condutas individuais e aos desempenhos públicos.

A atividade gravitacional, exercida pelo Código de Processo Civil sobre as leis referentes ao mandado de segurança, conduziu ao abandono do agravo de petição, passando a apelação a se constituir o recurso idôneo para enfrentar as sentenças concessivas ou denegatórias, granjeando, sempre e sempre os efeitos devolutivos e suspensivos, por força da peremptória estipulação contida no *caput* do artigo 520 do invocado Código de Processo Civil.

Deve o intérprete seguir atitude recomendada por KARL ENGISCH, "pondo de parte idéias preconcebidas, ele tem de considerar-se como servidor das concepções sociais, éticas e culturais, e não pode pretender ser reacionário nem revolucionário" (20).

Assim, se a parte vitoriosa submete-se à execução provisória, em decorrência da possibilidade de modificar-se o julgamento por força da apelação interposta, da mesma maneira, cumprindo-se a regra de isonomia entre as partes, terá, também, o impetrante sucumbente de amparar-se na suspensividade de efeitos, para que possa também divisar posterior executibilidade de superveniente decisão que o possa favorecer. Em ambas as situações, a suspensão de efeitos impregnada na apelação, resguarda, equitativamente, a autoridade pública e a pessoa que esteja a pugnar pela tutela do seu direito malferido.

(19) PANIAGUA, José Maria Rodríguez. *Ley y Derecho — Interpretación y Integración de la Ley*. Madrid, Editorial Tecnos, p. 104.

(20) ENGISCH, Karl. *Op. cit.*, p. 324.

Ressalte-se que o caráter suspensivo aplicável à apelação não advém de ocasional interpretação, tendo sólidas raízes doutrinárias.

Nesse sentido, deve ser trazido à colação o insuplantável magistério de JOÃO MONTEIRO:

“O mais acertado é, portanto, dizer *ad instar* do que fizemos com os agravos, que só nos casos expressos em lei é que a apelação deve ser recebida somente no efeito devolutivo.

Assim, a falta do efeito suspensivo fica sendo a exceção, consoante os princípios gerais do processo. Pois qualquer recurso não é um remédio que tende a suspender os efeitos da matéria enquanto a causa não se completa na instância superior?

Era assim que se entendia no direito romano, em cujo sistema, o efeito suspensivo provinha do próprio fato da interposição da apelação. Daí a regra do fr. 1. parágrafo 1. *Nihil innovari appellatione interposta.* (XLIX, 7):

Recebida a apelação, nada se deve praticar até que a apelação seja decidida. *Recepta autem appellatione tandiū nihil erit innovandum quandiū de appellatione fuerit pronunciatum.*”

E complementa adiante, de modo enfático:

“Fique, pois, inabalável aquela tese: A apelação é sempre suspensiva, salvo nos casos em que a lei lhe dê o efeito devolutivo somente — Pereira e Souza, parágrafo CCCXIII” (21).

A aplicação do efeito suspensivo à apelação traz a nota clássica de consagração, a que se veio conjugar a legislação vigente que se tornou aplicável ao mandado de segurança, integrando-o ao sistema do Código de Processo Civil brasileiro, sem haver qualquer regra específica que o exima da incidência da norma geral do artigo 520, sobre a aplicação dos efeitos devolutivo e suspensivo.

7 — *Sustação de liminar e da execução de sentença concessiva em mandado de segurança*

A Lei n.º 191, de 16 de janeiro de 1936, que regulamentou o mandado de segurança, incluído na ordem jurídica brasileira pela Constituição de 1934, consagrou em seu artigo 13, regra com o seguinte teor:

“Nos casos do artigo 8.º, parágrafo 9.º e artigo 10, poderá o Presidente da Corte Suprema, quando se tratar da Justiça Federal, ou da Corte de Apelação, quando se tratar de decisão da Justiça local, a requerimento da pessoa interessada, para evitar lesão

(21) MONTEIRO, João. *Teoria do Processo Civil e Comercial*, Rio de Janeiro, Oficina Gráfica do Jornal do Brasil, 4ª ed., 1925, pp. 574/5.

grave à ordem, à saúde ou à segurança pública, manter a execução do ato impugnado até julgamento do feito, em primeira ou segunda instância.”

Basicamente, o que se está a cogitar é da suspensão de efeitos da medida liminar ou da sentença concessiva, ficando a execução para ser feita após o definitivo trânsito em julgado.

Por esse preceito inscreve-se o controle hierárquico sob a suspensão liminar e susta-se a execução do mérito, enquanto não for a espécie deslindada em grau superior.

A parte pública tem, assim, vigoroso ponto de apoio de ordem administrativa, refletindo-se na temporária privação dos efeitos da sentença ou da providência premonitória atribuída aos impetrantes.

A parte integrante fica exposta à privação das decisões que a beneficiam, valendo-se nessa interpretação a autoridade impetrada de despacho *convencional emanado do respectivo Presidente do Tribunal*.

Necessário fosse estabelecida situação de equilíbrio para não deixar ao desamparo os impetrantes, exatamente com as garantias contempladas na Constituição, dando-se-lhes amparo com a liminar e com a sentença de mérito.

Vê-se que a autoridade pública não se acostou a recurso judicial do qual emergisse eficácia suspensiva. A sua pretensão ficou no âmbito da hierarquia administrativa, internamente no aparelho judiciário. É pura e simples suspensão, como exercício de controle administrativo, diante de pressupostos de ordem pública aflorados, e exatamente isso. Não é consequência adesiva a recurso interposto.

Não se trata, pois, comporta esclarecido, de acolhimento a recurso exercitado pela pessoa jurídica de direito público, mas de um requerimento provocando controle hierárquico, sem condicionamento à regra do contraditório.

É uma solicitação oficial, um pedido que se não submete aos padrões *formais inerentes ao contencioso judicial, mas como exercício do direito de petição ou de representação, emanado de pessoa jurídica de direito público interno, nem exigindo a qualidade de representante ad judicium*.

Pode formulá-lo a própria autoridade em direção imediata ao Presidente do Tribunal, a quem cabe, de modo exclusivo, acolher ou desacolher o pedido, desencadeando o controle hierárquico no âmbito interno do Judiciário, suspendendo o ato decisório, liminar ou de sentença concessiva.

Não cogitou a lei, deve ser esclarecido, de imprimir característica recursal, não consorciando à prévia audiência da parte adversa, para que seja expedido o despacho suspensivo.

Suprime-se, temporariamente, a eficácia do ato judicante até que a matéria se devolva ao Tribunal correspondente e receba julgamento do recurso interposto.

Aí, sim, o processo reencontra-se a seus padrões tipicamente jurisdicionais, obedecendo às regras de tramitação até o seu desfecho.

O Código de Processo Civil de 1939, incorporou a matéria no artigo 328, que assim veio concebido:

“A requerimento do representante da pessoa jurídica de direito público interessada e para evitar lesão grave à ordem, à saúde ou à segurança pública, poderá o Presidente do Supremo Tribunal Federal ou do Tribunal de Apelação, conforme a competência, autorizar a execução do ato impugnado”.

Há diminuta modificação, apenas de cunho redacional, tendo repercussão sobre a legislação anterior quando cabia ao Presidente “manter a execução do ato impugnado até o julgamento do feito, em primeira ou segunda instância”. Pela redação do Código, anunciava-se a competência do Presidente para “autorizar a execução do ato impugnado”.

No mais, tudo era a mesma coisa, sem qualquer condicionamento procedimental, tudo ficando na oficialização do pedido diretamente ao Presidente do Tribunal respectivo.

Com a Lei n.º 1.533, de 31 de dezembro de 1951, desponha o artigo 13, ao modo seguinte:

“Quando o mandado for concedido e o Presidente do Supremo Tribunal Federal, do Tribunal Federal de Recursos ou do Tribunal de Justiça ordenar ao Juiz a suspensão da execução da sentença, desse seu ato caberá agravo de petição para o Tribunal a que presida.”

Nesse diploma não houve alteração da natureza da atividade suspensiva pelo Presidente do Tribunal, reconhecida por sua característica política, em resguardo às denominadas razões de Estado.

Suprimiu-se a referência a requerimento da pessoa jurídica de direito público, embora tenha ficado implícita, pois a suspensividade não se há de fazer de ofício, por espontânea avaliação de seu cabimento pelo Presidente do Tribunal.

É certo que a decisão concessiva do mandado de segurança estava exposta ao recurso obrigatório deslocando-se a matéria de qualquer modo à superior instância. Todavia, no interregno da remessa ao recebimento

da espécie em grau mais elevado, aflorava o interesse da pessoa jurídica de obstar a execução, o que não seria alcançado incontinenti com o recurso de ofício, que não incorporava o caráter suspensivo.

Era de mister, portanto, houvesse uma iniciativa ou provocação oficial da entidade pública ao Presidente do competente Tribunal, para que pudesse advir o ato de sustação da execução da sentença concessiva.

Observa-se, no entanto, que o despacho suspensivo emanado do Presidente do Tribunal passou a ser suscetível de agravo de petição, instaurando-se por essa forma uma modalidade de controle caracteristicamente jurisdicional, contra o ato administrativo encampando razões de Estado.

A Lei n.º 2.770, de 4 de maio de 1959, vedou a outorga da medida liminar em qualquer categoria de procedimento judicial, visando à liberação de bens ou mercadorias, ou coisas de procedência estrangeira, condicionando a execução de sentença liberatória ao oferecimento de garantias para ressarcimento do valor, em caso de ser tornado, a qualquer tempo, insubsistente o julgado. Não se mencionava textualmente o mandado de segurança, mas, pelos perfis estabelecidos, a norma proibitiva estava a abrangê-lo.

Abriam-se, como visto, restrições a instantaneidade da proteção judicial, peculiar ao mandado de segurança, quanto ao *habeas corpus*, ainda bem que sem repercussão na liberdade individual, atingindo apenas os aspectos patrimoniais, para bloquear distorções que começaram a emergir em seqüência perturbadora.

A Lei n.º 4.348, de 26 de junho de 1964, ampliou os cuidados com o poder público, sem conservar proporcional desvelo pela liberdade, levando-se em conta tratar-se de uma garantia constitucional-processual erguida ao direto proveito do mais qualificado valor da sociedade democrática.

Houve uma escalada de restrições, a começar pela que consta do art. 1.º, *b*, prevendo a caducidade da liminar ao transcurso do lapso de 90 (noventa) dias, a partir da data da respectiva concessão, abrindo ensejo à dilatação por mais 30 (trinta) dias, em caso de comprovado acúmulo de processos em pendência de julgamento.

Na situação contemplada a focalização legal somente procurou recompensar a autoridade impetrada, premiando-a com a extinção da eficácia da liminar, sem condicionar a que o retardamento no deslinde da causa fosse provocado por ação ou omissão derivada do impetrante.

Se a demora promanar de atividade procrastinadora da autoridade impetrada? — é hipótese que não pode ser de todo afastada.

Irá a autoridade impetrada recolher o benefício da expiração da liminar pelo ato desleal praticado no contexto do processo.

Acaso tenha o retardamento por causa, sobrecarga ou mesmo morosidade judicial, fácil será ao magistrado averbar a nota de acúmulo de processo para não deixar transparecer o seu proceder omissivo.

Admitamos também tenha concorrido para o atraso no julgamento o órgão do Ministério Público. Poderá este invocar alguma circunstância de força maior, tal como eventual acúmulo de serviço que possa comprovar?

Claro que essas excusas não devem ser vulgarizadas, não podendo o Ministério Público, e muito menos o Juiz, invocá-las sem fundadas razões, principalmente quando o Juiz está aboçando a sua própria transposição de prazo.

Não pode ser indulgente com as próprias omissões e intolerante com as demoras oriundas do Ministério Público, pois estas são suscetíveis de demonstração, desde que o Juiz as requisite ou abra margem à comprovação.

O tratamento não pode ser desemparelhado e descompassar-se, considerando-se que o Ministério Público interfere no mandado de segurança na condição de *custos legis*.

Disso cuidando, há que se atentar ao que pondera FREDERICO MARQUES:

“Dentro da relação processual, atua o Ministério Público, quando *custos legis*, como sujeito do processo, mas em posição de todo *sui generis*. É ele aí *pars adjointe* do Direito francês, ou o titular de uma atuação processual acessória, como fala CARNELUTTI. Cumpre-lhe ativar a jurisdição, suprindo omissões das partes e procurando fazer respeitada a ordem jurídica.

Como fiscal da lei, o Ministério Público tem as vestes de parte em relação ao que faz, e se avizinha da função do juiz, no tocante ao motivo de agir.

O interesse que ele encarna é o da legalidade” (22).

Os atrasos imputáveis ao Juízo e ao órgão do Ministério Público devem ser examinados por idêntico critério, sem indulgenciar o Judiciário e inculpar o Ministério Público, não cabendo a justificação para um e nem ao menos colocar em discussão para o outro, usando os trinta dias disponíveis à prorrogação.

Aliás, absolutamente, não se afigura admissível, e constitui impertinência e exibicionismo autoritarista expor o órgão do Ministério Público a uma descabida atitude censória.

Ademais é preciso convir que não podem as partes litigantes suportar a transmissibilidade da situação omissiva que se haja produzido à sua revelia.

(22) MARQUES Frederico. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro, Companhia Editora Forense, 1ª ed., 1958, pp. 222/3.

Por isso mesmo, o art. 2.º, da lei em apreciação, prevê deslize processual imputável ao impetrante, quando este esteja a "criar obstáculo ao normal andamento do processo, deixar de promover por mais de 3 (três) dias os atos e diligências, ou abandonar a causa por mais de 20 (vinte) dias".

Aí se configura realmente uma situação que justifica, e mesmo exige, desde que devidamente caracterizada, a decretação da perempção ou caducidade da medida liminar, *ex officio* ou a requerimento do Ministério Público. Por conseguinte, a sanção vem contra o impetrante por se configurar a sua conduta culposa. Observe-se que se consorciam nessa posição vigilante o juiz e o Ministério Público, investindo contra o impetrante, exatamente para evitar colha indevidos proveitos em seu proceder culposos.

Essa medida, sim, tem objetivos de elevado alcance ético, escoimando o abuso da parte no processo.

Mas na regra do art. 1.º, *b*, o elemento sancionador atinge o direito do impetrante, celebrando essa confraternização de interesses, entre o agente público impetrado e as autoridades judiciárias.

É em rumo autoritário que depõe contra o diploma legal pela descompensação causada ao direito individual, dando-lhe um prejuízo, por estarem as razões erroneamente direcionadas.

De outro lado, se o cancelamento da liminar correlaciona-se a fato omissivo do impetrante, não deve o Juiz decidir sumariamente, sem audiência prévia ao interessado, pois o sentido contraditório deve acompanhar o magistrado em todos os momentos, demonstrando por ele o mais sacrosanto respeito, pelo seu porte constitucional e universal consagração no atual estágio civilizatório.

A prudência é a atitude que afasta a arrogância e se acasala com a sensatez, como o demonstra CELSO AGRÍCOLA BARBI:

"Entendemos que o princípio do Código deve ser também aplicado ao caso do mandado de segurança, apesar de não serem hipóteses iguais, isto porque o princípio é o mesmo; a inércia por si só não deve levar a uma consequência irremovível, deve-se dar ao impetrante oportunidade de suprir sua omissão no prazo de 24 horas, evitando, assim, a extinção da liminar.

Acresce, ainda, que a liminar, nos termos da Lei n.º 1.533, só deve ser concedida na hipótese de que sua não admissão possa tornar ineficaz o mandado, caso concedido afinal. Assim, a extinção da liminar é consequência gravíssima, podendo eventualmente, tornar inútil a sentença final favorável, o que mostra que a absolvição de instância prevista no Código é medida mais branda que ela, apesar de ser, por sua vez, providência sumamente onerosa.

A legislação processual deve ser interpretada de modo sistemático, mesmo quando contida em textos diversos. Se negarmos a possibilidade de o impetrante suprir a sua omissão no caso do art. 2.º da Lei n.º 4.348, estaremos dando tratamento mais rigoroso, exatamente onde a interpretação sistemática aconselha tratamento igual para não dizer mais brando. Daí nossa conclusão de que, nos casos daquele artigo, deve-se aplicar a norma do art. 202 do Código de Processo Civil, dando-se oportunidade ao impetrante para sanar sua omissão” (23).

Efetivamente, não deve o magistrado perder a serenidade que sempre lhe é exigida, conduzindo-se por incompatíveis arrebatamentos, principalmente em se tratando de uma garantia do porte do mandado de segurança, passando a cometer desmandos, a pretexto de corrigir omissões, deixando marca registrada de imaturidade, expondo-se a que a vaidade prejudique a lucidez e o equilíbrio, por se deixar inflamar de pernicioso autoritarismo, em face de afogamento psicológico ou de transferências traumáticas, principalmente se a demora não puder ser imputável ao impetrante sobre o qual vai recair a sanção.

Por último o comentado diploma legal exprime o dever a que ficam submetidas as autoridades notificadas da concessão de medida liminar, de levarem ao conhecimento do ministro respectivo e do representante da pessoa jurídica interessada, no prazo de 48 horas, de modo que possa ser considerada a necessidade de ser postulada a sua suspensão.

Por mais uma vez, reafirma-se a reserva de competência hierárquica, de teor administrativo, quanto ao modo de exercitação, através do Presidente do Tribunal, prevendo-se o prazo de dez dias para que seja manifestado agravo de petição contra a medida de sustação ao plenário do Tribunal.

Vai-se, portanto, expandindo a preocupação acautelatória na direção da autoridade, desviando-se do impetrante, como se não fosse este o destinatário da garantia, na inversão ótica que muito se difundiu no Brasil.

Encolhe-se a visão liberal, expandindo-se em nível crescente, o protecionismo autoritário, que nunca fica apenas no cenário das normas jurídicas, na produção legislativa seqüenciada, e perturba e deforma a postura do intérprete que acompanha e alastra esse surto menos propício ao direito e aos que pretendem obter a tutela, solenemente prometida nos esboços constitucionais contra abuso de poder de autoridade.

Verifica-se que o resguardo pela autoridade nas leis e nos processos exegéticos cresce na razão direta do alastramento autoritário, o que significa dizer que o acúmulo e o reforçamento da aplicação das razões oficiais

(23) BAREI Celso. *Do Mandado de Segurança*. Rio de Janeiro, Forense, 2ª ed., 1966, pp. 128/9.

não decorrem da diminuição dos abusos de poder, pois estes cada vez mais se propagam em índices alarmantes.

Chegou-se à vigência do Código de Processo Civil e este não se envolveu em disciplinamento sobre o mandado de segurança.

Antes, porém, de perfazer um ano em sua vigência, a Lei n.º 6.014, de 27 de dezembro de 1973, iniciou-se, segundo consta do frontispício do diploma, a adaptação ao Código de Processo Civil, estabelecendo no art. 12, ser a apelação o recurso apropriado sobre as sentenças concessivas ou denegatórias de mandado de segurança, suprimindo, assim, o agravo de petição.

E no parágrafo único condensou dois postulados:

a) a duplicidade do grau de jurisdição concernente ao mandado de segurança;

b) a título de exceção admitiu a execução imediata das decisões concessivas, havendo pendência de recurso, dando-lhe o caráter provisório.

E por que o caráter provisório imposto às decisões concessivas de mandado de segurança?

Em razão precisamente da adoção da apelação posta ao dispor do sucumbente, com as implicações provenientes do Código de Processo Civil em que se integrava.

E a consequência de maior monta era o alcance do duplo efeito, devolutivo e suspensivo, como consequência da interposição do recurso de apelação em caso de concessão ou de denegação.

A lei ao cumprir a integração no Código de Processo não fez distinção alguma.

Renasce a preocupação, atribuindo prioridade à causa da liberdade, garantindo-se o impetrante sucumbente com efeito do estado de litispendência, o que coincide com o caráter temporário da execução.

Pela Lei n.º 6.071, de 3 de julho de 1974, nova modificação é empreendida no enunciado do parágrafo único do art. 12, ainda no cumprimento do objetivo de ajustamento ao figurino do Código de Processo Civil, em uma nova etapa, bastante próximo da anterior, asseverando que a sentença concessiva de mandado de segurança é sujeita ao duplo grau de jurisdição, admitindo a execução a título provisório.

Em caso de denegação foi descolada a cláusula da obrigatoriedade do recurso, que sempre terá de ser voluntário, pelo sucumbente ou pelo Ministério Público no exercício da função de *custos legis*, aplicando-se, porém, o efeito suspensivo, por não constar qualquer regra excludente à regra geral do art. 520, do Código de Processo Civil.

À autoridade se ampara na suspensividade ao interpor a apelação e pelo controle hierárquico, via Presidente do Tribunal, enquanto o impetrante que se expõe à luta contra o abuso de poder, fica acobertado com a suspensão do efeito inerente à apelação, tendo de ser mantido imodificável o *statu quo* pelo próprio efeito inerente ao recebimento da apelação, porque a dupla eficácia impõe-se *ex vi legis*.

BIBLIOGRAFIA

- ANTUNES, J. Pinto. *Da Limitação dos Poderes*. São Paulo, 1950, p. 31.
- ANSON, William R. *Loi et Pratique Constitutionnelle de l'Angleterre*. Trad. de C. Gaudilon, Paris, V. (5) Giard E. Brière, 1905, vol. II, p. 427.
- BARBI Celso. *Do Mandado de Segurança*. Rio de Janeiro, Forense, 2ª ed., 1966, pp. 128/9.
- BARBOSA, Rui. *Os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*. Rio de Janeiro, Companhia Imprensa, 1983, p. 140.
- DIRCEY, A. V., *Introduction a l'Étude du Droit Constitutionnel*. Trad. de André Batut et Gaston Jéze. Paris, V. Giards E. Brière, 1902, pp. 177/8.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Trad. de J. Baptista Machado. Lisboa, 3ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, p. 184.
- GIRONS, A. Saint. *Manuel de Droit Constitutionnel*. Paris, L. Larese et Forcel, 1885, pp. 526/7.
- LAPRADELLE, A. *Cours de Droit Constitutionnel*. Paris, A. Pédone éditeur. 1912, p. 495.
- MARQUES, Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro, Companhia Editora Forense, 1ª ed., 1958, pp. 222/3.
- MIRANDA, Pontes. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1967, pp. 72/3.
- MONTEIRO, João. *Teoria do Processo Civil e Comercial*. Rio de Janeiro, Oficina Gráfica do Jornal do Brasil, 4ª ed., 1925, pp. 574/5.
- MUNRO, William Bennet. *The Government of the United States National and Local*. New York, the Macmillan Company, 5ª ed., 1959, p. 558.
- NUNES, Castro. *Do Mandado de Segurança e Outros Meios de Defesa contra o Poder Público*. Rio de Janeiro, Edição Revista Forense, 5ª ed., 1956, p. 31.
- PANIAGUA, José Maria Rodriguez. *Ley y Derecho — Interpretación y Integración de la Ley*. Madrid, Editorial Tecnos, p. 104.
- SÁ FILHO, Francisco. *Relações entre os Poderes do Estado*. Rio de Janeiro, Editor Borsoli, 1959, p. 292.
- SALMORÓN, Ronaldo Tamoyo. *Introducción al Estudio de la Constitución*. México, Universidade Autónoma, 1977, p. 56.
- SILVEIRA, Alípio da. *O Fator Político-Social na Interpretação das Leis*. São Paulo, 1946, p. 307.
- SOUZA, Daniel Coelho de. *Interpretação e Democracia*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais Ltda., 1979, p. 144.
- VIANNA, Oliveira. *Instituições Políticas Brasileiras*. Rio de Janeiro, Livraria José Olympio Editora, 2ª ed., 1955, vol. II, p. 639.

Acumulação de cargos e proventos?

OBI DAMASCENO FERREIRA
Procurador da Fazenda Nacional

I — A acumulação de proventos

Assunto que já vem suscitando indagações, inclusive na imprensa⁽¹⁾, é o de aposentados do serviço público exercerem cargos ou empregos na Administração Federal, frente à nova Constituição.

É que a Carta de 1967, no art. 97, § 3.º, ressaltava aos aposentados o exercício de mandato eletivo, de um cargo em comissão ou contrato para serviços especializados. E a Emenda n.º 1, de 17-10-69, reafirmava a exceção em seu art. 99, § 4.º, *his verbis*:

“§ 4.º — A proibição de acumular proventos não se aplica aos aposentados, quanto ao exercício de mandato eletivo, quanto ao de um cargo em comissão ou quanto a contrato para prestação de serviços técnicos ou especializados.”

O art. 93, § 9.º, da mesma Constituição, dispondo semelhantemente, tornava lícito aos militares reformados a acumulação de proventos com a remuneração paga pelo exercício de uma daquelas funções, ou, ainda, da função de magistério.

A falta de qualquer disposição similar no texto constitucional vigente, surgem perplexidades. E indaga-se se subsiste hoje proibição sobre os inativos; e, se proibidos de acumular, não lhes assiste exceção alguma.

Eis a questão, que passamos a examinar.

II — O problema na Constituição de 1946

A Constituição de 1946 não cogitava da acumulação de proventos. Existia, apenas, o art. 182, § 5.º, que prescrevia ser vedado ao militar, seja reformado ou em atividade, a percepção de proventos enquanto recebesse remuneração de outro cargo, permanente ou temporário.

(1) V. Coluna “Vida Nova” no *Jornal do Brasil*, de JOÃO GILBERTO LUCAS COELHO, publicações de 20 e 29 de setembro, 20 de outubro e 2 de novembro do fluente.

Comentando o dispositivo, PONTES DE MIRANDA ⁽²⁾ ensinava que qualquer “que seja a remuneração de cargo permanente ou temporário, o militar, que o aceitou e exerce, somente percebe essa remuneração, ainda se reformado”.

Aliás, houve quem invocasse referido art. 182, § 5.º, para inadmitir a acumulação a aposentados civis, defendendo a tese segundo a qual, pelo regime da Constituição de 1946, só seria permitida a acumulação de proventos se resultante de cargos legalmente acumuláveis na atividade.

O equívoco é manifesto.

Não havia paragonar ambas as situações, do militar e do civil, absolutamente distintas. A posição do militar é *sui generis*. Como observa CORSINDIO MONTEIRO DA SILVA ⁽³⁾, jurista de nomeada e intérprete, dos mais autorizados, de questões de acumulação de cargos, a vedação existente na área militar, a rigor, não entende com o regime da acumulação, mas, sim, com o da incompatibilidade. Em virtude da função que exerce, o militar é indisponível, não podendo exercer outra atividade, muito menos cargo civil. Daí, por certo, a incompatibilidade, extensível, pela Carta de 1946, à situação de inatividade. A proibição de acumular é outra coisa.

Nesse sentido é a orientação de nossa Magna Corte, já na vigência da Constituição de 1969, reputando não aplicáveis aos militares as regras constantes do art. 99 da Carta Federal, presente a condição funcional especial desses servidores. Disso dá testemunho JOSÉ CELSO DE MELLO FILHO ⁽⁴⁾:

“O STF decidiu que o preceito consubstanciado no art. 99 da Carta Federal, que estabelece exceções ao princípio geral da inacumulabilidade de cargos ou funções, não se aplica aos militares: “A condição funcional dos militares é específica e distinta dos servidores civis, não se lhes podendo atribuir a qualificação de funcionários públicos. A acumulação de cargos civis por militares tem regência específica no texto constitucional (art. 93 e

(2) PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1946*, 3ª ed., Ed. Borsoi, Tomo VI, nº 6, p. 258, escólio ao art. 182.

(3) CORSINDIO MONTEIRO DA SILVA, “Os Militares no Regime de Proibição de Acumular (Até o Advento da República)”, *Revista de Serviço Público, DASP*, vol. 94, nº 2, maio e junho de 1962.

(4) Constituição Federal Anotada, 2ª edição ampliada, 1986, Ed. Saraiva, p. 292, escólio ao art. 93 da Carta de 1969.

parágrafos)...” (RTJ, 98.188). Os militares da ativa, como regra geral, *não podem afastar-se do exercício de suas funções para o desempenho de cargo público civil*, estranho à sua carreira. Em caráter excepcional, no entanto, a Carta Federal permite o afastamento temporário do militar da ativa, nomeado para cargo público civil... De outro lado, e hoje, sob a égide da Carta em vigor (1969), torna-se lícito ao militar inativo (da reserva ou reformado) *acumular proventos* com a percepção de remuneração decorrente do exercício de função de magistério...” (nossos os grifos).

A vedação de acumular proventos nunca constou da Constituição de 1946. Tratou da questão apenas a Lei n.º 1.711, de 28-10-52, cujo art. 192, dentre outras exceções e sem consubstanciar proibição alguma, permitia, ao revés, a acumulação de proventos previstas legalmente. Já o art. 10 do Decreto n.º 35.956, de 2-8-54, configurando vedação efetiva, passou a só admitir a acumulação de proventos se provenientes de cargos legalmente acumuláveis.

Dita restrição, contudo, foi fulminada no Judiciário. O Egrégio Tribunal Federal de Recurso, julgando o Agravo em Mandado de Segurança n.º 25.187-GB, em sessão plenária de 18-3-63, deu pela inconstitucionalidade do dispositivo em acórdão cuja ementa foi publicada no *DJ*, de 21-3-63 (p. 571), e do qual são de destacar os seguintes trechos dos votos dos Ministros MARCIO RIBEIRO, relator, e CUNHA VASCONCELLOS:

“A decisão ficou redigida nestes termos (lê). O que ficou a ser resolvido neste Tribunal foi a questão da constitucionalidade, ou não, a meu ver, não do Estatuto, mas do Regimento. Entendo que é inconstitucional o art. 10 do Decreto n.º 35.956, quando diz:

“A acumulação de proventos de inatividade, resultante de aposentadoria ou disponibilidade, ou destes com a retribuição de atividade, só é permitida quando proveniente de cargos acumuláveis, ressalvados os casos decorrentes do disposto no art. 24 do Ato das Disposições Transitórias.”

É inconstitucional na referência que faz à aposentadoria, referência que o Estatuto dos Funcionários Públicos não contém e que a Constituição repele. Para os próprios magistrados a Constituição só vai até a disponibilidade quando regula a acumulação.”

E, mais adiante, no voto do Ministro CUNHA VASCONCELLOS:

“Tenho sustentado, em vários votos nesta Casa, que a Constituição nunca proibiu a acumulação de proventos. O que o art. 185 tem em vista é o interesse do serviço quanto a seu vencimento, tanto que cogita da compatibilidade de horários.”

Como se vê, o fundamento da decisão é o de que a Constituição de 1946 vedava a acumulação de cargos, mas não a acumulação de proventos. Daí a inconstitucionalidade, embora pensemos ter sido o caso, na hipótese, de mera ilegalidade, visto tratar-se de decreto que desbordou frente à lei que ele regulamentava, não se alçando, assim, o conflito a nível de violação a normas constitucionais (5).

De resto, e quanto à escurreita exegese em torno da Carta de 1946, na matéria, merece especial relevo o concludente acórdão proferido pela 2.ª Turma do Egrégio Supremo Tribunal Federal a 27-8-1957, no julgamento do RE n.º 34.054-DF, relator o Ministro VILLAS BOAS (6):

“É possível acumulação dos proventos de aposentadoria com os subsídios de deputado ou senador.

As normas de caráter restritivo devem sempre aplicar-se na medida da força de sua expressão. O art. 185 veda a acumulação de cargos. Não se refere, como seria de toda a conveniência, a reuniões de vantagens pecuniárias. Assim, não há como proibir que o aposentado, que se torne membro do Poder Legislativo, perceba simultaneamente os proventos da inatividade e os subsídios pelo exercício do mandato.

Ao militar, que se equipare, para certos efeitos, aos funcionários públicos, é defeso receber a remuneração do seu posto, se aceita cargo estipendiado estranho à sua carreira (art. 182, § 5.º). Mas, em relação ao servidor civil, não há senão a proibição de acumulação de cargos (arts. 185 e 48). Por outro lado, não apontou a recorrente qualquer aresto que haja dado ao invocado art. 185 interpretação diversa da que se encontra no recorrido.”

(5) V. ac. do STF, sessão plenária, de 20-5-87, Rp n.º 1.266-2, relator Min. CARLOS MADEIRA, que não conheceu representação contra decreto regulamentar, por configurar a hipótese caso de ilegalidade, a ser examinado em caso concreto e não em ação direta, uma vez que inexistente inconstitucionalidade contra regulamento (in *DJ*, de 26-6-87).

(6) In *RTJ*, vol. 3º, p. 99.

III — As Constituições de 1967/69 e a atual

Como evidenciado, nunca houve em texto algum constitucional a mínima alusão à acumulação de proventos de servidores civis. Só a partir da Constituição de 1967 é que se fez referência à matéria, e assim mesmo estabelecendo consentimento ao inativo civil (art. 97, § 3.º), ou ao militar (art. 94, § 6.º), para exercer funções específicas, sem incorrer na vedação acumulatória. Ditas normas foram transplantadas para a Constituição de 1969, a constituírem, respectivamente, os arts. 99, § 4.º, e 93, § 9.º E o texto tecnicamente, máxime no tocante à referida proibição, se expunha a críticas (7).

Quidquid est, isso hoje nem mais existe. A nova Constituição, vigente a partir de 6 de outubro de 1988, mantendo a tradicional proibição de acumulação de cargos, com algumas modificações, silencia, por completo, sobre os inativos civis e militares.

Dispõe o art. 37 da atual Carta Federal, nos incisos XVI e XVII, *his verbis*:

“XVI — é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários:

- a) a de dois cargos de professor;
- b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico;
- c) a de dois cargos privativos de médico;

XVII — a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações mantidas pelo Poder Público;”

Nas disposições transitórias, há, ainda, as seguintes ressalvas:

“Art. 17. Os vencimentos, ... (omissis)

§ 1.º É assegurado o exercício cumulativo de dois cargos ou empregos privativos de médico que estejam sendo exercidos por médico militar na administração pública direta e indireta.

§ 2.º É assegurado o exercício cumulativo de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde que estejam sendo exercidos na administração pública direta ou indireta.”

(7) V. CORSÍNDIO MONTEIRO DA SILVA, “O Regime de Acumulação e de Incompatibilidades no Serviço Público Federal”, palestra proferida na primeira semana de estudos jurídicos da Fac. de Direito de Cuiabá. Imprensa da Univ. Fed. de Goiás, Setor Universitário.

Quanto aos militares, o art. 42, § 4.º, estabelece:

“O militar da ativa que aceitar cargo, emprego ou função pública temporária, não eletiva, ainda que da administração indireta, ficará agregado ao respectivo quadro e somente poderá, enquanto permanecer nessa situação, ser promovido por antiguidade, contando-se-lhe o tempo de serviço apenas para aquela promoção e transferência para a reserva, sendo depois de dois anos de afastamento, contínuos ou não, transferido para a inatividade.”

Vê-se, pois, tratarem as normas transcritas apenas de situações em atividade. A proibição de acumular alcança cargos, funções e empregos. Não contempla os aposentados. E o regime de incompatibilidades a que alude o art. 42, quanto aos militares, não mais inclui os inativos. Liberou, pois, a nova Carta os que estão na inatividade, quanto ao exercício de um outro cargo ou emprego.

A expressão proventos — releve-se o truísmo — tem sentido legal próprio, específico, absolutamente distinto de remuneração. Define-a JOSÉ CELSO DE MELLO FILHO, ao assinalar constituir tal termo “o *nomen juris* que se dá à remuneração paga, pelos cofres públicos, aos agentes em situação de inatividade” (8). Do mesmo sentir PONTES DE MIRANDA, ao observar que, “quando o funcionário público se aposenta, o que lhe toca, em soma, são os proventos da aposentadoria” (9).

Justamente por isso é que, quando da elaboração da Carta Constitucional, no projeto das Comissões Temáticas, houve tentativa isolada, que não vingou, de se incluir no texto a palavra *proventos*. É o que se vê da redação daquele projeto, conforme nos foi possível extrair do livro *Projetos de Constituição (Quadro Comparativo)* elaborado pela Assessoria Legislativa do Senado e do Prodasen (10), *verbis*:

“É vedada a acumulação remunerada de cargos, funções públicas, empregos e *proventos*, exceto:

I — a de dois cargos” ...

A expressão, contudo, ficou expungida da Carta, acolhida que foi a Emenda Supressiva 1P-19194-7 da lavra do nobre Senador Nelson Carneiro,

(8) *Op. cit.*, 2ª ed. ampliada, 1986, p. 314.

(9) *Comentários à Constituição de 1967 e Emenda nº 1, de 1969*, Ed. Forense, 1987, Tomo III, p. 522, escólio ao art. 102.

(10) *Projetos de Constituição (Quadro Comparativo)*, 1ª Vice-Presidência do Senado Federal — Senador JOSÉ IGNÁCIO FERREIRA.

apresentada em plenário, e que mereceu do relator o seguinte parecer favorável:

“Concluimos pela aprovação da emenda por considerarmos, como o autor, medida do mais elevado espírito de justiça.”

Merece lido, a propósito, o seguinte trecho da justificação oferecida lapidarmente pelo insigne autor da emenda:

“... O que é preciso é reabrir o serviço público a todo e qualquer cidadão nele inativado, desde que prestante e útil ao serviço. Sem isso a aposentadoria se constitui em castigo, quando à sua instituição preside a idéia de prêmio. A prevalecer a situação reinante, cidadãos prestantes e saudáveis estariam sendo condenados à inércia, com magros proventos, e, portanto, condenados a se sentirem velhos... E sentir-se velho é que é ser velho, pois a senectude não existe para o homem enquanto busca, como disse ROSTAND. A busca é que tem o condão de alçar o idoso acima da adversidade fatal do fato biológico.”

Evidencia-se, assim, à saciedade, estarem hoje totalmente livres os inativos, sejam civis ou militares. Pelo regime da atual Lei Fundamental, facultam-se-lhes o reingresso no serviço público, até mesmo em quadros permanentes, mediante concurso de provas e títulos. Não se cogita mais, em hipótese alguma, da acumulação de proventos. Esta a vontade soberana do constituinte, ao acolher aquela emenda supressiva.

Não se ignora que o apelo ao pensamento do legislador, como método de interpretação, tem de ser utilizado com reservas, porque a lei tem autonomia própria, que se separa de seu criador. É ele, porém, legítimo no presente caso, onde subsistem em seu prol vários outros fatores de hermenêutica, como, dentre outros, o elemento teleológico, com o qual busca o intérprete exegese que permita, na expressão de MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE, “que a norma seja entendida no sentido que melhor responde à consecução do resultado que quer obter”, perscrutando-se “as necessidades práticas da vida e a realidade social” (11).

Tem “o direito de ser interpretado inteligentemente: não de modo a que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis” — são os ensinamentos, também, de CARLOS MAXIMILIANO (12).

(11) *Ensaio sobre a Teoria de Interpretação das Leis*, coleção “Stvddivim” nº 7, b, I, p. 141.

(12) *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Ed. Forense, 1979, nº 179, p. 179.

Ora, a prevalecer a tese da proibição, configurado estaria o mais desabalado dos absurdos. Imagine-se um sem-número de especialistas e técnicos de primeira plana, no exercício de cargos fundamentais no Governo, a se verem, de uma hora para outra, dispensados das atividades que até aqui vinham exercendo sob o pálio das já citadas exceções da Constituição pretérita. E tudo por força de uma esdrúxula interpretação dando pela continuidade de uma suposta restrição, de resto imprópria e manifestamente injusta.

Sobre constituir injustificável retrocesso, até mesmo em termos sociais, a exegese estaria a estabelecer completa ruptura com o sistema anterior, que, excepcionalmente embora, objetivava a viabilizar o recrutamento de inativos qualificados para, na área de suas especializações, continuarem a prestar seu inestimável concurso junto à administração sem o ônus de eventual perda dos respectivos proventos.

Leia-se, a respeito, o seguinte lance do eminente Dr. LUIZ RAFAEL MAYER, atual Presidente do Supremo Tribunal Federal, no Parecer n.º L-72, emitido em 28-7-75, quando ilustrava o cargo de Consultor-Geral da República:

“A linha predominante que reflete o pensamento do constituinte é a de propiciar, com maior flexibilidade, venha o serviço público a contar com a colaboração de especialistas, técnicos e cientistas, indispensáveis ao desempenho de ingentes e requintadas tarefas a que o Estado contemporâneo se propõe, de maneira indeclinável, como propulsor e participante do desenvolvimento econômico e social, imperativo do momento histórico. Assim, as novas proposições constitucionais (as dos citados arts. 97, § 3.º, e 94, § 6.º, da Constituição de 1967, transplantadas para os arts. 99, § 4.º, e 93, § 9.º, da Constituição de 1969) atendem a novas realidades da vida e a concepções da ação estatal e administrativa com que sequer sonhava o liberalismo do século passado, que informou a primeira Constituição republicana” (13).

Improcedente, pois, e nascida da irreflexão de algum acaso é a idéia absurda de se tolher o inativo prestante e útil, ainda mais sob o color de uma desacumulação danosa, afinal, ao País. Seria implantar o caos na administração. A Nação não poderia mais contar com a profícua atuação de vários Senadores e Deputados, que sofreriam o ônus da perda de seus

(13) Parecer L-072, publicado no D.O. de 5-12-75, pág. 16.255.

proventos; e ficaria privada da prestimosa colaboração de muitos outros especialistas, inclusive militares experimentados, até mesmo em áreas de segurança. Convenhamos, nem se pode pensar em tamanho descalabro, a que se oporia o próprio espírito do instituto da acumulação, cuja finalidade básica e precípua, como bem assinala HELY LOPES MEIRELLES, é “impedir que um mesmo cidadão passe a ocupar vários lugares ou a exercer várias funções, sem que as possa desempenhar proficuamente embora percebendo integralmente os respectivos vencimentos” (14). Justamente sob esse aspecto não apresentam os inativos impedimento ou incompatibilidade alguma. Estão disponíveis, pois que desligados da atividade anterior pela qual se inativaram.

Semelhante proibição, sem dúvida, não é só inane juridicamente. Agrediria, em nome de princípios abstratos não suficientemente esclarecidos, a própria realidade do País, e nada há mais trágico para o espírito, ensinava o filósofo WHITEHEAD, do que “uma hipótese não sancionada pelos fatos”.

Como já observava CAIO TÁCITO (15), ninguém pode contestar a “justeza da pergunta de RUI: “Suponhamos a coexistência de um curso de bacteriologia e um instituto consagrado às investigações deste ramo de estudos. Seria acaso mais proveitoso à sociedade, nesses dois serviços, distribuí-los entre um prático sem teoria e um teorista sem prática, do que reuni-los num Pasteur, num Koch, num Osvaldo Cruz, num Carlos Chagas?””

Temos de exorcizar o vezo enraizado de ver em tudo e por tudo acumulações ilícitas. Nem tem cabimento a ojeriza infundada com que alguns, *soi disant* defensores da moralidade pública, se manifestam quando tratam do assunto. Nada tem de anormal referida álhia, que é até útil ao serviço público. O que interessa é que o inativo se dedique e dê tudo de si para o cabal desempenho das tarefas, para o que, aliás, está mais bem aparelhado, tal a experiência obtida.

Sublinhe-se, outrossim, estarmos diante de uma questão jurídica. E a interpretação de um texto constitucional reclama os mesmos processos de hermenêutica aplicáveis às demais normas jurídicas, atendendo-se, sobretudo, ao escopo visado pelo constituinte, bem assim à máxima *odiosa restringenda*, segundo a qual, como no presente caso, o intérprete tem que

(14) *Direito Administrativo Brasileiro*, 11ª ed., 1985, p. 372.

(15) “A Acumulação de Cargos na Constituição do Brasil”, in *RDP* nº 7, janeiro de 1969, Ano II, p. 16.

afastar qualquer interpretação extensiva. HELY LOPES MEIRELLES bem evidencia que “a proibição de acumular, sendo uma restrição de direito, não pode ser interpretada ampliativamente” (16).

Não é, portanto, lícito ao intérprete opor restrições arbitrárias, mas revelar, quanto ao caso, segundo os verdadeiros princípios de hermenêutica, todo o conteúdo lógico que deriva da letra e espírito da Constituição — pressupostos, na matéria nem sempre observados, não sabemos por que fases, tempo e lugar.

IV — Considerações finais

Nada mais se faz mister dizer para evidenciar a total liberação dos aposentados.

Sob qualquer prisma por que se considere a questão, não há mais dúvidas. A Constituição atual não proíbe a acumulação de proventos.

De resto, é para notar-se que se configuraria ilusória qualquer tentativa de introduzir, por via meramente legislativa, nova restrição aos aposentados.

Veja-se que até mesmo as exceções à vedação de acumular constantes do transcrito art. 37, XVI, letras “a” a “c”, são insuscetíveis de ampliação. No Projeto Final da Comissão de Sistematização (17), ou no “Projeto de Constituição A”, conforme expressão do emérito Constituinte AFONSO ARINOS ao justificar sua Emenda Substitutiva n.º 2P-01087-3, apresentada em Plenário, abria-se “uma única exceção, no art. 19, das Disposições Transitórias, para o exercício de dois cargos privativos de médico”; e remetiam-se “as demais situações para lei complementar” (*sic*). Acontece que, com a aprovação de referida emenda, passou o texto a estabelecer taxativamente as exceções, não mais deferindo à lei o poder de regulá-las. Constituiu-se *numerus clausus*. O rol constitucional é inampliável, como inampliável é a proibição em si, máxime para alcançar os proventos, à vista, por igual, da precitada Emenda Supressiva 1P-19197-7, do eminente Senador NELSON CARNEIRO.

Não há omissão, como poderia parecer à primeira vista. A atual Carta repele qualquer nova condição, seja ela restritiva ou liberalizante, a não ser que se viesse a alterar, por Emenda Constitucional, a redação do mencionado preceito.

(16) HELY LOPES MEIRELLES, op. cit., p. 373.

(17) V. Projetos de Constituição, cit., p. 91.

Estatuto da Magistratura

Ministro SYDNEY SANCHES

Supremo Tribunal Federal

1. A Constituição Federal de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, estabelecia no art. 112 — O Poder Judiciário é exercido pelos seguintes órgãos:

I — Supremo Tribunal Federal;

II — Tribunais Federais de Recursos e Juízes Federais;

III — Tribunais e Juízes Militares;

IV — Tribunais e Juízes Eleitorais; Tribunais e Juízes do Trabalho; Tribunais e Juízes estaduais.

A Emenda Constitucional n.º 7, de 13 de abril de 1977, dentre outras coisas, alterou essa ordem, encaixando, em segundo lugar, o Conselho

Exposição feita no Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, em "Painel" sobre "Constituição Federal — Poder Judiciário — Estatuto da Magistratura", realizado no dia 17 de fevereiro de 1989.

Nacional da Magistratura, como um dos órgãos de exercício do Poder Judiciário e mantendo os demais.

Acrescentou-lhe (ao art. 112) o parágrafo único, *in verbis*:

“Lei complementar, denominada Lei Orgânica da Magistratura Nacional, estabelecerá normas relativas à organização, ao funcionamento, à disciplina, às vantagens, aos direitos e aos deveres da magistratura, respeitadas as garantias e proibições previstas nesta Constituição ou dela decorrentes”.

2. A 14 de março de 1979, a Lei Complementar n.º 35, denominada Lei Orgânica da Magistratura Nacional, distribuiu suas disposições em 10 títulos, dedicados, respectivamente, pela ordem, ao Poder Judiciário, às garantias da magistratura e às prerrogativas do magistrado, à disciplina judiciária, aos vencimentos, vantagens e direitos dos magistrados, à magistratura de carreira, ao Tribunal Federal de Recursos, à Justiça do Trabalho, à Justiça dos Estados, à substituição nos tribunais, às disposições finais e transitórias.

3. Tais títulos desdobraram-se em capítulos, que cuidaram dos órgãos do Poder Judiciário, tribunais e magistrados; das garantias da magistratura; dos deveres do magistrado, das penalidades, da responsabilidade civil, do Conselho Nacional da Magistratura; dos vencimentos e vantagens pecuniárias, das férias, das licenças, das concessões e da aposentadoria; do ingresso, promoção, remoção e acesso, na magistratura de carreira; do Tribunal Federal de Recursos; da Justiça do Trabalho; da Justiça dos Estados, especificamente de sua organização judiciária, dos Tribunais de Justiça, dos Tribunais de Alçada e da Justiça de Paz; da substituição nos tribunais; e das disposições finais e transitórias.

4. O simples enunciado dos títulos e capítulos permite constatar que a Lei Orgânica da Magistratura Nacional não tratou apenas de direitos e deveres dos magistrados, pois cuidou, também, da organização e funcionamento dos órgãos do Poder Judiciário. Vale dizer, preocupou-se não apenas com os membros do Poder Judiciário, mas também com a própria organização e funcionamento da instituição, como determinara o parágrafo único do art. 112 da Constituição Federal de 1967/1969, introduzido pela E.C. n.º 7/77.

5. A Constituição Federal de 1988, no art. 92, indicou os órgãos do Poder Judiciário, excluindo a referência ao Conselho Nacional da Magistratura,

instituindo o Superior Tribunal de Justiça, os Tribunais Regionais Federais e mantendo os demais órgãos previstos na Constituição Federal anterior.

E, logo em seguida, no art. 93, estabeleceu: lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o *Estatuto da Magistratura*, observados os princípios que enunciou em onze incisos, cuja leitura evidencia que ali também não se tratou apenas de direitos e deveres dos magistrados, como exigiria um *Estatuto da Magistratura*, no sentido mais estrito do termo *Estatuto*, mas, também, de questões ligadas à própria organização do Poder Judiciário e funcionamento de seus órgãos, não só quanto ao ingresso e movimentação na carreira (promoção, remoção, acesso aos tribunais), mas também quanto à forma de certos julgamentos (sessões públicas, decisões fundamentadas, presença, ou não, de partes e ou advogados) (inciso IX), decisões administrativas dos tribunais motivadas (inciso X), as disciplinares tomadas por voto da maioria absoluta; possibilidade de órgão especial em tribunais com número superior a vinte e cinco membros, inclusive com indicação de suas atribuições (administrativas e jurisdicionais da competência do tribunal pleno) (inciso XI).

6. A meu ver — falo sempre em nome pessoal, é claro —, a expressão *Estatuto da Magistratura*, empregada no *caput* do art. 93 da Constituição Federal de 1988, diante dos princípios que manda observar, nos incisos I a XI, não difere, substancialmente, daquela empregada na Constituição anterior: “Lei Orgânica da Magistratura Nacional”.

Assim, o futuro “ESTATUTO DA MAGISTRATURA NACIONAL” deve tratar de matérias de que pôde cuidar a LOMAN, ou seja, estabelecer normas relativas à organização e ao funcionamento do Poder Judiciário nacional, à disciplina, às vantagens e aos deveres da magistratura, respeitadas as garantias e proibições previstas na Constituição ou dela decorrentes, observados, também, os princípios que nela se expressam ou se contêm (mesmo implícitos).

É claro, pois, que o ESTATUTO não pode invadir competências legislativas exclusivas da União, no âmbito da Justiça Federal, em sentido amplo, nem dos Estados, no âmbito da Justiça local.

Esse entendimento, permitirá que o ESTATUTO, além de regular direitos e deveres dos magistrados, cuide também da organização do Poder Judiciário nacional, no campo das *normas gerais*, ensejando-lhe uma certa uniformidade, em sua expressão global, o que não prejudicará o atendi-

mento das peculiaridades setoriais, regionais, ou locais, que devem ser respeitadas, enquanto não se mostrem incompatíveis com a Constituição Federal e com o Estatuto nacional.

Não estou dizendo que o Estatuto deve manter ou reproduzir a Lei Orgânica da Magistratura Nacional, mas apenas que pode dispor sobre as matérias ali tratadas, observada a nova Constituição Federal.

Devo acrescentar: não me parece aceitável que o Constituinte de 1988, ao se referir, no art. 93, logo em seguida ao elenco dos órgãos do Poder Judiciário (art. 92), ao Estatuto da Magistratura, quisesse aludir apenas ao regulamento dos direitos e deveres dos membros de uma corporação (a magistratura) e não ao que seria principal — a organização e o funcionamento do Poder Judiciário nacional, a que eles servem.

De resto, ao mencionar *Estatuto da Magistratura*, em linguagem abreviada e substitutiva da expressão “Lei Orgânica da Magistratura Nacional”, embora não o tenha conceituado, nem indicado sua área de atuação, nem por isso a Constituição de 1988 excluiu, de modo explícito ou implícito, aquela que foi objeto de indicação expressa no parágrafo único do art. 122 da Constituição Federal de 1967/1969, com a Emenda n.º 7/77.

Penso também que não se deve desprezar a oportunidade política de uma organização verdadeiramente democrática do Poder Judiciário nacional, o que aconteceria, se viéssemos a minimizar a expressão *Estatuto da Magistratura* para nele só se abrangerem direitos e deveres dos magistrados.

Entendo, a esse respeito, que a Constituição fixou as bases, a estrutura do Poder Judiciário nacional, e quer que o mais seja tratado nessa Lei Complementar nacional (Estatuto) e na legislação federal ou estadual (inclusive constitucional), tudo em perfeita harmonia.

7. Feitas essas considerações de ordem estritamente pessoal, passo ao exame de algumas questões.

Como já ficou dito, a Emenda Constitucional n.º 7, de 1977, encaixou entre os órgãos de exercício do Poder Judiciário, em segundo lugar, o Conselho Nacional da Magistratura.

Na verdade, não exercia ele atividade jurisdicional, nem mesmo administrativa (em sentido amplo), dentro do Poder Judiciário. Cuidava apenas de um dos aspectos administrativos, ou seja, da disciplina de seus membros.

Eliminado que foi, porém, pela nova Constituição, do elenco dos *órgãos de exercício* do Poder Judiciário, isso significa, necessariamente, que não deva mais existir como *órgão disciplinar*?

Se o Estatuto da Magistratura deve regular, ao menos, direitos e deveres dos magistrados de toda a Nação brasileira, deve cuidar também das sanções impositivas, pelo descumprimento de tais deveres. E, sendo assim, não deve tratar também da criação de um órgão, de âmbito nacional, que possa impor tais sanções?

Isso invadiria a área de competência da legislação ordinária, em termos de disciplina judiciária federal e estadual? Mesmo que o Estatuto nacional, criando um órgão disciplinar nesse âmbito maior, preservasse a área de atuação dos órgãos disciplinares federais ou estaduais?

Essas são questões que requerem meditação maior e aprofundado debate.

De qualquer maneira, se se concluir que um órgão disciplinar da magistratura, de âmbito nacional, pode ser criado no futuro Estatuto penso que ele só haverá de ser composto por magistrados.

Se para os militares não há disciplina externa, se para os parlamentares, durante o exercício do mandato, não há controle externo disciplinar, se este também não existe nas áreas do Poder Executivo, na Igreja, nos partidos políticos, nos sindicatos, nas entidades associativas, inclusive dos advogados, promotores de justiça e delegados, se as instituições a que servem igualmente não sofrem essa fiscalização externa, não vejo razão para só a magistratura se sujeitar a ela. Tanto mais porque lhe pode afetar a independência no exercício da jurisdição, o que, obviamente, não é bom para o povo.

De qualquer maneira, se se concluísse que os magistrados deveriam sofrer controle disciplinar externo, então que ele fosse possível em todas as áreas da administração pública, inclusive do Executivo e do Legislativo, mesmo durante o exercício dos mandatos.

Mas a Constituição, como sabemos, não cuidou disso. E até afastou proposta de controle externo da magistratura.

8. Embora tenha dito, de início, que o Estatuto da Magistratura Nacional, como verdadeira Lei Orgânica do Poder Judiciário Nacional, possa

fixar normas gerais a serem observadas, no âmbito da Justiça Federal (em sentido amplo) e da Estadual, penso, todavia, e por isso mesmo, que não deve descer a minúcias, como fez a Lei Orgânica da Magistratura Nacional, regulando até a competência de Tribunais e de seus órgãos internos (Tribunal Federal de Recursos, Tribunais de Justiça e Tribunais de Alçada).

Essa matéria, a meu ver, afora o que foi estabelecido na Constituição, deve ficar relegada à legislação ordinária federal ou estadual. Quanto a esta última inclusive de natureza constitucional (Constituições estaduais) (art. 125, § 1.º).

9. Outra questão sumamente importante é a relativa às decisões administrativas dos Tribunais, mesmo em matéria de vencimentos, vantagens pecuniárias, contagem de tempo de serviço, com relação a seus membros e juízes que lhes são vinculados. É enorme a disparidade de tratamento que os Tribunais, com interpretações mais rigorosas ou menos rigorosas, dão para essas questões, o que enseja a quebra de uma uniformidade desejável, um descontentamento generalizado entre os magistrados, e sérias repercussões na opinião pública, desgastando a imagem do Poder Judiciário e de seus membros, o que também não é bom para o povo, que precisa confiar em suas instituições.

Como enfrentar, porém, essa matéria, em face da autonomia administrativa dos Tribunais?

É curioso notar que, diante de certas questões administrativas, ligadas principalmente a essas matérias, alguns Tribunais Estaduais e Federais preferem aguardar uma posição do Supremo Tribunal Federal, e seguem sua orientação, outros, porém, optam por seus próprios caminhos.

Seria aceitável, na opinião dos magistrados, incluídos os integrantes de Tribunais, a idéia de um órgão administrativo nacional para tratar desses temas? Isso seria bom ou mau para o Poder Judiciário brasileiro? Isso é possível, em face do atual ordenamento nacional? Se se concluir que sim, é o Estatuto da Magistratura nacional o instrumento adequado para tratar da matéria?

Estão aí, também, graves questões a serem dirimidas.

10. Aos eminentes colegas, que eventualmente se sintam intranquilos com as cogitações que estou fazendo, relembro que são meras cogi-

tações de momento e estritamente pessoais, e que o futuro Estatuto da Magistratura depende apenas de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, conforme a maioria formada entre seus onze ministros. Mas, obviamente, pode ser alterado, em qualquer ponto, pelo Congresso Nacional, ao qual, pelos meios adequados, os Tribunais e as entidades associativas dos magistrados farão chegar suas propostas suas aspirações, suas reivindicações.

De resto, o próprio Supremo Tribunal Federal, através de sua E. Presidência, procurou obter sugestões de todos os Tribunais e também da Associação dos Magistrados Brasileiros.

E esta, depois de ouvir as entidades congêneres estaduais, regionais ou setoriais, elaborou anteprojeto que já foi entregue ao presidente do Supremo Tribunal Federal e ao presidente da Comissão designada para preparar o texto a ser debatido na Corte, para encaminhamento (do que for aprovado) ao Congresso Nacional.

11. O anteprojeto da Associação dos Magistrados Brasileiros tem onze títulos, dedicados, respectivamente, pela ordem, às disposições introdutórias, às garantias e prerrogativas, aos deveres, vedações e incompatibilidades, ao ingresso na magistratura, ao reingresso (mediante reintegração, readmissão e reversão), ao aproveitamento, ao tempo de serviço, à promoção, ao acesso e à remoção, à permuta, à aposentadoria e disponibilidade, aos vencimentos e vantagens (pecuniárias e não pecuniárias), à disciplina da magistratura, e às disposições finais e transitórias.

Brevemente a Comissão do Supremo Tribunal Federal estará reunida para os primeiros estudos. E as sugestões dos Tribunais e das entidades associativas dos magistrados, incluídas as da Associação dos Magistrados Brasileiros, serão levadas na devida consideração.

11-A. Apenas observo, por ora, que também o anteprojeto elaborado pela Associação dos Magistrados Brasileiros não tratou apenas de direitos e deveres dos magistrados. Vale dizer, não deu à expressão "Estatuto" o sentido mais estrito. Tanto que se ocupou de temas tipicamente relacionados com a instituição, ou seja, com o Poder Judiciário e não apenas com seus membros.

Assim, por exemplo, ao incluir entre as prerrogativas do magistrado (art. 10) "ser elegível para os cargos de direção do Tribunal que integre

como titular” (inciso VIII) não deixou de interferir na composição dirigente do órgão colegiado do Poder Judiciário.

No art. 36 tratou do quinto constitucional, reservado (nos Tribunais Regionais Federais, nos Tribunais de Justiça, de alçada militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios) aos membros do Ministério Público e de advogados. Enfrentou aí, também, tema institucional, ligado a acesso de não magistrado aos Tribunais. Não assim, de direitos e deveres de magistrados.

No § 1.º desse artigo do anteprojeto da Associação dos Magistrados Brasileiros cuidou da lista sêxtupla enviada pelos órgãos de representação de classe (dos membros do Ministério Público e advogados) ao Tribunal, da redução a uma lista tríplice, por este, e do envio ao Poder Executivo para nomeação. E no § 2.º da alternatividade no preenchimento das vagas respectivas. Tudo matéria estranha a simples direitos e deveres dos magistrados.

No art. 37 ainda cogitou de vaga de desembargador oriundo do Ministério Público ou da Advocacia, nos Estados onde houver Tribunal de Alçada, e mandou observar, no preenchimento, a classe de origem (§§ 1.º e 2.º), tudo questão estranha a simples direitos e deveres dos magistrados.

O anteprojeto da Associação dos Magistrados Brasileiros, no art. 78 das Disposições Finais e Transitórias estabelece: nos tribunais com número superior a 25 (vinte e cinco) julgadores, as funções administrativas referidas nesta lei, e de competência do Tribunal Pleno, poderão ser exercidas pelo respectivo órgão especial.

No art. 79 diz que, nos tribunais do trabalho, as matérias administrativas e disciplinares serão deliberadas exclusivamente pelos seus membros vitalícios.

No art. 2.º, o anteprojeto não inclui entre os magistrados os Juizes de Paz. Mas no art. 80 regula matérias relacionadas com os Juizes de Paz.

Como se vê, também a Associação dos Magistrados Brasileiros, ao menos em alguns ponto, não encarou a palavra “Estatuto”, como simples regulamento de direitos e deveres dos magistrados, mas, com um significado mais amplo, de lei de organização do judiciário nacional.

A Constituição de 1988 e o Tribunal de Contas da União

Ministro LUCIANO BRANDÃO ALVES DE SOUZA
Do Tribunal de Contas da União

SUMÁRIO

1. *Introdução.* 2. *O TCU e a Constituinte.* 3. *As novas competências do Tribunal.* 4. *Um controle mais abrangente de pessoal.* 5. *Um mandamento inovador.* 6. *A descentralização de recursos.* 7. *O Tribunal e o Poder Legislativo: ação conjugada.* 8. *A nova composição do Tribunal.* 9. *Reforçando os sistemas de controle interno.* 10. *O cidadão: agente controlador.* 11. *O Ministério Público junto ao TCU.* 12. *Uma nova Lei Orgânica para o TCU.* 13. *Um desafio com data marcada.* 14. *Conclusão.*

1. *Introdução*

O sistema de fiscalização vigente até a Constituição de 1967, aliás previsto, em suas linhas gerais, no Código de Contabilidade da União que vigorou durante quatro regimes constitucionais — os de 1891, 1934, 1937 e 1946 — tinha sob sua alçada tão-só os registros prévio e posterior das despesas e da tomada de contas de exatores quanto à receita e despesa, e tesoureiros e pagadores, nestes últimos casos atentos especialmente ao pagamento das despesas fixas do pessoal permanente.

É oportuno ressaltar que, na Constituição de 1946, o Tribunal de Contas da União não tinha competência para realizar auditorias *in loco*; os ordenadores da despesa da Administração Direta não estavam sujeitos à tomada de contas, salvo nos casos de desfalque, desvio e outras irregularidades de igual porte; os atos da despesa estavam obrigados, como já assinalado, ao registro prévio ou posterior ou à tomada de contas; e os

contratos administrativos, que interessavam à receita e à despesa, eram previamente registrados.

Anotese que a ação do Tribunal, dirigida à fiscalização da administração financeira, preocupava-se essencialmente com a legalidade dos atos de gestão.

Tivemos a seguir o sistema constitucional de 1967, que previa a realização de inspeções, subsidiando o julgamento das tomadas de contas dos responsáveis por bens e dinheiros públicos.

Desde então, ao longo de mais de vinte anos, os Ministros do Tribunal de Contas da União enalteceram, em congressos, palestras, conferências, entrevistas e nos votos proferidos nas Sessões Plenárias, a importância da Instituição. A experiência adquirida no exercício da alta função de que estavam investidos levou-os também a sentir que, para o pleno desempenho de suas atribuições, impunha-se dotar o órgão de competências sem as quais a ação que lhes cabia desenvolver tendia forçosamente a se frustrar.

De fora, professores, administrativistas, publicistas e outros representantes da sociedade brasileira faziam eco a esse justo anseio, exigindo dos poderes públicos a ampliação das prerrogativas constitucionais e legais do TCU.

Baseavam-se todos numa constatação evidente: os dispositivos de controle de que dispunha o Tribunal davam-lhe apenas a faculdade de aplicar, nos casos que exigiam sua ação saneadora, sanções de efeito simbólico, quando muito de sentido puramente moral.

O quadro que se desenhava diante de todos era, pois, deveras preocupante: o crescimento tentacular da máquina administrativa assumia proporções gigantescas e tornava a presença do Estado cada vez mais acentuada na vida dos cidadãos; em contrapartida, os controles públicos mostravam-se débeis e carentes de mecanismos ágeis e eficazes.

Sobrevém, em fevereiro de 1987, a convocação da Assembléia Nacional Constituinte. Esse fato propiciou ao Sistema Tribunais de Contas, graças à compreensão e ao espírito inovador dos Senhores Parlamentares Constituintes, ter suas competências e atribuições reinscritas na nova Carta de forma significativamente ampliada e fortalecida.

A esse respeito, penso que o Tribunal, Instituição quase secular, presente em todas as Constituições republicanas, com suas responsabilidades assim revigoradas, estará cada vez mais capacitado a corresponder às justas expectativas de toda a comunidade, que nele vê o guardião do Erário.

2. O TCU e a Constituinte

As novas normas constitucionais relativas à Corte correspondem aos almejos de seus integrantes e daqueles que, recente ou mais remotamente,

a dignificaram, todos indistintamente voltados para o fiel cumprimento de suas árduas e nobres tarefas, sempre com vistas ao bem público.

Longo foi o caminho vencido para se atingir esse desiderato. Podemos assinalar como marco básico e inaugural o 13.º Encontro dos Tribunais de Contas do Brasil, realizado em Salvador, em 1985. Ali se constituiu *Comissão*, integrada por representantes dos Tribunais de Contas dos Estados, dos Municípios e da União. Seu objetivo era oferecer sugestões ao debate constitucional, que então se iniciava, no tocante às competências das Cortes de Contas; e demarcar mais claramente o campo de atuação do sistema de controles públicos. Tencionava-se evitar com isso posições institucionais mal definidas ou propostas irrealis.

Na Constituinte verificamos que uma das grandes dificuldades para se chegar ao texto ora vigente residiu no fato de que a Seção “Da Fiscalização Contábil, Financeira e Orçamentária” constou ao mesmo tempo da pauta de duas Comissões Temáticas — Do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças, e Da Organização dos Poderes e Sistema de Governo com as respectivas Subcomissões: de Orçamento e Fiscalização Financeira e do Poder Legislativo.

Esse fato — a tramitação simultânea da mesma matéria em duas Comissões — gerou dificuldades de redação e delongas que as Assembléias Constituintes Estaduais poderão perfeitamente contornar, aproveitando a experiência da Constituinte Nacional.

Os integrantes daqueles dois mencionados órgãos técnicos demonstraram, indistintamente, interesse e espírito público a fim de produzirem o texto mais adequado. Resultaram, todavia, disposições conflitantes, com sérios reflexos para a correta compatibilização na Comissão de Sistematização. Mercê, porém, de entendimentos processados em clima de seriedade e responsabilidade, chegou-se a um denominador comum, atendendo as prescrições constitucionais aos anseios da sociedade e às proposições da Corte de Contas.

As atividades da Assembléia Nacional Constituinte desenvolveram-se, assim, de modo a consagrar o conceito do *Sistema Tribunais de Contas* junto ao Poder Legislativo e perante a Nação.

3. *As novas competências do Tribunal*

Observa-se, de logo, que o Tribunal *judgará*, sem ressalvas, as contas de *todo o universo* de órgãos da Administração Direta e das entidades da Administração Indireta. Controlará, em suma, de forma irrestrita, todos os gastos oriundos de recursos públicos, todas as contas da União em seus aspectos *contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial*.

A inclusão, pela primeira vez, do controle operacional — medida altamente louvável — permitirá a avaliação do desempenho da gestão pública,

não somente da legalidade, legitimidade e probidade de seus atos, como também da economicidade dos valores aplicados, comparando dispêndios efetivados e resultados colhidos.

Deferiu-se ao Tribunal, agora em dispositivo constitucionalmente expresso, o *juízo* das demonstrações contábeis das empresas de cujo capital a União participe, mesmo em caráter minoritário ou igualitário. Ao contrário do regime anterior que, em nível de legislação ordinária (Leis n.ºs 6.223/75 e 6.525/78), restringia a fiscalização aos casos em que a União fosse detentora da maioria das ações com direito a voto.

Lei ordinária ou ato próprio do Tribunal disporá quanto à forma de controle dessa participação estatal não majoritária no patrimônio das sociedades.

A prerrogativa de *juízo de contas* está, pois, claramente definida no inciso II do art. 71. Deve prestá-las quem quer que “utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos”, conforme preceitua o parágrafo único do art. 70.

O Tribunal é, em síntese, órgão público de controle externo, investido de poder jurisdicional, próprio e privativo, em todo o território nacional, sobre matérias do seu rol de atribuições, detidamente explicitadas.

Reinscreve-se, ainda, na Lei Magna, a iniciativa do TCU de realizar *inspeções, auditorias e levantamentos* expeditos, sobre as várias modalidades de controle, nas unidades administrativas dos Poderes da União e demais entidades e organizações públicas.

Trata-se de ação a ser o mais possível multiplicada, porquanto com ela exercita-se o controle concomitante ou preventivo dos gastos públicos, o que, de forma eficaz, evita, na origem, irregularidades ou desperdícios sempre condenáveis. Os Tribunais, por esse meio, desenvolvem intensa ação pedagógica, orientando e recomendando, ou exercitando o poder inibidor de práticas indevidas.

Em outra elogiável medida, estendeu-se igualmente a fiscalização do TCU às contas nacionais das empresas supranacionais, até então desobrigadas de controle nesse nível. Assim, expressiva parcela de investimentos públicos em empreendimentos estratégicos, a exemplo da Itaipu-Binacional, da COLBRAS (Petróleos-Colombo-Brasileiros S/A), ambas com 50% de capital nacional, e bancos internacionais, estará sob vigilante e atento acompanhamento do Tribunal.

Mantém-se, na nova Carta, tal qual existente na anterior, uma das atribuições mais relevantes da Corte: oferecer *parecer prévio* às contas anuais do Presidente da República, a serem julgadas pelo Congresso Nacional, e elaborar, como de praxe, relatório sobre a gestão econômica, orçamentária, financeira e patrimonial da União.

Nessas contas sucessivas, o Colegiado do Tribunal analisa o Orçamento da União e sua execução, alinhando aspectos do desempenho das políticas do Poder Executivo. Isso possibilita ao Congresso Nacional exercer o mais alto estágio do Sistema de Controle — a avaliação política — ao examinar e propor medidas com vistas aos ajustes das estratégias e prioridades governamentais; ao investigar a fidelidade ou os desvios da execução de planos e projetos aprovados; ao argüir aspectos capitais de utilidade e razoabilidade dos gastos efetuados; ou, diversamente, ao questionar despesas eivadas de prodigalidade, intencional ou não, divorciadas do interesse nacional.

4. *Um controle mais abrangente de pessoal*

Quanto ao controle de *pessoal*, novas e extensas competências foram aditadas, notadamente o registro das concessões de aposentadorias e pensões na Administração Indireta (*autarquias*) e dos atos de admissão de pessoal em ambas as Administrações (Direta e Indireta), inclusive fundações.

De notar que a incumbência preceituada crescerá — aos 20 mil processos do gênero, até agora registrados anualmente pelo Tribunal (17 Ministérios), outros tantos referentes a 136 autarquias. Some-se a isso, após a adoção do regime único já previsto, o exame semelhante atinente a 112 fundações.

No que diz respeito ao registro das admissões, *a qualquer título*, não é demais lembrar que atualmente são um milhão e meio de funcionários e servidores públicos, os quais constituirão o cadastro básico a ser implantado no TCU. Será o passo inicial para o controle efetivo do ingresso de agentes públicos.

Evidenciado está que o legislador constituinte de 1988 se preocupou sobremodo com os controles da espécie. Cobra relevo a inserção de itens redutores de gastos e a obrigatoriedade de concurso público para ingresso, tanto no setor estatal direto quanto no indireto.

Efetivamente, conforme já constatou o Tribunal, o controle dessa área é um desafio, necessitando urgente ordenamento, procurando-se evitar, sem prejuízo da eficácia da fiscalização, a hipertrofia do aparelho de controle.

Neste sentido, consciente da expectativa favorável que tal normativo gerou na opinião pública, a Corte vem desenvolvendo estudos e programas de ação que contemplam, além da imprescindível desburocratização no exame do assunto, a introdução de sistema eletrônico de processamento de dados.

Faz oportuno ressaltar, ademais, que os atos de admissão de pessoal, após a Constituição recém-promulgada, estão intrinsecamente ligados ao que preceituam o seu art. 169 e o art. 38 do Ato das Disposições Transitórias. Esses dispositivos impõem severas restrições e intransponíveis limites

à execução de dispêndios dessa natureza, alcançando não só a União, mas também os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Indispensável, pois, dada a complexidade da matéria, que os nossos Tribunais promovam um intercâmbio de sugestões e idéias, de todo valioso.

5. *Um mandamento inovador*

Além dessas competências acrescidas, outro mandamento também inovador confere ao Tribunal a fiscalização de renúncia de receitas e, em conseqüência, a vigilância sobre a utilização de incentivos fiscais.

Matéria que já vem merecendo especial atenção do Corpo Deliberativo é o aprimoramento dos mecanismos destinados a propiciar uma melhor e mais abalizada avaliação dos sistemas de incentivos fiscais, consubstanciados nos Fundos de Investimentos Regionais e Setoriais — FINOR, FINAM e FISET.

Os resultados das auditorias programáticas realizadas constituíram verdadeiro diagnóstico. Revelaram distorções, abusos e irregularidades, resultantes, em boa parte, da precariedade e morosidade dos instrumentos de ação fiscal.

Entretanto, o seu maior mérito foi despertar amplos setores da sociedade brasileira para a discussão da validade das aplicações incentivadas, ou subsidiadas, em áreas e setores privilegiados, em detrimento de outras regiões, carentes de serviços básicos de saúde, habitação, saneamento, educação e, hoje mais que nunca, de segurança urbana, todas funções típicas e prioritárias de governo, devidas à comunidade.

Reconhecida e destacada na nova Carta Magna a fiscalização de renúncia de receitas, indispensável se faz agora aperfeiçoar normas legais e rotinas administrativas tendentes a garantir o êxito de projetos beneficiados por estímulos e subsídios dessa forma recolhidos, os quais, em 1988, atingiram o expressivo valor de 150 bilhões de cruzados (padrão monetário vigente à época).

6. *A descentralização de recursos*

Colocam-se, a partir de 5 de outubro, sob rigoroso e permanente acompanhamento do Tribunal os recursos transferidos pela União, mediante convênio ou outro instrumento congênere, a Estado, ao Distrito Federal, a Município, ou a órgão e entidade a eles vinculados.

Esses recursos assim negociados — Cz\$ 130 bilhões no ano transato — visam a atender ao salutar *princípio da descentralização*, sob forma delegada, na execução da atividade pública federal, notadamente dos projetos e programas de interesse social e comunitário recíproco, de caráter nitidamente local. Cumpre-se, portanto, o preceituado no DL n.º 200/67.

Todavia, tem apurado o Tribunal que, apesar dos instrumentos severos de controle interno, em seus vários estágios, de que dispõe a Administração Central, o controle tem-se revelado frágil e deficiente, notadamente na análise de planos de aplicação, na vigilância do fluxo de dotações a aplicar e na avaliação dos resultados dessa forma obtidos.

Dáí, passar, recentemente, o TCU a exigir, dos agentes federais repassadores dessas verbas, atestado expresso da *boa e regular aplicação* dos recursos pactuados. E no caso de irregularidades, omissão na comprovação de contas, desvio de finalidade do ajustado, ou, ainda de persistente inadimplência ou negligência dos entes beneficiados em cumprir cláusulas essenciais conveniadas, tem o TCU decidido seja *assinado prazo* para a comprovação das contas ou a devolução dos recursos. Tem igualmente determinado a *suspensão* de novos convênios; e, *exauridas essas providências*, ordenado a instauração imediata de *Tomada de Contas Especial*, com a identificação de responsáveis e a quantificação de débitos.

Aliás, a propósito da utilização desses vultosos recursos repassados ou negociados, sou favorável à *dupla fiscalização*: o controle sobre quem os repassa, conjugado ao controle sobre quem os recebe e aplica.

Por esse meio, há de se garantir a eficiência da atividade federal descentralizada e, já agora, a eficácia do dispositivo constitucional ora inaugurado.

7. O Tribunal e o Poder Legislativo: Ação conjugada

Determina-se, de outra parte, a aplicação de *sanções* aos responsáveis por ilegalidade de despesas ou irregularidade de contas, prevendo-se multas proporcionais ao dano causado ao Erário, ao invés das cominações irrisórias até aqui vigentes. Trata-se de conquista de há muito cobrada pelos Tribunais de Contas e pelo contribuinte na defesa dos dinheiros da Nação.

Pela sua relevância e por tratar-se de imperativo constitucional, a matéria será objeto de definição precisa na futura Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, a ser promulgada. Nos estudos em curso, já substanciados em anteprojeto, em fase de debates, no âmbito do Colegiado do TCU, antecipam-se indicações de penalidades, variáveis em função da natureza e gravidade da infração ou danos dela decorrentes. Assim, propõe-se, entre outras, multa proporcional ao prejuízo causado, tema que, pela sua complexidade, há de merecer de todos nós cuidadosa reflexão no sentido de bem situá-la; inabilitação temporária ou definitiva para o desempenho de cargo comissionado ou mesmo para o exercício de função pública, quando o gestor cometer grave *infringência* à legislação e normas vigentes; e seqüestro de bens dos responsáveis por dívidas não liquidadas.

É bom acentuar que as *decisões* da Corte de que resultem imputação de débito ou multa terão *constitucionalmente* eficácia de título executivo.

Disposições altamente moralizadoras foram incluídas no texto constitucional, consolidadas nos incisos IX, X e XI e parágrafos do art. 71. Destaquem-se as referentes a despesas originárias de *contratos* — um dos principais instrumentos da atividade administrativa — quando impugnadas pelo Tribunal e comunicadas ao Congresso. Terá este o prazo de 90 dias para manifestar-se, implicando o silêncio no prestigiamto da decisão do TCU, contrariamente ao antes preceituado, em que o *decorso de prazo* convalidava o dispêndio tido como irregular.

Como sabemos, na Constituição de 1967 o Tribunal, verificando a ilegalidade de despesa decorrente de contrato administrativo, solicitava ao Congresso determinasse a sua sustação. Este dispunha de 30 dias para deliberar, sob pena de tornar-se insubsistente a impugnação.

O período era demasiado exíguo para o exame pelas Comissões Técnicas das duas Casas do Congresso Nacional, e conseqüente votação. Daí redundar tornar-se legal despesa tida como ilegal, pela simples fluência do tempo.

Hoje, inverte-se a regra. Se o Congresso não se manifestar em 90 dias o Tribunal resolverá a respeito.

Outro ponto a enfatizar é o concernente “ao exame analítico e pericial” do endividamento externo brasileiro, a ser promovido por Comissão do Legislativo, com auxílio do Tribunal de Contas da União, em obediência a expressa disposição constitucional transitória.

Oportuna, sem dúvida, essa iniciativa, no momento em que o País, em todos os escalões governamentais, discute, aqui e no exterior, o problema de sua dívida junto a instituições financeiras internacionais. Indispensável por isso preparar-se o TCU para essa importante colaboração.

Aliás, o entrosamento com o Congresso Nacional está definido com precisão na Carta Magna, em diversos de seus dispositivos. No art. 72, §§ 1.º e 2.º, por exemplo, é estabelecido estreito relacionamento com um dos órgãos de maior relevância do Congresso: a Comissão Mista Permanente de Senadores e Deputados. A ela se deferiram prerrogativas da mais alta significação na análise de funções e metas governamentais.

De igual modo, estão previstas nos incisos IV, VII, XI e § 4.º do art. 71, atividades que bem comprovam as afinidades de ação do Tribunal de Contas e do Congresso Nacional, co-partícipes que são na vigilância do Tesouro Nacional.

Consolida-se, dessa forma, o pleno inter-relacionamento de duas instituições, que perseguem os mesmos ideais.

8. A nova composição do Tribunal

Ao definir a Constituição, no art. 73, a composição do Tribunal, sua competência jurisdicional, os novos critérios e requisitos para o preenchi-

mento dos cargos de Ministro, estende-lhe os impedimentos, garantias e prerrogativas dos integrantes do Superior Tribunal de Justiça.

Permanece o TCU com sua tradicional composição de nove Ministros, mantida em boa hora a vitaliciedade, pois representa, não privilégio pessoal, mas condição indispensável ao bom desempenho das altas responsabilidades de que são investidos os membros das Cortes de Contas.

Ardua foi a tramitação deste tópico, em razão, conforme já assinalado, de ter sido tratado concomitantemente em comissões distintas, o que gerou descoincidência de pontos de vista, afinal superada.

Por sua vez, como dito, ampla é a competência jurisdicional do TCU, abrangendo todo o território nacional, a par das previstas no artigo 96, que conferem a necessária autonomia para o Tribunal gerir e organizar matéria de sua alçada interna.

Bem definidos estão os requisitos para a nomeação dos Ministros.

Quanto aos *critérios de escolha*, porém, levantaram-se, desde logo, algumas dúvidas.

Assim, indaga-se: como proceder na escolha do terço reservado ao Presidente da República, com aprovação do Senado Federal? Seriam primeiramente indicados pelo Tribunal o Auditor, seguido do membro do Ministério Público, ou o escolhido pelo Presidente da República? E os dois terços destinados ao Congresso Nacional? Seriam eles selecionados após esgotado o primeiro terço? Ou seria estabelecida a alternância na seleção dos nomes?

Pergunta-se mais: o efetivo exercício por mais de 5 anos exigido na Constituição alcança aqueles que já integravam o Tribunal anteriormente a 5 de outubro de 1988?

São essas algumas das questões a dirimir, interpretar ou regularmentar.

9. *Reforçando os sistemas de controle interno*

São ainda confirmadas ou acrescidas, e definidas em nível constitucional, as finalidades dos *sistemas de controle interno* dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Impõe-se, dessa forma, um perfeito encadeamento dos órgãos de controle interno, não importando sua natureza, com o controle externo, a cargo do TCU.

Isso porque situam-se eles *dentro, e não fora do reduto das contas*; por exigência constitucional (art. 74, § 1.º), estão eles agora obrigados, "sob pena de responsabilidade solidária", a cientificar ao controle externo quaisquer irregularidades ou ilegalidades apuradas. Desse modo, darão apoio ao Tribunal para uma ação pronta na identificação de administradores inadaptantes, ou na correção tempestiva de atos ilegítimos ou lesivos ao patrimônio estatal e à poupança popular.

Assim agindo, corretamente integrados, ambos os controles se complementam numa *única relação operacional*.

Criam-se, com essa cadeia sistêmica, condições indispensáveis ao *controle maior*, situado em plano próprio e soberano, que, em nome do povo, compete ao Parlamento exercitar, sobre as receitas e despesas da Nação.

10. *O cidadão: Agente controlador*

Nesse elenco, atentemos agora para o § 2.º do artigo 74, *verbis*: “Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União”.

Esse preceito, agora inserido na Constituição, tem inegável sentido democrático e configura inestimável conquista do cidadão, a quem se defere ação presente e participativa no controle dos dinheiros públicos. Simboliza, em verdade, o espírito que norteou a elaboração da nova Carta da República.

Essa contribuição, de todo válida, deverá constar, devidamente ordenada, do próximo Estatuto Orgânico — como disse, em elaboração — incorporando, inclusive, experiências acumuladas durante a vigência de Resoluções editadas pelo Tribunal e disposições do atual Regimento Interno. Instituto da máxima relevância, deverá ser disciplinado com toda precisão, a fim de preservar, em sua inteireza, o nobre sentido que o inspirou.

11. *O Ministério Público junto ao TCU*

Ressalte-se, neste ponto, a institucionalização, também em plano constitucional, do *Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União*. Resultou ela de sucessivos e prolongados contatos com parlamentares, relatores e líderes partidários, no sentido de bem posicionar e discernir peculiaridades e singularidades do Ministério Público que atua junto ao Tribunal, como integrante da Corte de Contas e não uma ramificação do Órgão Federal que funciona junto ao Poder Judiciário. É o que ratifica o artigo 130 da Lei Magna, confirmando uma longa, quase centenária, prática do direito brasileiro.

A propósito, na Sessão Plenária requerida com a finalidade de registrar a promulgação da constituição de 1988, assim se pronunciou o Procurador-Geral junto ao TCU, Professor Francisco de Salles Mourão Branco:

“Consagra-se, destarte, a tradição firmada desde 1892 (cf. Decreto n.º 1.166), quando concebido este Órgão do Ministério Público como integrante mesmo do Corpo Deliberativo do Tribunal, e, a seguir, de forma inalterada, como parte integrante da mesma Corte, sem que jamais se tenha cogitado de subordinação deste Ministério Público ao TCU...”

12. *Uma nova Lei Orgânica para o TCU*

Evidencia-se assim que o Tribunal de Contas da União teve elásticas, e de muito, suas responsabilidades.

Em contrapartida a esse acréscimo de deveres, impõe-se-nos, desde logo, elaborarmos uma *Lei Orgânica* ágil e moderna, inovadora de trâmites e procedimentos, incorporando técnicas e métodos expeditos de ação, condizentes com nossas realidades.

Nessa nova Lei Orgânica — cujo anteprojeto fomos honrados pela Presidência do Tribunal de relatar, inclusive as emendas e sugestões que, em número considerável, estão sendo apresentadas — hão de estar prioritariamente definidas e conceituadas a natureza e a finalidade da Instituição de Contas, e caracterizada sua posição na organização do Estado. A seguir, enunciadas as competências jurisdicionais e de fiscalização dos atos dos arrecadadores de receitas e ordenadores de despesas.

Por outro lado, ao tratar da organização do Tribunal, deverá incluir dispositivos asseguradores de meios materiais e de recursos — humanos e financeiros; aqueles contemplando a ampliação dos quadros de pessoal técnico-administrativo, adequadamente remunerado e treinado, apto a enfrentar as múltiplas e complexas tarefas impostas; estes, os financeiros, compatíveis com os *custos do controle*, portanto proporcionais aos montantes dos valores e bens sujeitos a fiscalização, e resguardados de aleatórios cortes no curso da execução orçamentária, inviabilizadores da eficaz e eficiente *ação do controle*.

Refletindo com exatidão o sentido de relevância e urgência exigidas para esse novo Estatuto, ao retomarmos as atividades plenárias neste exercício, assim se manifestou o Senhor Ministro Carlos Átila:

“... proponho assumirmos o compromisso de dedicar plena, total e completa prioridade, em nossos trabalhos, à elaboração do projeto da nova Lei Orgânica do Tribunal, de tal forma que o Congresso Nacional possa soberanamente votá-lo ainda em 1989 e que sua sanção pelo Senhor Presidente da República seja erigida em principal evento comemorativo do Tribunal, em homenagem ao Centenário da República.”

13. *Um desafio com data marcada*

Vê-se, pelo que acabamos de afirmar, que os integrantes dos Tribunais de Contas têm motivos suficientes para se rejubilarem com a atual Lei Maior.

Chegou-se a este resultado mercê da recíproca compreensão, entre membros da Corte de Contas e Constituintes do Brasil, tendo-se como único propósito o atendimento do interesse público, a defesa do Erário.

O texto de 1988 explicitou e acrescentou, significativamente, a abrangência e a qualidade, mais diversificada, das competências dos órgãos de Controle Externo. Em síntese, os Tribunais de Contas agora *podem mais*.

Poder mais representa, necessariamente, acréscimo de compromissos, não só perante o Legislativo, como em face da opinião pública.

Os Tribunais de Contas saberão corresponder às expectativas geradas, jamais se omitindo no cumprimento de obrigações acrescidas em consequência de atribuições agregadas.

Esse o verdadeiro *desafio* que o Sistema Tribunais de Contas, hoje mais do que no passado, harmonicamente entrosado com o Legislativo, tem diante de sua consciência.

É um desafio com prazo temporal, na medida em que, na sua sabedoria, a Constituição de 88, no Ato das Disposições Transitórias, antecipa uma revisão do texto vigente ao término de um decurso de cinco anos. De passagem, recordemos, também, que a Carta Política poderá a qualquer momento ser alterada, na forma de rito preestabelecido, dessa forma aperfeiçoando-se com a prática, consolidando-se com seu exercício, num obstinado esforço de aprimoramento dos avanços conquistados em tão memorável jornada.

A revisão prevista não omitirá, certamente, a avaliação do desempenho dos Tribunais de Contas. Positivo esse desempenho, mais ainda se fortalecerão as Instituições de Controle Externo.

14. Conclusão

Foi longa, árdua, mas afinal proveitosa, a jornada percorrida pelo Sistema Tribunais de Contas do Brasil — à frente o Tribunal de Contas da União — em busca do necessário e urgente alargamento de suas competências, visando a um melhor controle dos dinheiros públicos. Essas competências estão hoje reinscritas na estrutura constitucional do País.

Para regulamentá-las faltam as *leis complementares e ordinárias* que serão, por assim dizer, o perfeito e jurídico acabamento dessas normas tão ansiosamente esperadas e tão oportunamente promulgadas em 5 de outubro de 1988.

Em consequência, impõe-se agora a indispensável mobilização de todo o Sistema no sentido de tornar realmente efetiva, eficaz e eficiente sua ação controladora dos gastos relativos aos recursos oriundos do Tesouro Nacional. Essa fiscalização — nunca será demais repetir — há de ser irrepreensível nos três níveis de governo: o federal, o estadual e o municipal.

Nesse particular, o momento é pois de auspiciosa expectativa. Por isso, só há um caminho a trilhar: o de irmos ao encontro das justas aspirações de austeridade, exação e rigor de toda a sociedade brasileira.

Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais. Tribunais e Juízes Estaduais. Juizados Especiais (*)

RICARDO ARNALDO MALHEIROS FIUZA

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito "Milton Campos", Coordenador da Escola Judicial "Des. Edésio Fernandes" do TJMG, e Membro do Instituto dos Advogados de Minas Gerais, do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional e do Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro

SUMÁRIO

1. *Introdução*. 2. *Breve histórico (Império)*. 3. *Breve histórico (República — 1891 a 1988)*. 4. *A Constituição de 1988*. 5. *Os Tribunais Regionais Federais*. 6. *Os Juizes Federais*. 7. *A Justiça Estadual*. 8. *Os Juizados Especiais*. 9. *Conclusão*.

1. *Introdução*

Que a minha primeira palavra seja de agradecimento pela honra de ter sido escolhido como um dos palestrantes deste Simpósio, que leva a marca de seriedade e proficiência do Instituto dos Advogados de Minas Gerais.

(*) Palestra feita em 5-12-88, no Simpósio de Direito Constitucional, promovido pelo Instituto dos Advogados de Minas Gerais.

Em segundo lugar, seja-me permitido supor que a escolha do tema que me coube neste Simpósio — *Tribunais Regionais Federais e Juizes Federais. Tribunais e Juizes Estaduais. Juizados Especiais* — tenha sido pelo fato, honroso para mim, de que há 28 anos, embora não magistrado, colaboro com o “Poder Judiciário” do meu Estado, na sua parcela de função administrativa.

Finalmente, devo declarar que procederei aqui, sem faltar ao respeito com os ilustres participantes deste Simpósio, com a *simplicidade* que me é característica, aliás por inerência e limitação, e com a qual ousou ensinar a querida T.G.E. aos meus não menos queridos alunos da “Milton Campos”, muitos dos quais tenho a alegria de ver neste auditório. Não vou fazer conferência! *Simplesmente*, pretendo realizar, com a ajuda da mesa e dos ouvintes, um estudo coletivo, a começar por um breve histórico do Poder Judiciário brasileiro desde o Império; a sua bipartição em *federal e estadual* na República; uma rápida referência às seis Constituições nacionais precedentes; aqui e ali um pequeno tempero comparativo, com sabor de Portugal e dos Estados Unidos, cujas organizações judiciárias nos têm influenciado através dos tempos; e, principalmente, examinar, em tom *informativo*, o tratamento dado à Justiça *Comum* federal e estadual e aos Juizados Especiais no Brasil de 88.

2. Breve Histórico (Império)

A *unicidade de poder*, característica dominante do Estado Unitário, fez com que a Justiça brasileira, durante toda a nossa história imperial, fosse *nacional*, não se podendo, obviamente, falar, durante os reinados dos dois Pedros, o tempestuoso e o calmo, em dois ambientes judiciários. Assim é que a Constituição Imperial de 1824, outorgada pelo filho de D. João VI, em seu Título V, Capítulo II, tratando do *Poder Executivo*, estabelecia, no art. 102, que, entre as principais atribuições do Imperador, estava a de “nomear magistrados”. E a mesma Carta, a de maior longevidade na história constitucional brasileira, no seu Título VI, a cuidar do *Poder Judicial*, decretava, no art. 158, que “para julgar as causas em segunda instância (haveria) nas províncias do Império as *Relações* que (fossem) necessárias para comodidade dos povos”. E no art. 163 estatuiu que “na Capital do Império, além da Relação que (deveria) existir, assim como nas mais províncias, (haveria) também um tribunal com a denominação de Supremo Tribunal de Justiça, composto de juizes letrados, tirados das relações por suas antigüidades, e (seriam) condecorados com o título de Conselheiros”.

Com base nestes dispositivos constitucionais é que D. Pedro II criou, através do Decreto Imperial n.º 2.342, em 6 de agosto de 1873, o Tribunal da Relação de Minas Gerais e o dotou, para sua instalação, em 3 de fevereiro de 1874, de sete Desembargadores e dos necessários serventuários,

conforme se pode ver de documentos originais expostos na “Memória do Judiciário Mineiro”, recém-inaugurado no Tribunal de Justiça.

Tal Justiça *nacional*, como se sabe, é a que se adota em Portugal, Estado Unitário, conforme dispõe o Título V da Constituição da República Portuguesa, notadamente nos Capítulos II e III. Ali (art. 220), expressa e até didaticamente, se ensina que os juizes dos tribunais judiciais “formam um corpo só”, evidenciando a unicidade do Poder Judiciário português. E ali também se vê (arts. 212 a 214) que a Justiça portuguesa é distribuída por uma linha só de tribunais, que começa pelos tribunais de primeira instância espalhados por ... comarcas no território nacional (continental e insular), passa pela segunda instância nas Relações (de Lisboa, Porto, Coimbra e Évora), que são órgãos *regionais* e chega ao órgão superior da hierarquia judiciária, que é o Supremo Tribunal de Justiça, sediado em Lisboa. Tudo isso, sem prejuízo do Tribunal Constitucional, competente precipuamente para apreciar a inconstitucionalidade e a ilegalidade, caracterizando o sistema de controle *misto* de constitucionalidade, eis que tal importante órgão é formado por representantes dos três grandes ramos do Poder do Estado.

3. Breve histórico (República: 1890 a 1988)

Com a proclamação da *República* em 1889 e a adoção da *Federação*, inspirada na criação norte-americana de 1787, o Brasil passaria a viver sob a dualidade dos três órgãos do Poder, em dois planos de governo — o federal e o estadual — característica dominante da forma de Estado idealizada por HAMILTON, MADISON e JAY.

De fato, mesmo antes da promulgação de nossa primeira Constituição Republicana já se criara a Justiça Federal no Brasil. A propósito, escreve VLADIMIR SOUZA CARVALHO: “Numa demonstração de que o Governo Provisório não queria perder tempo é que, mesmo antes de a Assembléia Constituinte reunir-se, surge o *Decreto n.º 848, de 11-10-1890*, com o qual se organizava a Justiça Federal, e, até o fim do mês de janeiro de 1891, muito antes da promulgação da Constituição, consoante noticia FELISBERTO FREIRE, estavam nomeados todos os juizes seccionais dos Estados e toda a magistratura do País, de acordo com a reforma instituída”.

E a nossa primeira Constituição Republicana, encampando a reforma do decreto, estabeleceu, em seu art. 55, que o Poder Judiciário da *União* teria por órgãos um Supremo Tribunal Federal e tantos juizes e Tribunais Federais, distribuídos pelo País, quantos o Congresso criasse. E o art. 56 determinava que o Supremo Tribunal Federal compor-se-ia de 15 *juizes*, nomeados pelo Presidente da República entre cidadãos maiores de 35 anos de notável saber e reputação, sujeitada a nomeação à aprovação do Senado. Os Juizes Federais também *deveriam* ser nomeados pelo Presidente da República, partindo a indicação do Supremo Tribunal.

A essa Justiça Federal “comum” de primeira instância competia julgar as causas que se fundassem em dispositivo da Constituição e todas aquelas propostas contra o Governo da União e deste contra os particulares; também os pleitos entre Estados estrangeiros e cidadãos brasileiros e as questões de direito marítimo e navegação; os crimes políticos, e, curiosamente, à maneira americana, os litígios entre *um Estado-Membro e os habitantes do outro*.

Sintética, se a compararmos com o texto expansivo de hoje, e verdadeiramente *federal*, em contraposição à Constituição muito mais *nacional* que temos agora, a Carta de 1891 deixava que os Estados-Membros organizassem, autonomamente, os seus próprios judiciários. Limitava-se o primeiro Texto Fundamental Republicano, mesmo com as emendas de 1926, a proibir, no art. 62, que as Justiças dos Estados intervissem em questões submetidas aos Tribunais Federais e vice-versa. E, já caracterizando o Supremo como um Tribunal mais *nacional* que exclusivamente *federal*, determinava, no art. 60, § 1.º, que a ele caberia julgar, em última instância, os recursos das sentenças das justiças estaduais:

a) quando se questionasse sobre a vigência, ou a validade das leis federais em face da Constituição e a decisão do Tribunal estadual lhes negasse aplicação;

b) quando se contestasse a validade das leis ou de atos dos governos estaduais em face da Constituição ou das leis federais e a decisão do Tribunal estadual considerasse válidos esses atos e essas leis impugnadas;

c) quando dois ou mais Tribunais estaduais interpretassem de modo diferente a mesma lei federal; e

d) quando se tratasse de questões de direito criminal ou civil internacional.

1934

Mantida a forma federativa de Estado, também permaneceu a dualidade na Justiça Comum, com os arts. 78 a 81 da Constituição de 1934, dentro do Título I (da “Organização Federal”) a tratarem dos Juizes e Tribunais Federais e o art. 76, que cuidava da “Corte Suprema”, a estabelecer que o excelso pretório, com a nova denominação de influência americana, tinha competência para julgar, em grau de recurso extraordinário, causas decididas pelas *justiças locais* em matéria de inconstitucionalidade ou questionamento de validade ou vigência de lei federal, entre outras.

O interessante aqui, dentro dos limites de nosso assunto, é verificar-se que as expressões “Justiças locais” e “Cortes de Apelação de Estados

diferentes" são as únicas referências feitas aos Judiciários estaduais no Título "Da Organização Federal".

Isto porque a Constituição de 1934 dedicou um título inteiramente separado, o Título II, para tratar, no art. 104, das normas básicas da Justiça do Estado, com remissão a alguns preceitos da Justiça Federal, tais como garantias e impedimentos dos magistrados, deixando a organização e a legislação judiciárias dos Estados-Membros para seus próprios legisladores constituintes ou ordinários.

1937

A Carta do Estado Novo, outorgada por Getúlio Vargas em 10 de novembro de 1937, extinguiu a Justiça Federal Comum de Primeira Instância. No seu art. 107 ficava estabelecido que, excetuadas as causas de competência do Supremo Tribunal Federal (denominação restaurada), todas as demais seriam da competência da Justiça dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios. E o art. 108 esclarecia que as causas propostas pela União ou contra ela seriam aforadas em um dos Juizes da Capital do Estado em que fosse domiciliado o réu ou o autor.

Seis dias depois da entrada em vigor da nova Carta, o Decreto-Lei n.º 6, de 16-11-37, dava o "golpe final", no dizer de VLADIMIR SOUZA CARVALHO, ao prescrever secamente que ficavam extintos os cargos de juizes federais nos Estados, no Distrito Federal e no Território do Acre e os dos respectivos escrivães e demais serventuários.

E o art. 109 preceituava que das sentenças proferidas pelos Juizes de primeira instância nas causas em que a União fosse interessada como autora, ré, assistente ou oponente, haveria recurso *diretamente* para o Supremo Tribunal Federal.

Em decorrência dessa flagrante quebra de uma das características do federalismo, qual seja a quase total extinção da dualidade judiciária, extinguiu-se, também, a dualidade processual, passando a competir *privativamente* à União legislar sobre o direito processual (art. 16, inciso XVI).

1946

A Constituição de 18 de setembro de 1946, restauradora da Democracia no Brasil, manteve a extinção da Justiça Federal Comum de primeira instância, mas criou, na estrutura do Judiciário Federal, o *Tribunal Federal de Recursos*, competente para julgar, em grau de recurso, as causas decididas em primeira instância pelos juizes estaduais, quando a União fosse interessada como autora, ré, assistente ou oponente, exceto as de falência (art. 104, II, a). A composição do TFR seria de nove juizes, nomeados

pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, sendo 2/3 entre magistrados e 1/3 entre advogados e membros do MP, dentre brasileiros maiores de 35 anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

O art. 105 já estabelecia que a lei poderia criar, em diferentes regiões do País, outros Tribunais Federais de Recursos. O que nunca foi feito...

Quanto aos Judiciários estaduais, a Constituição de 46 dedicou-lhes um título especial de um só artigo, o 124, com XII incisos. Destaca-se aí a prescrição da inalterabilidade quinquenal das organizações judiciárias estaduais e a possibilidade de criação dos Tribunais de Alçada.

Assim, criou-se, em 1965, o Tribunal de Alçada de Minas Gerais, instalado em 31 de maio do mesmo ano.

1965

Ainda sob a égide da Constituição de 1946, mas já dentro do regime de exceção imposto pelo "Golpe de Estado" de 31 de março de 1964, surge o Ato Institucional n.º 2, de 27-10-1965, alterando a redação do art. 105 da Constituição, acima mencionado, que passou a ter a seguinte redação: "Os juizes federais serão nomeados pelo Presidente da República dentre cidadãos indicados na forma da lei pelo Supremo Tribunal Federal".

Recriava-se a Justiça Federal Comum de Primeira Instância e, ao mesmo tempo, proibia-se a criação de "outros" Tribunais Federais de Recursos. A Lei n.º 5.010, de 30-5-1966, viria organizar a Justiça Federal de Primeira Instância.

1967

A Constituição de 24 de janeiro de 1967, outorgada pelo Congresso Nacional, sob a pressão do "Governo Revolucionário", dedicou a Seção I do Capítulo VIII, destinado ao Poder Judiciário, aos órgãos judiciários federais, dela constando, no art. 107, inciso II, os Tribunais Federais de Recursos (no plural) e os Juizes Federais, reservando a Seção VIII à Justiça dos Estados. Assim, a dualidade judiciária integral, nas duas instâncias comuns, já adiantada pelo Ato Institucional n.º 2 e pela Lei n.º 5.010, acima referidos, ganhou, mais uma vez, o *status constitucional*, com a possibilidade da criação de outros Tribunais Federais de Recursos, além do sediado em Brasília.

O art. 116 fixava a composição do TFR já existente em 13 *Ministros*, nomeados pelo Presidente da República, aprovada a escolha pelo Senado Federal, sendo oito recrutados entre magistrados (sem distinção federal ou

estadual) e cinco entre advogados e representantes do MP, todos maiores de 35 anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

E o § 1.º do mesmo artigo facultava a lei complementar criar mais dois Tribunais Federais de Recursos, um em Pernambuco e outro em São Paulo, fixando-lhes a jurisdição e o número mínimo de componentes (*Ministros*).

A permissão constitucional para criação de tribunais “inferiores” de segunda instância na Justiça Estadual seguiu mantida no art. 136, § 1.º, alínea *a*.

1969

A Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de setembro de 1969, editada pela Junta Militar de Governo, tão abrangente que costuma ainda ser, enganosamente, chamada de “Constituição” de 1969 instituiu a dualidade judiciária comum (federal e estadual) no mesmo artigo, o 112, onde figuravam, entre os órgãos do Poder Judiciário (já agora *nacional*), os Tribunais Federais de Recursos e Juízes Federais (inciso II) e os Tribunais e Juízes Estaduais (inciso VI).

As magistraturas federal e estadual passaram a ser tratadas em espaço comum, nos artigos 113 e 114.

O artigo 121 e seu § 1.º, do texto original, foram repetidos no art. 116 e seu § 1.º, do texto emendado, no tocante à composição do TFR de Brasília e à possibilidade de criação de mais dois TFRs, em Pernambuco e São Paulo.

Digno de menção é o art. 123 que, com seu parágrafo único, estabelecia o concurso público para o ingresso na carreira da magistratura federal.

No tocante aos Tribunais e Juízes Estaduais, bem maior passou a ser o seu tratamento na Constituição da República, em detrimento da autonomia estadual.

1977

A Emenda Constitucional n.º 7, de 13 de abril de 1977, um dos “volumes” do “pacote de abril de 77”, editado pelo Presidente ERNESTO GEISEL, sutilmente passou para o singular a expressão “Tribunais Federais de Recursos”, constante do art. 112, inciso III, determinando a existência de *um só* Tribunal Federal de Recursos e modificou-lhe substancialmente a composição no art. 121, dizendo que o Tribunal Federal de Recursos compor-se-ia de 27 Ministros vitalícios, nomeados pelo Presidente da Repúbli-

ca, sendo quinze dentre Juízes Federais, indicados, em lista tríplice, pelo próprio Tribunal; quatro dentre membros do MP federal; quatro dentre advogados; e quatro dentre magistrados ou membros do MP dos Estados e do DF, precedida a nomeação de aprovação da escolha pelo Senado Federal.

Da competência dos Juízes Federais foi retirado o julgamento das causas de direito marítimo e de navegação, inclusive a aérea.

As causas em que a União fosse parte (autora, ré, oponente ou assistente), através da administração direta, entidade autárquica ou empresa pública federal, exceto as de falência, continuavam sendo a matéria de maior peso na competência da Justiça Federal comum.

4. *A Constituição de 1988*

A Constituição Brasileira de 5 de outubro de 1988, em seu Título IV (Da Organização dos Poderes), Capítulo III (Do Poder Judiciário), inclui no mesmo artigo, o 92, a Justiça Federal Comum (inciso III) e a Justiça Estadual (inciso VII), além de criar um órgão novo, o Superior Tribunal de Justiça, que, ao lado do Supremo Tribunal Federal, faz com que dois sejam os órgãos que podemos chamar de *Judiciário nacional*, já que as duas altas cortes podem rever, conforme se sabe, decisões tanto da Justiça Federal quanto da Estadual.

A respeito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, já foi feita neste Simpósio a exposição abalizada do Des. SALVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA.

Assim, este despretensioso trabalho vai cuidar, como determinado pela Coordenação, das estruturas constitucionais da Justiça Federal e da Justiça Estadual, enquanto *justiças comuns ou ordinárias*. E, ao final, far-se-á referência aos chamados "Juizados Especiais".

5. *Os Tribunais Regionais Federais*

A nova Constituição da República, a mais abrangente de todas de nossa história, retomando a idéia da regionalização dos tribunais federais, extinguiu o Tribunal Federal de Recursos e criou, em seu lugar, os *Tribunais Regionais Federais*.

Entendo ser engano afirmar-se, como vários periódicos têm afirmado, que o Tribunal Federal de Recursos foi substituído pelo Superior Tribunal de Justiça. Na verdade, o que ocorre é que o art. 27, § 2.º, inciso I, do Ato das Disposições Transitórias determina que, na composição inicial do STJ, sejam *aproveitados* os atuais Ministros do Tribunal Federal de Recursos. Trata-se aí, portanto, do aproveitamento humano mas não de

transferência de competência do TFR para o STJ. Com efeito, como já visto neste Simpósio, a competência do novo tribunal superior — o STJ — vem muito mais do STF.

Já a competência dos criados Tribunais Regionais Federais é praticamente a mesma do cessante Tribunal Federal de Recursos, conforme se vê no art. 108 da nova Constituição, segundo o qual cabe aos TRFs:

“I — processar e julgar originariamente:

a) os juízes federais da área de sua jurisdição, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, nos crimes comuns e de responsabilidade, e os membros do MP da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral;

b) as revisões criminais e as ações rescisórias de julgados seus ou dos juízes federais da região;

c) os mandados de segurança e os *habeas data* contra ato do próprio Tribunal ou juiz federal;

d) os *habeas corpus*, quando a autoridade coatora for juiz federal;

e) os conflitos de competência entre juízes federais vinculados ao Tribunal;

II — julgar, em grau de recurso, as causas decididas pelos juízes federais e pelos juízes estaduais no exercício da competência federal da área de sua jurisdição.”

Comparando-se o texto acima com o art. 122 da Constituição de 1967, que trazia a competência do TFR, verifica-se que poucas são as mudanças, quais sejam: a inclusão, na competência originária dos TRFs, alínea a, do julgamento dos componentes da Justiça Militar e a ressalva expressa à exclusão dos componentes da Justiça Eleitoral; na alínea b, o acréscimo necessário da expressão “ou dos juízes federais da região”; na alínea c, o aparecimento do *habeas data*, nova garantia constitucional criada no art. 5.º, inciso LXXII; nas alíneas c e d foram excluídos os mandados de segurança e *habeas corpus* contra Ministros de Estado, agora na competência do STJ; na competência recursal, didaticamente se explicou que as causas decididas pelos juízes estaduais, no exercício de competência federal, também sobem para o TRF respectivo, conforme a área de jurisdição.

Segundo o art. 107, os Tribunais Regionais Federais serão compostos de, no mínimo, sete juízes (note-se que o título de Ministro foi substituído), recrutados, quando possível, na respectiva região e nomeados pelo Presidente da República dentre brasileiros com mais de 30 e menos de 65 anos, sendo um quinto dentre advogados com mais de dez anos de efetiva atividade profissional e membros do MP federal com mais de dez anos de

carreira e os demais, mediante promoção de juizes federais com mais de cinco anos de exercicio, por antiguidade e merecimento, alternadamente.

O paragrafo unico estabelece que a lei disciplinara a remocao ou a permuta de juizes dos Tribunais Regionais Federais e determinara sua jurisdicao e sede.

Ja o § 6.º do art. 27 das Disposicoes Transitorias dispoe que ficam criados cinco Tribunais Regionais Federais, a serem instalados no prazo de seis meses a contar da promulgacao da Constituicao (portanto, ate 5 de abril de 1989), com a jurisdicao que lhes fixar o Tribunal Federal de Recursos, tendo em conta o numero de processos e sua localizacao geografica.

E o § 7.º diz que ate que se instalem os Tribunais Regionais Federais, o *Tribunal Federal de Recursos* exercera a competencia a eles atribuida em todo o territorio nacional, cabendo aqum corte em extincao promover a instalacao dos novos tribunais e indicar os candidatos a todos os cargos da composicao inicial, mediante lista triplice, podendo desta constar juizes federais de qualquer regioao.

De acordo com a Resolucao n.º 1, de 6 de outubro de 1988, o Tribunal Federal de Recursos fixou assim as sedes, as respectivas jurisdicoes e o numero de componentes dos futuros *Tribunais Regionais Federais*:

a) TRF — 1.ª Regiao: — Sede: *Brasilia*; jurisdicao: Distrito Federal e Estados do Acre, Amapa, Amazonas, Bahia, Goias, Maranhao, Mato Grosso, Minas Gerais, Para, Piaui, Rondonia, Roraima e Tocantins (18 juizes);

b) TRF — 2.ª Regiao: — Sede: *Cidade do Rio de Janeiro*; jurisdicao: Estados do Rio de Janeiro e Espirito Santo (14 juizes);

c) TRF — 3.ª Regiao: — Sede: *Cidade de Sao Paulo*; jurisdicao: Estados de Sao Paulo e Mato Grosso do Sul (18 juizes);

d) TRF — 4.ª Regiao: — Sede: *Cidade de Porto Alegre*; jurisdicao: Estados do Rio Grande do Sul, Parana e Santa Catarina (14 juizes);

e) TRF — 5.ª Regiao: — Sede: *Cidade do Recife*; jurisdicao: Estados de Pernambuco, Alagoas, Ceara, Paraiba, Rio Grande do Norte e Sergipe (10 juizes).

Entendo que a regionalizacao da segunda instancia da *Justica Federal* Comum nao merece criticas, a nao ser, talvez, quanto a localizacao das sedes e a divisao do territorio nacional. Mas o principio, em si, da *regionalizacao* (como ja acontece ha muito tempo na *Justica Eleitoral* e na *Justica Trabalhista*), com a aproximacao maior entre o litigante e o proprio Judiciario e o evidente desafogo do atual Tribunal Federal de Recursos, concentrado em Brasilia, elevado, sem razao, a categoria de tribunal supe-

rior, quando, na verdade, ele é a *segunda instância* da justiça federal comum, no mesmo nível dos Tribunais de Justiça dos Estados, é fator positivo.

Cito, como subsídio, a opinião de JOSÉ CARLOS PIMENTA, professor de Direito Constitucional da PUC-MG e Procurador da República em Minas Gerais: "Com a criação dos Tribunais Regionais Federais, aqueles processos que iam em grau de recurso para o TFR irão para os Tribunais Regionais Federais. Só depois de julgados pelos Tribunais Regionais é que poderá haver recurso para o STJ ou para o STF. A esperança é de que se agilizem os julgamentos em 2.ª instância, em grau de apelação de um modo geral no âmbito da Justiça Federal. O que se verifica hoje é que são 27 Ministros do TFR para dar conta do número de processos do Brasil todo; então há uma morosidade, um emperramento no TFR por isso" (*Minas Gerais*, 1.º-9-88, p. 6).

Outro não foi o pronunciamento da ilustre Comissão Especial deste Instituto em janeiro deste ano: "A celeridade da Justiça deverá beneficiar-se com a descentralização adotada na criação de Tribunais Regionais Federais."

A experiência da regionalização da Justiça Federal de 2.ª instância nos Estados Unidos já é antiga e vitoriosa. Lá existem 13 circuitos judiciários federais: 12 são regionais e um é nacional. Os 12 circuitos regionais, sediados, respectivamente, em Washington-DC, Boston-MA, New York-NY, Philadelphia-PA, Richmond-VA, New Orleans-LA, Cincinnati-OH, Chicago-IL, St. Louis-MO, San Francisco-CA, Denver-CO e Atlanta-GA, com um total de 180 juízes, têm, cada um, uma Corte de Apelações que julga os recursos das sentenças dos juízes federais das respectivas regiões, chamados "juízes distritais". Em Washington-DC situa-se, também, um circuito especial que dispõe de uma Corte de Apelações, criada em 1982, para julgar principalmente os recursos em causas sobre patentes, comércio internacional e ações indenizatórias contra o governo da União.

É interessante lembrar que, nos termos do art. III da Constituição dos Estados Unidos, a justiça federal é competente para julgar todas as controvérsias em que a União é parte, ou aquelas entre dois Estados-Membros, entre um Estado-Membro e um cidadão de outro Estado ou entre cidadãos de um mesmo Estado versando sobre terras situadas em outro Estado. E ainda todas as causas baseadas em dispositivos da Constituição Federal e em leis e tratados federais.

6. Os Juízes Federais

No Brasil, os juízes federais da Justiça Comum, de acordo com o art. 109 da Constituição de 1988, são competentes para processar e julgar, principalmente:

I — as causas em que a União; entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou

opponentes, exceto as de falência, as de *acidentes de trabalho* e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à *Justiça do Trabalho*.

Vê-se, aí, que as exceções à competência da Justiça Federal comum são as seguintes: a) causas falimentares; b) causas de acidentes do trabalho (que são da Justiça estadual); e c) causas sujeitas à Justiça do Trabalho (e isto é novidade, pois, pela Constituição de 1967, a Justiça Federal de 1.^a instância era competente para as causas trabalhistas em que a União fosse parte);

II — as causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada no Brasil (igual a 67);

III — as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional (igual a 67);

IV — os crimes políticos e as *infrações penais* praticados em detrimento de bens, serviços ou interesse da União, *excluídas as contravenções* e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral (as novidades aí estão nas expressões “infrações penais” e a exclusão das “contravenções”, e é curioso assinalar que tais mudanças decorreram da construção jurisprudencial do STF, conforme chama a atenção JOSÉ CELSO DE MELO FILHO, em seu *Constituição Federal Anotada*);

V — os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no Brasil, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente (redação melhor que em 67);

VI — os crimes contra a organização do trabalho e, *nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira* (o correspondente inciso da Const. de 67 falava em “crimes contra a organização do trabalho ou decorrentes de greve”);

VII — os *habeas corpus* em matéria *criminal* de sua competência ou quando o constrangimento provier de autoridade cujos atos não estejam diretamente sujeitos a outra jurisdição (acho desnecessária a expressão *criminal*, copiada de 67, já que *habeas corpus* é, por si, *assunto penal*);

VIII — os mandados de segurança e os *habeas data* contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais (redação melhor que a de 67 e a novidade aí fica por conta da menção ao *habeas data*, nova garantia individual);

IX — os crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves, ressalvada a competência da Justiça Militar (igual a 67);

X — os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro, a execução de carta rogatória, após o *exequatur*, e de sentença estrangeira,

após a homologação (*exequatur* e homologação que são da competência do STF — art. 101, *h*), as causas referentes à nacionalidade, inclusive a respectiva opção, e à naturalização (igual a 67);

XI — *a disputa sobre direitos indígenas* (inciso novo, em decorrência do art. 232 da própria Constituição de 88).

7. A Justiça Estadual

A Constituição brasileira de 1967 dedicava um artigo, o 144, com sete incisos, seis parágrafos e sete alíneas aos “Tribunais e Juízes Estaduais”. A atual Constituição reserva ao mesmo assunto dois artigos, o 125 e o 126, o primeiro com quatro parágrafos e o segundo com um único parágrafo. Lá eram 14 dispositivos; aqui são só sete.

Acontece que muitas das “Disposições Gerais” do Poder Judiciário, contidas nos arts. 92 a 100 da atual Constituição, com vários incisos, parágrafos e alíneas, são aplicáveis tanto à Justiça Federal como à Estadual. Podemos dizer que há uma espécie de unidade de magistratura dentro da dualidade da Justiça.

Cuidaremos aqui dos dispositivos específicos da Seção VIII, reservada à Justiça Estadual, fazendo as devidas remissões às disposições gerais, quando pertinentes aos órgãos do Judiciário dos Estados-Membros.

Assim, o art. 125, *caput*, estabelece que os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos na Constituição.

Isto significa, logo de início, que as Justiças estaduais terão que se submeter obviamente ao Estatuto da Magistratura, lei complementar de iniciativa do Supremo Tribunal Federal (art. 93).

O Estatuto, que já foi objeto de conferência neste Simpósio, conterà normas sobre ingresso na magistratura, promoção, aferição de merecimento, apuração de antigüidade, acesso aos tribunais de segundo grau, previsão de cursos oficiais de preparação e aperfeiçoamento de magistrados, vencimentos, aposentadoria, obrigatoriedade de residência na comarca (que me parece norma só aplicável à justiça comum estadual de primeira instância, já que a desinência “comarca” lhe é peculiar), remoção, publicidade dos julgamentos, fundamentação de decisões e formação de órgãos especiais em tribunais com mais de 25 julgadores (incisos I a XI do art. 93).

No tocante ao acesso aos tribunais de 2.º grau, importante para a Justiça estadual é a norma contida no inciso III (do art. 93) que manda apurar a antigüidade na última entrância ou, onde houver, no *Tribunal de Alçada*, quando se tratar de promoção para o Tribunal de Justiça, observado o disposto no inciso II e de acordo com a classe de origem.

Entre os preceitos do citado inciso II é digno de nota o que está na sua alínea *a*, *verbis*: “é obrigatória a promoção do juiz que figure por *três* vezes consecutivas ou *cinco* alternadas em lista de merecimento. A alínea *a* do inciso II do art. 144 da Constituição de 67 fixava a obrigatoriedade da promoção para o juiz que figurasse *cinco* vezes consecutivas na lista de merecimento.

A expressão “classe de origem”, mencionada no inciso III, *in fine*, é altamente inovadora, eis que, doravante haverá promoção do membro do quinto da Alçada para a Justiça, na vaga de sua própria classe.

O art. 94, repetido, em parte, no tocante aos Tribunais Regionais Federais (art. 107, inciso I) mas, sem dúvida, que a eles aplicável integralmente, inova substancialmente, ao determinar que os membros do quinto serão indicados aos Tribunais, aos quais concorrem, em lista sêxtupla organizada pelos órgãos de representação das respectivas classes (MP ou OAB). De posse dessas listas sêxtuplas, o tribunal competente fará lista tríplice, enviando-a ao Executivo, que terá o prazo de *vinte dias* (prazo constitucional) para nomear um dos três integrantes da lista.

O art. 95 trata das garantias da vitaliciedade (após dois anos de exercício no 1.º grau), inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos e, também, no seu parágrafo único, dos impedimentos impostos aos juízes. *Garantias e impedimentos comuns a todos os magistrados, federais ou estaduais.*

Voltando à Seção VIII, própria do Judiciário estadual, o § 1.º do art. 125 determina que a competência dos tribunais será definida na *Constituição do Estado*, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça. Louvável tal dispositivo que leva às Constituições estaduais (poder constituinte decorrente) a atribuição de fixar competência dos tribunais estaduais e não a uma lei federal ou nacional, como a famigerada LOMAN.

Nunca é demais lembrar que o artigo 144, *caput*, da Constituição de 1967, nem referência fazia às Constituições estaduais.

O art. 70, último das Disposições Transitórias da Constituição de 88 ressalva: “Fica mantida a atual competência dos tribunais estaduais até que a mesma seja definida na *Constituição do Estado*...”

O TJMG, ao aplicar *imediatamente* a nova Constituição no tocante à nomeação e promoção de juízes, entendeu que aí se trata de competência *jurisdicional* e não de atribuições administrativas de *self-government*.

Elogiável é o § 2.º do art. 125, espelhando o disposto no art. 103, na seção própria do STF. Tal artigo, que já deve ter sido examinado neste

Simpósio, trata de arguição de inconstitucionalidade em tese, dando-lhe muito mais vigor, e foi, indubitavelmente, inspirado no art. 281 da Constituição portuguesa. Assim reza o art. 103: "Pode propor a ação de inconstitucionalidade:

- I — o Presidente da República;
- II — a Mesa do Senado Federal;
- III — a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV — a Mesa de Assembléia Legislativa;
- V — o Governador de Estado;
- VI — o Procurador-Geral da República;
- VII — o Conselho Federal da OAB;
- VIII — Partido político com representação no Congresso Nacional;
- IX — Confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional".

Pois bem, o mencionado § 2.º do art. 125 estabelece que cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.

Mutatis mutandis, isto quer dizer que a arguição de inconstitucionalidade em tese no âmbito estadual poderá e deverá ser, finalmente, regulamentada a contento.

O § 3.º do mesmo artigo 125 possibilita que todos os Estados, cujo efetivo da respectiva polícia militar seja superior a vinte mil elementos, tenham os seus Tribunais de Justiça Militar, o que era vedado pela alínea d do § 1.º do art. 144 da Constituição de 1967, com a ressalva do art. 192, localizado nas Disposições Gerais e Transitórias daquela Carta.

Finalmente, o art. 126 estatui que, para dirimir conflitos fundiários, o Tribunal de Justiça designará juízes de *entrância especial*, com competência exclusiva para questões agrárias e, no seu parágrafo único, estabelece que, sempre que necessário à eficiente prestação jurisdicional, o juiz far-se-á presente no local do litígio.

Trata-se, obviamente, da preocupação do constituinte com as questões de terra sempre causadoras de sérios conflitos. Daí parecer-me correto que o Tribunal designe um juiz de *entrância especial*, o que, vale dizer, um magistrado experimentado e livre das pressões locais. Importante também

salientar que o procedimento da “inspeção judicial” do CPP ou “exame judicial” como o chamou LOPES DA COSTA, ganhe posição de norma constitucional no citado parágrafo único.

8. Juizados Especiais

Os constituintes brasileiros de 88, baseando-se na sedimentada experiência norte-americana dos “small claims courts” e institucionalizando a informal criação brasileira dos “juizados de pequenas causas”, estabeleceram, no art. 98 da atual Constituição, que a União e os Estados *criarão* (o tom é quase imperativo) *juizados especiais*, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a *execução* de causas cíveis de menor complexidade e *infrações penais* de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o *julgamento de recursos* por turmas de juízes de primeiro grau.

Embora não tivesse sido aprovado o parágrafo único deste artigo, constante do “Projeto B” da Constituição e que permitia à lei “criar, *ainda*, juizados de pequenas causas, em grau único de jurisdição competentes para conciliação e julgamento de causas cíveis de pequena relevância, definidas em lei, e para julgamento de contravenções”, o art. 24, inciso X, inserido no Título III — “Da Organização do Estado” — estabelece que compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre *criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas*.

Assim, segundo o Des. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, em interessante e substancial entrevista publicada no *Minas Gerais*, de 23 de novembro de 1988, nada impede que, paralelamente com os *Juizados Especiais* a serem criados nos termos da Constituição, sejam mantidos, já agora amparados na lei, os “Juizados de Pequenas Causas”, que tanto serviço vêm prestando há um ano e meio em Minas Gerais, concorrendo para minorar os problemas angustiantes da morosidade da Justiça e da própria carestia. Penso, nesta altura, não ser necessário mais falar sobre “Juizados Especiais” e tomo a liberdade de recomendar que, para maiores informações sobre este tópico, seja lida a mencionada entrevista.

9. Conclusão

Agradecendo penhoradamente pela atenção que todos me dispensaram, julgo que cumpri, dentro de minha capacidade, a tarefa que me foi passada pela Coordenação do Simpósio e, desta vez, não posso citar *Camões*, quando disse: “Se mais tempo houve mais falara”. Mesmo que tempo houvesse, a mim me faltariam mais “engenho e arte”.

Poder constituinte estadual

ADILSON ABREU DALLARI

Professor Titular da Faculdade de Direito
da PUC/SP

Conforme dispõe o art. 11 das Disposições Transitórias da Constituição Federal: "Cada Assembléia Legislativa, com poderes constituintes, elaborará a Constituição do Estado, no prazo de um ano, contado da promulgação da Constituição Federal, obedecidos os princípios desta". Embora o Texto se refira claramente ao exercício de "poderes constituintes", o fato de tais poderes serem exercitados pela Assembléia Legislativa tem gerado algumas controvérsias.

Da mesma forma, a referência à necessária observância dos "princípios" contidos na Constituição Federal tem gerado alguma dúvida quanto aos limites da liberdade da constituinte estadual.

Importa saber, portanto, quais são as conseqüências práticas da afirmação da existência de um poder constituinte estadual e da colocação dos princípios da Constituição Federal como condicionantes da atuação dos Deputados estaduais constituintes.

Primeiramente, é preciso fazer uma distinção muito clara entre poder constituinte e poder constituído. A Assembléia Legislativa de cada Estado, durante um certo período de tempo, irá exercitar, simultaneamente, ambos os poderes, mas sem que eles se confundam, sem que as regras que determinam o funcionamento de cada um deles possam ser combinadas ou fundidas em um único texto.

À Assembléia Legislativa, investida de poderes constituintes, caberá, apenas e tão-somente, elaborar a Constituição Estadual. Feito isto, ela auto-

maticamente perderá seus poderes constituintes recebidos do art. 11 das Disposições Transitórias da Constituição Federal. Depois de pronto o Texto Máximo Estadual, a Assembléia Legislativa não mais terá poderes constituintes, restando-lhe apenas a possibilidade de alterar a Constituição Estadual com base e na forma que sobre isso vier a ser disposto no próprio Texto por ela elaborado.

O mais importante, porém, é ressaltar que, enquanto no exercício dos poderes constituintes e exclusivamente para o fim específico de elaborar a Constituição Estadual, a Assembléia Legislativa e os Deputados Constituintes não sofrerão as limitações que a Constituição Federal estabelece para o Poder Legislativo. Isto porque, em tal caso, não estarão no exercício do Poder Legislativo, não estarão em situação de igualdade com os demais poderes, mas, sim, estarão no exercício de um poder fundante, atuando diretamente como representantes do povo de cada Estado, no exercício de um poder de representação outorgado diretamente pela Constituição Federal, em nome do povo.

Isto significa que, no exercício dos poderes constituintes, a Assembléia Legislativa deverá cuidar da organização do Poder Público na esfera estadual, dispondo livremente sobre a composição e funcionamento tanto do Executivo, quanto do Legislativo e, ainda, do Judiciário, desde que observe e respeite os princípios estabelecidos pela Constituição Federal.

Em síntese, a Constituinte Estadual é um poder constituído diretamente pela Constituição Federal que, no plano estadual, está fora e acima dos poderes constituídos estaduais, exatamente porque será o poder constituinte de todos eles.

Por outro lado, enquanto essa mesma Assembléia Legislativa estiver exercendo seus poderes constituídos de fiscalização da administração pública e de produção de leis ordinárias, ela deverá observar as disposições relativas à autonomia e independência de cada um dos poderes constituídos, não podendo imiscuir-se em assuntos privativos do Executivo e do Judiciário.

Se é muito fácil distinguir as atividades inerentes ao poder constituinte das ações pertinentes ao poder constituído, o mesmo não ocorre no tocante à distinção entre os princípios constitucionais e as simples normas isoladas. O problema começa pelo fato, perfeitamente observável, de que, contrariando a orientação unânime da doutrina mundial, no Brasil costuma-se

dar mais valor ao texto expresso de uma simples norma, até de terceiro ou quarto escalão, do que aos princípios constitucionais.

Seja permitido lembrar o que foi dito por um experiente, culto e respeitado Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, comentando o verdadeiro preconceito existente contra os princípios. Disse ele que, na prática forense, quando o advogado fundamenta seu pedido em um princípio "é porque não tem direito".

Não é o caso de se reproduzir, aqui, a formidável lição sobre o valor da noção de princípio, exposta por GERALDO ATALIBA em seu precioso livro sobre *República e Constituição* (Ed. RT, 1988, pp. 5 e segs.), bastando transcrever um pequeno trecho relativo aos princípios básicos e fundamentais da Constituição Federal, que condicionam toda a legislação, abrangendo as próprias emendas à Constituição, as Constituições Estaduais, as leis complementares e a legislação ordinária: "toda lei emanada de quaisquer órgãos constituídos do País há de submeter-se às balizas e limites contidos na Constituição, e, sobretudo, tender a realizar (assegurando-lhes a sua eficácia, na maior plenitude possível) os princípios constitucionais, dos quais a Federação, a República e a tripartição do poder comparecem em posição singularmente relevante (porque fundamentais e básicas de todo o sistema)".

É preciso, por conseguinte, entender que não se pode tomar cada dispositivo isolado da Constituição Federal como um modelo obrigatório a ser servilmente copiado pela Constituição Estadual, dado que isso se chocaria frontalmente com o princípio federativo, que (vale repetir) é básico e essencial de todo o sistema.

Fique perfeitamente claro que, se a Constituição Estadual não pudesse organizar o Poder Público diferentemente daquilo que é feito pela Constituição Federal, atendendo às peculiaridades de cada Estado, obedecendo apenas aos princípios da Constituição Federal, ela nem mesmo teria razão de existir.

Depois de mais de vinte anos de centralismo absoluto, de concentração total do poder nas mãos do Executivo Federal, depois de consolidado um hábito de subserviência a todas as vontades do governo central, é até chocante falar-se em independência dos poderes e, principalmente, em autonomia dos Estados para decidir, com liberdade, sobre os assuntos de seu interesse. Mas esta é a nova realidade que emerge do novo Texto Constitucional.

MICHEL TEMER, em seus *Elementos de Direito Constitucional* (Ed. RT, 5.^a ed., 1989, p. 89) é muito enfático ao afirmar a liberdade do poder constituinte estadual, que deve obediência não à literalidade das normas da Constituição Federal, mas apenas a seus princípios, cuja obrigatoriedade de observação tem por objetivo assegurar a unidade nacional. Diz ele que o constituinte federal mostrou-se muito atento ao princípio federativo, derivando daí a previsão de Constituições Estaduais: "Por ser Federação é que as Constituições estaduais são textos normativos hierarquicamente superiores a todos os demais, que a eles se submetem".

Em resumo, não se podem aplicar à produção da Constituição Estadual as mesmas limitações existentes para a produção da legislação ordinária estadual.

De resto, a observância da literalidade das normas da Constituição Federal levaria até mesmo a uma impossibilidade de funcionamento da constituinte estadual. Com efeito, se fossem tomados como de competência privativa do Chefe do Executivo aqueles assuntos que a Constituição Federal (art. 61, § 1.º) elenca como de iniciativa privativa do Presidente da República, muito pouca coisa restaria a ser tratada pela Constituição Estadual.

Com relação à organização do Poder Judiciário estadual (assunto que já tem ensejado muita polêmica) é preciso separar aquilo que pode ser estabelecido livremente pelo constituinte estadual, daquilo que lhe é defeso alterar por apresentar-se como princípio da Constituição Federal.

Evidentemente, é obrigatória a existência de um Poder Judiciário Estadual por força do princípio da tripartição do poder. O órgão de cúpula da Justiça estadual haverá de ser, obrigatoriamente, o Tribunal de Justiça, porque assim está disposto no Texto Federal. Não obstante caiba à Constituição Estadual definir a competência de seus tribunais (art. 125, § 1.º), ela já está proibida de, por qualquer forma, esvaziar, diminuir ou enfraquecer o Tribunal de Justiça, pois isso violaria a Constituição Federal.

Entretanto, com relação a outros tribunais, necessariamente inferiores, está livre a Constituição Estadual para criar ou extinguir o que lhe aprovar. Evidentemente está-se supondo a sensibilidade e o bom-senso das constituintes estaduais, que certamente ouvirão todas as partes necessárias à administração da Justiça e, especialmente, o povo, destinatário último da prestação jurisdicional.

Nesse sentido, manifestou-se o eminente professor e Juiz Federal em São Paulo, AMÉRICO LACOMBE em trabalho publicado sob o título "Os Tribunais Estaduais", numa coletânea de estudos sobre *A Constituição Brasileira* (Ed. Forense Universitária, p. 254), enfocando, especificamente, os Tribunais de Alçada: "A Constituição Federal não prevê, deixando aí absoluta liberdade para a Constituição Estadual, a criação dos Tribunais de Alçada e nem mesmo se esses Tribunais de Alçada funcionarão na realidade como alçada ou serão tribunais especializados. Aí fica a critério de cada Estado".

Enfim, cabe a cada Estado conservar ou alterar a estrutura judiciária existente no tocante a tribunais inferiores. Em caso de alteração, seja qual for a denominação adotada, seja qual for o critério escolhido (alçada, especialização, regionalização), algumas pautas, alguns princípios devem ser observados, como é o caso do chamado quinto constitucional, previsto no art. 94 da CF para os "Tribunais dos Estados" genericamente. Ou seja, existe liberdade, mas não absoluta.

Já se argumentou, entretanto, que a Constituição Estadual não poderia dispor sobre o Poder Judiciário estadual ou que, ao fazê-lo, não poderia alterar a organização existente, dado que, conforme disposto no art. 96, II da Constituição Federal, compete privativamente ao Tribunal de Justiça propor diretamente ao Poder Legislativo qualquer alteração da ordem existente e, especialmente, a criação ou extinção de tribunais inferiores.

Ora, claro está que a organização existente não é esta que, hoje, atualmente existe, mas, sim, a que vier a ser estabelecida pela Constituição Estadual, mesmo porque não se pode confundir Poder Legislativo com Poder Constituinte.

A Assembléia Legislativa, enquanto estiver funcionando no exercício dos poderes constituintes de que foi investida, está fora e acima dos poderes constituídos, não havendo sentido em falar-se de iniciativa privativa, de quem quer que seja, no tocante a normas constitucionais. A constituinte é bastante em si; não depende da provocação de ninguém para organizar o Poder no âmbito estadual.

Essa mesma Assembléia Legislativa, uma vez concluída a elaboração da Constituição Estadual, não mais terá qualquer possibilidade de alterar a organização e funcionamento do Poder Judiciário, senão mediante proposta do Tribunal de Justiça, dado que, nessa ocasião, ela não mais estará investi-

da de poderes constituintes, mas será um simples órgão do Poder Legislativo, e, nessa condição, deverá observar as regras inerentes à harmonia e independência dos poderes constituídos.

Com as devidas adaptações, tudo que foi dito aqui serve também para o poder constituinte municipal. Cada Câmara Municipal, durante um certo período de tempo, por força do art. 11, parágrafo único, das Disposições Transitórias da Constituição Federal, estará investida de poderes extraordinários para organizar o Poder Público no âmbito municipal, observados os limites estabelecidos no mesmo dispositivo acima referido, mas com plena liberdade, no sentido de que, enquanto estiver funcionando como poder constituinte, não depende nem estará limitada por suposta iniciativa privativa do Executivo.

Em síntese, não se pode confundir poder constituinte com poder constituído, nem se podem aplicar ao poder constituinte as limitações aplicadas aos poderes constituídos, dado que aquele está fora e acima de todos estes. O poder constituinte não pode deixar de organizar os poderes constituídos, estabelecendo normas que assegurem a harmonia e independência recíproca entre eles, por força do princípio da separação do poder. A liberdade de organização dos poderes é bastante ampla, por força do princípio federativo, e, em caso de dúvida quanto a algum aspecto específico, a solução deve ser encontrada à luz e em consonância com o mesmo princípio federativo, que serve de suporte tanto para as Constituições Estaduais quanto para a Lei Orgânica de cada Município.

Seja permitido, para finalizar, uma referência à sábia lição de RAUL MACHADO HORTA (“Natureza do Poder Constituinte do Estado-Membro”, *RDJ*, 85/61):

“As normas centrais, que partem da Constituição Federal, não podem absorver o terreno da auto-organização do Estado-Membro e devem coexistir com as normas constitucionais autônomas de auto-organização. A conversão da Constituição Federal em Constituição total — a *Gesamtverfassung* — na terminologia de HANS KELSEN — subverteria a natureza do Estado Federal”.

A sabedoria e a oportunidade dessas palavras ganham ainda maior relevo ao se considerar a orientação política dos constituintes, claramente transferida para o texto da Constituição, no sentido de descentralizar o Poder, restaurar a federação e fortalecer as unidades cujo conjunto harmônico integra e forma a União Federal.

A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica

Perspectivas estrutural e funcional

FRANCISCO DOS SANTOS AMARAL NETO

Professor de Direito Civil nos Cursos de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro e da Pontifícia Universidade Católica

SUMÁRIO

1. Introdução. A crise do direito, a necessária revisão das fontes e a conveniência de uma reflexão sobre a junção atual da autonomia privada. 2. Pressupostos conceituais. O papel da vontade na nomogênese jurídica. Vontade, liberdade, autonomia da vontade e autonomia privada. 3. Autonomia privada. Conceito e natureza, em uma perspectiva estrutural e dogmática. 4. Fundamentos da autonomia privada. A liberdade e o personalismo ético. 5. A formação histórica do conceito. Fatores morais, políticos e econômicos que presidiram à sua formação. 6. A junção histórica da autonomia da vontade. Fundamento ideológico. 7. Consequências jurídicas da inserção do princípio da autonomia da vontade no sistema jurídico. 8. As críticas à autonomia da vontade. Argumentos de ordem filosófica, moral e econômica. 9. A evolução do direito civil. A intervenção do Estado e os limites da autonomia privada. 10. A funcionalização dos institutos de direito privado. A autonomia privada numa perspectiva funcional. Conclusão.

Trabalho escrito para o livro em homenagem ao Prof. Doutor António Ferrer Correia.

1. *Introdução. A crise do direito, a necessária revisão das fontes e a conveniência de uma reflexão sobre a junção atual da autonomia privada*

Reiteradas afirmações e uma generalizada convicção de que o direito está em crise⁽¹⁾, causando nos juristas um estado de perplexidade e incerteza que os torna vulneráveis ao sentimento comum de angústia contemporânea⁽²⁾, e a certeza de que, ao refletir sobre essa crise, mister se torna dedicar significativo espaço ao tema das fontes do direito, pois que reciprocamente implicadas a própria concepção do direito e a teoria das fontes⁽³⁾, tornam conveniente, se não necessária ao jusprivatista, uma reflexão sobre a autonomia privada, enfrentando o problema de saber se, e em que medida,

(1) A crise do direito é um processo que se evidencia de vários modos. Uns afirmam que o direito está em declínio (GEORGES RIPERT, "Le déclin du droit" in *Études sur la Législation Contemporaine*, Paris, L.G.D.J. 1949), outros pregam o seu desaparecimento (K. STOYANOVITCH, "La théorie marxiste du dépérissement de l'Etat et du droit", *Archives de Philosophie du Droit*, nº 8, Paris, Sirey, 1963, E. B. PASUKANIS, *La Théorie Générale du Droit et le Marxisme*, Paris, EDI, 1970 e a corrente marxista em geral), tudo isso como produto da insegurança gerada pelo desenvolvimento do direito no pós-guerra e a correspondente inflação legislativa, a atestar que, mais do que nunca, o racionalismo jurídico obedece às leis de um racionalismo econômico e aos imperativos políticos vigentes. Outros reconhecem que o direito reduziu o seu campo de atuação e a sua própria importância, perdendo a dogmática o seu ideal de panjurismo (JEAN CARBONNIER, "L'hypothèse du non-droit", *Archives de Philosophie du Droit*, nº 8, Paris, Sirey, 1963), em face do crescimento das demais ciências sociais. Outros ainda contestam o próprio sistema jurídico e o funcionamento do Poder Judiciário, pondo em evidência as contradições entre o discurso do direito e a sua prática, sedimentando-se a opinião de que o direito e a justiça não correspondem às condições da vida atual. Podem identificar-se nesse posicionamento crítico, de modo geral, três questões: a contestação da ideologia jurídica subjacente ao direito atual, isto é, a tendência a justificar a existência e a eficácia do ordenamento jurídico com base em valores morais que apenas ocultam os valores político-econômicos e os sistemas de pensamento que verdadeiramente lhe servem de suporte ideológico (FRANÇOIS RIGAUX, *Introduction à la Science du Droit*, Bruxelles, 1975, MICHEL MIAILLE, *Une Introduction Critique au Droit*, Paris, Maspero, 1976, ANDRÉ-JEAN ARNAUD, *Les Juristes face à la Société, du XIXe Siècle à nos Jours*, Paris, P.U.F. 1975; o próprio funcionamento da justiça contenciosa, que se limita à tentativa de pôr fim a conflitos de interesses sem maior interesse em transformar a situação jurídica que o determina; e a própria importância das leis, como normas gerais, superadas pelas normas individuais e concretas da atividade administrativa e convencional (Cfr. PAUL ORIANNE, *Introduction au Système Juridique*, Bruxelles, Bruylant, 1982, pp. 7 a 17). E ainda, BRUNO OPPETIT, *L'Hypothèse du Déclin du Droit* e CHRISTIAN ATIAS, "Une crise de légitimité Seconde" in *Droits, Revue Française de Théorie Juridique*, 4, Paris, P.U.F., 1986. Cfr. ainda CASTANHEIRA NEVES, *O Direito como alternativa humana. Notas de reflexão sobre o problema atual do direito*, conferência proferida no IV Congresso de Direito Comparado Luso-Brasileiro, Rio de Janeiro, setembro de 1987.

(2) JEAN CARBONNIER, *Flexible Droit*, Paris, L.G.D.J., 5ª éd. 1988, pp. 153 e segs.

(3) CASTANHEIRA NEVES, *Fontes do direito* in *Polis-Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, vol. 2, Lisboa/S. Paulo, 1984, p. 1514. Cfr. R. LIMONGI FRANÇA, *Formas e Aplicação do Direito Positivo*, S. Paulo, Revista dos Tribunais, 1969.

esse princípio pode realizar-se como fonte de direito, em face do conflito atual da doutrina individualista com as tendências sociais que mantêm em aberto a velha oposição entre a idéia individual e a idéia social no direito privado. Além disso, a apregoada crise do direito abrange também a problemática da autonomia privada, se bem que de forma diversa, e até surpreendente, pois, se de um lado limita crescentemente o seu exercício e alcance, pela presença atuante do Estado nos setores de natureza econômica, por outro lado reafirma a sua importância e função com o "recrudescimento da mística contratual" (4), e o uso crescente do negócio jurídico, o instrumento por excelência de sua realização.

Justifica-se ainda a escolha do tema pelo reduzido interesse que tem suscitado nas obras jurídicas de Portugal e do Brasil (5) diversamente do que se tem verificado em outros sistemas onde a produção bibliográfica é realmente expressiva (6). Razões de natureza histórico-cultural, a encobrir valores políticos e até religiosos, devem poder justificar tal posicionamento doutrinário, que não se coaduna, porém, com o processo de intensa renovação legislativa que vem marcando o direito português e o direito brasileiro das últimas décadas.

(4) ORLANDO GOMES, *Novos Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1963, p. 88.

(5) ANA PRATA, *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*, Coimbra, Livraria Almedina, 1982, p. 5; v. ainda, MÁRIO BIGOTTE CHORÃO, *Temas Fundamentais do Direito*, Coimbra, Livraria Almedina, 1986, pp. 251 e segs. No direito brasileiro, ORLANDO GOMES, *Autonomia privada in Enciclopédia Saraua do Direito*, vol. 9, S. Paulo, 1977, p. 258; FRANCISCO DOS SANTOS AMARAL NETO, *Da Irretroatividade da Condição Suspensiva*, Rio de Janeiro, Forense, 1984, pp. 43 e segs., e ainda, "A autonomia privada como poder jurídico", in *Estudos Jurídicos em homenagem ao Professor CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA*, Rio de Janeiro, Forense, 1984.

(6) Cfr. entre outros, para o direito alemão, KARL LARENZ, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, 4. Auflage, München, 1977, VERLAG C.H. BECK, par. 2, II, e); WERNER FLUME, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts. Das Rechtsgeschäft*, 2. Auflage, Berlin-Heidelberg, Ney York, 1976, p. 1; FRANZ BYDLINSKI, *Privatautonomie und objektive Grundlagen der verpflichtenden Rechtsgeschäftes*, Wein, 1987; FRITZ VON HIPPEL, *Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie*, Berlin, 1936; ALFREDO MANIGK, *Die Privatautonomie in Aufbau der Rechtsquellen*, Berlin, 1935; HANS MERZ, *Privatautonomie heute. Grundsatz und Wirklich Keit*, 1970; para o direito italiano, LUIGI FERRI, *L'Autonomia Privata*, Milano, Giuffrè, 1969; EMILIO BETTI, "Autonomia Privata", *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, UTET, 1974; SALVATORE ROMANO, *Autonomia privata*, *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1956, VI; LUIGI CARIOTA-FERRARA, *Il Negozio Giuridico nel Diritto Privato Italiano*, Napoli, Morano Editore, 1948; SALVATORE PUGLIATTI, "Autonomia privata", *Enciclopedia del Diritto IV*, Milano Giuffrè, 1959; FRANCESCO SANTORO-PASSARELLI, *L'Autonomia dei Privati nel Diritto dell'Economia*, *Saggi di Diritto Civile*, Napoli, Casa Edit. EUGENIO JOVENE, 1961, I, GIUSEPPE STOLFI, *Teoria del Negozio Giuridico*, Padova, 1947; RENATO SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla Teoria del Negozio Giuridico*, Napoli, Casa Edit. EUGENIO JOVENE, 1960; para o direito francês, por todos, JAQUES GHESTIN, *Traité du Droit Civil — le Contrat*, Paris, LGDI, 1980; para o direito espanhol, JOSÉ ANTONIO DORAL Y MIGUEL ANGEL DEL ARCO, *El Negocio Jurídico*, Madrid, Trivium, 1982; FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, *El Negocio Jurídico*, Madrid, INGY, 1971.

Por sua formação histórico-filosófica, a explicitar-se adiante, a autonomia privada "problematiza as relações entre a vontade e a norma", levando a concepções doutrinárias diversas, conforme se polarize sobre a primeira, de natureza subjetiva, em que se dá proeminência aos interesses do agente, ou sobre a segunda, em que se visam os interesses gerais da comunidade, realçados pelo caráter objetivo da declaração normativa. E liga-se ainda, e portanto, ao conceito de poder ou de autoridade, que também se vincula ao de liberdade. Fundamenta-se, assim, a afirmativa de que o tema escolhido, na problemática de sua existência e eficácia atual, apresenta-se comum a vários campos de direito, passando da filosofia à teoria geral, e desta à dogmática jurídica, suscitando questões e problemas vários que se perspectivam conforme o posicionamento ideológico e metodológico do jurista-intérprete.

Embora reconhecendo que o problema da autonomia privada transcende o campo do direito civil, considerando-se este como abrangente de todas as relações privatísticas (7), e diretamente se ligue à temática das fontes do direito, devemos limitar-nos aqui à matéria civilista que, tendo por base o fundamento a pessoa humana (8), é, indiscutivelmente, o *habitat* natural do tema e, em termos mediatos, à consideração de seu instrumento de realização, o negócio jurídico, o campo onde se levanta, precisamente, o problema fundamental de sua eficácia e de seus limites, ou ainda, a autonomia privada como princípio e o negócio jurídico como processo ou modo constitutivo de sua positivação (9).

O entendimento de tais questões deve partir, inicialmente, de um perfil *histórico*, como expressão de uma experiência que se protraí ao longo dos séculos de existência dos chamados povos cultos, o que nos fornece os elementos necessários à percepção da gênese, desenvolvimento, cristalização e, finalmente, declínio do conceito, isto pelo advento da sociedade tecno-industrial onde se afirma monopolisticamente o poder de intervenção do Estado, para depois chegar a outro perfil de natureza *lógica*, em que se considere a hipótese de um ordenamento jurídico que privilegie ou se baseie na vontade particular. A isto se conecta a chamada autonomia negocial, que pressupõe definir o negócio jurídico como ato e como instrumento de autonomia privada, como auto-regulamento dos próprios interesses do agente, em suma, como fonte normativa (10).

Na consideração de todos esses aspectos, todavia, levantado o fio de continuidade histórica da experiência jurídica focalizada, que viu nascer o

(7) SANTORO-PASSARELLI, *Doutrine Generale del Diritto Civile*, Napoli, EUGENIO JOVENE, 9ª ed., 1971, p. 19.

(8) HERNANDEZ GIL, *El Concepto del Derecho Civil*, apud FEDERICO PUIG PEÑA, *Compendio de Derecho Civil Español*, I, Madrid, Ediciones Pirámide S/A, 1976, p. 21.

(9) CASTANHEIRA NEVES, *op. cit.*, p. 1.566. Com posição diversa, ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *Negócio Jurídico. Existência, Validade e Eficácia*, S. Paulo, Saraiva, 1974.

(10) LARENZ, *op. cit.*, p. 35; FLUME, *op. cit.*, pp. 1 e segs.

conceito de autonomia como expressão do poder jurígeno dos particulares, cristalizado nas estruturas coerentes, unitárias e hierarquizadas da dogmática positivista, deve utilizar-se uma perspectiva funcional própria, na qual o direito seja produto da experiência jurídica geral (e não de uma classe) livre, inovadora, realística e, acima de tudo, pluralística, na eleição e na concretização normativa de seus valores. Ora, num sistema aberto têm cada vez mais importância as fontes extralegislativas⁽¹¹⁾, contrariando-se assim um dos mais caros dogmas do positivismo, a lei como única ou principal fonte do direito. E abrem-se as portas para os pluralismos sociais, políticos e jurídicos, expressos em correlatos subsistemas, todos inter e complexamente relacionados entre si⁽¹²⁾. É nesse aspecto de vinculações que situa-se a autonomia privada, como princípio normativo-jurídico fundamento da civilística contemporânea, em função do debate que se trava entre a tendência individualista e a tendência social⁽¹³⁾, do que se infere a hipótese de que o que está em crise não é propriamente a autonomia em si, mas uma determinada concepção ou perspectiva sua.

2. *Pressupostos conceituais. O papel da vontade na nomogênese jurídica.*

Vontade, liberdade, autonomia da vontade e autonomia privada

A atividade espiritual do homem desenvolve-se de dois modos diversos, o conhecer e o querer. Pela primeira, apreendem-se os objetos, faz-se a sua captação mental⁽¹⁴⁾; pelo segundo, exercita-se uma faculdade em direção a um fim ou valor.

Sob o ponto de vista psicológico, a vontade é, assim, uma faculdade espiritual do homem que manifesta uma tendência, um impulso para algo, a realização de um valor intelectualmente conhecido.

Mas não só psicologicamente se pode apreciar a vontade. A ética, a filosofia, o direito, são outros campos de conhecimento em que a vontade se torna objeto de consideração.

Eticamente, a vontade traduz-se em uma atitude ou disposição moral para querer algo. Metafísica ou filosoficamente, é uma "entidade a que se atribui absoluta subsistência e se converte, por isso, em substrato de todos os fenômenos"⁽¹⁵⁾.

(11) NORBERTO BOBBIO, *Dalla Struttura alla Funzione. Nuovi Studi di Teoria del Diritto*, Milano, Ed. Comunità, 1977, p. 51.

(12) ORIANNE, *op. cit.*, pp. 145 e segs.

(13) GIOELE SOLARI, *Filosofia del Diritto Privato, I, Individualismo e Diritto Privato*, Torino, Giappichelli, 1959, pp. 24 e segs.

(14) JAIME M. MANS PUIGARNAU, *Lógica para juristas*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial S/A, 1978, p. 167. WALTER BRUGGER, *Dicionário de Filosofia*, trad. portuguesa de Antonio Pinto de Carvalho, S. Paulo, Herder, 1962, pp. 557 e 558.

(15) FERRATER MORA, *Diccionario de Filosofia*, Buenos Aires, Ed. Sudamericana, 5ª ed., 1965, II, p. 919.

A vontade aparece, assim, como um motor, impulsionando e dirigindo o movimento em todo o reino das faculdades (16). Em razão do fim proposto, a vontade move-se a si mesma.

Para o direito, a vontade reveste-se de especial importância pela circunstância de constituir-se em um dos principais elementos do ato jurídico. Manifestando-se de acordo com os preceitos legais, a vontade produz determinados efeitos, criando, modificando ou extinguindo relações jurídicas, caracterizando, assim, a vontade jurídica.

Vontade psicológica e vontade jurídica não são, porém, coincidentes. Enquanto que a psicologia conhece a vontade como "tipo especial de tendência psíquica, associada à representação consciente de um fim e de meios eficientes para realizá-lo", estudando-a no campo do ser, o direito aprecia-a no campo do dever ser, no campo da dogmática jurídica, reconhecendo-a como fator de eficácia jurídica nos limites e na forma estabelecida pelo sistema normativo. Para o direito, portanto, a vontade tem grande importância na gênese dos direitos subjetivos, sendo critério diferenciador dos fatos e atos jurídicos, e critério doutrinário de justificação desses mesmos direitos.

A possibilidade, faculdade, que o indivíduo tem de atuar de acordo com sua vontade chama-se liberdade que, no direito, tem grande importância pelos limites que se põem à sua atuação (sendo um conceito plurívoco, de extrema complexidade, a liberdade pode apreciar-se sob diversos ângulos, como liberdade natural, como liberdade social ou política, como liberdade pessoal e como liberdade jurídica, que é a que nos interessa) (17).

A liberdade jurídica é, portanto, a possibilidade de a pessoa atuar com transcendência jurídica (18). Se encarada sob o ponto de vista do sujeito, realiza-se no poder de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas; se encarada objetivamente, é o poder de regular juridicamente tais relações, dando-lhes conteúdo e eficácia determinada, reconhecida e protegida pelo direito.

A esfera de liberdade de que o agente dispõe no âmbito do direito privado chama-se autonomia, direito de reger-se por suas próprias leis. Autonomia da vontade é, portanto, o princípio de direito privado pelo qual o agente tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos. Seu campo de aplicação é, por excelência,

(16) BERNARD WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, trad. italiana de CARLO FADDA e PAOLO EMILIO BENZA, Torino, UTET, 1902, pp. 173 e segs.

(17) A liberdade é conceito plurívoco, de extrema complexidade. Pode apreciar-se sob diversos ângulos, como liberdade natural, como liberdade social ou política, como liberdade pessoal e como liberdade jurídica. Cfr. FERRATA MOBA, *op. cit.*, II, p. 19; JOAQUIM DE SOUZA TEIXEIRA, "Liberdade", in *Pólis-Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, Lisboa, Editorial Verbo, vol. 3, 1985, pp. 1090 e segs.

(18) MANUEL GARCIA AMIGO, *Instituciones de Derecho Civil, I, Parte General*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas S/A, 1970, p. 207.

o direito obrigacional, aquele em que o agente pode dispor como lhe aprouver, salvo disposição cogente em contrário. E quando nos referimos especificamente ao poder que o particular tem de estabelecer as regras jurídicas de seu próprio comportamento, dizemos, em vez de autonomia da vontade, autonomia privada. Autonomia da vontade, como manifestação de liberdade individual no campo do direito, psicológica⁽¹⁹⁾, autonomia privada, poder de criar, nos limites da lei, normas jurídicas⁽²⁰⁾. Se quisermos tornar mais específico o tema, podemos dizer que, subjetivamente, autonomia privada é o poder de alguém de dar a si próprio um ordenamento jurídico e, objetivamente, o caráter próprio desse ordenamento, constituído pelo agente, em oposição ao caráter dos ordenamentos constituídos por outros⁽²¹⁾.

A autonomia privada constitui-se, portanto, no âmbito do direito privado, em uma esfera de atuação jurídica do sujeito, mais propriamente um espaço de atuação que lhe é concedido pelo direito imperativo, o ordenamento estatal, que permite, assim, aos particulares, a auto-regulamentação de sua atividade jurídica. Os particulares tornam-se, desse modo e nessas condições, legisladores sobre sua matéria jurídica, criando normas jurídicas vinculadas, de eficácia reconhecida pelo Estado. Tratando-se de relações jurídicas de direito privado, os particulares são os que melhor conhecem seus interesses e valores e, por isso mesmo, seus melhores defensores⁽²²⁾.

Diretamente conectada à concepção da autonomia da vontade como poder jurídico está a teoria normativa do negócio jurídico, pela qual este, como instrumento de realização da autonomia privada, é declaração de vontade criadora de normas jurídicas.

3. *Autonomia privada. Conceito e natureza, em uma perspectiva estrutural e dogmática*

Por tudo o que foi dito, a autonomia privada surge como o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações de que participam, estabelecendo-lhes a respectiva disciplina jurídica.

Sinônimo de autonomia da vontade para grande parte da doutrina contemporânea, com ela, porém, não se confunde, existindo entre ambas sensível diferença que se realça com o enfoque do fenômeno em apreço na perspectiva da nomogênese jurídica. Poder-se-ia logo dizer que a expressão autonomia da vontade tem uma conotação mais subjetiva, psicológica, enquanto que a autonomia privada marca o poder da vontade de um modo objetivo, concreto e real, como já referido.

(19) GIUSEPPE STOLFI, *Teoria del Negozio Giuridico*, trad. esp. de JAIMÉ SANTOS BRIZ, Madrid, 1959, p. XII.

(20) LUIGI FERRI, *L'Autonomia Privata*, Milano, Giuffrè, 1959, p. 5.

(21) SANTI ROMANO, *Frammenti di un Dizionario Giuridico*, Milano, Giuffrè Editore, 1963, pp. 24 e segs.

(22) GARCIA AMIGO, *op. cit.*, p. 209.

Sob o ponto de vista institucional e estrutural, tradicionalmente dominante na teoria geral do direito, pois que se têm preocupado mais os teóricos em saber como o direito é feito do que, na verdade, para que ele serve (23); a autonomia privada constitui-se em um dos princípios fundamentais em torno do que se organiza o sistema de direito privado contemporâneo (24) num reconhecimento, pelo sistema jurídico, da existência de um âmbito particular, uma esfera privada de atuação com eficácia normativa. Trata-se, efetivamente, de uma verdadeira projeção, na ordem jurídica do personalismo ético, concepção axiológica da pessoa como centro e destinatário da ordem jurídica privada (25), sem o que a pessoa humana, embora formalmente revestida de titularidade jurídica, nada mais seria do que mero instrumento a serviço da sociedade (26).

Sob o ponto de vista técnico, a autonomia privada funciona como verdadeiro poder jurídico particular, traduzido na possibilidade de o sujeito agir com a intenção de criar, modificar ou extinguir situações jurídicas próprias ou de outrem. Tal poder não é, porém, originário. Deriva do ordenamento jurídico estatal, que o reconhece, e exerce-se nos limites que esse fixa, limites crescentes pelo aumento das funções estatais em virtude da passagem do Estado de direito para o Estado intervencionista e assistencial.

Quanto à sua natureza, a autonomia privada é verdadeiro poder jurídico que se traduz na possibilidade de o sujeito atuar para o fim de modificar situações jurídicas subjetivas, próprias ou de outrem (27).

O poder jurídico (28) realiza-se através da criação de normas jurídicas, quer pelos particulares, no exercício da autonomia privada, quer pelo Estado, no exercício da sua competência que a lei maior lhe confere e regula. No primeiro caso, o poder é normativo, e realiza-se através de negócios jurídicos em senso estrito, ou ações materiais, que não constituem manifestações de autonomia. De qualquer modo, o poder jurídico é sempre manifestação de capacidade jurídica, pressuposto das relações e dos direitos subjetivos (29).

Não sendo função do jurista o estudo do poder, seu nascimento e exercício, interessa-lhe, porém, a relação que existe entre o poder e o direito,

(23) BOBBIO, *op. cit.*, p. 63.

(24) FLUME, *op. cit.*, p. 1.

(25) LARENZ, *op. cit.*, p. 29.

(26) JOSÉ ANTONIO DORAL e MIGUEL ANGEL DEL ARCO, *El Negocio Jurídico*, Madrid, Trivium, p. 11.

(27) VITTORIO FROSINI, "Potere (Teoria Generale)", in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, UTET, XIII, 1951, p. 440.

(28) O poder jurídico é o poder de estabelecer normas providas de sanção. Cfr. do AUTOR, *op. cit.*, pp. 39 e segs.

(29) SANTI ROMANO, *op. cit.*, p. 202.

duas faces da mesma moeda, pois o poder nasce da norma jurídica e produz normas, e a norma nasce do poder e produz outros poderes (30).

Tal correlação justifica o interesse do jurista pelas questões que a gênese e o exercício do poder levantam, considerando-se que o exercício da autonomia privada é uma questão de exercício de poder, dentro dos limites e na esfera de competência que o ordenamento jurídico estabelece. Ora, o problema da autonomia privada, na sua existência e eficácia, é apenas um problema de limites (31).

As normas jurídicas não nascem do nada. Elas sempre resultam de um processo de constituição e positivação do direito, em que se destacam os atos praticados pelos sujeitos no exercício do poder jurídico que o sistema lhe confere. O direito só existe e é eficaz, portanto, em virtude de um poder que o cria e legitima, sendo que no âmbito das relações pessoais e patrimoniais, os particulares detêm o chamado poder negocial, que exercem como os negócios jurídicos. Esse poder que aos particulares se reconhece de estabelecerem, por ato de vontade própria, a disciplina jurídica das relações de que participam, é o que se denomina, como acima referido, de autonomia privada. Difere da autonomia pública no sentido de ser esta um poder atribuído ao Estado, ou a seus órgãos, de criar direitos nos limites de sua competência, com o fim de proteção dos interesses fundamentais da sociedade. Seu objetivo é de natureza pública e seu poder é originário e discricionário. Já na autonomia privada, os interesses são particulares e seu exercício é manifestação de liberdade, derivado e reconhecido pela ordem estatal. Seu instrumento é o negócio jurídico.

4. *Fundamentos da autonomia privada. A liberdade e o personalismo ético*

Fundamento ou pressuposto da autonomia privada é, em termos imediatos, a liberdade como valor jurídico, e, mediatemente, a concepção de que o indivíduo é a base do edifício social e jurídico e de que a sua vontade, livremente manifestada, é instrumento de realização de justiça. Corolário dessa concepção é negócio jurídico como fonte principal de obrigações.

Ora o direito civil é o ordenamento jurídico dos interesses e das relações jurídicas privadas, fundado no princípio da igualdade dos homens perante a lei, elaborado historicamente e continuamente em torno do reconhecimento de uma esfera de soberania individual que tem suas evidentes manifestações no princípio da liberdade, com referência à pessoa, na propriedade, com referência aos bens, e no contrato, com referência à atividade econômica

(30) BOBBIO, *Studi per una Teoria Generale del Diritto*. Torino, Giappichelli, 1970, p. 86. Cf. do AUTOR, pp. 40/41.

(31) FERRI, *op. cit.*, p. 5.

das pessoas ⁽³²⁾. Pode assim caracterizar-se como sendo aquele sector do ordenamento jurídico em que se exercita ou realiza a autonomia reconhecida aos sujeitos de direito, e que se constitui em princípio fundamental embora limitado pelas modernas exigências de sociabilidade e do bem comum.

O princípio da autonomia privada baseia-se, portanto, ou tem como pressuposto a liberdade individual ⁽³³⁾ que, filosoficamente, se entende como a possibilidade de opção, como liberdade de fazer ou de livre arbítrio, ou ainda, sociologicamente, como ausência de condicionamentos materiais e sociais. Sob o ponto de vista jurídico, a liberdade é o poder de fazer ou não fazer, ao arbítrio do sujeito, todo o ato não ordenado nem proibido por lei ⁽³⁴⁾ e, de modo positivo, é o poder que as pessoas têm de optar entre o exercício e o não exercício de seus direitos subjetivos ⁽³⁵⁾. A liberdade consiste, portanto, sob o ponto de vista jurídico, em uma faculdade de optar entre o exercício ou não dos direitos subjetivos ou das faculdades de que o agente dispõe. Da liberdade jurídica, ou liberdade como direito, distingue-se a liberdade da vontade, liberdade como poder ⁽³⁶⁾. Como direito, a liberdade é faculdade de opção entre atos nem ordenados nem proibidos, como poder é a faculdade de atuação dentro da esfera jurídica.

A liberdade, como valor jurídico, permite ao indivíduo a atuação com eficácia jurídica, ou melhor, a atuação livre com transcendência jurídica ⁽³⁷⁾ que se concreta em duas manifestações fundamentais, uma, subjetiva, que é o estabelecimento, modificação ou extinção de relações jurídicas, e outra, objetiva, que é a normatização ou regulação jurídica dessas relações. Configuram-se, desse modo, duas facetas da liberdade jurídica, uma, a liberdade de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas, outra, a de estabelecer as normas jurídicas disciplinadoras dessa atividade, que é a autonomia privada, definível, enfim, como poder jurídico de criar, nos limites legalmente estabelecidos, normas de direito.

A autonomia privada significa, assim, que o ordenamento estatal deixa um espaço livre ao exercício do poder jurídico dos particulares, espaço esse que é a esfera de atuação com eficácia jurídica. Reconhece-se, portanto, que, tratando-se de relações jurídicas de direito privado, são os particulares que melhor conhecem seus interesses e a melhor forma de regulá-los juridicamente.

(32) ROSARIO NICOLÒ, "Diritto civile", in *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XII, p. 904. CESARE GRASSETTI e UGO CARNEVALI, "Diritto civile", in *Novissimo Digesto Italiano*, appendice II, pp. 1160 e segs.

(33) STOLFI, *op. e loc. cit.*

(34) EDUARDO GARCIA MAYNEZ, *Filosofia del Derecho*, México, Editorial Porrúa S/A, 1974, p. 389.

(35) *Idem*, p. 391.

(36) *Idem*, p. 394.

(37) GARCIA AMIGO, *op. cit.*, p. 207.

O princípio da autonomia privada está hoje submetido a um processo de revisão crítica, em que se manifesta a redução do campo de sua aplicação, embora permaneça como essência do negócio jurídico, particularmente de sua principal categoria o contrato, dentro de um novo sistema econômico, a economia concertada pela intervenção crescente do Estado. Tal crise é, porém, mais quantitativa do que qualitativa.

5. *A formação histórica do conceito. Fatores morais, políticos e econômicos que presidiram à sua formação*

O princípio da autonomia privada é histórico e relativo, no sentido de que fatores de vária natureza, nomeadamente de ordem moral, política e econômica, contribuíram para a sua configuração histórica, até se consubstanciarem no princípio fundamental da ordem jurídica privada. A compreensão de sua natureza e função exige, assim, o conhecimento prévio das condições históricas e culturais em que surgiu e se desenvolveu.

Pode-se considerar, de maneira geralmente aceita, que seu antecedente imediato é o individualismo, doutrina segundo a qual se concede à pessoa humana um primado, uma supervalorização relativamente à sociedade. O indivíduo como fonte e causa final de todo o direito.

Diferentes aspectos ou vertentes podem-se visualizar nessa doutrina, todos eles direta e conjuntamente ligados ao processo de formação histórica do conceito de autonomia privada, sob o ponto de vista estrutural, e também quanto à função que ele pode desempenhar no contexto político-jurídico pertinente. Filosoficamente, o individualismo explica os fenômenos históricos e sociais como decorrência da atividade "consciente e interessada dos indivíduos". Nesse sentido, contrapõe-se ao materialismo histórico que vê a "explicação dos fenômenos sociais nas correntes de massa de origem puramente interessada e material" (38). Politicamente, o individualismo opõe-se ao estatismo e à intervenção do Estado. Por outro lado, opõe-se também ao conformismo e ao tradicionalismo. Para ele, a sociedade não é um fim em si mesmo, nem o instrumento de um fim superior aos indivíduos que a compõem. As instituições sociais devem ter por fim a felicidade e a perfeição dos indivíduos (39). Significa, então, o individualismo, uma "tendência a colocar as instituições políticas jurídicas e sociais de um país ao serviço dos interesses particulares dos indivíduos que compõem a população, de preferência aos interesses coletivos" (40). Sob o ponto de vista econômico, advoga que o indivíduo deve gozar do máximo de liberdade para atuar no campo econômico. Opõe-se, assim, ao dirigismo estatal, e nesse particular, confunde-se com o liberalismo. Defende o livre jogo das

(38) MARCEL WALLON, *L'individualisme et le Droit*, deuxième édition, Paris, Édition Domat, 1949, p. 14.

(39) *Idem*, p. 15.

(40) *Idem*, p. 18.

atividades econômicas individuais; com o mínimo de intervenção do Estado no domínio econômico, limitando-se esse a garantir a liberdade de trabalho e do comércio e o benefício da propriedade dos bens (41). Juridicamente, o individualismo apresenta-se como um sistema segundo o qual "as normas jurídicas são obra dos indivíduos e não da sociedade, ou mais exatamente, um sistema jurídico que resulta da atividade individual".

Para DUGUIT, é uma doutrina de direito natural que pretende fundar a legitimidade do direito objetivo na necessidade de garantir os direitos naturais inatos dos indivíduos (42).

Em face da diversidade de concepções dos autores, o individualismo jurídico pode considerar-se em função da teoria das fontes do direito, da finalidade do direito, e em função do reconhecimento dos direitos inatos do homem impostos à sociedade e por ela conhecidos e respeitados. Pode assim conceber-se o individualismo jurídico, primeiro, como "um sistema em que se admite que o indivíduo é a única fonte de todas as regras do direito, a causa final de toda atividade jurídica das instituições, notadamente do Estado". E, em segundo lugar, um sistema em que o indivíduo seria a fonte das regras de direito, ou de uma parte entre elas. Ou, ainda, um sistema em que a legislação sofre a influência do individualismo político e consagra as instituições mais favoráveis ao indivíduo, sendo esta última a mais comum (43).

Antecedentes encontram-se, ainda, no próprio direito romano, no direito canônico, na escola do direito natural, na filosofia política do contrato social e no liberalismo econômico.

O direito romano consagrou a *lex privata* como primeira forma de expressão do *ius civile*. A *lex* era uma declaração solene com valor de norma jurídica, baseada em um acordo entre declarante e destinatário (44). Tinha por base um negócio particular, que se realizava quando alguém dispunha de uma coisa sua (*lex rei suae dicta*). A *lex privata* era forma de expressão do direito privado, conforme disposta na Lei das XII Tábuas: "*uti lingua nuncupassit, ita ius*". Depois da *lex privata* é que surge a *lex publica*, quando aprovada pelo povo, nos comícios, uma proposta do magistrado. Consagrava, assim, o direito romano o poder jurígeno da vontade individual. Logo em seguida, o Cristianismo coloca o homem no centro das reflexões de ordem religiosa, filosófica e social, e dogmatiza, no direito canônico, a declaração de vontade como fonte de obrigações jurídicas. O contratante é obrigado, por sua própria consciência, a respeitar a palavra dada, o que implica na necessidade de o consentimento dos contratantes não estar viciado, donde a importância dos vícios do consentimento (45). É im-

(41) Idem, p. 20.

(42) Idem, p. 28.

(43) Idem, p. 27.

(44) SEBASTIÃO CRUZ, *Direito Romano*, Coimbra, 1980, p. 202.

(45) ANTONIO FERRER CORREIA, *Erro e Interpretação na Teoria do Negócio Jurídico*, 3ª Tiragem, Coimbra. Livraria Almedina, 1985.

portante, também, que não se configure o enriquecimento injusto, donde as idéias da lesão e de usura consagrados pelos canonistas. É preciso, enfim, que não se tenha dado a palavra por nada ou por uma causa ilícita ou imoral, donde a origem da teoria da causa, tão importante no regime dos contratos (46). Reconhecendo como pecado a violação da palavra dada, o direito canônico consagra o acordo de vontades como fonte de obrigações morais e religiosas.

Com os glosadores, principalmente BARTOLO DE SAXOFERRATO (47), firma-se o princípio da autonomia da vontade do direito internacional privado, reconhecido aos particulares o poder de escolher a lei aplicável aos seus contratos. A vontade particular passa a estabelecer o critério de solução dos conflitos de leis em matéria contratual e, assim, a ser fonte de direito. É também no direito civil que se passou a reconhecer a vontade particular como poder de estabelecer as regras de sua atuação jurídica, o que se consagra no art. 1.134 do Código Francês, segundo o qual "as convenções legalmente estabelecidas fazem lei entre as partes". O que era para os internacionalistas uma noção puramente técnica passou a ser para os civilistas um conceito teórico (48), traduzindo a convicção de que "a vontade pode, como a lei, criar direito".

Com a escola do direito natural, a idéia da origem divina do direito substitui-se pela das liberdades naturais, que se consideram fundamento e fim do direito. "Declara-se que existem leis da natureza descobertas pela razão que devem dominar as legislações. Essas leis fundamentam e favorecem a sociedade dos homens. Ora não há regra mais favorável à sociedade dos homens que aquela que consiste em dizer que se é obrigado pelo contrato e porque se quis isso. O contrato é a manifestação da vontade humana, e a liberdade contratual uma das liberdades naturais" (49).

Também a teoria do contrato social, de JEAN-JACQUES ROUSSEAU, contribui, no plano filosófico, para a teoria da autonomia da vontade. "O homem é naturalmente livre; a vida em sociedade exige, todavia, um certo abandono desta liberdade, mas este abandono não se concebe senão quando livremente consentido, nos limites e nas condições que esse contrato social determinou (50). "Segundo essa teoria, a autoridade pública tem por

(46) ALEX WEIL et FRANÇOIS TERRE, *Droit Civil, les Obligations*, Paris Dalloz, 1975, p. 51.

(47) BARTOLO DE SAXOFERRATO (1314-1357), o mais célebre dos pós-glosadores ou conciliadores, um dos construtores do direito internacional privado, com os princípios *locus regit actum, lex rei sitae*. Cfr. HAROLDO VALLADÃO, "Autonomia da vontade no direito internacional privado", *Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro*, Rio de Janeiro, Forense, I, 1982, p. 34.

(48) VERONIQUE RANOUIL, *L'Autonomie de la Volonté. Naissance et Evolution d'un Concept*, Paris, P.U.F., 1980, p. 68.

(49) WEIL et TERRE, *op. cit.*, p. 51.

(50) BORIS STARK, *Obligations*, Paris, Librairies Techniques, 1972, p. 341.

base a concordância dos sujeitos de direito, unindo-se uns aos outros para formar sociedade e abandonando pelo contrato social uma parte dos direitos subjetivos que a natureza lhe tinha dado. A vida em sociedade não seria possível se cada um quisesse exercer ao máximo sua liberdade individual, sendo preciso renunciar a alguns direitos pelo contrato social". A convenção, o acordo, é a base de toda autoridade entre os homens, sendo que a própria autoridade pública extrai seu poder de uma convenção.

Com a filosofia de KANT, que teve definitiva influência, a autonomia da vontade adquire conotação dogmática, passando a imperativo categórico de ordem moral, afirmando-se na *Metafísica do Direito* (1796) que "a vontade individual é a única fonte de toda obrigação jurídica" (51). Na Alemanha, suas idéias serviram de substrato à famosa *Willenstheorie*, e na França, a tradução de seu livro consagra definitivamente a autonomia da vontade.

A própria expressão é tirada da obra *Crítica da Razão Prática*.

Argumentos decisivos da autonomia da vontade como princípio e forma de poder jurídico encontram-se ainda no campo econômico, impondo-se em toda a sua plenitude com a doutrina do liberalismo "pelo qual o livre jogo das vontades particulares assegura o máximo de produção e os preços mais baixos, como efeito da livre concorrência" (52). O instrumento é o contrato que deve ser preservado como produto da liberdade integral de suas partes, afastados os obstáculos à livre circulação dos bens. É o princípio do *laissez-faire, laissez-passer, laissez-contracter*.

É, porém, na elaboração do Código Civil francês que tal princípio tem a sua máxima positivação, realizando-se no art. 1.134, como acima referido, e efetivando os princípios dele decorrentes, da liberdade contratual, do consensualismo, da força obrigatória do contratual e do efeito relativo do contrato.

Na Alemanha e na Itália, o notável desenvolvimento da doutrina levou o princípio da autonomia da vontade a uma nova dimensão com significado até diverso para alguns juristas (53) que passaram a considerá-lo, objetivamente, como verdadeiro poder jurídico dos particulares, denominando-se, por isso, autonomia privada, poder de estabelecer normas jurídicas individuais para regulamentar sua própria atividade jurídica, manifestada a vontade por meio de figura específica, o negócio jurídico.

(51) EMMANUEL KANT, *Grundlung zur metaphysik der Sitten*, trad. de Paulo Quintela, São Paulo, Abril Cultural, 1980, p. 144. Sobre a origem da expressão, cfr. VERONIQUE RANOUIL, *op. cit.*, pp. 42, 76 e 84.

(52) STARK, *op. cit.*, p. 341.

(53) PIETRO BARCELLONA, *Diritto Privato e Processo Economico*, Seconda edizione, Napoli, Jovene Editore, 1980, p. 43. Para indicação bibliográfica de direito alemão e italiano, cfr. do AUTOR, *op. cit.*, pp. 46, nota 24, e 50, nota 66.

6. *A função histórica da autonomia da vontade. Fundamento ideológico*

A concepção teórica da autonomia privada é produto do individualismo que reúne e consolida tendências anteriores já verificadas no direito romano, no direito canônico, no contrato social e no liberalismo econômico, e que se manifesta, historicamente, no jusnaturalismo.

Seu fundamento básico é a liberdade como poder jurídico, e sua função se deduz das condições econômicas e sociais em que se firmou como poder jurídico. Importante, pois, para explicitar-se tal função, não é propriamente a ideologia individualista do jusnaturalismo, mas o processo econômico em que nasceu e se desenvolveu o princípio da liberdade, ou melhor, do poder individual como fonte normativa.

Com o desenvolvimento do comércio e da indústria, a divisão do trabalho e a especialização, aumenta o intercâmbio de bens e serviços e o princípio da autonomia da vontade torna-se extremamente útil para o desenvolvimento desse processo, acreditando o pensamento econômico liberal, na sua expressão mais pura, que a lei econômica da oferta e da procura responde aos interesses da sociedade.

Breve revisão histórica mostra-nos que o dogma da vontade nasce também do direito de propriedade. Na Idade Média, a fonte principal da riqueza e produção era a terra, e o direito principal, a propriedade. A evolução política e econômica tornou, porém, distinta a propriedade da terra da dos demais bens de produção, base do comércio e da indústria, e de que eram titulares os construtores da economia capitalista, os burgueses, interessados no desenvolvimento do intercâmbio comercial. Esse processo levou à jurisdicização das relações de troca, isto é, a um sistema jurídico que permitisse a livre circulação dos bens e dos sujeitos, na dinâmica do próprio sistema. A generalização das trocas configura uma nova força, um novo poder, que se destaca do direito de propriedade, e que é, precisamente, o poder da vontade que se realiza na liberdade de troca e na liberdade de atuação no mercado, correspondente ao que hoje denominamos de liberdade de iniciativa econômica.

A autonomia da vontade traduz o poder de disposição diretamente ligado ao direito de propriedade, dentro do sistema de mercado da circulação dos bens por meio da troca, e de que o instrumento jurídico próprio é o negócio jurídico. Essa autonomia significa, conseqüentemente, que o sujeito é livre de contratar, escolher com quem contratar e estabelecer o conteúdo do contrato. A autonomia privada teria, assim, como fundamento prático, a propriedade privada, e como função, a livre circulação de bens⁽⁵⁴⁾.

A vontade apresenta-se, desse modo, como o elemento fundamental da dinâmica do mundo jurídico⁽⁵⁵⁾, donde a importância da sua falta ou dos vícios da vontade, na teoria do negócio jurídico.

(54) BARCELLONA, *op. cit.*, p. 201.

(55) *Idem*, *op. cit.*, p. 226.

A autonomia privada revela-se, portanto, como produto e como instrumento de um processo político e econômico baseado na liberdade e na igualdade formal, com positivação jurídica nos direitos subjetivos de propriedade e de liberdade de iniciativa econômica. Seu fundamento ideológico é, portanto, o liberalismo, como doutrina que, entre outras formulações, faz da liberdade o princípio orientador da nomogênese jurídica no âmbito do direito privado, pelo menos no seu campo maior que é o do direito das obrigações. Com a intervenção posterior do Estado, e a respectiva legislação especial, limita-se a autonomia da vontade e visa-se estabelecer outro tipo de igualdade, a *material*. O princípio da autonomia perde seu absolutismo, mas, persiste ainda como princípio básico da ordem jurídica privada⁽⁵⁶⁾. O interesse geral e a justiça põem-se acima da liberdade individual, mas o direito objetivo respeita o direito subjetivo, pois a superioridade daquele direito não é incompatível com o reconhecimento da autonomia dos particulares. A questão é, apenas, de limites⁽⁵⁷⁾. Permanece, como regra, a liberdade de contratar e de estabelecer o conteúdo do contrato. A exceção é a intervenção do Estado criando a obrigação de contratar e inserindo, automaticamente, cláusulas e preços fixados⁽⁵⁸⁾, “justificando-se com o caráter excepcional das circunstâncias que alteram o modelo concorrencial”.

7. *Consequências jurídicas da inserção do princípio da autonomia privada no sistema jurídico*

Consequências imediatas da aceitação da autonomia privada são, em matéria constitucional, a garantia da liberdade de iniciativa econômica, e, no campo contratual, que é o seu campo por excelência, os princípios da liberdade contratual, da força obrigatória dos contratos, do efeito relativo dos contratos, do consensualismo e da natureza supletiva ou dispositiva da maioria das normas estatais do direito das obrigações, e ainda a teoria dos vícios do consentimento. No campo sucessório, a liberdade de testar e de estabelecer o conteúdo do testamento. E para os que aceitam a vontade como poder jurídico (autonomia privada), a concepção normativa do negócio jurídico, a consideração do negócio como fonte de normas jurídicas.

A liberdade de iniciativa econômica é a expressão da autonomia privada no campo constitucional. São conceitos correlatos mas não coincidentes, na medida em que a primeira focaliza o aspecto econômico e a segunda, o jurídico, do mesmo fenômeno, havendo entre eles uma relação instrumental⁽⁵⁹⁾.

A liberdade contratual manifesta-se nos seguintes aspectos: liberdade de contratar, de escolher as partes com quem contratar, de estabelecer o conteúdo, a forma e os efeitos do contrato. O consensualismo significa que

(56) GHESTIN, *op. cit.*, p. 118.

(57) FERRI, *op. e loc. cit.*

(58) BARCELLONA, *op. cit.*, p. 226.

(59) FRANCESCO GALGANO, *Rapporti Economici in Commentario della Costituzione a cura di Giuseppe Branca*, Bologna, Zanichelli Editore, 1982, p. 5.

basta o consentimento, o acordo de vontades, para que o contrato se estabeleça e as obrigações nasçam, não sendo preciso forma especial. Os vícios do consentimento revestem-se de grande importância pelo fato de que, "se o consentimento não é livre", a manifestação de vontade é defeituosa e, portanto, anulável. Por outro lado, não interessam os motivos da declaração de vontade. Sendo o contrato manifestação de liberdade, não importam os motivos que levaram a tal manifestação. A vontade vale por ela mesmo, sendo lícito o respectivo objeto. O princípio da força obrigatória dos contratos significa que, sendo a vontade particular autônoma, ela estabelece a lei entre as partes contratantes, vinculando-se ao cumprimento das obrigações estabelecidas por essa vontade. Já o efeito relativo dos contratos significa, por sua vez, que a eficácia do contrato, as obrigações e as regras estabelecidas para o seu cumprimento produzem efeitos apenas entre os participantes, as partes do contrato, não afetando terceiros.

A autonomia privada manifesta-se e realiza-se no campo das relações jurídicas patrimoniais, que é o setor por excelência da esfera de soberania individual, compreendendo as relações jurídicas obrigacionais e as reais. Seu instrumento é o negócio jurídico, fonte por excelência das obrigações, incluindo os contratos, as declarações unilaterais de vontade e, no campo das sucessões, o testamento, manifestação volitiva com que a pessoa dispõe de seus bens para depois da sua morte.

Para os que vêem na vontade individual um poder jurígeno, aceitando o princípio da autonomia privada, o negócio jurídico, seu instrumento, tem eficácia normativa, vale dizer, a manifestação de vontade é fonte autônoma das regras jurídicas que, ao lado das estabelecidas em lei, disciplinam, regulam, as obrigações nascidas desse negócio. As regras que nascem da declaração de vontade são jurídicas, ao lado das que nascem do poder estatal, ou dos costumes, ou dos princípios gerais do direito. "Qualitativamente não há diferença entre as distintas fontes normativas que integram o complexo regulador da relação jurídica concreta, ainda que se estabeleça uma hierarquia entre a norma procedente de cada fonte" (80). E no processo de revisão da teoria das fontes de direito, o negócio jurídico, como expressão da autonomia privada, é tido como "ato constitutivo de normatividade jurídica", subordinado à lei mas não dela normativamente derivado (81).

8. *As críticas à autonomia da vontade. Argumentos de natureza filosófica, moral e econômica*

As mudanças econômicas e sociais decorrentes da revolução industrial e tecnológica, com a passagem de uma economia agrícola e rural para uma industrial e urbana, causaram profundas alterações no sistema de direito privado, com o surgimento da empresa e de novas figuras contratuais, contratos-tipo e de adesão, e conseqüentes restrições à liberdade contratual,

(80) GARCIA AMIGO, *op. cit.*, p. 215.

(81) CASTANHEIRA NEVES, *op. cit.*, p. 1686.

tudo isso acompanhado de críticas à autonomia da vontade, a demonstrar o seu declínio.

Tais críticas são, também, como os fatores que a fizeram crescer, de ordem filosófica, moral e econômica.

Sob o ponto de vista filosófico, constata-se facilmente que ao individualismo se contrapõem as tendências sociais da idade contemporânea. O homem é um ser social, vive necessariamente em grupo, do que lhe advêm inevitáveis relações e condicionamentos que reduzem a sua capacidade de agir individualmente, no seu exclusivo interesse.

Sob o ponto de vista moral, tem ficado demonstrado que os princípios da liberdade e da igualdade, fundamentais no direito civil, não se realizam harmonicamente. A igualdade perante a lei é meramente formal; no campo material, as desigualdades são profundas, gritantes. O exercício da liberdade contratual, por exemplo, pode levar os segmentos sociais mais carentes de recursos e, por isso mesmo, desprovidos do poder de confronto ou de negociação, a acentuados desníveis econômicos, do que é exemplo a miséria das classes menos favorecidas. É por isso que o Estado intervém no direito dos contratos, a fim de equilibrar o poder das partes contratantes, estabelecendo normas imperativas em matéria de ordem pública ou de bons costumes. O legislador limita, assim, a autonomia da vontade para o fim de proteger os pólos mais fracos da relação jurídica patrimonial, principalmente em matéria de contratos (locação, empréstimos, seguros etc.).

Sob o ponto de vista econômico, reconhece-se que o individualismo deu lugar ao socialismo, em sentido amplo. Advoga-se a intervenção crescente do Estado na organização e disciplina dos setores básicos da economia, alegando-se a inconveniência, a impossibilidade até de se deixar às forças do mercado a condução da economia nacional, principalmente nos países em vias de desenvolvimento, onde são mais flagrantes as disparidades econômicas e sociais. Sendo assim, os valores fundamentais da ordem jurídica, a segurança, a justiça, o bem comum, a liberdade, a igualdade e a paz social exigem uma presença cada vez maior do Estado atuante no sentido de equilibrar as forças econômicas e sociais em conflito. Não se admite mais a economia liberal, na sua forma mais pura, típica do século XI, que dá lugar a uma economia concertada, com uma intervenção crescente do Estado. Essa intervenção realiza-se primeiro na proteção das categorias sociais menos favorecidas, como os trabalhadores assalariados, e depois, na organização da produção e distribuição dos bens e serviços, com um conjunto de medidas cuja disciplina jurídica toma o nome de ordem pública econômica.

Finalmente, um argumento de natureza ideológica. O princípio da autonomia da vontade encontra sua razão de ser na expressão mais pura do liberalismo econômico, na época em que o Estado tinha uma função mais política do que econômica ou social. Era o Estado de Direito, organizado juridicamente para garantir o respeito aos direitos individuais em sua ple-

nitude. Com a revolução industrial e tecnológica, e os problemas sociais dela decorrentes, com guerras mundiais de permeio, surgiu o Estado social, intervencionista, destinado à organização e disciplina da vida econômica, protegendo os setores sociais mais desfavorecidos, e diligenciando no sentido de criar iguais oportunidades de acesso aos bens e vantagens da sociedade contemporânea. No campo do direito privado, é a socialização do direito civil⁽⁸²⁾.

9. *A evolução do direito civil. A intervenção do Estado e os limites da autonomia privada*

Sendo o direito civil produto histórico de uma larga experiência jurídica, tanto no seu aspecto normativo quanto no de sua própria elaboração científica, a sua dogmática atual reflete as profundas mudanças que a revolução industrial e tecnológica têm causado na sociedade, tornando mais complexas as suas relações e mais específica e assistemática a sua disciplina jurídica. E no quadro atual dessas modificações, a nota característica que sobressai, a marcar indelevelmente a civilística contemporânea, é a presença crescente do Estado na disciplina da matéria de direito privado, absorvendo-lhe os princípios cardiais em torno dos quais se edificaram, ao longo dos séculos, a ciência e o sistema do direito comum, dando-lhe os foros de superioridade que levariam juristas a afirmar estarmos em face da publicização do direito civil⁽⁸³⁾.

O individualismo dos Oitocentos, resultante das concepções jusnaturalistas e iluministas que tão bem se positivaram no Código de Napoleão e no B.G.B., nos quais a pessoa humana, com sua liberdade e autonomia, era o centro por excelência do universo jurídico, e o direito civil "a garantia dos fins individuais relativos à família e aos bens"⁽⁸⁴⁾, foi-se reduzindo gradativamente a partir do começo do século e, acentuadamente, com a Segunda Guerra Mundial, mercê duma progressiva intervenção do Estado, que limita a autonomia da vontade, quando não a elimina totalmente, às relações da microeconomia. A intervenção estatal na matéria econômico-jurídica demonstra, assim, a definitiva superação do individualismo do século XIX, e a conseqüente decadência do liberalismo econômico e político pela ingerência do Estado, com princípios autoritários, na economia privada e na vida jurídica em geral⁽⁸⁵⁾. Advoga-se o predomínio dos interesses gerais sobre os particulares e sobrepõe-se o espírito da solidariedade e da justiça social ao do puro individualismo dos Códigos Civis, exigindo-se destes não mais a tradicional postura dogmática adequada ao Estado de Direito, mas o caráter instrumental de utilidade próprio do Estado social. Ora a passagem do Estado liberal para o Estado intervencio-

(82) JEAN CARBONNIER, *Droit Civil*, 31^o édition, Paris, P.U.F., 1977, p. 69.

(83) RENÉ SAVATIER, *Du Droit Civil au Droit Public*, Paris, L.G.D.J., 1960, pp. 13 e seqs.

(84) GRASSETTI, *op. cit.*, p. 1162.

(85) FRANCESCO MESSINBO, *Il Contratto in genere*, I, Milano, Giuffrè, 1968, p. 82.

nista, com a sua crescente ingerência na organização da vida econômica, conduz ao declínio da concepção liberal da economia e a uma conseqüente crítica ideológica do dogma da vontade, principalmente da doutrina marxista (66).

As conseqüentes e inevitáveis modificações no sistema de direito civil podem-se agrupar em três significativas vertentes: 1) as fontes do direito civil; 2) os seus institutos fundamentais (personalidade, família, propriedade, contrato e responsabilidade civil); e 3) a atuação do Estado e de grupos intermediários (partidos políticos, sindicatos, associações de consumidores etc.) nas atividades tipicamente de direito privado (67).

No que tange às fontes, além das modificações profundas que o Código Civil sofreu, em grande parte derogado por abundante legislação específica que lhe tomou a disciplina dos principais institutos, pondo em cheque o ideal oitocentista da unidade legal do direito privado e levando juristas de nomeada a constatar ter-se passado da era da codificação (68) para a dos microssistemas jurídicos, há um aspecto de suma relevância, que é a consagração de princípios constitucionais pertinentes ao direito privado, diretivas básicas de natureza constitucional sempre vistas como normas programáticas sem eficácia normativa, como os princípios da liberdade, da propriedade, da iniciativa econômica. Além de reconhecidos como princípios normativos, pois que incorporados a textos constitucionais modernos, como o italiano, o português, o brasileiro, o que os torna integrantes do sistema político e lhes confere uma implícita garantia contra eventuais abusos do legislador ordinário, têm o efeito de reduzir o campo das diferenças entre o direito público e o direito privado, hoje conjugados na ação comum de prover ao bem-estar social. Ora, se por um lado, vemos a redução ou anulação do individualismo subjacente aos postulados liberais do direito civil burguês, por outro lado, temos o reconhecimento constitucional desses mesmos postulados, hoje revestidos de uma dimensão pública, geral e funcional, no sentido de que, integrados na ordem econômica e social, se utilizem como instrumentos de desenvolvimento e justiça social.

Reconhecida constitucionalmente a liberdade de iniciativa econômica, indiretamente se garante a autonomia privada, em face da íntima relação de instrumentalidade existente entre ambas. Conceitos conexos, mas não coincidentes, a autonomia privada tem caráter instrumental em face da liberdade de iniciativa econômica, pelo que as limitações que a esta se impõem também atuam quanto àquela. E esses limites são a ordem pública, na sua espécie de ordem pública e social de direção, sob a forma de intervencionismo neoliberal ou de dirigismo econômico, e os bons costumes,

(66) C. MASSINO BIANCA, *Diritto Civile, Il contratto*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 27.

(67) GRASSETTI, *loc. cit.*

(68) ORLANDO GOMES, "A Caminho dos microssistemas" in *Novos Temas de Direito Civil*, pp. 40 e segs. NATALINO IRTI, *L'Età della Decodificazioni*, Milano, Giuffrè, 1979, p. 27.

as regras morais, sendo que o intervencionismo neoliberal não se opõe à liberdade contratual nem à livre concorrência, apenas visa evitar a que for desleal, e a proteger o consumidor, enquanto que o dirigismo, opondo-se à liberdade contratual, submete-a às exigências da planificação econômica, imperativa ou indicativa (69).

Tudo isso implica na redução do âmbito de atuação da autonomia privada. Como princípio fundamental da ordem jurídica civil, teve maior importância nas épocas de mais acentuado individualismo, mas com as tendências sociais em matéria de contrato, a proliferação das leis especiais, as crescentes restrições à liberdade contratual, decorrentes, como assinalado, da ordem pública, dos bons costumes, e ainda, da boa fé, da equidade, da estandardização dos contratos etc., assiste-se à redução de seu campo, embora permanecendo como princípio fundamental do direito privado, aplicável nos setores em que o direito estatal permite, que é, quase que exclusivamente, o direito das obrigações. O problema da autonomia privada é, portanto e somente, um problema de limites como, por exemplo, o dever ou a proibição de contratar, a necessidade de aceitar regulamentos pré-determinados, a inserção ou substituição de cláusulas contratuais, o princípio da boa fé, os preceitos de ordem pública, os bons costumes, a justiça contratual, as disposições sobre abuso de direito etc., tudo isso a representar as exigências crescentes de solidariedade e de socialidade.

10. *A funcionalização dos institutos de direito privado. A autonomia privada numa perspectiva funcional. Conclusão*

Não só a constitucionalização dos princípios e dos institutos básicos do direito privado têm real significado para o nosso tema, na panorâmica do direito civil moderno. Outro aspecto a salientar, não mais no campo específico das fontes de direito civil, mas no da sua matéria concreta, é o da funcionalização de seus principais institutos, a propriedade e o contrato, ambos como expressão de liberdade, o segundo, especificamente, da autonomia privada.

Que significa a funcionalização de tais institutos?

Deve-se, em primeiro lugar, dizer que, para a concepção estrutural, dogmática, do direito, a ciência jurídica não deve ocupar-se com as funções desse, mas somente com os seus elementos estruturais, deixando-se a análise funcional para a sociologia e a filosofia (70). O recurso às ciências sociais para melhor compreensão e positivação do fenômeno jurídico revela, porém, íntima relação entre a teoria estrutural do direito e o ponto de vista técnico-jurídico, de um lado, e a teoria funcional do direito e o ponto de vista sociológico, de outro. Ora, tal conexão é uma das características dos estudos jurí-

(69) GHESTIN, *op. cit.*, pp. 83/86; GÉRARD PARJARD, *Droit Economique*, Paris, P.U.F., 1982, p. 70.

(70) BOBBIO, *op. cit.*, p. 90.

dicos contemporâneos, considerando-se essencial para o jurista saber não apenas como o direito é feito, mas também para o que serve, vale dizer, a sua causa final. Assim aparece o conceito de função em direito, designando o papel que um princípio, norma ou instituto desempenha no interior de um sistema ou estrutura, de partes interdependentes (71).

A referência à função social ou econômico-social de um princípio, um instituto, uma categoria jurídica, nomeadamente a autonomia privada e o seu instrumento de positivação, o negócio jurídico, significa o *apprêcio* do direito com as demais ciências sociais, a sociologia, a economia, a ciência política, a antropologia, numa resposta às solicitações que a sociedade contemporânea faz ao jurista, considerado não mais como a "figura tradicional de cultor do direito privado, ancorado aos dogmas das tradicionais características civilísticas", mas atento à realidade do seu tempo, a exigir-lhe uma postura crítica perante a inércia do sistema tradicional em prol de uma ordem mais justa na sociedade (72).

A funcionalização dos institutos jurídicos significa então que o direito em particular e a sociedade em geral começaram a interessar-se pela eficácia das normas e dos institutos vigentes, não só no tocante ao controle ou disciplina social mas também no que diz respeito à organização e direção da sociedade, através do exercício de funções distributivas, promocionais ou inovadoras, abandonando-se a costumeira função repressiva, principalmente na relação do direito com a economia. Daí falar-se na função econômico-social dos institutos jurídicos (73) inicialmente em matéria de propriedade e, depois, de contrato. Representa, assim, a função econômico-social a preocupação com a eficácia social do instituto e, no caso particular da autonomia privada, significa que o reconhecimento e o exercício desse poder, ao realizar-se na promoção da livre circulação de bens e serviços e na auto-regulamentação das relações disso decorrentes, condiciona-se à utilidade social que tal circulação possa representar, por ser o meio mais adequado à satisfação das necessidades sociais, com vistas ao bem comum e ao seu objetivo de igualdade material para todos em face das exigências de justiça social, idéia essa que "se desenvolve paralelamente à evolução do Estado moderno como ente ou legislador racional" (74).

De tudo isso resulta que a funcionalização de um princípio, norma, instituto ou direito implica, na sua positivação normativa, no estabelecimento de limites que o ordenamento jurídico, ou alguns de seus princípios vinculantes, estabelecem ao exercício das faculdades subjetivas (em face de situações concretas) que possa caracterizar abuso de direito, como se verifica na própria estatuição do Código Civil português, no seu art. 334.

(71) J. DURÃO BARROSO, *Função*, Polis-Enciclopédia Verbo, 2, p. 1606.

(72) CASTANHEIRA NEVES, *O direito como alternativa humana, conferência* no IV Congresso de Direito Comparado Luso-Brasileiro, Rio de Janeiro, 1967, p. 40.

(73) Cfr. KARL RENNERT, *Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion*, Tübingen, J. C. B. Mohr "Paul Siebeck", 1929, p. 46.

(74) GINO GORLA, *Il Contratto*, Milano, Giuffrè, 1955, I, p. 265.

Emprestar ao direito uma função social significa considerar que a sociedade se sobrepõe ao interesse individual, o que justifica a ação do Estado no sentido de promover a igualdade material e acabar com as injustiças sociais. Função social significa não individual, sendo critério de valorização de situações jurídicas conexas ao desenvolvimento das atividades da ordem econômica. Seu objetivo é o bem comum, o bem-estar econômico coletivo. A idéia de função social deve entender-se, portanto, em relação ao quadro ideológico e sistemático em que se desenvolve. Ideologicamente, representa a teorização do bem comum⁽⁷⁶⁾, abrindo a discussão em torno da possibilidade de se realizarem os interesses sociais, sem desconsiderar, ou eliminar até, a propriedade privada. Sistemáticamente, atua no âmbito dos fins básicos da propriedade, da garantia de liberdade e, conseqüentemente, da afirmação da pessoa. E ainda historicamente, o recurso à função social demonstra a consciência político-jurídica de se realizarem os interesses públicos de modo diverso do até então proposto pela dogmática tradicional do direito privado, liberal e capitalista. Neste particular, pode-se dizer que "revoga um dos pontos cardeais da dogmática privatista, o direito subjetivo modelado sobre a estrutura da propriedade absoluta", o que poderia sugerir uma certa incompatibilidade entre a idéia de função social e a própria natureza do direito subjetivo. Mas o que se assenta, ao final das contas, é que a função social se configura como princípio superior ordenador da disciplina da propriedade e do contrato, legitimando a intervenção legislativa do Estado e a aplicação de normas excepcionais, operando ainda como critério de interpretação das leis. A função social é, por tudo isso, um princípio geral de atuação jurídica, um verdadeiro *standard* jurídico, uma diretiva mais ou menos flexível, uma indicação programática que não colide nem ineficaciza os direitos subjetivos, apenas orienta o respectivo exercício na direção mais consentânea com o bem comum e a justiça social. Podem assim coexistir o direito subjetivo e o *standard* jurídico, e conceitos até então considerados incompatíveis, como *direito e função*, coexistem na realidade legislativa, em nível de princípios.

A teoria da função econômico-social dos institutos jurídicos é, enfim, produto síntese das tendências axiológicas contemporâneas que levam à chamada economia dirigida. E é precisamente o contrato, instrumento da

(76) GALGANO, *op. cit.*, p. 96. "Historicamente, o recurso à função social serve para destacar uma dimensão segundo a qual o aumento da compreensão dos poderes dos proprietários por efeito da intervenção do Estado é acompanhado da convicção de que tal acontece pela necessidade de realizarem-se interesses públicos de modo diverso do tradicional. Conceitualmente, revoga um dos eixos da dogmática privada, o do direito subjetivo modelado precisamente sobre a estrutura da propriedade absoluta. Ideologicamente, abre a discussão em torno da possibilidade de realização verdadeira de interesses sociais sem eliminar-se integralmente a propriedade privada dos bens". STEFANO RODOTA, *Rapporti Economici*, p. 112. Acerca da função da autonomia privada e do negócio jurídico no direito italiano, cfr. RENATO SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla Teoria del Negozio Giuridico*, Napoli, EUGENIO JOVENE, 1969, pp. 100, 118, 244. Nesse direito, é clara a identidade das noções de função e de causa do negócio jurídico (segundo a concepção objetiva): a causa é a função econômico-social que caracteriza o tipo do negócio jurídico como ato de autonomia privada. Cfr. EMILIO BETTI, *Teoria Generale del Negozio Giuridico*, Torino, 1960, pp. 188, 184.

autonomia privada, o campo de maior aceitação dessa teoria, acolhida primeiramente no Código Civil italiano, art. 1.322, segundo o qual “podem as partes determinar livremente o conteúdo do contrato nos limites impostos por lei, e celebrar contratos atípicos ou inominados, desde que destinados a realizar interesses dignos de tutela, segundo o ordenamento jurídico”. Do mesmo modo e de forma idêntica a consagra o Código Civil português no seu art. 405.º, ao dispor que as partes podem livremente fixar o conteúdo do contrato, nos limites da lei, e celebrar contratos diferentes dos previstos no mesmo Código, completando-se esse dispositivo com o art. 280.º que fixa limites ao exercício da autonomia privada, estabelecendo a nulidade do negócio jurídico contrário à ordem pública ou aos bons costumes. Por seu turno, o projeto de Código Civil brasileiro dispõe, no art. 421 que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Consagrada assim a função econômico-social do contrato e, implicitamente, a autonomia privada, reconhece-se, porém, que o exercício deste poder jurídico, consubstanciado em um dos princípios fundamentais da ordem jurídica contemporânea de ideologia liberal, deve limitar-se pela ordem pública e pelos bons costumes, de modo geral, e em particular, pela utilidade que possa ter na consecução dos interesses gerais da comunidade, com vistas ao desenvolvimento econômico e ao seu bem-estar, promovendo a justiça, na sua modalidade distributiva ou na dimensão de justiça social.

Ora é precisamente para esta última dimensão que a autonomia privada pode e deve direcionar-se. A idéia de justiça que se realiza na dimensão comutativa, entre particulares, e distributiva, entre os elementos da comunidade, aparece agora com nova perspectiva, a justiça social. Resultante da conexão entre a consciência moral e a consciência social, exige que a ordem jurídica se mantenha ligada à ordem moral, superando-se com isso o individualismo jurídico em favor dos interesses comunitários, corrigindo-se os excessos da autonomia da vontade dos primórdios do liberalismo. O direito é, assim, chamado a exercer uma função corretora e de equilíbrio dos interesses dos vários setores da sociedade, para o que limita, em maior ou menor grau de intensidade, o poder jurídico do sujeito, mas sem desconsiderá-lo, já que ele é, em última análise, o substrato político-jurídico do sistema neoliberal em vigor nas sociedades democráticas e desenvolvidas do mundo contemporâneo que se caracterizam, precisamente, pela conjunção da liberdade individual com a justiça social e a racionalidade econômica.

Se bem que, do ponto de vista técnico-jurídico, a autonomia privada se apresente como princípio jurígeno fundamental da ordem jurídica privada, profundamente limitada nas possibilidades de seu exercício pela ingerência do Estado na economia, hoje em dia menor pelo sentimento de privatização e de desregulamentação que perpassa pelas nações desenvolvidas do mundo ocidental, por outro lado, sob o ponto de vista político, constitui-se em um âmbito de atuação político-jurídico individual com eficácia jurídica, como garantia de sobrevivência e realização dos postulados básicos de liberdade e de reconhecimento do valor jurídico da pessoa humana.

Anteprojeto de lei sobre direito de autor

ANTÔNIO CHAVES

Presidente do Instituto Interamericano de Direito de Autor, Conselheiro da Interamerican Bar Association, antigo Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Após algumas tentativas anteriores que não chegaram a termo, uma comissão de oito membros do Conselho Nacional de Direito Autoral (CNDA), nomeada por Portaria do Ministério da Cultura n.º 178, de 4-3-1987 — da qual fizeram parte, em sua composição final, Hildebrando Pontes Neto, Vice-Presidente do Conselho, que a presidiu; Marco Venício Mororó de Andrade, Luiz Gonzaga do Nascimento Júnior, Daniel da Silva Rocha, Fernando Rocha Brant, Pedrylvio Francisco Guimarães Ferreira, Jorge José Lopes Machado Ramos e Flávio Antônio Carneiro Carvalho —, elaborou um texto, publicado no *Diário Oficial* da União, Seção I, de 25-10-1988, pp. 20.711 — 20.713, e num folheto em 2.000 exemplares, distribuídos “para conhecimento e debate público”.

Um projeto de lei, em matéria especializada, pode assumir duas modalidades. Uma, por assim dizer, *didática*, ambicionando compreensão também por parte dos *leigos*, com explicações e definições. Chegam mesmo alguns países, como Portugal, a verdadeiros *Código do Direito de Autor*, Decreto-Lei n.º 46.980, de 27-4-1966, recentemente revisto pelo Dec.-Lei n.º 63, de 14-3-1985; como é a Lei de 1987, de Cingapura, com seus 245 artigos, além de um anexo; como é o Projeto de Lei do Panamá, de 1986, com seus 279 artigos.

Outra, mais técnica, mais ágil, mais moderna, sem preocupações dessa natureza, dirige-se diretamente aos aplicadores da lei, traçando as diretrizes que exige para sua aplicação, sem definições, sempre perigosas, a não ser as indispensáveis.

A atual lei brasileira, com seus 134 artigos, pertence à primeira modalidade; o aludido anteprojeto inscreve-se na segunda.

Mais do que sucinto, seco, lapidar, com técnica apurada e redação muito mais esmerada e precisa, enfrenta e aponta soluções para os problemas fundamentais com poucas palavras, com as quais põe termo a discussões infundas, como, por exemplo, ao restringir o autor à "pessoa física criadora da obra intelectual", com isso eliminando qualquer ilusão, mesmo em casos específicos, de a pessoa jurídica reivindicar *autoria*. Ou como, quando, no art. 8.º, elimina dúvidas e sofismas, deixando claro que "as diversas formas de utilização da obra são independentes entre si e cada uma delas necessita de prévia autorização do autor".

O que não deixa de consubstanciar uma evolução, que alcança a própria estrutura da lei, que, por ser feminina, não pode fugir a um regime de emagrecimento que lhe proporcione linhas adequadas aos padrões estéticos de hoje.

Escapa às finalidades deste rápido escorço uma análise minuciosa de cada um dos dispositivos propostos.

Limitemo-nos, portanto, à menção de mais algumas de suas características essenciais.

Direitos conexos

Como é sabido, após longa luta, e vencendo resistências, os artistas intérpretes e executantes conseguiram ver amparadas suas "criações" num compartimento separado das leis de direito de autor, sob a denominação em epígrafe, ou mesmo, como é o caso do Brasil, com lei especial à parte. Mas, pela brecha por essa forma por eles aberta infiltraram-se as gravadoras de discos, as empresas de radiodifusão, o direito à imagem, o direito de arena, o *software*, até mesmo, algumas nas grandes convenções internacionais, e mantêm, aguerridos, seus bastiões, sem embargo das críticas as mais veementes, que não admitem qualquer criação numa *gravação* ou numa *transmissão* através de aparelhos eletromagnéticos.

O anteprojeto dá não um, mas dois passos avançados: incorpora de uma vez, como direito de autor, o do intérprete e/ou executante com relação à sua interpretação e/ou execução (art. 2.º, § 2.º) e coloca para fora de seu âmbito os demais "penetras".

Elimina assim essa deselegante conexão: ou se é, ou não é, autor, sem meios-termos.

Resta saber se, na discussão do anteprojeto, resistirão nossos parlamentares às pressões dos poderosíssimos setores interessados.

Inadmissibilidade de cessões de direitos autorais

Grande parte das controvérsias em matéria de direito de autor é gerada pela cessão, muitas vezes irrefletida, que dá margem a arrependimentos

tardios. A Lei n.º 6.533, de 24-5-1978, que regula o exercício das profissões de artistas e de técnicos em espetáculos de diversões não permite, em seu art. 13, "a cessão ou promessa de cessão de direitos autorais e conexos decorrentes da prestação de serviços profissionais", acrescentando o parágrafo único serem devidos os direitos autorais e conexos dos profissionais em decorrência de cada exibição da obra.

O anteprojeto fulmina de nulidade a cessão de direitos autorais, contrariando assim a atual minuciosa regulamentação dos arts. 52-56.

Salutar, por outro lado, o art. 8.º, intimamente relacionado com o anterior, ao deixar bem claro que as diversas formas de utilização da obra são independentes entre si e cada uma delas necessita de prévia autorização do autor.

Registro

Mandando que as despesas do registro sejam pagas pelo requerente, acaba o art. 23 do anteprojeto com a demagógica gratuidade do art. 19 da lei em vigor, que serve apenas para incentivar a providência com relação a obras de apoucado valor.

Direitos morais

São enumerados em redação mais sintética do que o art. 25 da atual, pelo art. 24 do anteprojeto:

- I — paternidade;
- II — nomeação;
- III — ineditismo;
- IV — integridade;
- V — destinação;
- VI — autorização de uso;
- VII — modificação;
- VIII — suspensão de utilização.

Direitos patrimoniais

Se a obra intelectual for produzida em cumprimento a dever funcional ou a contrato de trabalho ou de prestação de serviços, dispõe a atual lei, art. 36, *caput*, os direitos do autor, salvo convenção em contrário, pertencerão a ambas as partes.

É uma justiça que não chega a ser sequer salomônica, pois empresário algum deixará de prevalecer-se de sua condição de parceiro contratual

mais forte, impondo o que bem entender, como se o dispositivo não existisse.

O art. 27 do anteprojeto parte pelo princípio oposto, e coerente com o princípio do art. 2.º, de que autor é a pessoa física criadora da obra intelectual, reconhece que “O direito patrimonial do autor é independente da remuneração pela prestação de serviços profissionais”.

Asseguram ainda: o art. 28, a participação do co-autor na exploração econômica da obra coletiva; e o art. 29, ser devido o pagamento dos direitos autorais em cada utilização da obra.

O art. 80 da Lei n. 5.988, salvo as fatídicas três palavras “convenção em contrário”, comete o absurdo de admitir que o autor de obra plástica, ao alienar o objeto em que ela se materializa, transmita ao adquirente o direito de reproduzi-la ou de expô-la ao público. Parece até que, por distração ou erro de imprensa, que ninguém até hoje se deu ao trabalho de corrigir, foi omitida a partícula negativa.

Exorbitando o princípio das estreitas lindes da obra de arte plástica, restabelece o art. 30 que “A aquisição de original ou cópia da obra não confere ao adquirente os direitos patrimoniais do autor”.

O anteprojeto elimina mais um absurdo da lei vigente: o art. 46 que limita a 15 anos a proteção das obras encomendadas pela União, pelos Estados, Municípios e Distrito Federal.

Limitações

O escritor e o artista, em sua mesa de trabalho, em seu *atelier*, no palco ou diante de um microfone, contrafazem um pouco Deus, na senhoria absoluta de suas criações, que podem divagar por todas as dimensões, passando tranqüilamente pelo passado, pelo futuro, pelo espaço terreno e interestelar, sem barreiras.

Mais poderoso do que ele, só o legislador, que tão logo pretenda aquele comunicar ao público suas criações, o aferrolha numa série de restrições.

Não se contenta, em todas as latitudes, em estreitar, no tempo, o exercício desse direito: faculta a utilização da obra intelectual, independentemente de qualquer remuneração, numa série de hipóteses, para as quais é sempre invocado um duvidoso interesse público, num plano inclinado que, se não for sabiamente contido, ameaça não apenas estiolar a justa recompensa que merece a produção intelectual, como ainda dará ensejo a mil e uma formas de locupletamento indevido.

Tais diferentes restrições costumam agrupar-se ao redor de duas exigências: da vida coletiva; de caráter científico, didático ou religioso.

A principal delas — a execrada censura — passou a ser expressamente proibida pela Constituição de 5-10-1988, que, depois de garantir, no item IX do art. 5.º, a liberdade da expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, repete, no art. 220 e seus dois primeiros parágrafos, não sofrerem qualquer restrição a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, nenhuma lei podendo conter dispositivo que constitua embaraço à plena liberdade de informação jornalística, “vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”.

Não podia a proposta de novo texto fazer de menos do que eliminar as referências às exigências de natureza científica, didática ou religiosa, às informações de imprensa, às obras de arte existentes em logradouros públicos. Mas talvez tenha exagerado em não ressaltar os discursos pronunciados em reuniões públicas às reproduções de um só exemplar para uso pessoal, às demonstrações para clientela, às execuções e representações no recesso do lar, à utilização para prova judiciária ou administrativa, às paráfrases ou paródias, às reproduções, execuções e representações destinadas a excepcionais.

Por outro lado, a colaboração das autoridades públicas para garantia dos direitos autorais nas execuções públicas é exigida no art. 41 do anteprojeto com mais rigor, “sob pena de responsabilidade”, do que no art. 73, § 2.º, da lei atual, e com mais técnica do que o art. 73, *caput*.

Manda ainda o § 3.º do aludido anteprojeto interdite a autoridade policial, a requerimento do autor, qualquer utilização de obra não autorizada.

Cessão. Concessões. Contratos

O contrato de utilização é dos mais importantes, determinando o art. 42 do anteprojeto suas especificações; as complementares se a modalidade for a reprodução; bem como as de transmissão ou retransmissão e fulminando de nulidade o art. 43 a opção ou preferência para “outra modalidade de utilização da obra, diversa da contratada”.

Indica o art. 44 as seguintes concessões mediante as quais poderá ser contratada a exploração econômica da obra:

- I — gestão econômico-financeira pelos prazos previstos na lei;
- II — venda de exemplares ou ingressos;
- III — locação de espaço ou tempo para mensagem publicitária;
- IV — locação de exemplares para uso privado.

Embora nada mais do que justo, numa época de inflação descontrolada, que o pagamento dos direitos autorais em função de receita diária

seja efetuado no dia seguinte à realização da mesma (§ 2.º), e que as importâncias não pagas no prazo sejam objeto de correção monetária e juros (§ 3.º), será de difícil aplicação prática preste o empresário-gestor, na vigência de todos os contratos, as contas mensais ao autor exigidas pelo § 1.º

Prazos

Uma criação literária ou artística, por muito pessoal, sempre reflete a época e o meio em que foi produzida. A dinâmica dos dias de hoje mais do que nunca exige que tenha uma divulgação, tanto quanto possível, imediata: um original mantido por uma empresa sem editoração e sem devolução envelhece rapidamente e, divulgado com o atraso, chega a comprometer o bom nome do seu autor, assim como toda gravação tem seu momento "mágico" de transmissão conveniente ao público, em condições ideais.

Substituí o anteprojeto o truísmo do art. 29 da Lei n.º 5.988 que "outorga" ao autor o que sempre foi dele, "o direito de utilizar, fruir e dispor" de sua obra pela afirmação do *caput* do art. 45 de que "A exclusividade para a exploração da obra depende de cláusula expressa e prazo determinado". Prazo esse que não excederá, discrimina o § 1.º, de conformidade com a natureza da obra ou modalidade de utilização: 20 dias para as obras jornalísticas; 180 para as publicitárias; 2 anos para as edições gráficas e para as fonográficas; três para as videofonográficas de longa metragem; 10 para as cinematográficas de longa metragem e de um ano para outras modalidades.

As diversas modalidades de utilização obedecerão ao prazo máximo de um ano para a primeira comunicação ao público, a contar da assinatura do contrato, com as exceções que o art. 46 especifica.

Obras de domínio público

A matéria, objeto de disposições esparsas da Lei n.º 5.988 (arts. 48 e dos revogados pela Lei n.º 7.123, de 12-9-1983, art. 93 e inciso I do art. 120), encontra agora teto sob o Capítulo IV, que todavia comete a propriedade de começar declarando ser do domínio público a obra "enquanto anônima". Simplesmente não é — muito ao contrário, deve ser garantida até com mais cuidado, como revela o § 1.º do mesmo art. 47 — contraditório ao reconhecer pertencerem ao autor de obra anônima os direitos autorais, inclusive sobre as utilizações já ocorridas não alcançadas pela prescrição, "se vier a ser conhecido".

A confusão talvez decorra da preocupação de sintetizar o item II do art. 48 da LDA, que se refere às obras "de autor desconhecido, transmitidas pela tradição oral". Mas folclore é coisa diferente de obra anônima.

Também é uma incongruência afirmar que "não é contrafação a utilização anterior feita de boa fé" (art. 47, § 2.º). Boa fé e contrafação são termos antinômicos. Talvez a intenção tenha sido a de isentar de pena a

primeira violação ao direito autoral cometida por um agente, que passaria a gozar uma espécie de "sursis".

Caindo a obra em domínio público — propõe o art. 48 —, resolvem-se todos os contratos que a tenham por objeto.

Atribui o dispositivo seguinte ao Estado, através do Conselho Nacional de Direito Autoral — CNDA, a defesa da obra caída em domínio público.

Evitando uma intromissão maior, o art. 25, § 2.º, da Lei n.º 5.988, correspondente, limita essa atuação à defesa "da integridade e genuinidade da obra".

Por ter a Constituição de 5 de outubro de 1988 dedicado dois artigos à cultura, determinando ao Estado que a garanta e que incentive a valorização e a difusão das manifestações culturais (art. 215, *caput*), e definindo o que constitui patrimônio cultural brasileiro, a ser promovido e protegido pelo Poder Público (art. 216), tal defesa não deveria limitar-se às obras caídas em domínio público, principalmente quando o autor, ou seus sucessores, não tenham, como é tão freqüente, condições econômicas para resguardá-la.

Também o art. 50 do anteprojeto, que sujeita a exploração econômica de tais obras, na dependência de prévia comunicação do (será ao?) CNDA e ao recolhimento dos direitos autorais por ele arbitrados, vai encontrar a oposição dos setores que já haviam obtido a revogação do correspondente art. 95 da LDA.

Conselho Nacional de Direito Autoral

Não traz o anteprojeto maiores inovações.

Merece restrição a competência que lhe atribui, em primeiro lugar, o art. 51, que "decidir dúvidas e controvérsias sobre direitos autorais". Talvez fosse melhor acrescentar no âmbito administrativo, sabido como é que apenas o Poder Judiciário dá solução definitiva a tais controvérsias.

Digna de encômios é, por outra parte, a incumbência que já exerce de fato, de "promover e divulgar o direito autoral", tão pouco conhecido entre nós, mesmo por parte dos maiores interessados: autores e artistas, e, ainda, pelos formados pelas nossas escolas superiores de Direito, Economia e Comunicação.

Porque "poderá" o Poder Executivo, mediante decreto, dispor sobre a composição e funcionamento do CNDA? O melhor será regulamentar desde logo a matéria, no diploma próprio que resultaria homogêneo, evitando mesmo as oscilações decorrentes de cada mudança de governo.

Associações de autores

Não pôde a comissão elaboradora do anteprojeto aproveitar a ocasião para preconizar o critério de uma só associação para cada modalidade de

produção literária ou artística, visando principalmente o grande número, com manifestos inconvenientes, de associações de artistas intérpretes e executantes.

Devido, possivelmente, aos princípios constitucionais da plena liberdade de associação para fins lícitos (art. 5.º, XVII); a independência da criação de associações de autorização, vedada a interferência estatal em seu funcionamento (XVIII); à proibição de sua dissolução compulsória ou suspensão de suas atividades a não ser por decisão judicial (XIX).

Mantidos pelo anteprojeto o princípio da liberdade de associação dos autores, sem intuito de lucro (art. 55), e a representatividade judicial ou extrajudicial (art. 56), melhora o art. 57 ("o mandato concedido a uma associação importa na revogação do mandato dado a outra para o mesmo fim") a redação do correspondente § 1.º do art. 103 da lei vigente que simplesmente veda a pertença a mais de uma associação da mesma natureza.

Parece-nos inconveniente todavia não impedir o art. 58 do anteprojeto, seguindo o critério do parágrafo único do art. 104 da lei, o exercício individual dos direitos pelo autor. Enfraquece o princípio da representatividade, desprestigia a associação, debilita não só o autor individualmente, como os autores em geral ao nível da contratação com os grandes usuários.

Três novos princípios são propostos: direito de fiscalização do aproveitamento econômico (art. 60); obrigação do usuário de prestar contas mediante exibição de escrita e documentos, da receita, despesas e direitos autorais pagos, pelas obras que tenha utilizado (parágrafo único); fiscalização das associações de titulares de direitos autorais pelo Ministério Público, na forma prevista para as fundações.

Sanções à violação do direito autoral

O Título VII do anteprojeto é constituído de três Capítulos.

Inova o art. 63 ao declarar que a omissão na prestação de contas prevista no parágrafo único do art. 60 importa em má fé com relação às quantias devidas apuradas posteriormente.

Submete o dispositivo seguinte a ação de responsabilidade civil por violação de direito autoral ao procedimento sumaríssimo previsto no código de Processo Civil. E aperfeiçoando o disposto no art. 123, da LDA, que simplesmente permite que a vítima da reprodução fraudulenta requeira a apreensão dos exemplares ou suspensão da divulgação, sem prejuízo do direito à indenização —, o parágrafo único do art. 64 do anteprojeto, no caso dos incisos I e II do art. 65, determina ao Juiz, liminarmente, o depósito judicial da matriz e exemplares ou suporte material da obra.

Depois dessas Disposições Gerais, o Capítulo II passa às sanções civis e administrativas, calcanhar-de-aquiles da generalidade das legislações, premidas entre o desejo de sanções severas e o temor de que despertem no julgador sentimentos de benevolência que levem à impunidade.

Qualifica o art. 65 a utilização de obra literária, artística ou científica, sem autorização do autor, como *contrafação*. Contrafação não é a utilização da obra, mas, na definição da Lei n.º 5.988/73, art. 4.º, V, "a reprodução não autorizada", isto é, a reprodução fraudulenta, que se procura incultar como legítima, a usurpação dolosa — não o aproveitamento do exemplar fraudulento, que pode resultar desprevenido.

Tanto assim que prossegue o art. 65 sujeitando o contrafator às sanções que especifica:

I. na fixação e nas edições gráficas, fonográficas ou audiovisual, à obrigação de destruir a matriz e os exemplares clandestinos, bem como à indenização das perdas e danos morais e materiais;

II. na emissão, transmissão ou retransmissão, por qualquer meio ou modo, à destruição do suporte material e à indenização das perdas e danos morais e materiais."

O art. 65, § 1.º, como indenização de perdas e danos materiais, dá opção ao autor entre:

a) o valor de venda ao público de 10.000 exemplares da obra, no caso do inciso I, o que representa penalidade bem mais severa do que a perda dos exemplares que se apreenderem e pagamento do restante da edição fraudulenta; não se conhecendo o número de exemplares, pagará o valor de dois mil (art. 122 da lei); e,

b) maior valor comercial de inserção publicitária cobrado por emisoras do país, por tempo igual ao de exibição fraudulenta da obra, nos casos do inciso II.

Não se trata propriamente de opção, mas de aplicação de sanções diferentes a modalidades diversas de violação do direito autoral.

Com redação mais técnica do que a do art. 124 da lei, manda o § 2.º do art. 65 do anteprojeto responder "solidariamente com o contrafator quem, por ação ou omissão, participar, permitir ou acobertar a utilização ilícita, inclusive na divulgação, venda, exposição, ocultação, depósito, importação ou exportação de matrizes, ou cópias de obras contrafeitas."

Louvabilíssima a proposição do art. 66 do anteprojeto: "A indenização por dano moral não terá valor inferior à do dano material."

Fixa pelo menos um mínimo ~~nessa~~ controvertida avaliação do dano moral, tão freqüentemente negada, ou regateada pelos Tribunais, justamente pela falta de um critério de avaliação.

Se a redação do art. 67 melhora a do art. 126 da lei no que diz respeito à indenização pela omissão ~~de autoria~~ na utilização da obra — a do art. 68, sujeitando "a alteração de obra de arquitetura sem autorização e

perdas e danos”, podendo o autor repudiá-la e proibir o uso de seu nome vinculado à obra —, piora o conceito do art. 27 da lei, que não proíbe a alteração do projeto, muitas vezes necessária aos interesses do seu executor, limitando-se ao repúdio da paternidade.

Prescrição não é sanção, devendo pois a epígrafe do “Capítulo III” ser substituída pela de “Título VIII”, com retificação da numeração do Título seguinte.

Mas dez anos para a prescrição da ação civil por violação do direito patrimonial do autor (art. 69 do projeto) é demais: até mesmo os cinco anos atualmente previstos tanto pelo art. 178, § 10, n.º VII do Código Civil, como pelo art. 131 da LDA parecem excessivos, numa época em que a tendência é para a abreviação dos prazos prescricionais.

Disposições finais e transitórias

O art. 71: “a fabricação, importação, venda, locação ou o uso dos equipamentos e suportes e outros meios de reprodução das obras intelectuais ficam sujeitos a um pagamento destinado a compensar autores, intérpretes ou executantes e editores pela perda dos direitos resultantes da utilização respectiva”, merece maior destaque, talvez mesmo um Capítulo específico, que lhe permita conveniente desenvolvimento, posterior ao relativo aos contratos.

Complementado com uma referência não só aos equipamentos e suportes, que, embora cada vez mais numerosos, têm um número determinado, como, principalmente, aos exemplares produzidos, trará, senão uma solução, pelo menos uma contribuição para o desfecho da reprodução “pirata” através de cassetes, videocassetes e similares, e dos próprios exemplares em “xerox” e sistemas análogos.

Louvável, finalmente, ao contrário do ambíguo art. 134 da LDA, que ressalva a legislação especial com ela compatível, o art. 73 do projeto, abrogando toda a legislação civil que rege os direitos autorais, exceção feita aos decretos que promulgaram convenções internacionais.

Reparos

Como não podia deixar de ser, sem embargo da dedicação e competência de seus elaboradores, o projeto admite alguns resguardos, além dos já feitos: foi justamente “para propiciar amplo conhecimento e debate por parte de todos os segmentos da sociedade” que o Vice-Presidente do CNDA, Hildebrando Pontes Neto, deu-lhe a mais ampla divulgação.

Deslocaria o autor destas linhas o art. 11, que declara não gerarem direito autoral os textos de tratados ou convenções, leis, decretos, regulamentos, sentenças e atos oficiais, para o Capítulo III do Título III, que versa as limitações.

Eliminaría o art. 16, pois ninguém põe em dúvida que os direitos de autoria só podem nascer com a criação da obra: se não há criação, não há que cogitar, como faz o Código Civil para o ser humano, da proteção do nascituro.

Co-autores não são apenas as pessoas físicas organizadoras das obras coletivas, como quer o § 1.º do art. 2.º, mas todos aqueles que participam efetivamente da criação de qualquer outra obra.

O art. 12, que garante aos estrangeiros domiciliados no exterior o gozo da proteção dos acordos, convenções e tratados ratificados pelo Brasil, mereceria o complemento de uma referência à reciprocidade, para evitar casos de ampararmos obras de jurisdicionados de países que não concedam proteção aos brasileiros.

O patrimônio social não é integrado apenas pelas obras de domínio público, como quer o dispositivo sob n.º 14, que, por anódino, merece ser retirado.

O art. 20, § 2.º, em vez de declarar que o registro não exclui o direito ao ineditismo da obra, deveria, se é essa a intenção não muito clara, admitir, o que é muito louvável, tomadas as devidas cautelas, o registro de obras não publicadas.

O art. 32 do projeto assegura "droit de suite" mas não indica o "quantum", o que é inconveniente, ao contrário do art. 39 da lei em vigor que fixa, como princípio, a participação de 20% sobre o aumento de preço obtido em cada alienação com as particularidades que indica.

É vesgo da legislação brasileira colocar o registro — ao qual dá valor relativo pois não admite seja constitutivo de direito — antes da regulamentação dos direitos morais e pecuniários, da utilização da obra e dos contratos. Não manda a lógica que venha depois do capítulo relativo aos prazos?

A interrupção definitiva no decurso da realização de uma obra coletiva (e também em colaboração) não se inscreve, art. 35, entre as *limitações de direito*. Sua colocação ficará melhor na parte relativa aos contratos.

O mesmo ocorre com o art. 36 que não admite possa qualquer co-autor de obra indivisível autorizar-lhe a publicação sem consentimento dos demais, salvo na coleção de suas obras completas.

Colocaríamos, finalmente, no Título VII, relativo às sanções, devidamente emendado, o dispositivo já criticado do § 2.º do art. 47 que não considera contrafação a utilização anterior feita de boa fé e o parágrafo único do art. 50 que considera contrafação o descumprimento das obrigações previstas no *caput* desse dispositivo.

Exortação

Foram estas as observações que me acorreram numa primeira leitura do anteprojeto e que ofereço como crítica construtiva para uma melhoria de nossa futura lei de direito autoral.

Desincumbo-me, assim, do compromisso que me fez assumir o Presidente da Comissão, quando declinei o honroso convite que me fez de acompanhá-lo nessa árdua tarefa, uma vez que já havia participado de outras duas anteriores, sem resultados práticos por motivos "políticos".

Pois o projeto é puro, bem idealizado, atual e construtivo. Consegue equilibrar, com critério, interesses conflitantes.

Resta agora que a comunidade cultural e artística não se quede alheia, e lhe dê o apoio indispensável para que seu espírito prevaleça às pressões e injunções dos interesses contrariados.

Como era de se esperar, não tardou o estrondo das críticas, e muitas outras virão.

Apontam suas baterias para três alvos principais:

O primeiro é a exigência da prestação mensal de contas. Nesse caso, não há como negar sua procedência parcial. Um só prazo, em atividades tão díspares como as de uma representação pública e uma edição literária, é impraticável, cumprindo manter, com relação a esta, o critério semestral estabelecido pela lei.

A segunda objeção consiste na alegada *impossibilidade* da numeração dos exemplares. É um achaque que, felizmente não perturba a maioria dos editores do Brasil e do resto do mundo, mas que implica na confissão de que "ignora" tal exigência já feita pelo art. 64 da Lei n.º 5.988, sob pena de considerar contrafação, sujeita a perdas e danos, qualquer repetição de número ou excesso da edição contratada.

O último, já não mais em nome do "amparo à cultura", mas de editor que se arvora em defensor dos próprios autores, que agradecem mas preferem que a ajuda fique a cargo dos representantes de sua classe — repete, contra o domínio público remunerado, o cansativo conhecido estribilho de Carlos Lacerda, que o defendeu como escritor e passou a combatê-lo, com sua pena vibrante, depois que passou a editor.

Finge não saber que é uma prática tranqüila de países de legislação muito mais tradicional e respeitada do que a nossa, e que, muito longe de prejudicar qualquer escritor, beneficia a classe por eliminar a desvantagem de ter que competir com as edições de obras para as quais não é exigido o pagamento de direitos autorais.

Sem que o público seja aquinhoado com extraordinárias vantagens no que diz respeito ao preço de cada exemplar...

O anteprojeto de lei sobre direitos autorais

CARLOS ALBERTO BITTAR

Professor Adjunto na Faculdade de Direito
da USP. Regente de Direito de Autor no
bacharelado e no pós-graduação

1. O texto proposto

Foi publicado, para receber manifestações dos interessados, anteprojeto elaborado no seio do Conselho Nacional de Direito Autoral (CNDA), para a regulação dos direitos autorais em nosso País, sob a justificativa de adaptação da legislação vigente à nova Constituição.

Como professor da matéria e como ex-membro do Conselho (1980-1984), não poderíamos deixar de externar a nossa opinião, que, infelizmente, é contrária ao anteprojeto, tanto quanto à forma, como quanto ao conteúdo, pois, como demonstraremos adiante, a proposição não se encontra em termos que permitam a sua aprovação.

Com efeito, de início, a forma adotada não encontra razão, diante do novo texto constitucional, uma vez que a Carta de 1988 apenas afirmou, como de uso, princípios básicos, com alguns acréscimos, que podem ser internados na própria lei vigente (Lei n.º 5.988/73), mediante a simples técnica de modificação de redação, expediente, aliás, muito mais eficaz para a hipótese.

De fato, de um lado, a lei vigente vem cumprindo as suas funções primordiais de assegurar o respeito às criações intelectuais estéticas, sob os aspectos moral e patrimonial, como o assinalamos em nossos recentes livros *Curso de Direito Autoral* e *A Lei de Direitos Autorais na Jurisprudência* (editados em 1988).

De outro, os novos princípios constitucionais não são de molde a exigir nova lei sobre a matéria, pois a estruturação da vigente se amolda

perfeitamente aos direitos em questão e comporta, por simples ajustes, o ingresso dos princípios da participação individual nas obras coletivas e o da integração das associações e dos sindicatos à percepção concreta de direitos e à sua fiscalização (art. 5.º, inciso XXVIII), que, ademais, já considerávamos implícitos no sistema imperante, como o acentuamos nos dois livros citados.

De fato, não se justifica uma nova lei sobre o assunto e, muito menos, quando, ao invés de inovar em consonância com a evolução alcançada em outros sistemas e em obediência aos princípios convencionais ratificados pelo Brasil (regime da Convenção de Berna), resume-se em extirpar do diploma em vigor normas e expressões que considera contrárias aos seus critérios de justiça e em pôr de lado as orientações que, universalmente consagradas, representam conquistas doutrinárias e jurisprudenciais de alguns séculos!...

2. *Principais posturas do texto*

A análise serena do texto deixa evidente, desde logo, a aversão de seus autores pela atribuição de direitos a pessoas jurídicas. A diretriz então assumida concentra-se na preocupação constante de expungir do texto legal vigente todas as normas em que se acena com esse reconhecimento que, aliás, vem da jurisprudência francesa, na primeira metade do século passado e está consagrado em, praticamente, todas as leis autorais do mundo atual.

Outro ponto básico do anteprojeto reside na vedação do contrato de cessão de direitos autorais, que se inspirou na regra inserida na legislação dos artistas e que tanta discussão provocou — e provoca — sem uma solução adequada para a percepção concreta dos direitos pelos interessados!...

Outra orientação do texto em debate é a da extirpação de regras limitativas de direitos autorais, todas, aliás, fruto do conflito que marca esses direitos, ou seja, da eterna contraposição de interesses públicos aos privados (no caso, dos criadores intelectuais). Ora, essas limitações, algumas decorrentes da própria Convenção de Berna, são também incluídas em todas as leis modernas sobre a matéria e, portanto, acham-se sufragadas na prática, sob a idéia-matriz da difusão de cultura, ou de interesses da coletividade.

No mais, transparece nítida e cristalina a via percorrida pelo anteprojeto, marcada pela diretriz de retirar da lei vigente as disposições que lhe soam como contrárias aos parâmetros que fixou e, em que pese à intenção louvável de seus autores, não nos parece possa prosperar, diante das premissas já colocadas.

3. *Críticas ao anteprojeto*

Com respeito à forma, não consideramos conveniente a modificação completa da legislação autoral, como pretendida pelo anteprojeto, que, ademais, não corresponde à nova textura constitucional, pois, como anotamos, a interinação dos novos princípios pode ser tranqüilamente realizada pelo sistema de alteração de redação da Lei n.º 5.988/73.

Essa lei, que representou marco importante na sagração desses direitos em nosso País, vem cumprindo a sua missão. Seus comandos têm sido aplicados adequadamente pela jurisprudência, como em todos os acórdãos citados em nosso livro *A Lei de Direitos Autorais na Jurisprudência* se pode constatar (e em tantos outros que, nos diferentes repertórios, se pode verificar). A doutrina que embasa a lei vigente é universalmente reconhecida, em todos os países civilizados, como fruto de longa e convincente evolução alcançada pelos direitos autorais na proteção dos criadores intelectuais. Não se justifica, portanto, a sua integral revogação, com o aproveitamento posterior de algumas de suas regras, que o anteprojeto acolhe.

Outrossim, quanto à substância, o anteprojeto — paradoxalmente preso aos comandos da própria lei que quer revogar — apenas destaca as disposições que considera ajustadas às suas concepções e, com isso, a par de chocar-se com regras internadas por nosso País do sistema convencional de Berna, faz tábula rasa de direitos ora admitidos tranqüilamente nesse campo (em especial, no plano da utilização da obra).

Dessa forma, não contém inovações que possam atender aos reclamos da intelectualidade brasileira: apenas deixa em vigor normas que, de um modo, ou de outro, já se encontram incorporadas na legislação ora em vigor!

Perde-se, assim, oportunidade para uma ação efetiva em prol dos autores, cujas dificuldades se localizam, exatamente, na inexistência de mecanismos concretos de percepção de direitos, como vimos insistindo desde nosso tempo como Conselheiro do CNDA. Ou seja, a lei em vigor, com certos ajustes, é perfeitamente adequada para a preservação dos interesses dos titulares de direitos, devendo os defensores dos autores concentrar-se em propostas tendentes a viabilizar, na prática, o pagamento desses direitos (como, por exemplo, para o controle da reprografia, em que existe anteprojeto de nossa autoria; para a percepção de direitos pelos artistas nas reexibições de novelas, de filmes e outras criações; para o controle efetivo de edições de discos e de fitas e de livros, dentre inúmeras outras situações, como a da recente instalação do sistema TVA, a do uso de videocassetes, etc.).

De fato, não é da ausência, ou da insuficiência legislativa que decorrem os problemas enfrentados, na prática, pelos criadores, mas sim de dificuldades de concretização de direitos em seu relacionamento com os empresários do setor, nem sempre dispostos a reconhecer seus direitos, ou

a saldá-los adequadamente, como da experiência profissional nos tem sido dado a observar!

Dai porque se nos afigura mais conveniente a luta pela implantação de sistemas de cobrança de direitos, a exemplo dos existentes para as obras teatrais e para a execução de música e com os aperfeiçoamentos que ambos possam comportar.

4. *Nossas sugestões*

Diante do exposto, somos de opinião que: a) deve permanecer a lei atual como básica, apresentando-se anteprojeto tendente a ajustá-la à realidade presente; b) devem, desde logo, e com debates entre as categorias e entidades interessadas, ser iniciados estudos destinados à implantação de mecanismos concretos de percepção de direitos autorais nas áreas carentes (reprografia, publicidade, cinema, televisão, videofonografia e outras).

De início, consideramos que, a par de haver suscitado a discussão, a iniciativa do CNDA contribuirá para a conscientização maior da sociedade quanto aos direitos em causa. Mas, pedimos vênias para que volte suas energias para a orientação que nos parece mais apropriada e mais eficaz: a de adaptação da lei vigente, respeitando-se as regras que se acham sagradas nas convenções e nas leis internas dos países civilizados. Com isso, acreditamos estará contribuindo para o aperfeiçoamento da defesa dos criadores intelectuais e dentro de um regime coerente com o estado evolutivo atual da matéria.

Assim, a substituição do anteprojeto por outro de adequação da lei aos novos princípios parece-nos a diretriz melhor no momento, evitando-se longas e intermináveis discussões que, no final, não chegarão a resultado positivo para os criadores intelectuais, também porque o inconformismo das empresas e dos intelectuais de expressão já ouvidos — salvo poucas exceções — é fator que pesará contrariamente à marcha do anteprojeto em análise.

De outro lado, e sempre no intuito de preservação e de garantia dos direitos dos criadores, consideramos de enorme relevo o imediato direcionamento das entidades do setor (associações, ECAD, CNDA), para estudos tendentes à implantação de regimes de cobrança e de pagamento de direitos, atualmente com a colaboração e a participação dos sindicatos e das associações de cunho laboral, em face do mandamento constitucional referido.

Com isso, poderá o setor obter avanços significativos em sua contínua luta pelos direitos em questão, equilibrando-se assim as relações entre autores e empresários, na própria expansão da área cultural em nosso País, e com a salvaguarda dos direitos de todos que nela merecem proteção!

O fazer literário e a lei

N. P. TEIXEIRA DOS SANTOS

Prof. da Escola de Comunicação da UFRJ.
Membro do Conselho Nacional de Direito
Autoral

(A Manuel Bandeira, no 20º aniversário de
sua morte)

S U M Á R I O

1 — *Lineamentos da questão.* 2 — *A nova Constituição e os direitos do escritor.* 3 — *Limitações aos direitos do escritor.* 3.1 — *A antologia.* 3.2 — *A citação.* 3.3 — *A paráfrase.* 3.4 — *A paródia.* 4 — *O plágio e a contrafação.* 4.1 — *O plágio assumido.* 4.2 — *O plágio às avessas.* 4.3 — *Influência e/ou reminiscência.* 4.4 — *Originalidade e plágio.* 5 — *Estudos de caso: A Sucessora.* 6 — *Conclusão.* 7 — *Bibliografia.*

1 — *Lineamentos da questão*

1.1 — O Direito Autoral é um grande rio Amazonas, onde as águas do Solimões se juntam à capacidade criadora do homem. Ao mesmo tempo que essas duas correntes seguem paralelas, elas se cruzam, se juntam, e é justamente a este amálgama que chamamos de Direito Autoral.

RENÉ SAVATIER ⁽¹⁾ já notara que muito se enganam os que pensam que arte e direito estão nas duas extremidades do mundo do espírito. Juristas de um lado, e artistas do outro, segundo este preconceito, seriam incapazes de falar a mesma língua. O que é um grande equívoco.

1.2 — Num grande plano geral, como se diz em cinema, podemos afirmar que todo criador transita numa fronteira que o separa de um comportamento desviante, podendo se verificar uma transgressão *estética* ou uma

(1) SAVATIER (1952), p. 5.

transgressão *jurídica*. As rupturas estéticas sempre provocaram o progresso artístico. MARCEL DUCHAMP tem uma frase que diz assim: "Um quadro que não choca não vale a pena". As transgressões jurídicas têm outras conseqüências, e devem ser estudadas. Importa-nos pesquisar os padrões éticos e legais que contêm o artista dentro de normas pré-estabelecidas.

Nessa linha foi que já fiz uma incursão na área da música. *O plágio na música* ⁽²⁾ foi a minha primeira preocupação. No último semestre ocupei-me com a pintura. Hoje vou ater-me à literatura, isto é, procurar dizer quando é que o escritor infringe a norma jurídica e se torna um desviante.

2 — A nova Constituição e os direitos do escritor

A Constituição recém-promulgada estabelece no capítulo dos Direitos e Garantias Fundamentais:

"Art. 5.º, XXVII — Aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar."

A lei que vai fixar não só a duração desse direito mas também os seus contornos e limitações, é a lei de Direitos Autorais, a Lei n.º 5.988, de 1973. Logo no art. 6.º ela estabelece:

"São obras intelectuais as criações do espírito, tais como:

I — Os livros, brochuras, folhetos, cartas-missivas e outros escritos."

Portanto, o escritor tem a sua obra expressamente protegida, proteção essa que nasce com o ato de criação, independentemente de qualquer tipo de registro. E que vai durar, no nosso sistema legal, durante a vida do autor e mais 60 anos. Esgotado esse prazo, diz-se: cai em domínio público.

Assim é que o escritor tem sobre a sua obra um poder de proprietário ⁽³⁾. Ele é o dono desse bem intelectual, que ele direciona, tutela, e é até capaz, como se viu, de transmiti-la a seus sucessores.

Essa é uma relação ainda mais forte do que a que eu exerço sobre os meus bens materiais. Se eu vendo o meu automóvel, o adquirente pode fazer dele o que bem entender. Mas se eu cedo o meu escrito, o cessionário há de respeitá-lo tal como eu o criei, há de indicá-lo meu nome quando divulgá-lo etc., aspectos esses que fazem parte de um direito moral, inexistente na propriedade material.

Mas esse direito é relativo. Haverá um direito absoluto?

(2) Publicado na *Revista Forense*, Rio de Janeiro (300): 401-6.

(3) Sobre o intrincado problema da natureza do Direito Autoral, v. meu livro SANTOS (1977), p. 17 e segs.

3 — Limitações ao direito do escritor

3.1 — A antologia

Todos nós sabemos que antologia é um tratado acerca das flores. Na realidade, basta ser uma coleção de textos seletos, em prosa ou em verso, quase sempre apresentando uma unidade temática, como a *Antologia do Conto Humorístico*, ou a de *Poetas Bissextos*. Se olharmos a bibliografia de MANUEL BANDEIRA, nos damos conta de que ele próprio organizou e publicou 12 antologias.

Podemos fazer isso sem pedir licença ao autor selecionado?

Depende. Eu posso reproduzir trechos de obras já publicadas, ou mesmo textos integrais de pequenas composições alheias, no contexto de obra maior, sem carecer de autorização do escritor nem pagar-lhe direitos, mas é necessário:

- a) que a antologia apresente caráter científico, didático ou religioso;
- b) que traga indicação da origem e nome do autor (4).

Isso dito assim parece muito fácil. Na prática torna-se difícil definir o caráter de certas antologias. Ser ou não ser uma obra didática às vezes é uma questão de opinião. AUTRAN DOURADO foi à Justiça, e depois de luta feroz ganhou uma questão contra a Editora Record que incluiu seu conto "A Ilha Escalvada" numa antologia chamada *Histórias do Amor Maldito* (5). Ficou caracterizado que a antologia não era didática, e muito menos religiosa. A orientação mais moderna faz com que a exceção se restrinja às obras nitidamente escolares, alargando-se às emissões radiofônicas com fins didáticos. Disso se prevalecem as televisões educativas. A preocupação do legislador é a de não entrar a difusão da cultura (6).

Essa é uma das fissuras que a Lei estabelece no meu direito de proprietário exclusivo.

3.2 — A citação

Outra é a de ser citado. Os nossos trabalhos universitários estão cheios de citações, e nunca nos ocorreu pedir licença, ou pagar direitos aos autores citados: basta indicar-lhes o nome e, se possível, a fonte.

Vejam o que fez MANUEL BANDEIRA (7) com KEATS, num poema em que ele conseguiu rimar alegria com dor:

A think of beauty is a joy
For ever, Keats exprimiu.
Mas ele próprio sentiu
Quanto essa alegria dói.

(4) V. o art. 49, I, a, da Lei nº 5.988.

(5) Rio de Janeiro, Record, p. 19.

(6) V. MANSO (1980), p. 168 e segs.

(7) BANDEIRA (1987), p. 273.

A citação é um recurso freqüente, e em particular os poetas modernos gostam desse processo. DRUMMOND, (7a) em "Um lírio, por acaso", cita sem pudor seu amigo MANUEL BANDEIRA:

E de repente Santa Teresinha
— quem diria? — faz 100 anos.
Ela que tem sempre 24
nas estampas dos *gay twenties*.
Santa do modernismo brasileiro,
do altar particular de Ribeiro Couto,
a quem curaste de tuberculose,
a tuberculose de que morreste,
santa invocada por Manuel Bandeira:

"Santa Teresinha, não, Teresinha.
Teresinha do Menino Jesus.
Me dá alegria!"
Não atendeste, amiga Teresinha?
O poeta se queixava:
"Fiz tantos versos a Teresinha...
Versos tão tristes nunca se viu!
Pedi-lhe coisas. O que eu pedia
era tão pouco! Não era glória...
Nem era amores... Nem foi dinheiro...
Pedia apenas mais alegria:
Santa Teresa nunca me ouviu!"

Assim é que não se deve ter receio de citar. É normal: vejam como eu estou citando... Mas toda citação deve ser comedida, servindo de ilustração para o que se quer dizer. Uma citação muito longa pode caracterizar contrafação (8).

3.3 — A paráfrase

Outra coisa é a paráfrase. Paráfrase é a reafirmação, em palavras diferentes, da mesma idéia contida em obra já existente. Às vezes vem para esclarecê-la. Outras por simples jogo estilístico. Toda paráfrase é um desenvolvimento confessado, explícita ou implicitamente, de obra anterior. Veja-se o que diz AURÉLIO:

Paráfrase: Desenvolvimento de um livro ou de um documento, conservando-se as idéias originais; metáfrase. Tradução livre ou desenvolvida.

(7a) ANDRADE (1977), p. 71.

(8) Ac. unân. da 6ª Câm. Cív. RJ, de 2 out. 1986, na Ap. Cív. 2.963-86, Apelantes TECNOSAN ENG. S.A. e KATIA LUCIA DOS SANTOS MEDEIROS. Apelados, os mesmos. Rel. BASILEU RIBEIRO FILHO.

Tenho em mãos um caso exemplar. Quem não conhece o poema "O Corvo", de EDGAR ALLAN POE ⁽⁹⁾? Aqui estão 4 traduções parafrásticas feitas nada menos que por BAUDELAIRE, MALLARME, FERNANDO PESSOA e MACHADO DE ASSIS. Claro que todas são lícitas.

Mestre da paráfrase foi por exemplo JORGE DE LIMA ⁽¹⁰⁾. Ele tomava um texto de VIRGÍLIO, DANTE ou CAMÕES, e esfacelava. Vejam estes versos da "Invenção de Orfeu", e nem é preciso citar a obra parafraseada:

Estavas, linda Inês, repercutida
nesse mar, nessa estátua, nesse poema
e tão justa e tão plena e coincidida,
que eras a alma da vida curta; e extrema
quando se esvai na terra a curta vida.
Tu te refluis na vaga desse tema,
eterna vaga, vaga em movimento,
agitada e tranqüila como o vento.

(Canto II, XIX)

É uma questão de técnica muito pessoal, a de JORGE DE LIMA. É um trabalho de substituição. Abre-se à sua frente um texto clássico, e ele vai trocando palavras e sintagmas em busca de variações talvez mais fônicas e semânticas que ideológicas e estéticas. É como se ele fosse um músico, um executante de obra alheia, retomando temas e improvisando. Como, talvez, um músico de jazz ⁽¹¹⁾.

Mas esses exemplos de paráfrases me ocorrem por serem expressivos. Na realidade o direito lhes é indiferente, porquanto os autores parafraseados estavam em domínio público. No entanto um autor protegido pode perfeitamente ser parafraseado: o famoso poema de DRUMMOND que fala de uma pedra no caminho já sofreu (ou mereceu?) dezenas de paráfrases, inclusive esta, de ESTER KOSOVSKI ⁽¹²⁾:

Há pedras no caminho
há sim!
Mas também há carinho
ao fim.
Encontro — pássaros e cantos
ilusões e desencantos
sofrimento e perdão
euforia e depressão
estigma e preconceito
desperdício e proveito
valas fundas
dores profundas

(9) POE (1986).

(10) Cf. SANT'ANNA (1985), p. 58.

(11) Ibidem, p. 59.

(12) KOSOVSKI (1985), p. 28.

Tudo se encontra no caminho...
Bastam: olhos para ver
sentidos pra sentir
desejo de viver
coragem de partir.

3.4 — A paródia

Mas se a paráfrase representa uma *continuidade*, a paródia surge sempre para ser confrontada com a obra parodiada. Se a paráfrase não exige que o leitor conheça a obra anterior, a paródia, que por definição é cômica, só atinge o objetivo quando o receptor esteja informado; do contrário ele vai ver na paródia uma série de disparates.

Tanto a citação, como a paráfrase e a paródia são lícitas: ainda estamos transitando no campo da norma. E por que a lei não pune a paráfrase e a paródia? Porque é sabido que as idéias não são protegidas pelo Direito Autoral. As idéias não têm dono. A forma pela qual elas se manifestam, estas sim, são amparadas. Ora, se eu tomo uma idéia alheia e lhe dou uma forma original, então terei criado obra nova.

Quem tem um interessante ensaio sobre a questão, sob o aspecto literário, é AFFONSO ROMANO DE SANT'ANNA⁽¹³⁾. Veja-se o que ele diz:

A paródia é um efeito de linguagem que vem se tornando cada vez mais presente nas obras contemporâneas. A rigor, existe uma consonância entre paródia e *modernidade*. Desde que se iniciaram os movimentos renovadores da arte ocidental na segunda metade do séc. 19, e especialmente com os movimentos mais radicais do séc. 20, como o Futurismo (1909) e o Dadaísmo (1916), têm-se observado que a paródia é um efeito sintomático de algo que ocorre com a arte de nosso tempo. Ou seja: a frequência com que aparecem textos parodísticos testemunha que a arte contemporânea se compraz num exercício onde a linguagem se dobra sobre si mesma num jogo de espelhos.

4 — O plágio e a contrafação. O desvio

MANUEL BANDEIRA⁽¹⁴⁾ tem um poema muito conhecido que diz assim:

Se queres sentir a felicidade de amar, esquece a tua alma.
A alma é que estraga o amor.
.....
Deixa o teu corpo entender-se com outro corpo.
Porque os corpos se entendem, mas as almas não.

(13) *Op. cit.*, p. 7.

(14) BANDEIRA (1987), p. 185.

Em direito as coisas são diferentes. Se, em vez de eu me satisfazer com a alma, quiser também o corpo alheio, então eu infringirei a norma e me tornarei desviante. De onde se vê que o direito é platônico... E estamos nos aproximando da fronteira que este texto procura (mesmo sabendo que não vai achar; como na vida, a pesca é o que importa, não o peixe). Estamos assim nos aproximando de algo que se chama plágio e contrafação.

Não há quem não saiba o que seja o plágio: a apresentação, como própria, de obra ou trecho de obra alheia, simulando-se originalidade por meio de artifícios formais.

Mas se a finalidade for unicamente a de obter vantagem pecuniária, o desviante não se preocupa sequer em esconder que a obra é alheia, multiplicando seus exemplares sem qualquer autorização: temos então a contrafação, de natureza puramente econômica.

Na esfera literária a contrafação é mais rara que o plágio, exatamente por ser mais fácil de ser surpreendida. Uma edição fraudulenta chega ao conhecimento do autor rapidamente.

Deixem-me contar aqui um caso exemplar, uma contrafação *avant la lettre*.

Quando CERVANTES publicou seu *Don Quixote*, em 1605, seu editor teve o cuidado de fazê-lo preceder de um privilégio, que era a garantia de exclusividade que o Rei concedia aos editores, ou aos autores, sobre determinada obra. *Don Quixote* foi um *best-seller*. Mas como o seu privilégio se restringia ao reino de Castela, não pôde impedir que no mesmo ano duas edições piratas fossem publicadas em Portugal. Por isso é que a segunda edição madrilenha já traz uma licença do Rei, em português, para assegurar os direitos em Portugal (15).

Um outro exemplo de contrafação, este mais recente (bem mais recente!) envolve o nome de DRUMMOND. Certo cursinho pré-vestibular passou a mimeografar suas crônicas, e assim vendê-las a seus alunos para fins de análise e crítica.

Vejam que não era plágio. A paternidade da obra era respeitada (mesmo porque isso era importante; o texto *precisava* ser de Drummond). Também a integridade. Mas, sem dúvida, era uma edição clandestina.

Estive em Brasília recentemente, fui ver de perto a nossa Constituição ser promulgada. Estive também no Supremo Tribunal Federal, e de lá trouxe um caso curioso de contrafação.

Há alguns anos o Laboratório Silva Araújo distribuiu gratuitamente à classe médica, como propaganda, a "Primeira Revista Médica Falada". Eram 20.000 fitas cassetes que incluíam alguns poemas, inclusive o conhecido "Estatuto do Homem", de THIAGO DE MELLO.

(15) CERVANTES (19), p. 6.

O poeta recorreu à Justiça, e viu o seu direito reconhecido em todas as instâncias, inclusive no Supremo Tribunal Federal, que lhe concedeu vultosa indenização.

Isso foi contrafação.

O Conselho Nacional de Direito Autoral está oferecendo à sociedade um anteprojeto de lei, para ser discutido por todos os interessados. Pois bem: o seu art. 38 diz assim:

“Em qualquer modalidade de reprodução todos os exemplares serão numerados.

Parágrafo único — O exemplar não numerado ou que tenha número repetido ou superior ao contrato caracteriza contrafação, rescinde o contrato de pleno direito e determina a responsabilidade civil e penal.”

Isso é contrafação.

Já o plagiário se comporta de outro modo: ele simula, ele oculta o verdadeiro autor. Pode ocorrer que ele tome somente um pequeno número de passagens. Mas se essas forem as mais importantes, se forem as que deram originalidade ao texto primitivo, se forem a sua medula, neste caso pouco importa a quantidade de empréstimos; é a sua qualidade, a sua natureza que se deve levar em conta ⁽¹⁶⁾.

Não são raros os concursos universitários em que os candidatos são acusados de plágio. Teses de doutorado então nem se fala... Às vezes as vítimas vão bater nas portas do Conselho Nacional de Direito Autoral, o que está errado. A vítima de um ato ilícito deve recorrer à Justiça. A violação de um Direito Autoral, além de sugerir uma reparação civil, é também um crime. O Conselho poderá ser invocado, no máximo, como árbitro em processo litigioso ⁽¹⁷⁾.

A Justiça é o caminho certo, como foi o escolhido pelo Prof. Ruy Barbosa Nogueira quando, folheando displicentemente uma publicação chamada *20 Lições de Direito Fiscal*, teve um sobressalto: o autor usara a tesoura, construindo uma “collage” com auxílio de sua obra *Curso de Direito Tributário*. Em brilhante Parecer, Antônio Chaves viu no caso um exemplo de “plágio-contrafação”, pois, “na sua ânsia o infrator aspira ao título máximo. Não se satisfaz por menos do que ser ao mesmo tempo plagiário e contrafator” ⁽¹⁸⁾.

4.1 — O plágio assumido

Como se vê do Sumário, a questão do plágio é muito rica. Há autores que se comprazem em criar, confessadamente, “à moda de”. Isso se veri-

(16) CHAVES (1983).

(17) Conselho (1986), pp. 141-3. Também: Conselho (1987), p. 87.

(18) CHAVES (1983), p. 487.

fica com mais freqüência na poesia que na prosa. Não é bem o exemplo de JORGE DE LIMA, que se limitava a desestruturar um texto. Aqui o poeta assume ideológica e esteticamente o lugar do colega, e age como se o fosse.

Parece-me que o exemplo ideal ainda é MANUEL BANDEIRA (19). Vejam este *A maneira de Augusto Frederico Schmidt*. É claro que, para saboreá-lo, é preciso conhecer os versos longos e gordos de SCHMIDT, seu ar *blasé*, sua biografia de rico industrial e político poderoso, contrastando com seu jeito de menino carente. Vejam:

Há muito o meu coração está seco,
Há muito a tristeza do abandono,
A desolação das coisas práticas
Entrou em mim, me diminuindo.
Porém de repente será talvez a contemplação
De um céu noturno como mais belo não vi,
Com estrelas de um brilho incrível,
De uma pureza incalculável, incrível.

A poesia voltará de novo ao meu coração
Como a chuva caindo na terra queimada.
Como o sol clareando a tristeza das cidades,
Das ruas, dos quintais, dos tristes e dos doentes.

A poesia voltará de novo, única solução para mim,
Única solução para o peso dos meus desenganos,
Depois de todas as soluções terem falhado:
O amor, os seguros, a água, a borracha.

A poesia voltará de novo, consoladora e boa,
Com uma frescura de mãos santas de virgem,
Com uma bondade de heroísmos terríveis,
Com uma violência de convicções inabaláveis.

Verei fugir todas as minhas amargas queixas de repente.
Tudo me parecerá de novo exato, sólido, reto.
A poesia restabelecerá em mim o equilíbrio perdido.
A poesia cairá em mim como um raio.

Sinto nestes versos um tom de fina ironia. Não é contrafação, não é plágio. Será paráfrase? Ou paródia?

4.2 — O plágio às avessas

Se BANDEIRA publicasse esses versos como se fossem de SCHMIDT, todos acreditariam. E cometeria o que eu chamo de plágio às avessas. Sim, porque o plagiário finge-se de autor. Mas se ele atribui a sua obra ao

(19) BANDEIRA (1987), p. 341.

outro, simplesmente para tirar proveito econômico, ou prestígio, ele pratica um plágio, às avessas.

É o caso do falsário nas artes plásticas. E o que muito fez Fritz Kreisler⁽²⁰⁾, o violinista. Todos sabemos que os grandes músicos dos séculos XVII e XVIII têm obras inéditas, que os pesquisadores se deliciam em vasculhar nos arquivos europeus. Pois está provado que no início de sua carreira Fritz Kreisler “compunha” obras que atribuía a Vivaldi, Couperin, Cartier e outros. Interpretava-as com brilhantismo, somando ao seu talento uma erudição que na realidade não tinha. Prestava um desserviço à história da música, e ganhava rios de dinheiro.

4.3 — *Influência e/ou reminiscência*

Haverá o caso de influência e/ou reminiscência. Ora, ninguém está livre de, involuntariamente, acreditar estar criando uma obra quando na verdade ela estava soterrada no seu subconsciente⁽²¹⁾. O plágio é crime doloso, exige malícia, intenção de burlar. Implica num enriquecimento ilícito. Não acredito, por exemplo, tenha sido essa a intenção de FAGUNDES VARELA.

Em 1864 ele publica um poema chamado “Mauro, o Escravo”⁽²²⁾, que começa assim:

Na sala espaçosa, cercado de escravos
Nascidos nas selvas, robustos e bravos,
Mas presos agora de infinito terror,
Lotário pensava, Lotário o potente,
Lotário o opulento, soberbo e valente,
De um povo de humildes tirano e senhor.

É um longo poema onde se conta a história de um valoroso escravo que dá a vida por defender a honra de sua irmã.

Justamente em 1864 morria GONÇALVES DIAS, e seu “Y-Juca-Pirama” já tinha sido publicado. Influência? Reminiscência? Não importa. Uma obra de segunda mão não é necessariamente um plágio. É uma obra de segunda mão.

Dai a grande dificuldade de se caracterizar um plágio.

4.4 — *Originalidade e plágio*

A mesma fonte bem pode dar origem a um sem-número de obras sem que se possa acusá-las de plágio. Todos sabem que SHAKESPEARE

(20) LUIZ-HEITOR (1935), pp. 56-8.

(21) DUVAL (1968), pp. 74 e segs.

(22) VARELA (1965), p. 29.

se inspirou na *A Celestina*, do espanhol Fernando de Rojas, ao escrever *Romeu e Julieta* (23). Que o seu *Otelo* partiu de um conto italiano intitulado justamente *O Mouro de Veneza* (24). As anedotas já estavam, portanto, estabelecidas; o que fez o gênio inglês foi dar-lhes forma definitiva, aprimorando as situações e os caracteres. O que prova: ninguém é dono de uma idéia. O *Primo Basílio*, que acabamos de ver em primorosa montagem televisiva, tem tudo de FLAUBERT em *Madame Bovary*. E o próprio Eça já foi acusado de plagiar *La Faute de l'Abbé Mouret*, de Zola, em *O Crime do Padre Amaro*.

É que a palavra originalidade, condição necessária para que uma obra seja protegida, tem no Direito Autoral uma acepção própria. Original não é antônimo de diferente. Original é a obra que seja um prolongamento autêntico da pessoa do autor, do seu caráter, o seu espelho. Se pela obra eu reconheço o autor, então ela é original. Ora, dêem-me duas páginas de EÇA que sem dúvida eu vou identificá-lo pela elegância de forma, plasticidade, clareza, ironia cáustica, capacidade de descrever um tipo ou um ambiente. Serão características de todo escritor realista? Mas aquelas duas páginas serão de EÇA DE QUEIRÓS e não de ZOLA, FLAUBERT, ou MACHADO. Plágio é outra coisa.

Um caso que tem merecido matéria jornalística nos últimos tempos é o que envolve o cineasta Zeffirelli e Guilherme Figueiredo. Dizem que este foi autor de um roteiro para que se fizesse um filme sobre o jovem Toscanini (25). Zeffirelli repudiou o roteiro e realizou o filme. As notícias que nos chegaram são muito superficiais, mas de uma coisa já sabemos: nem uma idéia, nem um fato histórico, podem garantir uma exclusividade autoral.

5. — *Estudo de caso: A Sucessora*

Um filme leva a outro.

Em 1934 CAROLINA NABUCO publicou um livro chamado *A Sucessora* (26). Escreveu-o ao mesmo tempo em português e em inglês, e enviou seu manuscrito a agentes literários americanos para uma possível edição.

(23) O Prof. José Carlos Lisboa conta que certo aluno, depois de ler *A Celestina*, perguntou-lhe se as cenas do balcão de Melibéia haviam sido plagiadas de *Romeu e Julieta*... Em resposta ele escreveu um pequeno e definitivo ensaio, a que denominou *A cena do balcão de Julieta*... ou de Melibéia (v. Bibliografia), onde se lê: "Em 1527, ou seja: 37 anos antes do nascimento de SHAKESPEARE e 67 anos antes de seu *Romeo and Juliet*, já se traduzira, se representara e se publicara em inglês uma peça intitulada *Calisto and Melibea* — versão daquilo que Fernando de Rojas escrevera em 1493 e se publicara em Burgos (numa 2ª edição?) em 1499, isto é: 28 anos antes da tradução de Rastell" (p. XXIII).

(24) A principal fonte de *Otelo*, como já o indicava Pope, é a sétima história da terceira década de uma antologia de Giraldo Cinthio intitulada *Ecatommiti* (cf. CASTELAIN, v. Bibliografia, p. 8).

(25) Estamos à espera de uma decisão judicial.

(26) NABUCO (1934).

Todos nós sabemos os caminhos intrincados que precedem uma edição. Imaginem a de um romance brasileiro em língua estrangeira!

Finalmente os editores americanos sugeriram que o manuscrito fosse enviado à Inglaterra, onde poderia ter maior interesse. Há um longo silêncio. Quatro ou cinco anos se passam, e é publicado na Inglaterra um romance chamado *Rebecca*, escrito por uma senhora até então pouco conhecida, Daphne du Maurier (27).

Creio que todos conhecem, mais ou menos, essa história que já sugeriu um filme americano e uma novela na televisão brasileira. A lembrança da primeira mulher não é apagada pelo tempo nem pelos esforços de sua sucessora. Rebecca era perfeita em tudo, e qualquer deslize da outra irrita profundamente o marido, um *gentleman*.

A Sucessora é um romance psicológico fino, delicado, onde os caracteres são delineados com profundidade. *Rebecca* é um romance policial, com um final vulgar e melodramático. As histórias são idênticas. Mas o caso não pode ser julgado levando-se em conta a identidade do tema: já vimos que não se pode "tirar patente de uma idéia". O que deve ser considerado é o tratamento que essa idéia mereceu, através de um paralelo crítico. Trabalho para perito.

Quem já fez um perfeito exame da questão foi ALVARO LINS, quando, em 1940, publicou no *Correio da Manhã* um rodapé intitulado "Rebecca, um plágio" (28).

Neste texto ALVARO LINS faz um verdadeiro laudo pericial. Com sua argúcia de crítico literário, ele compara página por página os dois romances, e conclui:

Exatamente os detalhes é que afastam a hipótese de uma coincidência ou de um encontro de inspiração e de idéias.

E referindo-se à escritora inglesa, afirma:

E podemos dizer que o seu romance *Rebecca* é essencialmente *A Sucessora* da Sra. CAROLINA NABUCO, é *A Sucessora* ampliado e enxertado. Até mesmo o que parece novo em *Rebecca* — a solução final — se formou de uma sugestão indireta de *A Sucessora*. Apenas, onde a Sra. CAROLINA NABUCO prudentemente sugere, através da fantasia e da exaltação nervosa de uma personagem, a Sra. DAPHNE DU MAURIER realiza por si mesma. (...) Trata-se, então, realmente de um plágio? Esta constatação me parece evidente, mas o nome reservado para um

(27) MAURIER (1981).

(28) LINS (1941).

fato tão positivo pouco importa. O que importa é esta certeza: *A Sucessora e Rebecca* são duas obras tão semelhantes como não creio que possam se encontrar outras duas em toda a história das literaturas.

6. Conclusão

Que conclusão se pode tirar de tudo o que se disse?

Acho que o artista é mesmo um fronteiroço. Nisso, por certo, está o encanto de sua condição, e eu uso a palavra encanto no sentido mais próximo do latim *incantare*, que quer dizer enfeitiçar, tornar mágico.

Há sem dúvida um sortilégio no ato de criar, que faz com que o artista viva e morra permanentemente nessa fronteira: direitos e deveres; virtude e pecado; norma e desvio; amor e morte — essa tensão é o seu carma.

Quando MANUEL BANDEIRA escreveu *Estrela da Tarde* ⁽²⁹⁾ fez uma pequena antologia de seus próprios versos. Façam de conta que foram escolhidos por mim (atitude perfeitamente lícita: antologia com fins didáticos...). Quero encerrar este trabalho da forma como o comecei: homenageando o grande Poeta:

A vida
Não vale a pena e a dor de ser vivida.
Os corpos se entendem mas as almas não.
A única coisa a fazer é tocar um tango argentino.
Vou-me embora p'ra Pasárgada!
Aqui eu não sou feliz.
Quero esquecer tudo:
— A dor de ser homem...
Este anseio infinito e vão
De possuir o que me possui.
Quero descansar
Humildemente pensando na vida e nas mulheres que amei.
Na vida inteira que podia ter sido e que não foi.
Quero descansar.
Morrer.
Morrer de corpo e de alma.
Completamente.
(Todas as manhãs o aeroporto em frente me dá lições
de partir)
Quando a Indesejada das gentes chegar
Encontrará lavrado o campo, a casa limpa,
A mesa posta,
Cada coisa em seu lugar.

(29) BANDEIRA (1987).

BIBLIOGRAFIA

- ANDRADE, Carlos Drummond de. *Discurso da Primavera e Algumas Sombras*. Rio de Janeiro, Record, 1977, 180 p.
- BANDEIRA, Manuel. *Estrela da Vida Inteira*. 14ª ed. il., Rio de Janeiro, José Olympio, 1987, 450 p.
- CASTELAIN, Maurice. Introduction. In SHAKESPEARE. *Othello*. Paris, Aubler, 1949, pp. 5-54.
- CERVANTES. *Don Quixote*. Pref. y notas Martin de Riquer.
- CHAVES, Antônio. *Direito de Autor I: principios fundamentais*. Rio de Janeiro, Forense, 1987, 538 p.
- . Plágio. In *Rev. Inf. Legisl.* Brasília, Sen. Federal, 20 (77): 403-34, jan./mar. 1983.
- Conselho Nacional de Direito Autoral. *Deliberações (1984-1985)*. Brasília, Min. da Cult., 1986, 428 p.
- . *Deliberações (1986)*. Brasília, Min. da Cult., 1987, 168 p.
- DUVAL, Hermano. *Violações dos Direitos Autorais*. Rio de Janeiro, Borsol, 1968, 568 p.
- KOSOVSKI, Ester. *Aventura do Sentir*. Rio de Janeiro, Achlané, 1985, 96 p.
- LINS, Alvaro. Rebecca, um plágio. In *Jornal de crítica*, 1ª série. Rio de Janeiro, José Olympio, 1941, pp. 233-42. Também no *Correio da Manhã*, de 31 de ago. 1940.
- LISBOA, José Carlos. A cena do balcão de Julieta... ou de Melibéia. In *Revista Dionysos*, Rio de Janeiro, ix(10:18-30, dez. 1960. Também in ROJAS, Fernando de. *A Celestina*. Trad. Walmir Ayala. Rio de Janeiro, Fr. Alves, 1988, pp. XVII-XXXII.
- LUIZ-HEITOR. Plágio às avessas. In *Revista Brasileira de Música*. Rio de Janeiro, mar. 1935, v. II, 1ª fasc., pp. 56-8.
- MAURIER, Daphne du. *Rebecca*. London, Penguin Books, 1981. 282 p.
- NABUCO, Carolina. *A Sucessora*. Rio de Janeiro, Cia. Edit. Nac. 1934.
- POE, Edgar Allan. *O Corvo*. São Paulo, Ed. Expressão, 1986. Com trad. de Baudelaire, Mallarmé, Fernando Pessoa e Machado de Assis. Pref.: A filosofia da composição, de Poe, 79 p.
- ROJAS, Fernando de. *A Celestina*. Trad. Walmir Ayala. Rio de Janeiro, Fr. Alves, 1988, 124 p.
- SANT'ANNA, Affonso Romano de. *Paródia, paráfrase & Cia*. 2ª ed., São Paulo, Ática, 1985, 96 p. Série Principios.
- SAVATIER, René. *Le Droit de l'Art et des Lettres*. Paris, LGDJ, 1953, 224 p.
- SHAKESPEARE. *Othello*. Trad. Introd. Maurice Castelain. Paris, Aubler, 1949, 294 p.
- VARELA, Fagundes. *Poesias Completas*. Rio de Janeiro, Ed. de Ouro, 1965, 686 p.

Estatuto dos direitos dos Atletas na nova Carta Magna

ÁLVARO MELO FILHO

Professor da U.F.C. — Advogado. Conselheiro do CND

“Mientras que el nuevo derecho debe estar en armonía con el sistema de valores de los derechos fundamentales, el derecho pre-constitucional subsistente debe ordenarse a ese sistema de valores, del que recibe un específico contenido jurídico-constitucional.”

Trib. Const. Fed. Alemanha

Fenômeno social de indistigável estridência, desencadeia o desporto complexas relações, algumas ordenadas pela força conformadora das normas constitucionais, em face da transcendência dos bens, direitos e interesses protegidos, outras reguladas pelas normas ordinárias oriundas do Legislativo (leis) e Executivo (decretos), e as demais, por normas autônomas, que emergem do próprio desporto e expressam sentimentos, aspirações e situações técnicas de autenticidade indiscutível. Estão aí, na lição de ANIBAL PELLON, as duas fontes do direito desportivo: uma estatal, que compreende a Constituição, as leis formais, os atos do Poder Executivo e as resoluções do Conselho Nacional de Desportos, e outra extra-estatal que, a par das regras de jogo e de certos costumes informados por ética própria, abrange os estatutos, os regulamentos e outras prescrições editadas pelas entidades desportivas dirigentes — ligas, federações e Confederações — organismos desportivos privados que devem amoldar-se, também, às diretrizes das Federações internacionais, a que estão filiados.

Explica o Prof. BRUNO DA SILVEIRA que, apesar de o desporto centrar-se no atleta, foi ele, ao longo do tempo, demasiadamente esquecido e vítima de “constantes abusos como a apropriação de atletas (pessoas) por parte do Estado, das organizações, dos clubes e das empresas sem que eles (atletas) saibam até onde vão os seus direitos”. Aduz, ainda, que o Estatuto é importante para “reservar à faixa dos atletas o direito individual de cada um como cidadão-atleta”. Acrescenta que, “na medida em que o Estado

não é mais tutor, nós teremos de encarar e respeitar a maioria do atleta, pautando-lhe os seus direitos básicos”.

Aliás, este Estatuto tem o espírito de uma autêntica “carta de alforria” pois objetiva dotar de credibilidade e eficácia os direitos dos atletas como seres humanos, a par de inibir a atuação de entidades e segmentos desportivos pródigos em tratar os atletas como *res*, submetendo-os a condições incompatíveis com a dignidade da pessoa humana. Vale dizer, é preciso resgatar-se o sentido sócio-educacional do desporto, fazendo com que não seja utilizado para agravar as diferenças entre os homens, mas para que possa contribuir, pragmaticamente, para um mundo mais justo, democrático e humano.

Nesse contexto, este estudo objetiva indicar os liames e vinculações do Estatuto dos Direitos dos Atletas (Resolução n.º 22/86 do CND, publ. no D.O.U., de 12-12-86) com a nova Constituição brasileira. Vale dizer, demonstrar-se-á que o Estatuto dos Direitos dos Atletas, elaborado pelo autor em 1986, tem lastro na recém-promulgada Carta Magna e harmoniza-se com vários de seus dispositivos, além de evidenciar a visão prospectiva e a aguçada sensibilidade jurídica atestadas pelo legislador desportivo do Conselho Nacional de Desportos, longe de pressupostos individualistas proclamados abstratamente e próximo do “sentido de concreção” que assinala o direito desportivo contemporâneo onde não se admite “coisificar os atletas”.

Não se deve deslembrar, nesse passo, a colocação de MIGUEL REALE de que, “se o direito, em geral, deve brotar da experiência, à medida que os fatos o vão ditando e a necessidade o vai exigindo, consoante sempre novo ensinamento de fonte romana (“*ipsis factibus dictantibus ac necessitate exigente*”), essa verdade resplende com mais força tratando-se da ordenação constitucional do País, que, parodiando MAX WEBER, diria não poder ser obra de demagogos ou de profetas”, especialmente diante dos direitos primordiais do cidadão e dos objetivos da sociedade civil, esta cada vez mais plural a exigir uma multiplicidade de ordenamentos, e aquele (cidadão) concebido como homem “situado”, centro de qualidades cívicas, econômicas e sociais.

Não foi sem propósito que se fincaram as bases do Estatuto nas raízes e nas camadas mais profundas da Constituição, procurando amalgamar e resguardar, com essa tessitura jurídica fundamental, sem hiato ou antagonismo, tanto os *direitos da liberdade* quanto os *direitos sociais* daqueles que participam e fazem, efetiva e diretamente, o movimento desportivo nacional, emprestando-lhe vida, força, emoção e calor humano.

Sem perder de vista o pragmatismo exigível, transcrever-se-á o Estatuto, intercalando-o, quando cabíveis, não só com as pertinentes anotações de natureza constitucional, como também com as alusões, de irrecusável importância, referentes à Declaração Universal dos Direitos do Homem, que outorga um contorno humanístico ativo ao Estatuto dos Direitos dos

Atletas. E neste momento anômico da vida brasileira, em que avulta a necessidade de restaurar-se o sentido hierárquico da *Lex Fundamentalis*, eis o Estatuto onde estão também imantados os lineamentos básicos dos direitos humanos.

RESOLUÇÃO N.º 22/86

Institui o Estatuto dos Direitos dos Atletas.

O CONSELHO NACIONAL DE DESPORTOS, no uso de suas atribuições conferidas pela Lei n. 6.251, de 8 de outubro de 1975, e pelo Decreto n. 80.228, de 25 de agosto de 1977,

CONSIDERANDO que o desporto — uma das forças vivas da Nação brasileira em razão de sua dimensão sócio-político-econômico-Cultural — deve ser entendido como direito do cidadão, dever do Estado e responsabilidade de todos;

CONSIDERANDO que a instituição do Código ou Estatuto do Atleta, visando a proteger os valores educativos e humanistas do desporto, constitui uma preocupação das entidades que fazem o movimento olímpico, além de harmonizar-se com os fundamentos basilares da Carta Internacional da Educação Física e do Desporto da Unesco;

CONSIDERANDO que o Conselho Nacional de Desportos, como órgão de aconselhamento máximo do desporto e de atuação normativa deve contribuir de maneira eficaz para o desenvolvimento e democratização dos desportos;

CONSIDERANDO que a legislação desportiva brasileira tem como vício histórico impor prevalentemente obrigações, deveres, limitações e responsabilidades aos atletas, olvidando seus direitos explícitos na ordem jurídica;

CONSIDERANDO, outrossim, que dentro de uma linha de abertura, de participação e de pluralismo, os atletas — como sujeito e o objeto fundamental do processo desportivo — não de ser aquinhoados com um Estatuto de Direitos;

CONSIDERANDO, finalmente, que o Estatuto terá a função pedagógica e precípua de elencar os mais relevantes direitos dos atletas numa extensão dos direitos humanos ao campo desportivo;

Os considerandos do Estatuto dos Direitos dos Atletas correspondem a uma autêntica exposição de motivos e indicam, de forma explícita, a *mens legis*, facilitando enormemente a percepção do sentido e alcance das normas referentes aos direitos dos atletas albergados pela Resolução.

Condensando uma rica e atualíssima justificação, com subsídios importantes para todos os que fazem do desporto o foco de suas ocupações, estu-

dos e interesses, tais considerandos, de inegável utilidade teórico-prática, iluminam com novos faróis a experiência jurídico-desportiva vigente, ao mesmo tempo que refletem a busca prospectiva de novas rotas e caminhos para o mundo jurídico-desportivo.

Art. 1.º — São direitos essenciais dos atletas diretamente aplicáveis e vinculantes das entidades públicas e privadas, especialmente das confederações, federações, ligas, associações e clubes desportivos:

O *caput* do art. 1.º do Estatuto, com o advento da nova *Lex Magna* passou a ter parâmetro no § 1.º do seu art. 5.º, *verbis*:

“As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Isto significa que o legislador desportivo adotou a mesma diretriz do constituinte fazendo com que os “direitos essenciais dos atletas” tenham eficácia imediata, como normas auto-aplicáveis que independem da edição de leis ou decretos de aplicação. Vale dizer, têm eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral, especialmente em relação às confederações, federações, ligas, associações e clubes desportivos, pois, como normas auto-executáveis, não se condicionam à normação posterior.

a) *Direito ao desporto* — É garantido o exercício da atividade desportiva a todos os cidadãos, especialmente aos atletas, independentemente de sexo, idade, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação econômica ou condição social, como decorrência do direito à educação e do direito ao lazer.

O direito ao desporto tem amparo no *caput* do art. 217 da nova Constituição ao explicitar o desporto “como direito de cada um”, ou, como assinala o art. 1.º da Carta Institucional de Educação Física e Desportos, “la práctica de la educación física y el deporte es un derecho fundamental para todos”. Por ser uma das mais vigorosas e constantes manifestações da vida social, na medida em que concorre para a cultura da inteligência, para o adestramento do corpo e para a valorização das aptidões humanas, o desporto projeta-se sobre a vida do povo como um direito fundamental que o ordenamento constitucional prevê e protege contra qualquer violação. Assinale-se que, como valor real da convivência social, o direito ao desporto configura-se como norma jurídica que, na sua expressão mais dilargada e ampla, desdobra-se como direito do cidadão, dever do Estado e responsabilidade social de todos, na medida em que contribui, de forma pragmática, para os processos de mudança social, de formação educacional e de consolidação de identidade cultural.

b) *Direito de arena* — É o direito do atleta participante de espetáculo desportivo, com entrada paga, de usufruir parte do *quantum* recebido pela entidade desportiva para autorizar a fixação, transmissão ou retransmissão

por quaisquer meios ou processos, obedecidas as convenções e contratos firmados por ele.

A base constitucional do direito de arena assenta-se na letra "a" do inciso XXVIII do art. 5.º da nova Carta Magna onde se assegura "proteção, nos termos da lei, às participações individuais em obras coletivas, e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas". Este direito de arena configura-se, nos termos da lei, como um direito novo, sem precedentes, autônomo e independente, outorgado à entidade à qual esteja filiado o atleta, e não a este, que — como membro de uma equipe à qual corresponde 20% do arrecadado — apenas goza de uma participação pecuniária.

c) *Direito à integridade física* — É o direito do atleta de proteger e resguardar sua integridade físico-corporal nas disputas desportivas, seja recusando o uso de "doping", seja evitando os confrontos violentos. Este direito compreende também o direito ao descanso ou intervalo mínimo entre competições desportivas, o direito à assistência médica preventiva e o direito à assistência hospitalar no caso de acidente desportivo de natureza grave.

Este direito está albergado no *caput* do art. 5.º da nova Constituição quando assegura "a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança", expressões extraídas do art. III da vigente Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Este direito à integridade física do atleta assume relevância ainda maior quando se sabe que a violência é um fenômeno social atual de enorme envergadura, cujas origens são fundamentalmente alheias ao desporto, mas que este constitui, muitas vezes, o terreno propício à sua prática.

No caso do atleta, a integridade física revela-se como um bem vital e como um direito fundamental que deve ser respeitado e resguardado em qualquer situação.

d) *Direito de associação* — É o direito individual dos atletas a constituir livremente associações civis de caráter desportivo para fins lícitos, sem impedimentos e sem imposições do Estado, abrangendo igualmente o direito de se filiar à associação desportiva já constituída.

Os incisos XVII e XX do art. 5.º da Carta Constitucional, harmônicos e consoantes com o art. XX da Declaração Universal de Direitos do Homem, reservam espaço à liberdade de associação, que, *in casu*, engloba não apenas o direito positivo de associação, senão também a liberdade negativa de associação, isto é, o direito do atleta de não entrar numa associação, bem como o direito de sair dela, ou, no texto do inc. XX do art. 5.º citado "ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado".

Na verdade, este *direito de associação* contém quatro direitos: o de criar associação, o de aderir a qualquer associação, o de desligar-se da associação e o de dissolver espontaneamente a associação.

e) *Direito de sufrágio* — É o direito cívico do atleta de votar e de participar das eleições de entidades desportivas, desde que atendidos os requisitos legais e estatutários, outorgando aos dirigentes desportivos legitimidade e representatividade para exercer seu mandato.

CARLOS S. FAYT preleciona que o *sufrágio é um direito público* subjetivo de natureza política que tem todo o cidadão de eleger e de participar da organização e da atividade de poder estatal. Não se deve confundir o *sufrágio* (o direito) com o seu exercício (*voto*) e com o modo de exercício (*escrutínio*).

Este direito de sufrágio do atleta nada mais é do que a projeção desportiva dos direitos políticos assegurados pelo art. 14 da vigente Constituição. O direito ao sufrágio assiste a todos os cidadãos — princípio da universalidade do sufrágio —, estando excluído todo e qualquer sufrágio restrito em função de certos registos específicos (sexo masculino, habilitações desportivas, títulos conquistados, etc.). Acresça-se que a universalidade do sufrágio, caracterização dos princípios da generalidade e igualdade (*caput* do art. 5.º da Constituição) que regem os direitos individuais e coletivos, não exclui a possibilidade de incapacidades, ou seja, restrições ao exercício do direito de sufrágio.

f) *Direito à informação* — É o direito do atleta de acesso às informações constantes dos registos desportivos para conhecimento de seus dados pessoais. Este direito desdobra-se no direito ao esclarecimento sobre a finalidade dos dados; no direito de contestação, ou seja, direito à retificação de dados errados; no direito de atualização dos dados, e, no direito de eliminação dos dados cujo registo seja devido por lei.

Este direito encaixa-se no inc. XIV do art. 5.º da atual Constituição, *verbis*:

“XIV — é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.”

O vigente art. 35, 1.º da Constituição portuguesa, é incisivo neste tocante:

“todos os cidadãos têm o direito de tomar conhecimento do que constar de registos informáticos a seu respeito e do fim a que se destinam as informações, podendo exigir a retificação dos dados e a sua atualização”.

A propósito, a nova Lei Maior brasileira no seu inciso LXXII do art. 5.º consagra o *habeas-data* como garantia instrumental ou processual ao amparo do *direito à informação*:

“LXXII — conceder-se-á *habeas-data*:

a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registos ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo”.

g) *Direito à proteção jurídica* — É garantido ao atleta pedir a tutela das liberdades e dos direitos perante os tribunais desportivos e/ou Poder Judiciário contra atos legislativos, executivos ou judiciais que importem em lesão, desrespeito, ofensa ou denegação de seus direitos ou legítimos interesses desportivos.

O direito do atleta à proteção jurídica é de natureza legal e judicial. No primeiro caso, o art. 5.º da novel Constituição no seu inciso XLI, dispõe que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”, e, no inciso XXXVI, sacramenta que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Na segunda hipótese — direito à proteção de natureza judicial — o inciso XXXV do art. 5.º da Constituição — “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” — cede lugar aos §§ 1.º e 2.º do art. 217 da *Lei Maior*, *verbis*:

§ 1.º — O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei.

§ 2.º — A justiça desportiva terá o prazo máximo de sessenta dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão final.

Aduz-se que este condicionado direito de acesso aos tribunais constitui elemento essencial da própria idéia de Estado de Direito, não podendo conceber-se uma tal idéia sem que os cidadãos tenham conhecimento de seus direitos e à proteção jurídica de que careçam. Aliás, o direito à proteção jurídica que se estende a todas as situações juridicamente protegidas, contra quaisquer atos lesivos dessas mesmas situações, não pode ser prejudicado e tolhido pela insuficiência de meios econômicos, daí por que a Constituição sedimenta no seu art. 5.º, inciso LXXIX, que o “Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

h) *Direito à própria imagem* — É assegurado ao atleta o direito de não ver o seu retrato exposto em público, sem o seu consentimento, assim como o direito de não ver apresentado em forma gráfica ou montagem ofensiva, enganosa, ou malevolamente distorcida ao bom nome ou à reputação de cada cidadão-atleta.

O inciso X do art. 5.º da *Lex Fundamentalis* expressa de modo claro e inequívoco que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Embora sem utilizar a expressão *imagem*, a Declaração Universal dos Direitos do Homem estatui no seu art. XII como um de seus consagrados princípios que “ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na de sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Todo homem tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”.

Ademais, não se pode olvidar que a parte final do inciso V do art. 5.º da Constituição garante a “indenização por dano material, moral ou à *imagem*”.

No caso do atleta que desempenha uma função em que a publicidade é um elemento essencial, este direito sofre um “limite imanente”, restringindo-se, basicamente, ao direito de não se ver apresentado em forma gráfica ou montagem ofensiva ou distorcida ou infiel, atentatórias ao nome ou reputação desportiva.

i) *Direito de expressão* — É o direito do atleta de exprimir livre e publicamente sua opinião sobre assunto desportivo, como forma de exteriorização no âmbito desportivo da liberdade de pensar e dizer o que creia verdadeiro, não podendo sofrer impedimentos e prejuízos em face do exercício deste direito.

Como ente social por sua natureza, o homem tem a necessidade constante de expressar-se, de trocar idéias e opiniões com semelhantes, de cultivar múltiplas relações, daí o direito de expressão ou o direito de exprimir, por qualquer forma, o que pensa em religião, arte, desporto ou o que for.

O inciso IV do art. 5.º da nova Constituição, explicita que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”.

O “direito à liberdade de opinião e expressão”, na terminologia do art. XIX da Declaração Universal de Direitos do Homem, é o direito — direito negativo — de não ser impedido de exprimir, pois a liberdade de expressão é uma componente da liberdade de pensamento.

Outrossim, este direito de expressão pode ainda incluir direito à expressão, isto é, um direito positivo de acesso aos meios de expressão.

j) *Direito de resposta* — É o direito de defesa do atleta contra qualquer opinião ou imputação de caráter pessoal ofensiva ou prejudicial à sua prática desportiva, ou contra qualquer notícia ou referência pessoal inverídica ou inexata à sua atuação desportiva.

Está assegurado no inciso V do art. 5.º do texto constitucional vigente, quando dispõe:

“É assegurado o *direito de resposta* proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à *imagem*.”

Sublinhe-se que o direito de resposta é um instrumento de defesa das pessoas contra qualquer opinião ou imputação de caráter pessoal ofensiva ou prejudicial, ou outra qualquer notícia ou referência pessoal inverídica ou inexata, independentemente, quer do direito à indenização por danos sofridos, quer da responsabilidade criminal envolvida. Aliás, como direito genérico pode exercer-se o direito de resposta não apenas nos meios de comunicação social (imprensa, rádio e televisão) mas também por outros meios, inclusive diretamente, como por exemplo, de viva voz nas reuniões, assembléias, comícios, etc.

k) Direito à intimidade — É o direito do atleta de impedir a devassa ou divulgação de sua vida familiar e privada, como decorrência do direito à privacidade do cidadão-atleta.

Este direito está assegurado não apenas no inciso X do art. 5.º da Lei Maior “são invioláveis a *intimidade*, a vida privada...”, como também no inciso LX do mencionado dispositivo constitucional:

“A lei só poderá restringir a publicidade dos atos *processuais quando a defesa da intimidade* ou o interesse social o exigirem.”

Sem dúvida, em face dos sofisticados meios que a técnica moderna põe à disposição da devassa da vida privada e da colheita de dados sobre ela, impunha-se alçar, a nível constitucional, o *direito à intimidade* que é garantido por meio de outros direitos fundamentais como o direito à inviolabilidade da casa (inciso XI do art. 5.º) e o direito à inviolabilidade da correspondência (inciso XII do art. 5.º), ou seja, conseqüência de um valor primordial intangível, que é o valor da pessoa humana; o direito à intimidade, na época da cibernética e dos processos eletrônicos, levará também o legislador ordinário a salvaguardar não só os segredos individuais ou familiares, mas tantos outros, inclusive os desportivos.

l) Direito de resistência — É o direito do atleta de não acatar e não cumprir as ordens que envolvem administração de “doping”, a prática de atos de corrupção ativa ou passiva, desvirtuando o resultado das competições desportivas; o recebimento de qualquer vantagem, pecuniária ou não, para facilitar ou assegurar o resultado irregular de competição desportiva; bem como o uso de propaganda em uniformes desportivos de competição que seja vedado pela legislação desportiva.

Este direito não tem proteção explícita da Constituição brasileira, mas foi acolhido pelo constituinte português que o corporificou no art. 21:

“Todos têm o direito de resistir a qualquer ordem que ofenda os seus direitos, liberdades e garantias e de repelir pela força qualquer opressão, quando não seja possível recorrer à autoridade pública.”

O direito de resistência é assegurado não apenas perante os poderes públicos, mas também nas relações particulares, podendo traduzir-se tanto numa resistência passiva (consistindo em não fazer o determinado), como numa resistência ativa (consistindo em fazer o vedado).

m) Direito de perdão — É o direito do atleta de pleitear, no âmbito da Justiça Desportiva, a reabilitação, a anistia, a relevação e a comutação de penas aplicadas por órgãos desportivos.

Em termos práticos, este direito de perdão traduz-se no alargamento do processo penal ao campo desportivo, estando abrangido na regra implícita do § 2.º do art. 5.º do novo Estatuto Fundamental.

n) Direito à indenização — É o direito do atleta de obter justa indenização ou reparação por danos físicos ou materiais causados pela ação dolosa e desleal do adversário no decorrer de disputa desportiva.

O direito à indenização é decorrência natural da divisão hodierna entre desportos profissionais e não-profissionais, conquanto falar-se em *amador* é algo extremamente hipócrita e retórico, porque não mais existe na praxis desportiva. E, se a distinção dos atletas assenta-se no maior ou menor grau de profissionalismo, impõe-se reconhecer o direito à indenização do atleta que nada mais é do que a dimensão deste direito social previsto e garantido na parte final do inciso I do art. 7.º da nova Lei Maior.

o) Direito à criação cultural — É o direito do atleta de utilizar, fora do campo desportivo, as suas habilidades desportivas ou a sua imagem de atleta através de livros, filmes, discos, fotografias, etc., para fins comerciais, industriais, publicitários, pedagógicos, etc., obtendo ou não vantagens econômicas.

Este direito está constitucionalmente contemplado no inciso XXVII do art. 5.º quando dispõe que “aos autores pertence o direito exclusivo da utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar”. E não é outra a postura do art. XVIII, item 2.º, da Declaração Universal dos Direitos do Homem quando estatui:

“Todo homem tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor.”

Acresça-se que o conceito de criação cultural abrange o processo de criação, a obra concretizada e a divulgação ou irradiação do produto cultural.

p) Direito de petição — É o direito do atleta de provocar a atuação dos poderes públicos e das entidades desportivas sobre uma questão ou uma situação, seja para denunciar uma lesão concreta e pedir a reorientação da situação, seja para solicitar uma modificação da legislação desportiva no sentido mais favorável à liberdade. O exercício desta prerrogativa inclui o

direito de requerer, de representar, de pedir reconsideração e de recorrer às entidades e tribunais desportivos.

A Carta Magna vigente assegura a todos, na parte inicial do art. 5.º, inciso XXXIV, *a*, "o direito de petição aos poderes públicos em defesa de direitos e contra a ilegalidade ou abuso de poder".

Convém lembrar que este direito de petição pode ser individual ou coletivo na medida em que inexistem restrições constitucionais a propósito. Este *direito de petição*, que tem um caráter informal conquanto não sujeito a foros e processos específicos, reveste dois aspectos: *reclamação*, tendo por objeto a formulação ou defesa de pretensão do próprio signatário; *representação* visando a matéria de interesse geral. Aqui o requerente situa-se no ângulo de participante da comunidade, postulando pelo que será o bem de todos; ali o postulante, tendo-se por ferido em direito seu, ou por molestado em qualquer pretensão legítima, requer no seu próprio interesse. Aliás, ao surgir na Inglaterra, com o *Bill of Rights*, de 13-2-1689, o seu objetivo centra-se mais nesta última face (*representação*):

"Constitui direito de todos os súditos apresentar petições ao Rei, e todas as ordens de prisão e perseguições em consequência dessas petições são ilegais."

Mas já na Constituição francesa de 1791 os debates deixam entrever a idéia de que o direito de petição condensa esta dicotômica forma, ou seja, a *reclamação* e a *representação*, que materializam e exteriorizam o direito de petição.

q) Direito de igualdade — É o direito garantido ao atleta de participar de competições desportivas e de ser tratado pela legislação desportiva sem distinção ou privilégio de raça, cor, ascendência, religião, convicções políticas ou filosóficas, instrução, situação econômica e condição social.

Este direito está prestigiado no art. 5.º do novel Diploma Básico quando determina que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza". Já o inciso I do citado art. 5.º reforça este princípio constitucional ao estatuir que "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição".

A Declaração Universal dos Direitos do Homem acentua no art. VII que "todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei".

Relativamente à legislação, aspecto realçado na norma constitucional, o direito de igualdade assume relevância, por um lado, como *igualdade perante a lei*, e, do outro, como *igualdade através da lei*. Vale dizer, na primeira hipótese, implica a proibição de discriminações ilegítimas por via da lei; na segunda hipótese, o direito a igualdade obriga o legislador a concretizar imposições constitucionais dirigidas à eliminação das desigualdades fáticas impedoras do exercício de direitos fundamentais.

A igualdade é, assim, a primeira base de todos os princípios constitucionais e condiciona a própria função legislativa, que é a mais nobre, alta e ampla de quantas funções o povo, republicanamente, decidiu criar. A isonomia há de se expressar, portanto, em todas as manifestações de Estado, as quais, na sua maioria, se traduzem concretamente em atos de aplicação da lei, ou seu desdobramento. Não há ato ou forma de expressão estatal que possa escapar ou subtrair-se às exigências da igualdade.

r) *Direito de transferência* — É o direito reconhecido a todo atleta de mudar de entidade desportiva quando e onde lhe convier, como dimensão desportiva da liberdade de locomoção e da liberdade de circulação asseguradas constitucionalmente.

Este direito de transferência configura-se como a dimensão desportiva da liberdade constitucional de “exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão” (inciso XIII do art. 5.º) e até da liberdade de locomoção assegurada pelo inciso XV do art. 5.º na mesma Lei Maior.

Por isso mesmo, a idéia da transferência pode partir da associação a que se vincula o atleta, mas ela tem de aderir sempre à vontade do transferido. Caso contrário, e já não falando dos prejuízos materiais que para este adviriam ou poderiam advir, é declarada a dignidade da pessoa do atleta, passando ele a ser tratado como “coisa” que pode ser vendida ou emprestada, conforme as conveniências do “dono” quando, na verdade, o que ocorre é o aproveitamento do trabalho do atleta, e não a sua “compra” como pejorativamente se diz.

Demais disso, a experiência mostra que, na prática, este direito de transferência, como decorrência sobretudo da liberdade constitucional de ação profissional, não se verifica em relação à maioria dos atletas, que não têm condições de fato de escolher a equipe onde atuam, ficando temporariamente impedidos de jogar.

s) *Direito de defesa* — É o direito de atleta de defender-se em qualquer processo desportivo instaurado na justiça desportiva ou judicial, compreendendo a ciência da acusação, a vista dos autos, a oportunidade para oferecimento da contestação e provas, a inquirição e reperguntas a testemunhas e a observância do devido processo legal.

Este direito de defesa, historicamente consagrado como direito fundamental, é um dos mais significativos no Estado de direito democrático constitucionalmente configurado, daí por que tem lastro no art. 5.º da nova Constituição, cujo inciso LV determina que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, serão assegurados o contraditório e a *ampla defesa*, com os meios e recursos a ela inerentes”.

A ênfase que o dispositivo constitucional outorga ao direito de defesa, utilizando o qualificativo *ampla*, significa a plenitude do exercício do direito fundamental, cujo conteúdo abrange:

a) o direito ao conhecimento da imputação e da identificação de quem vai apurá-la;

b) o direito do acusado ao depoimento sobre a imputação;

c) o direito de produzir ou requerer a produção de provas — testemunhais, periciais e documentais;

d) o direito de examinar e copiar documentos, bem como o direito de apresentar suas alegações de defesa;

e) o direito de fazer-se representar por advogado, mesmo nos processos em que a lei não torna essa presença obrigatória.

t) *Direito à certidão* — É o direito assegurado ao atleta de obter certidões requeridas a entidades e órgãos desportivos para defesa de direitos e esclarecimentos de situações referentes à gestão, planificação e desenvolvimento das atividades desportivas.

O inciso XXXIV, letra b, do art. 5.º, torna constitucional o direito à certidão, ou seja, assegura a todos o direito “à obtenção de certidões junto a repartições públicas, para a defesa de direitos e esclarecimentos de situações de interesse pessoal”, independentemente de pagamento de taxas.

Titulariza-o qualquer pessoa que necessite de certidão para fins de “defesa de direitos ou esclarecimento de situações de interesse pessoal”, e o Estado é o destinatário desse preceito, que lhe cria dever jurídico indeclinável.

O exercício do *direito à certidão*, no entanto, impõe a satisfação de alguns pressupostos, tais como:

a) *legítimo interesse pessoal*: existência de direito individual a ser defendido ou situação a ser esclarecida, conquanto a falta de legitimação autoriza o indeferimento do pedido de certidão;

b) *ausência de sigilo*: o dever estatal de fornecer certidões apenas se refere aos atos revestidos de publicidade, conquanto os atos legalmente resguardados pelo sigilo são insusceptíveis de certificação;

c) *indicação de finalidade*: o fornecimento de certidões está condicionado à declaração do fim a que se destinam, devendo o requerente assinalar o objetivo concreto e específico que pretende.

No caso de expedição de certidão requerida para defesa de direitos, aquele que a obtém não está obrigado a defendê-los, seja porque convenceu-se que seu direito não foi ferido, seja porque renunciou ou desistiu de defender seu direito.

Já o direito à certidão destinada ao esclarecimento de situações de interesse pessoal evidencia que o legislador constitucional vinculou e condicionou sua obtenção àquele que tivesse interesse pessoal envolvido, ou seja, alguma ligação, próxima ou remota, direta ou indireta, para ter-se o direito à certidão.

Observe-se, finalmente, que este direito de certidão cumpre precioso papel na instrumentalização da garantia da defesa, igualmente constitucional.

Parágrafo único. No exercício de seus direitos, os atletas respeitarão as obrigações, limites e restrições impostas pela legislação desportiva no interesse comum, respondendo cada um dos termos da lei pelos abusos que cometerem.

Este parágrafo único do art. 1.º do Estatuto tem lastro no inciso II do art. 5.º da emergente Lei Maior quando reitera que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude da lei”.

No mesmo sentido é o item 2.º do art. XXIX da Declaração Universal dos Direitos do homem ao consagrar que, “no exercício de seus direitos e liberdades, todo homem estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática”.

Art. 2.º — A especificação dos direitos dos atletas constantes deste estatuto não exclui outros direitos explícitos não enumerados, nem elide os direitos implícitos não colidentes com os princípios do ordenamento jurídico-desportivo brasileiro.

Este dispositivo é, na sua essência, uma variação do § 2.º do art. 5.º da atual Constituição:

“Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Isto significa que, além dos direitos fundamentais formalmente consagrados na Constituição, poderá haver ainda outros direitos embutidos, submersos, inferidos ou inerentes ao regime e princípios constitucionais adotados ou às normas oriundas de tratados internacionais de que seja signatário o Brasil. Trata-se, então, de uma “estratégia genética para a consagração de direitos emergentes”, ou do mecanismo jurídico de extração nos “direitos-tronco” dos “direitos em fermentação permanente” decorrentes do avanço e da complexificação do processo civilizatório hodierno.

Pena de morte

ORLANDO SOARES

Prof. universitário. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros

SUMÁRIO

1. *Introdução: Conceito de morte.* 2. *Trilogia tanática: homicídio, suicídio, eutanásia.* 3. *Fundamentos históricos para a imposição de castigos e penas.* 4. *Ineficácia do sistema penal.* 5. *A ameaça penal.* 6. *Escoço histórico sobre a pena de morte.* 7. *A pena de morte, na atualidade.* 8. *Conclusão.*

1. *Introdução: conceito de morte*

Sob o ângulo epistemológico, ou seja, do estudo crítico dos princípios, hipóteses e conseqüências, em torno do conceito de morte, questionam-se múltiplos aspectos, de natureza biológica, política, jurídica, filosófica, psicológica e outros.

Do ponto de vista médico, a morte representa a ruptura do equilíbrio biológico e físico-químico, indispensável à manutenção da vida. Quer dizer, o corpo inerte sofre ações de natureza física, química e microbiana, que determinam os fenômenos cadavéricos ou abióticos. Entre esses fenômenos, encontram-se: esfriamento; desidratação; livores e hipostasias viscerais; rigidez; espasmo.

Sob o enfoque jurídico, a morte se apresenta sob várias formas: natural ou real (quando motivada por doença indebelável, aguda ou grave, que lesa um ou mais órgãos vitais), comprovada mediante atestado de óbito; súbita (quando natural, mas ocorrendo imprevista e repentinamente, determinada por um processo mórbido insidioso ou latente, e não por agente externo); violenta (resultante de um acontecimento impetuoso: acidente, crime, suicídio, combate), objeto de laudo de exame cadavérico.

A execução da pena de morte constitui uma forma violenta de extermínio da vida, ou ocisão, qualquer que seja o meio utilizado, como veremos adiante.

Por seu turno, juridicamente, a *morte civil* representa a privação dos direitos civis e de cidadania, isto é, a morte ficta, ilusória.

Historicamente, a morte civil, ou simbólica, é uma reminiscência do Direito antigo, sabido que, na Grécia, por exemplo, especialmente em

Atenas, havia o instituto do *ostracismo*, instrumento esse cuja criação é atribuída a Clístenes (século VI a. C.), consistindo na eliminação, cada ano, e por um período de dez anos, do cidadão, considerado como prejudicial à ordem pública, sendo submetido ao exílio, embora a sua família não fosse obrigada a acompanhá-lo (PIERRE LÉVÊQUE — *A Aventura Grega*, Ed. Cosmos, 1967, p. 197).

Com o tempo, no século V a. C., o ostracismo transformou-se em mera arma partidária, de forma a afastar os adversários políticos, quanto à discussão dos negócios públicos e da administração governamental.

Por seu turno, em Roma, o cidadão condenado podia submeter-se ao exílio voluntário, para livrar-se do cumprimento da pena, mas perdendo o *status civitatis* local, embora se integrasse numa outra cidade (RAYMOND BLOCH e JEAN COUSIN — *Roma e o seu Destino*, Ed. Cosmos, 1964, p. 172).

Contemporaneamente, o regime militar implantado no Brasil, pós-1964, aplicou largamente o instituto da *morte civil*, com a adoção de instrumentos legais de força, suspendendo os direitos civis e políticos por dez anos, irrecorrivelmente, dos antagonistas àquele regime de arbítrio.

O fato é que existe toda uma simbologia em torno do fenômeno morte, com profundos reflexos no campo jurídico-penal, que é o objeto precípua do presente trabalho, especialmente no que tange à pena de morte, conquanto o tema se ligue a múltiplos aspectos, essenciais à compreensão da problemática em causa, como veremos em seguida.

2. *Trilogia tanática: homicídio, suicídio, eutanásia*

Como se sabe, FREUD lançou mão dos mais variados elementos psicológicos, para o embasamento de suas teorias, as quais foram elaboradas dentro do contexto capitalista da época, daí por que essas teorias refletem as condições sócio-político-econômicas, por ele analisadas, sob o ângulo da Psicanálise.

Nessa linha de raciocínio, FREUD buscou, como fonte de inspiração, para a problemática em exame, o princípio mitológico grego, simbolizado por Tanatos, Deus da morte, para com isso exprimir, do ponto de vista psicanalítico, o impulso da morte e da destruição.

Em oposição a essa idéia, ele lançou mão de outro simbolismo grego — Eros —, filho de Vênus, Deus do amor, para exprimir o princípio da ação, atração, vida, desejo, cuja energia é a libido, ou impulso sexual.

Esse conjunto de elementos inspirou a concepção psicanalítica acerca do criminoso, como lembramos alhures (*Criminologia*, pp. 254 e ss.).

Daí a expressão — trilogia tanática: homicídio, suicídio, eutanásia —, ora cunhada para a melhor compreensão do princípio da vida e da

morte, inclusive para o fim de reflexão, acerca da motivação e simbologia da pena capital, que é o assassinato oficial, legalizado.

A propósito, como lembra ANTONIO BERISTAIN, o amar e o morrer têm uma raiz comum; já se escreveu, com razão, que “as mais belas histórias de amor acabam com a morte, e isso não é algo sem tom nem som. Certo, o amor é e subsiste como a *superação da morte*, porém não porque a elimine, senão porque o amor mesmo é morte. Só na morte é possível a entrega total do amor, porque só na morte podemos cair inteiramente à sua mercê. Daí como os amantes se lançam tão simples e castamente à morte; não se precipitam a um sítio estranho, senão ao recinto íntimo do amor” (Hacia el abolicionismo de la sanción capital en España, in *Rev. de Informação Legislativa*, Brasília, n.º 98, 1988, pp. 169 e ss.).

Assim, por exemplo, toda a beleza e encantamento da mais célebre história de amor — a tragédia de *Romeu e Julieta* — encontra o seu desenlace na morte.

Para SCHOPENHAUER, a imagem da morte representa a libertação de todas as paixões, sofrimentos e aflições; daí a expressão tão suavemente doce que se espelha na face dos mortos, o que inspirou SANTA RITA DURÃO a escrever o verso imortal: “Tanto era bela em sua face a morte”.

Nem sempre, porém, a morte inspira sentimentos e imagens tão elevados e sublimes. Nesse contexto, é bastante significativa a expressão “defunto americano”, em relação aos Estados Unidos da América, onde se observa a prática de maquilar e preparar, com requinte, os mortos, que apresentam assim a face rosada e até parecem estar simplesmente dormindo; não se nota neles a palidez da morte; em síntese, é uma simulação, típica da era de mistificação, engodo e mentira em que vivemos, do que não escapam nem os mortos, como lembramos alhures (Os Tribunais de Contas e o Modelo de Desenvolvimento Econômico Elitista, in *Atualidades*, Forense, 1979, n.º 19, pp. 6 e ss.).

Do ponto de vista jusfilosófico, a problemática da morte tem sido objeto de vários enfoques, inclusive no tocante à sua efetiva constatação, sob a ótica médica, para vários efeitos (civis e criminais), especialmente no caso de transplante de órgãos de cadáver.

O fato é que a idéia de morte — o desfecho natural, dialético, do processo da vida, do movimento da matéria — esteve sempre envolvida no místico, sobretudo depois que o homem passou a sepultar os cadáveres, em lugar de deixá-los expostos ao tempo, criando assim o culto dos antepassados, a crença na vida eterna e na alma (CHARLES HAINCHELIN — *As Origens da Religião*, pp. 21 e ss.).

Do ponto de vista da Psicologia Criminal, o interesse que a humanidade sente pelo homicídio reside no fato de o matar ou ser morto fere suas fibras mais íntimas. Ao lado de uma viva repulsa, a ocisão desperta

peculiares forças de atração, que não se definem de maneira completa, como mórbidas ou insanas (HANS VON HENTIG — *Estudios de Psicología Criminal*, Vol. II, pp. 9 e ss.).

Por sua vez, o suicídio não é visto como sinal de loucura, nem marca de gênio, embora figuras históricas famosas e intelectuais renomados tenham lançado mão deste recurso extremo, para pôr fim à vida.

A bela e astuciosa Cleópatra (63-30 a. C.), por exemplo, última rainha do Egito (dinastia dos Ptolomeus), após inúmeras maquinações e envolvimento com as altas personalidades romanas, viu-se afinal na iminência de ser levada prisioneira a Roma, preferindo assim suicidar-se, fazendo-se picar por uma víbora.

A maioria dos estudiosos do assunto concorda que, raramente, existe uma causa precipitante única do suicídio, e que quase sempre ocorre a atuação concomitante e somática de várias causas (PHYLIP SOLOMON e VERNON D. PATCH — *Manual de Psiquiatria*, pp. 334 e ss.).

ÉMILE DURKHEIM, o primeiro estudioso a fazer a análise sistemática do suicídio, na obra *Le Suicide*, publicada em 1897, classifica a auto-destruição da vida em três categorias: egoísta, anônica (produzida pela convicção de que o ser social do indivíduo desmantelou-se), e altruísta.

De acordo com DURKHEIM, nas constatações judiciárias, que se fazem cada vez que ocorre um suicídio, aponta-se o motivo (desgosto da família, dor física ou outra, remorso, embriaguez), que se admite ter sido a causa determinante, e nos resumos estatísticos de quase todos os países, encontra-se um quadro especial em que os resultados destes inquéritos estão reunidos sob o título: *Motivos presumidos dos suicídios*.

E conclui: "Com efeito, ao que parece, revelam-se os antecedentes imediatos dos diferentes suicídios; ora, cremos ser um bom método de estudo de qualquer fenômeno partir das causas mais próximas sob o risco de em seguida se ter de continuar a investigação se a primeira tentativa se revelar infrutífera(. . .). Ora, de todos os fenômenos, as volições humanas são os mais complexos. Vê-se, portanto, o que podem valer estes juízos improvisados que, com base em algumas informações recolhidas às pressas, pretendem marcar uma origem definida para cada caso particular" (*O Suicídio*, pp. 151 e 152).

Por sua vez, num estudo sobre o crime passional, LÉON RABINOWICS viu no suicídio um sucedâneo daquele crime, salientando as hipóteses de suicídio puro e simples; duplo suicídio; homicídio com consentimento da vítima e suicídio; homicídio sem o consentimento da vítima e suicídio; homicídio e suicídio frustrado por emoção; homicídio e suicídio voluntariamente frustrado (*O Crime Passional*, pp. 142 e ss.).

Na Comunidade Britânica, o suicídio já foi considerado crime, sendo confiscados então os bens dos suicidas.

No Brasil, o suicídio não é considerado crime; constitui infração penal, sim, o ato de induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça (art. 122 do Código Penal de 1940).

O suicídio do Presidente Getúlio Vargas (1954) é apontado como altruísta, ou seja, um sacrifício pessoal, em tributo ao povo, de modo a despertar-lhe a consciência, encorajando-o à luta pela emancipação econômico-político-social. LUIS JIMENEZ DE ASUA vê esse gesto extremo do Presidente Vargas, sob a ótica da Psicanálise Criminal, como a “vingança contra o adversário, indireto homicídio do inimigo”, isto é, o imperialismo internacional e os seus aliados internos brasileiros (*Psicoanálisis Criminal*, pp. 107 e ss.).

Finalmente, como último componente da trilogia tanática, temos a hipótese da eutanásia, ou morte serena.

A eutanásia consiste na prática pela qual se busca abreviar, sem dor ou sofrimento, a vida de um doente, reconhecidamente incurável, angustiada por um mal atroz.

Essa morte serena pode ser desejada ou não pelo paciente, até porque este venha a se encontrar, eventualmente, inibido de expressar tal desejo, por achar-se em estado de coma profundo, irreversível, na hipótese de doente terminal.

Em erudito e polêmico estudo sobre o tema em foco, lembra EVANDRO CORRÊA DE MENEZES que a prática da eutanásia é milenar, pois os brâmanes matavam ou abandonavam na selva as crianças, de mais de dois meses de idade, que nasciam de má índole; os espartanos davam morte às criaturas fracas, por considerarem-nas inúteis para a *polis*; os celtas, além de matarem as crianças deformes ou monstruosas, matavam também os velhos valetudinários, achacadiços e inválidos, tendo este último costume, igualmente, entre outros, os eslavos e escandinavos, parecendo que, em nossos dias, ainda assim o fazem certos povos como os batas e os neocaledônios (*Direito de Matar*, p. 36).

Por sua vez, LOMBROSO, baseado em estudos zoológicos, assim como de criminalidade comparada, entre os seres humanos e os outros animais, sustenta que as fêmeas destes, muitas vezes, devoram ou abandonam os próprios filhotes, quando eles revelam algum defeito físico ou são incapazes de se manter, com independência (*O Homem Criminoso*, pp. 6 e ss.).

O fato é que, sob a influência religiosa, sobretudo da Igreja Católica, a vida humana passou a ser considerada um *dom divino*, e como tal, pertencente à categoria dos valores jurídicos *inalienáveis, indisponíveis, irrenunciáveis*, por parte do indivíduo.

Assim, tutelando esses valores ou *bens físicos* do indivíduo — tendo como pressuposto a saúde ou vitalidade de cada um dos membros do

corpo social —, visa o Estado ao elemento primacial, que é a *população*, cuja integridade cumpre resguardar (NELSON HUNGRIA — *Comentários ao Código Penal*, Vol. V, pp. 15 e ss.).

Acontece que a eutanásia não atenta nem ofende a integridade e saúde do indivíduo, como membro do *corpo social*, em condições normais de existência; em outras palavras, a eutanásia não se aplica ao indivíduo sadio — seja em tenra idade, seja idoso —, mas justamente aos casos de enfermidades incuráveis, achacadiços, inválidos, atormentados por sofrimentos atrozes, que não têm outro desejo senão o alívio da morte, o descanso eterno.

Afinal, escreveu VIEIRA: “A vida é um bem que morre; (...), enquanto “a morte mata, ou apressa o fim do que necessariamente há de morrer (...).” (*Antologia de Sermões*, n.º 2, p. 119).

Certo que a Medicina pressupõe a *esperança* da vida, em cuja preservação aquela se empenha, ofício esse que não escapou à mordacidade do famoso sermão português, ao versar sobre *A Medicina e os Médicos*: “Porque a todas as outras ciências ou ofícios pode faltar o pão, mas ninguém o tem sempre mais seguro que o médico. Como todos somos mortais, só o médico vive do que nós morremos: e tão certo é na medicina o pão, como na mortalidade a doença” (ob. e vol. cit., pp. 239 e 240).

É verdade que o Juramento de Hipócrates proíbe a supressão da vida, até porque o oposto, ou seja, a conservação dela, mesmo nos casos de atroz sofrimento, suportado pelo paciente, representa um estímulo para a busca da cura, que no futuro beneficiará outros enfermos.

Do ponto de vista teórico, isto é, da lei a ser criada (*de lege ferenda*), HUNGRIA se mostra radicalmente contrário à eutanásia, assim se manifestando: “Ultimamente, no debate doutrinário, o problema passou a ser encarado, de preferência, na órbita da psicologia anormal. Já não suscita discussões *sub specie juris*, devendo ser tratado, exclusivamente, como um tema próprio dos estudos relativos à morbidez ou inferiorização do psiquismo.”

E sentencia, de maneira irrecorrível: “O que arma o braço ao executor da “morte boa” é o seu psiquismo anômalo, mordido pela angústia paroxística” (Prefácio da obra de EVANDRO CORRÊA DE MENEZES, já citada).

Evidentemente, a questão não se reduz a esses termos, pois o que se objetiva não é a satisfação do “psiquismo anômalo” do executor da “morte boa”, e sim, pôr fim à angústia e ao sofrimento desesperador dos doentes terminais, e, noutros casos teratológicos, irrecuperáveis, em consequência de defeitos originários, por motivos hereditários ou não, conciliando tais propósitos com os meios legais.

Em outras palavras, o problema crucial da eutanásia, ou seja, de seu cabimento e modo de pô-la em prática, se resume na competência de *quem, quando e como* o fará.

A lei penal brasileira não acolhe um tratamento especial para o *homicídio por paixão*, quer direta ou indiretamente, como ocorre com o Código Penal de outros países (URSS, Peru, Uruguai), embora proteja “circunstâncias que sempre atenuam a pena”, como a hipótese de o agente “tem cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral” (art. 65, III, *a*, do Código Penal).

O Anteprojeto do Código Penal, elaborado sob a coordenação de LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, ao tratar do homicídio, assim dispõe: “Art. 121 — Matar alguém: (...). Isenção de pena. § 3.º — É isento de pena o médico que, com o consentimento da vítima, ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge ou irmão, para eliminar-lhe o sofrimento, antecipa morte iminente e inevitável, atestada por outro médico” (DOU, 19-7-1984, pp. 10.522 e ss.).

Em suma, o que os eutanásistas pretendem é a disciplinação legal, conscienciosa e racional, de uma prática humanitária, cujas origens remotas se encontram na sabedoria instintiva dos seres humanos primitivos, da época tribal, conforme os hábitos milenares, acima focalizados.

É que a Medicina contemporânea, de maneira geral, salvo raríssimas exceções, assumiu, nos países capitalistas, um caráter anômalo, pois caiu sob o completo domínio das transnacionais, que vendem o tratamento da saúde, exercendo um desumano e mercenário poder de “vida e morte” sobre o indivíduo, em matéria de compra e venda desse tratamento, criando meios sofisticados, ilusórios, a elevadíssimos custos, à guisa de prolongamento da existência humana, mas que em última análise resultam apenas em proveito econômico imoral, que superou de muito a sutil ironia de VIEIRA, em seu comentário acima invocado.

Do ponto de vista da sistematização científica, a Tanatologia é a parte da Medicina Legal que se ocupa da morte dos problemas médico-legais, relacionados a esta.

Por sua vez, a Cronotanatognose é a parte da Tanatologia destinada a estudar a data da morte, baseando-se num conjunto de elementos, que permite dizer há quanto tempo, aproximadamente, se deu aquela, elementos esses, dentre outros, assim classificados: fenômenos cadavéricos; crioscopia; fenômenos gastro-intestinais; crescimento dos pelos; cristais de sangue putrefato; fauna cadavérica (HÉLIO GOMES — *Medicina Local*, vol. II, pp. 361 e ss. e 875 e ss.).

Em 1968, alguns meses após o primeiro transplante cardíaco, formouse, na Universidade de Harvard (EUA), uma comissão encarregada de estabelecer novos critérios para a determinação da morte. O relatório, então elaborado, definiu o óbito como a morte cerebral e estabeleceu uma série de critérios como prova de que ocorreu aquele. Posteriormente, novos estudos e discussões, por parte de especialistas, nacionais e internacionais, acabaram fixando os seguintes critérios para a determinação da morte ce-

rebral: 1) ausência completa e permanente de consciência; 2) ausência permanente de respiração espontânea; 3) ausência de qualquer reação e estímulos externos e reflexos de qualquer natureza; 4) atonia de todos os músculos; 5) cessação da regulação da temperatura do corpo; 6) manutenção da tonicidade vascular apenas mediante a administração de analécticos vasculares; e 7) ausência completa e permanente de atividade elétrica cerebral espontânea ou induzida (M. KOVALEV e I. VERMEL).

Em suma, tais princípios se aplicam, naturalmente, à constatação da morte, no caso de execução de pena capital, em suas diversas modalidades, hoje praticadas, ou seja, fuzilamento, enforcamento, cadeira elétrica, guilhotina, câmara de gás, injeção letal.

3. *Fundamentos históricos para a imposição de castigos e penas*

Primitivamente, como se sabe, a ignorância e o temor em relação aos fenômenos da natureza (ventos, inundações, trovões, secas, raios) engendraram no ser humano certas concepções místicas, que propiciaram o advento de manifestações religiosas, surgindo logo depois a idéia de pecado, ou seja, desobediência aos deuses, provocando a ira destes.

Tais concepções surgiram, de maneira geral, entre as diferentes tribos, guardadas as proporções de tempo e espaço; as tribos silvícolas, por exemplo, que habitavam o atual Brasil, na época da conquista do Continente Americano pelos europeus, praticavam o culto do Sol e da Lua, culto esse conhecido desde a Antiguidade, sob várias formas.

Por sua vez, os aborígenes brasileiros, à época da chegada dos portugueses, praticavam cultos dessa natureza, adotando certas normas de comportamento, que constituíam rudimentos de Direito Penal, como lembramos alhures (*Criminologia*, pp. 83 e ss.).

Aos poucos, desde as primitivas tribos, os seus chefes se serviram de tabus, interdições e castigos, para impor sua vontade, aplicando, inclusive, a pena de morte, em determinados casos, considerados violações flagrantes. Por isso, todo o Direito Penal aparece marcado pelo caráter religioso e mágico (RAYMOND BLOCH — *Roma e o seu Destino*, p. 44).

Curioso que, de maneira geral, todas as línguas convergem no sentido de que a rapina e o assassinato é que deram origem à propriedade privada; entretanto, só mais tarde é que se passou à criminalização dessas práticas, por motivo de conveniência, ou seja, de manutenção da “nova ordem” estabelecida, baseada na propriedade privada e na escravidão (LOMBROSO — *O Homem Criminoso*, pp. 30 e ss.).

Nessa seqüência evolutiva, o conceito de repressão penal corresponde à idéia de ação ou feito de reprimir, coibir, proibir por meios policiais ou judiciais a prática de determinados atos, considerados ilícitos penais, através duma reação, exercida de fato em nome do Direito, considerada *reação social* contra as ações anti-sociais, ou seja, o crime.

Historicamente, essa *reação social* atravessou três fases distintas, observadas de maneira mais ou menos constante, na evolução dos povos, a saber: a vingança privada (exercida, individualmente, pelo grupo ou família, atingidos); a vingança divina ou sacral (sob a influência de concepções místicas); e a vingança pública (como monopólio do poder público), passando, nesta última fase, a persecução penal a constituir a atividade estatal de proteção penal, contra o crime, para a qual o Estado impõe a mais grave sanção — a pena —, que pode ser de natureza pecuniária, corporal (privativa de liberdade, flagelo, amputação de membro, morte), ou restritiva de direitos.

De qualquer forma, como lembrou BECCARIA, o sistema penal foi instituído, exatamente, para assegurar privilégios, desde as primitivas tribos, até os nossos dias.

Durante muito tempo, discutiram-se as sovasdas lições do século XVIII, sobre o fundamento do Direito Penal, especialmente, as indefectíveis teorias acerca do escopo da pena, classificando-se aquelas, segundo as três conhecidas parênticas latinas, a saber: *absolutas* (*punitur quia peccatum*), ou seja, porque a pena é justa em si; *utilitárias* ou *relativas* (*punitur ut ne peccetur*), porque a pena é útil; e *mistas* ou *sincréticas* (*punitur quia peccatum est et ne peccetur*), prevalecendo ora um, ora outro, dos princípios anteriores (ROBERTO LYRA — *Comentários ao Código Penal*, Vol. II, pp. 23 e ss.).

Sob o ângulo do estudo crítico dos princípios, hipóteses e resultados da Penologia (ciência que visa a determinar os fundamentos lógicos, o valor, alcance e objetivo da pena, do ponto de vista epistemológico), a punição suscita vários questionamentos, de natureza histórica, sociológica, econômica, biológica, filosófica, jurídica e outros.

FEUERBACH, por exemplo, com base na chamada *teoria contratual*, ao justificar a aplicação da pena, não questiona a origem espúria da repressão penal, que se ampara na violência, na conquista, no predomínio do mais forte, ocasionalmente, que se apoderou dos bens comuns e escravizou o vencido.

De outra parte, a *teoria da retribuição*, partindo do princípio de que a pena é sempre *merecida* pelo criminoso, representa uma fundamentação autoritária do Direito Penal.

Sob a forma *comutativa*, isto é, simbolicamente, *troca*, constitui uma reminiscência da Justiça Penal, em sua fase primitiva, baseada na vingança privada: "Assim como à mercadoria corresponde o preço, ao trabalho o salário, ao dano a indenização, assim, segundo o preceito dessa justiça, ao crime deve também corresponder a pena como retribuição" (GUSTAV RADBRUCH — *Filosofia do Direito*, pp. 313 e ss.).

CHARLES DARWIN, como naturalista, ofereceu a sua contribuição à problemática penal, ao salientar que o isolamento (pena privativa de li-

berdade) é o maior sofrimento que se pode impor ao homem, em face de sua natureza eminentemente gregária (*A Origem do Homem e a Seleção Sexual*).

Para MAQUIAVEL, “podemos dizer uma coisa de todos os homens: são ingratos, mutáveis e dissimulados”, e “esquecem mais facilmente a morte de seu pai do que a perda de seu patrimônio”, donde se conclui que as penas de natureza patrimonial (multa, confisco de bens, redução das rendas) têm um efeito psicológico intimidativo, que precisa ser melhor explorado, no âmbito da Penologia, para orientar a Política Criminal, no tocante a aplicação das penas dessa natureza.

O fato é que em todos os tempos, os meios empregados pelo sistema penal têm falhado, revelando-se incapazes ou inócuos, para os fins objetivos, eis que, fundamentalmente, o mal e as contradições se encontram na própria essência do sistema punitivo, ou seja, nos critérios legais, nas concepções morais, filosóficas, jurídicas, políticas, econômicas, religiosas e outras — isto é, a superestrutura ideológica — dominantes, que se baseiam na exploração do homem pelo homem, na escravização, na opressão e irracional repressão penal.

Em suma, como sustentou o inesquecível ROBERTO LYRA, “sem solução do problema social, não há solução para o problema penal”, segundo, aliás, a célebre legenda de Ferri: “Menos justiça penal, mais justiça social.”

4. *Ineficácia do Sistema Penal*

Em essência, o sistema penal moderno se baseia em princípios de Política Criminal, inspirados na Penologia, segundo a qual a pena tem uma função multifária, ou seja, preventiva, intimidativa, retributiva, educativa ou ressocializante.

Do ponto de vista da concepção autoritária do Direito Penal, o caráter retributivo da pena remonta à idéia de castigo, esgarçamento, exemplaridade.

Não obstante, HELENO FRAGOSO é incisivo a respeito: “Convém, no entanto, ter presente, que o Direito Penal tem papel limitado na prevenção do crime (não estando demonstrado o efeito intimidativo da pena)” (*Lições de Direito Penal*, p. 60).

De fato, o elitismo, os privilégios, a concentração da riqueza, a corrupção generalizada, a impunidade dos *criminosos de colarinho branco* — em contraste com a opressão e exploração do homem pelo homem — são os responsáveis pelas clamorosas injustiças sociais, que caracterizam o sistema capitalista, em que grassam a fome, miséria, desemprego, desassistência, carência de toda ordem, analfabetismo, favelização.

Estamos assim diante de um quadro, que assume contornos de ordem científica, isto é, a relação de causa e efeito, de antecedente e conse-

qüente, fundamentais na hipótese de análise e reflexão dos fenômenos, com vistas à busca de soluções para os problemas existentes. Ora, sem a remação ou minimização das causas, impossível suprimirem-se os seus efeitos; a questão, portanto, é a substituição do sistema capitalista por uma nova ordem social, mais justa e fraterna.

Nessa linha de raciocínio, constitui desonestidade científica pretender legitimar a pura e simples repressão penal — o castigo, propriamente dito —, sem atentar para as causas da criminalidade, que devem, prioritariamente, ser erradicadas ou minimizadas, como enfatizamos alhures (*Causas da Criminalidade e Fatores Criminógenos*, pp. 25 e ss.; *Prevenção e Repressão da Criminalidade*, pp. 125 e ss.).

De resto, os estudos de Psicologia e de Psicanálise têm demonstrado que os castigos cruéis, as mutilações, os espetáculos horrendos, em praça pública, incluindo as execuções capitais, provocam os mais díspares efeitos — até mesmo estímulo e desafio, em relação a determinadas personalidades mórbidas —, tendo pouco significado intimidativo.

Isso ocorre, igualmente, em países socialistas, como a China — onde as execuções da pena de morte se verificam em praça pública —, posto que ali perduram os “resquícios de um passado capitalista na consciência do povo”, por isso ainda subsistem práticas delituosas, sobretudo de natureza econômica. Evidentemente, a consciência coletiva, os ideais comuns, as expectativas de construção de uma sociedade mais justa e fraterna, acabarão prevalecendo, até praticamente se reduzirem a uma insignificância os índices de criminalidade, sobretudo a de natureza patrimonial violenta, como lembramos noutro trabalho (*Direito Penal — O Crime — O Processo — As Penas*, p. 205).

Historicamente, como sustenta MICHEL FOUCAULT, o poder de punir inerente ao soberano, como representante das classes economicamente fortes e politicamente dominantes, exploradoras, acostumou o povo a “ver correr sangue”, aprendendo rápido que “só pode se vingar com sangue, contra os que o exploram e escravizam”.

Aos poucos, já na Idade Moderna, a relação castigo-corpo, quer dizer, o emprego e o sentido das penas corporais, vai se transformando: as fogueiras, as marcas de ferro quente, o açoite, as dolorosas execuções, foram sendo substituídas pela reclusão, os trabalhos forçados, a servidão de forçados, a interdição de domicílio, a deportação.

Gradativamente, a relação castigo-corpo deixa de possuir esse aspecto de suplício, passando-se a adotar o enclausuramento, com o trabalho obrigatório, visando a privar o indivíduo de sua liberdade, como um castigo em si mesmo, considerada aquela como um direito e um bem.

Até mesmo, no caso da pena capital, passou-se a aplicar aos condenados, ao aproximar-se o “momento da execução”, injeções de tranqüilizantes, para evitar o sofrimento físico, a dor do corpo (*Vigiar e Punir*, pp. 14 e 69).

Em suma, o sistema punitivo contemporâneo, aqui e alhures, se encontra completamente falido, constituindo-se num ônus para a coletividade, dispendioso, inoperante, uma “escola do crime”.

Haja vista que, no Brasil, esse sistema se transformou em palco de sucessivos escândalos administrativos, desvios de dinheiro, corrupção e violência, sendo freqüentes os massacres, desencadeados, quer pelos órgãos oficiais, quer pelos bandos de criminosos, os quais, internamente, se constituem em facções do “crime organizado”, como lembramos alhures (*Extinção das Prisões e dos Hospitais Psiquiátricos*, pp. 113 e ss.; *Relatório sobre a Criminalidade Patrimonial Violenta*, pp. 1 e ss.).

5. A ameaça penal

Como vimos, um dos fundamentos da pena consiste na suposta ameaça, que ela possa infundir, genericamente.

Entretanto, como asseverou Heleno Fragoso, não está demonstrado o efeito preventivo da ameaça penal. “Ele parece mesmo não existir. Positivamente não existe nos crimes políticos. Como já se disse, a prevenção geral é uma espécie de crença. Pesquisas realizadas nos Estados Unidos (notadamente relativas à pena de morte) e na Suécia, parecem mostrar que a ameaça penal não tem efeito algum. Assinala-se o otimismo dos criminosos comuns. Pode-se mencionar, por bem expressivo, o aumento da pena para o crime de embriaguez ao volante, na Alemanha, que não teve efeito em relação à marcha da criminalidade. E também a nossa anterior lei de drogas, que previa penas severíssimas, com as quais o legislador supunha coarctar o tráfico e o consumo de drogas, entre nós, uma lei que não teve qualquer consequência nesse sentido. As penas demasiadamente severas, que ofendem a consciência do magistrado, não se aplicam. No Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro realizamos pesquisa para apurar como se aplicava a anterior lei de drogas, examinando os processos que tramitaram no foro do Rio de Janeiro no ano de 1974. O que se verificou é que os juizes simplesmente não aplicavam a lei severíssima. Relaxavam ilegalmente prisões em flagrante, descartavam como inúteis os depoimentos de policiais e aceitavam qualquer prova razoável para absolver o jovem primário, de bons antecedentes, portador de pequenas quantidades. A aplicação da lei caracterizava-se, assim, pela incongruência e pela inconsistência. A mesma experiência tivemos em nosso Superior Tribunal Militar, com a aplicação da infame lei de segurança nacional.”

E prosseguiu Fragoso: “Verifica-se, então, que o legislador se equivoca quando imagina que, ameaçando com pena determinada ação, conseguirá prevenir alguma coisa. Esse equívoco põe em causa a própria finalidade do sistema punitivo. Engana-se também o legislador quando supõe que juizes aplicarão as penas exacerbadas de seu direito penal terrorista (...). Sobra, no entanto, ainda, outra possibilidade para justificar o sistema: o da justa retribuição. Já agora se trata de aplicar o justo castigo, em nome

da justiça. Trata-se de contrapor um mal ao malefício praticado, como justa punição. Nessa perspectiva a idéia de defesa social através da incriminação e da pena torna-se duvidosa. Teria de surgir como reafirmação de valores através da justa punição. Aparecem aqui, no entanto, complicados problemas. A retribuição teria que se fundar na culpa, ou seja, na realização de uma conduta reprovável. Postula-se, então, como pressuposto fundamental da idéia de culpa, a liberdade da vontade, que constitui proposição indemonstrável, tornando a imaginada justa retribuição um autêntico ato de fé. E parece difícil construir o sistema punitivo do Estado sobre um ato de fé.”

E concluiu: “Diante disso, o direito penal de nosso tempo apresenta-se em situação de crise, pelas discrepâncias ante a ciência e a experiência. Elaboramos um belo sistema de direito penal e, afinal, ele serve para quê? Como funciona efetivamente? A análise crítica do próprio sistema e as incongruências entre a elaboração teórica e a prática vieram levar os juristas a uma visão mais humilde de sua atividade e a graves dúvidas sobre as virtualidades do magistério punitivo do Estado” (*Rev. da OAB-RJ*, n.º 11, 1979, pp. 75 e ss.; *Ciência e Experiência do Direito Penal*).

Versando sobre tema análogo, escreve HÉLIO BICUDO: “Será a pena de morte uma ameaça efetiva ao criminoso? Será civilizado tirar-se uma vida em nome da Justiça?”

E prossegue: “Não falemos do Brasil, onde a pena de morte extralegal existe e em números assustadores. No Brasil, a Polícia executa centenas de pessoas por ano. Esse número não é aleatório. Tem vista as mortes ocorridas no Rio de Janeiro e em São Paulo, fartamente noticiadas pela imprensa. (...)”

Quanto aos EUA, o então governador de Nova Iorque afirmou que “não há nenhuma evidência de que a pena de morte seja intimidativa. Foi, aliás, a conclusão a que chegou a Academia Nacional de Ciências, em 1978 (USA). De duzentos e cinquenta enforcados no início do século, na Inglaterra, 170 confessaram haver assistido a uma ou duas execuções capitais. É que a intimidação — o grande “appeal” para a imposição da pena de morte na legislação — requer, antes de mais, que o delinqüente possa raciocinar com os prováveis custos de sua ação. E, pergunta-se, como ficam os casos de homicídios cometidos por pessoas drogadas ou por pessoas que no momento não estejam lúcidas?” (Violência, Criminalidade e o nosso Sistema de Justiça Criminal, in *Rev. OAB-RJ*, n.º 22, pp. 129 e ss.).

Quer dizer, no Brasil e outros países, não há pena de morte oficial, mas ocorrem verdadeiros extermínios extralegais, desencadeados pelos órgãos policiais, e até bem pouco tempo, provocados pelos famigerados órgãos de segurança nacional, sob o regime militar, implantado pós-1964.

Ainda hoje, as chamadas “guerras entre quadrilhas”, como parte do crime organizado em nosso País, são responsáveis por numerosas mortes, sem falar nos “grupos de extermínio”, ou seja, pistoleiros contratados por

negociantes e empresários, com a missão de liquidar assaltantes, em diversos pontos do território nacional.

Considere-se, ainda, o maquiavelismo das autoridades do sistema penitenciário brasileiro, ao propiciar os frequentes confrontos entre quadrilhas inimigas (reunidas num mesmo estabelecimento prisional), compostas de detentos, que integram o crime organizado (prolongamento do narcotráfico, instalado nesses estabelecimentos), resultando daí constantes matanças de internos, seguidas de "banhos de sangue" da repressão policial, como forma cômoda de extermínio de parte da população carcerária, pelas próprias mãos, como lembramos alhures (*Prevenção e Repressão da Criminalidade*, pp. 142 e ss.; *Relatório sobre a Criminalidade Patrimonial Violenta*, pp. 1 e ss.).

6. *Escoço histórico sobre a pena de morte*

O uso da pena de morte é universal, constituindo costume em todas as épocas e entre todos os povos, desde a mais remota Antiguidade: egípcios, judeus, babilônios, gregos, romanos e outros; seu abolicionismo é que constitui idéia recente, sob forma organizada, a partir do século XVIII.

Variavam os meios de execução da pena capital: crucificação, força, decapitação, lapidação. Na Grécia, Sócrates (c. 470-399 a.C.) foi condenado a beber a taça de cicuta.

Está nas Escrituras (Mateus, cap. 26, vers. 52) que, segundo Jesus: "Todos que se servirem da espada por sua própria autoridade, pela espada morrerão."

Lembra GEBER MOREIRA, que os chamados "doutores da Igreja" também não eram contrários à pena de morte; o monge Agostinho (354-430 d.C.), reiteradamente, declara justa a penal capital, aplicada aos malfeitores: "Não violam o preceito *não matarás* os que por ordem de Deus declararem guerras, ou representando a autoridade pública e agindo segundo o império da justiça castigarem os fascínoras e perversos tirando-lhes a vida." (*Civitas Dei*, Liv. I, Cap. 21).

TOMÁS DE AQUINO (1235-1274) não apenas considera *lícita* a pena de morte, mas *necessária* para a saúde do corpo social: "Ao príncipe, ao encarregado de velar pela sociedade, cabe aplicá-la, como é missão do médico amputar o membro gangrenado para salvar o resto do organismo."

TOMÁS MORUS (1519-1576) imaginara para sua sociedade ideal — *Utopia* —, em lugar da pena de morte a prisão com trabalhos; por sinal, foi decapitado por ordem de Henrique VIII, de cujo reino foi chanceler.

Os germanos da época pré-cristã, segundo ainda GEBER MOREIRA, enforcavam nas árvores os traidores e os desertores, afogando nos pântanos os covardes e homossexuais. Também era aplicada a lapidação para os que furtavam cavalos e a cremação, para as bruxas.

Em França, na Idade Média, os delinquentes eram arrastados sobre um estrado de madeira até à forca, depois queimados vivos, cozidos em enormes caldeiras, vivos ou mortos, enrodados vivos.

Na Alemanha, no fim da Idade Média, os meios de execução mais frequentes eram a forca e a decapitação.

Nesse mesmo país, também se aplicavam o esquartejamento, para os traidores; a rotura dos membros com a roda, para os assassinos e os roubos graves; a cremação para os sodomitas, bruxas, envenenadores e no caso de homicídio, cometido por meio de incêndio.

O enterro de pessoas vivas era empregado para os condenados por violação.

No século XVIII, a pena de morte era aplicada aos que simulavam insolvência; aos ciganos; caçadores furtivos; culpados de furto, agravado, se portavam armas. Estes morriam na roda.

A prática de arrastar o condenado sobre um estrado, até o cadafalso, esteve em uso em Hannover, ainda em 1805; na Prússia, em 1851.

A última execução pelo fogo se verificou em Berlim, em 1823.

Na Inglaterra, aplicavam-se suplícios análogos: decapitação, submersão, cremação, esquartejamento e forca. No século XVI, era comum o espetáculo de cadáveres suspensos, através de correntes, com fins intimidativos.

Na Espanha, Juan de Cañamas foi executado em 1492 (Barcelona), sob a acusação de regicídio frustrado, na pessoa do rei Fernando, o Católico; o acusado foi condenado às torturas de *cuaresma viscontea*, suplício esse que começava com um pequeno número de açoites, evoluindo com intervalos de um dia de descanso, passando então a torturas cada vez mais pesadas: beber água, vinagre, argamassa; arrancar tiras da pele das costas; arrancar um olho; cortar o nariz; cortar as mãos, um pé; cortar um testículo, em seguida o outro; cortar o membro viril.

No quadragésimo dia, o condenado era colocado na roda e feito em pedaços.

Na França, Ravailac foi executado em 1610, por ter assassinado Henrique IV. Chegando ao cadafalso, ele foi atado a um instrumento de madeira e ferro, semelhante à cruz de santo André, pretendendo-se arrancar ao condenado o nome de seus cúmplices. Não o conseguiram. Metade de um braço foi colocada sobre um braseiro de fogo e enxofre. Ele "gritava com tão horríveis dores como se fosse o próprio demônio, ou uma alma atormentada no inferno", escreveu Scott, que assistiu à execução.

Depois, com pinças de ferro em brasa, os carrascos picaram seu peito e os músculos de seus braços, suas pernas e demais partes carnudas do corpo, cortando pedaços de carne, assando-os ante o próprio condenado;

foram trazidos quatro cavalos, que por sua vez foram atacadados ao corpo para separar seus membros em quatro quartos.

Igual morte sofreu Damiens, em 1757, por ferimentos leves, causados na pessoa do rei Luís XIV (*A Pena de morte nas legislações antigas e modernas*, in *Estudos de Direito e Processo Penal em Homenagem a Néelson Hungria*, 1962, pp. 408 a 427).

No Brasil, quando Colônia, vigoraram as *Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas*, que previam a pena de morte, para uma série de delitos, inclusive heresia. Tiradentes foi enforcado e esquartejado, sob a égide dessas últimas Ordenações, em 21 de abril de 1792. Com seu sangue, lavrou-se uma certidão de que fora cumprida a sentença.

A Constituição de 1824 manteve a pena de morte, restringindo-a a determinados crimes, como lembramos alhures (*Justiça e Criminalidade*, pp. 95 e ss.).

O Código Penal republicano (1890) aboliu a pena de morte.

7. A pena de morte, na atualidade

Modernamente, de um lado, o advento da Revolução Socialista na URSS (1917) e, de outro, no campo dos países capitalistas, o surgimento da social-democracia, pioneiramente no México (Constituição de 1917) e em seguida, na Alemanha (Constituição de Weimar, 1919), representaram marcos históricos decisivos, no sentido da valorização do ser humano e da propagação da idéia do que mais tarde consubstanciou a bandeira da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), proscrevendo-se a tortura e o tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante (art. V).

Na União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, a pena de morte foi suprimida, por um decreto de 1917, baixado pela Revolução; depois, por iniciativa de Kerensky, esta pena foi restabelecida, em face da guerra civil e da intervenção estrangeira, que lançou no caos a sociedade russa.

“Para a consecução de nossos fins e desejos revolucionários estão justificados todos os meios”, disse Lênin.

Na *Espada Vermelha* se lê: “A nós está permitido tudo, porque somos os primeiros homens do mundo que desembainhamos a espada, não em favor, porém contra o servilismo da escravidão, porque queremos livrar dela a todos.”

Os bolcheviques usaram então o fuzilamento como o mais eficaz meio revolucionário, imposto pelas Comissões extraordinárias, em meio ao arbítrio judicial.

Posteriormente, com a normalização político-econômico-social, a pena de morte passou às normas legislativas, em conjunto com os Códigos Penais subsequentes, a partir de 1919 (Luis Jiménez de Asúa — *La Vida Penal en Rusia*, Madrid, 1931, pp. 33 e ss., 91 a 93).

Décadas mais tarde, na China (1949) e em Cuba (1958), foram adotadas idênticas práticas, com o advento da Revolução Socialista, naqueles países.

Entrementes, com a nazificação da Alemanha (1933), estabeleceu-se que os que não se encontrassem dentro dessa comunidade, não se consideravam *semelhantes*, especialmente os judeus; a pena de morte era então executada com fins seletivos de política, segundo a lei de 4 de abril de 1933. Estabeleceu-se, ainda, a esterilização de anormais e castração de delinqüentes, ocasionando, daí, muitas vezes, a morte dos condenados (Luís Jiménez de Asúa — *La Ley y El Delito*, Caracas, 1945, p. 81).

Do ponto de vista do Direito Penal Comparado, na Europa Ocidental domina a legislação abolicionista da pena de morte, a saber: República Federal da Alemanha (Constituição de 1945, art. 2.º); Áustria (Constituição de 1968, art. 85); França (1981), sendo que de 1959 até 1978, havia sido imposta a pena de morte em cinquenta casos, e executada em dezesseis; Grã-Bretanha (a sanção capital foi suprimida em 1965 para os delitos de homicídio, por um prazo experimental de cinco anos, abolição essa prorrogada até dezembro de 1969, sendo que em 1975 e 1979, a Câmara dos Comuns rejeitou a moção de reimplantação dessa pena); Suíça (Código Penal de 1937); Holanda (1870, em relação aos civis; porém, reintroduziu essa pena, nos casos de crimes de guerra, em 1943); Bélgica (abolicionista *de fato*, sendo que a sua Comissão para revisão do Código Penal votou em favor da abolição).

A legislação penal vigente no Estado do Vaticano, em virtude da Concordata com a Itália, subentendeu a aplicação da pena de morte, desde 7 de junho de 1929 até 1.º de agosto de 1969, no caso de atentado contra a vida, a integridade e a liberdade pessoal do papa e dos chefes de Estados estrangeiros, na suposição de reciprocidade de tratamento, em relação a estes últimos. Desde 1969, foi abolida esta histórica sanção.

Os países da Europa Oriental mantêm a pena de morte: República Democrática Alemã (para os delitos políticos e militares mais graves e no caso de homicídio), Iugoslávia, Romênia e Polônia.

Na União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, o art. 23 do Código Penal da União, em vigor, considera a pena de morte como "uma medida de castigo excepcional", prevendo dezoito tipos penais passíveis dessa sanção, em tempo de paz.

Nos Estados Unidos da América, lembra ANTONIO BERISTAIN, a Corte Suprema declarou inconstitucional a pena de morte, em 29 de junho de 1972; em fevereiro desse mesmo ano, a Corte da Califórnia já havia se pronunciado sobre a inconstitucionalidade dessa pena, naquele Estado.

Em 1976, a Corte Suprema declarou (por sete votos contra dois) que a pena capital é constitucional, porém não pode ser prevista em lei como sanção absoluta.

Segundo dados de 1987, vários Estados da Federação norte-americana carecem de leis sobre a pena de morte.

Cerca de quatro mil execuções tiveram lugar nos EUA, desde 1930 até 1963. Em 1976 havia 582 pessoas condenadas, à espera de uma possível execução dessa pena, dentre elas, 300 negros, 260 brancos, 13 ciganos, 8 índios e 1 porto-riquenho.

Ainda, de acordo com ANTONIO BERISTAIN, a legislação japonesa permite a pena de morte para dezessete delitos (por exemplo, matar alguém em duelo); calcula-se que, entre 1954 e 1974 foram enforcadas 336 pessoas. Nos anos de 1979, 1980 e 1981, foi executada uma pessoa por ano.

Com exceção de Hong Kong, em todos os países asiáticos existem disposições legais, prevendo a pena de morte.

Todos os países do Oriente Médio (Egito, Irã, Iraque, Israel, Jordânia, Líbia, Síria e Iêmen) admitem a pena de morte, para assassinatos e outros delitos específicos, contra a segurança interna e externa do Estado.

Em 1980, entrou em vigor o novo Código Penal chinês, que enumera sete delitos passíveis de aplicação de pena de morte, além de quatorze, considerados contra-revolucionários, sujeitos à mesma pena. Naquele mesmo ano, a nova legislação introduziu a pena de morte para outros 23 delitos: roubo, malversação de bens, luta entre bandos, viver de ganhos imorais, organização de sociedade secreta, molestar as mulheres, comunicar métodos para cometer crimes, e outros.

Durante os meses de agosto, setembro e outubro, de 1983, as autoridades chinesas iniciaram uma campanha nacional contra o crime, ocorrendo dezena de milhares de detenções, estimando-se que foram levadas a cabo mil execuções, embora um documento da Anistia Internacional tenha divulgado em Londres (setembro de 1984), que o número de execuções tenha sido de seiscentas. Concretamente, em 23 de agosto de 1983, em Pequim, foram executadas 30 pessoas, num estádio, diante duma gigantesca concentração de cem mil pessoas.

Atualmente, nesse país, o condenado é obrigado a ajoelhar-se, com as mãos atadas às costas, colocando-se o verdugo em pé, por trás, que então faz um disparo na nuca do réu, sem que este veja aquele.

Alguns países, como a Birmânia, Filipinas, Formosa, Indonésia, Malásia e Singapura, aplicam a pena de morte, por delitos relacionados com o tráfico de entorpecentes.

Na América Latina, durante o século XIX e começos do atual, muitos governos aboliram a pena de morte; recentemente, verifica-se uma tendência para a reintrodução dessa sanção, em diversos desses países (ob. cit., pp. 182 e ss.).

Quanto ao Brasil, como vimos, durante a República, a Constituição de 1934 restringiu a aplicação da pena de morte ao âmbito da Justiça Militar, em tempo de guerra com país estrangeiro.

A Carta Política estado-novista (1937) atribuiu ao legislador a faculdade de prescrever a pena de morte, para certos casos, além das hipóteses previstas na legislação militar, para o tempo de guerra (art. 122, n.º 13, a a f).

A Constituição de 1946 voltou a abolir a pena capital; o Ato Institucional n.º 14, de 5-9-1969, a restabeleceu. Regulamentando o texto constitucional, a então Lei de Segurança Nacional (de 29-9-1969) previu 15 hipóteses de condenação à morte, por fuzilamento, atribuindo-se ao presidente da República a prerrogativa de comutar a pena capital em prisão perpétua (art. 104 do Dec.-Lei n.º 898 — Lei de Segurança Nacional —, promulgado em 29-9-1969).

Com as lutas nacionais, pela redemocratização do País, apoiadas pela opinião pública internacional, em favor da defesa dos Direitos Humanos no Brasil, ocorreu o abrandamento do regime militar, ensejando o advento da Emenda Constitucional n.º 11, de 13-10-1978, que, dentre outras medidas, restringiu a aplicação da pena de morte aos casos de guerra externa (art. 153, § 11).

Subseqüentemente, a Lei de Segurança Nacional, então promulgada (Lei n.º 6.620, de 17-12-1978), não previu a pena capital.

A nova Carta Política brasileira, promulgada em 5-10-1988, estabeleceu que não haverá pena de morte, salvo em caso de guerra declarada (art. 5.º, XLVII, a).

Por ocasião do VI Congresso Mundial, da Organização das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente, realizado em Caracas, em 1980, o tema sobre a pena de morte foi amplamente debatido, tendo a Anistia Internacional se manifestado total e incondicionalmente contra a pena de morte, considerando-a um castigo extremo, o mais cruel, desumano e degradante, que viola o direito à vida, sendo irreversível, como lembramos alhures (*Rev. Bras. de Ciências Jurídicas*, n.º 1, 1981, pp. 133 e ss.).

Pela Resolução n.º 32/61, a Assembléia Geral da ONU se manifestou sobre a “conveniência de abolir essa pena”, então adotada por 117 países, membros da Organização.

Por sua vez, a *Criminologia Crítica* tem enfrentado, sobretudo, desde 1976, a problemática da violência generalizada e a criminalidade do *colarinho branco*, acentuando a necessidade de um projeto de estudo a respeito, na América Latina (LOLA ANIYAR DE CASTRO — *La Realidad Contra los Mitos*, Maracaibo, 1982, pp. 177 e ss.); assim, a pena de morte não constitui preocupação primacial, como medida de Política Cri-

minal, para os criminólogos dessa corrente intelectual, que se empenham fundamentalmente nas mudanças das estruturas político-econômico-sociais, como lembramos alhures (*Criminologia*, pp. 324 e ss.).

Seja como for, estamos no limiar de grandes transformações na América Latina; assim, caso venha a ser adotada, a pena capital não poderá restringir-se aos casos de crimes comuns (roubo, seqüestro, assalto, estupro, homicídio, e outros), devendo, ao contrário, estender-se às hipóteses de abuso de poder, criminalidade econômico-financeira, sobretudo fraudes e corrupção, no âmbito da administração pública, práticas essas que em geral não assumem formas de violência e não causam o impacto dos chamados "crimes de sangue", mas na verdade são responsáveis pela miséria, fome e sofrimento de milhões de criaturas, atingidas e lesadas pelos denominados "trapaceiros de luxo", que ocupam as altas esferas do governo, ou detêm o poder econômico.

8. Conclusão

Pelo exposto, podemos concluir que são extremamente duvidosos os efeitos preventivo e intimidativo da pena de morte, quer nos países capitalistas, quer nos socialistas, onde ela vigora.

Não se pode perder de vista, no entanto, que o Sistema de Direito dos países capitalistas rege a ordem jurídica e a economia burguesa, consolidando o poder burguês, ao passo que o Sistema de Direito Socialista rege a ordem jurídica e a economia proletária, consolidando o poder proletário. A propósito, afirmou BERNARD SHAW: "Nem no Direito Penal, nem na Constituição soviética se encontram, como nas legislações dos demais países, situações excepcionais privilegiadas em favor de elevadas personalidade do Estado ou de membros de determinados organismos" (*Apud CUELLO CALÓN — El Derecho Penal de Rusia Soviética*, 1931, p. 26).

De qualquer forma, num ou noutro Sistema de Direito — capitalista ou socialista —, a pena de morte representa, apenas, uma forma de eliminação física, ou extermínio da vida, daquele que se tornou indesejável, nocivo, irrecuperável, para determinada comunidade.

Nesse caso, a pena capital assume, simbolicamente, aquele sentido analógico, em relação à enfermidade incurável, concebido pelo monge medieval, Tomás de Aquino, como vimos acima, isto é, "cabe aplicá-la, como é missão do médico amputar o membro gangrenado para salvar o resto do organismo".

Em suma, a adoção da pena de morte implica em reflexão científica, e não emocional, suscitando assim uma ampla discussão, até porque, do ponto de vista extralegal, ela já vem sendo aplicada há muito tempo, em países como o Brasil e outros, na América Latina, e noutras partes do mundo.

Instituciones supranacionales frente a la toxicomanía y el narcotráfico

ANTONIO BERISTAIN

Catedrático de Derecho Penal — Universidad del País Vasco, Instituto Vasco de Criminología—Kriminologiaren Euskal Institutua
San Sebastián — España

Resumen

Recordando a Sancho Panza “borracho” en la venta (cap. XXXV), decimos a voces: “Acudid presto y socorred a mi Señor D. Quijote que anda envuelto en la más reñida y trabada batalla que mis ojos han visto”.

D. Quijote “que no tenía los ojos abiertos” daba tantas cuchilladas en los cueros que todo el aposento estaba lleno de vino. Así, algunas legislaciones aplican penas severísimas, incluso de muerte, contra los pellejos llenos de droga.

Esta ponencia intenta despertar a los Quijotes de hoy (toxicómanos, narcotraficantes... y legisladores) de su sueño para hacerles ver que no hay tal gigante, que sus cuchilladas destrozan los cueros de vino en vez de matar al enemigo.

(*) Estas páginas reflejan y amplían notablemente la ponencia *La Política sobre las Drogas en el Consejo de Europa*, que presenté en el Congreso Mundial Vasco, San Sebastián, 10 septiembre 1987.

A la luz de los trabajos del Consejo de Europa, las Naciones Unidas, el Parlamento Europeo, la Organización Mundial de la Salud, etc., se pretende descubrir y describir la realidad en su dimensión económica, social, terrorista, pedagógica... e indicar cómo se puede ayudar al caballero andante (al ciudadano, especialmente al joven) para que despierte de sus desvaríos y de sus adicciones. Se inicia un nuevo eón criminológico para que los controles sociales estructuren un programa de prevención y tratamiento global, coherente, que incluya el derecho liberador y el arte, sin olvidar al cura con su evangelio (buena nueva) y al barbero con su sabiduría epistemológica de sentido común que "trujo un gran caldero de agua fría del pozo y se lo echó por todo el cuerpo de golpe, con lo cual despertó D. Quijote".

Las instituciones supranacionales y la sociedad "de a pie" deben y pueden contribuir a que todos abramos los ojos y cansemos las manos para armonizar una política social integral que reduzca los problemas de la droga a dimensiones humanas de nueva convivencia creadora utópica pero realista.

A. *Un universitario vasco en París*

A comienzos del siglo XVI, en la Universidad de París, un estudiante vasco, que después de terminar sus cursos académicos publicaría un libro de resonancia internacional, repetía a sus compañeros con frecuencia una frase que nos interesa aquí desde diversos puntos de vista. Ignacio de Loyola les decía: *no el mucho saber harta y satisface el ánimo, sino el sentir y gustar las cosas internamente.*

Para contestar a los interrogantes que plantea la droga interesa investigar nuevos caminos, pero también (y no menos) repetir, comprender y asimilar internamente unas cuantas coordenadas fundamentales ya conocidas, pero todavía no plenamente "digeridas".

El Consejo de Europa, y de modo semejante otras instituciones supranacionales como las Naciones Unidas, el Parlamento Europeo, la Comunidad Económica Europea, la Unesco, la Organización Mundial de la Salud, etc., se han preocupado por la cuestión del uso abusivo de drogas y su tráfico ilegal, han pedido (y apoyado) a los criminólogos que se dediquen con empeño a estudiar por dónde se pueden encontrar las soluciones más eficaces y menos costosas a la libertad personal y a la salud social.

Especial atención deseo prestar ahora a un par de tesis concretas y atinadas que formula el Consejo de Europa (y otros organismos similares) acerca de la globalidad, la educación de la juventud y el terrorismo; en la segunda parte bosquejaremos un breve comentario crítico acerca de su postura respecto a la epistemología, la liberalización y la economía; y al final brindaremos nuestra aportación peculiar desde las artes y la mística.

B. Teoría y praxis global y coherente

Varios documentos del Consejo de Europa insisten en distintas ocasiones y contextos sobre la necesidad de abordar la problemática del uso excesivo de drogas y del narcotráfico desde una perspectiva de globalidad e interdisciplinaridad que van aceptando las diversas instituciones, aunque todavía no suficientemente, por lo que conviene ahora decir algo al respecto.

La Resolución de 1973 recomienda a los Gobiernos, en lo que concierne a la política general, que las medidas que adopten, tanto las preventivas como las represivas como las de readaptación, "deberán estar integradas en una política *global* de desarrollo social". Poco antes ha subrayado la necesidad de programar la acción emprendida para luchar contra el abuso de drogas "conforme a una política *coherente* y *global*".

Después de un decenio, en la Recomendación 989 (1984), recomienda "al Comité de Ministros elaborar, en lo que le corresponde, una estrategia *coherente* y pluridisciplinaria por la lucha contra el abuso y el tráfico de drogas". Y, en el capítulo referente a la prevención, el tratamiento y la reinserción, propone a los equipos que asistan y traten a los jóvenes en las comunidades terapéuticas que tengan "una calificación profesional suficiente para realizar un trabajo *integral* (sanitario, psicológico y social)". (Subrayado nuestro.)

A pesar de estas y otras llamadas a la globalidad, con frecuencia quienes laboran en este campo mantienen todavía un protagonismo excesivo de una sola dimensión: la médico-sanitaria, la vindicativo-sancionadora, u otra similar.

Desde la globalidad (entendida dinámicamente y más allá de lo multidisciplinar, incluyendo lo interdisciplinar) aparecen cuestionables y cuestionadas muchas investigaciones y legislaciones contemporáneas. Por ejemplo, las estadísticas llevadas a cabo por sólo médicos con métodos exclusivamente sanitarios. Otro ejemplo concreto: la reforma del artículo 344 del Código penal español introducida el año 1983 no se apoyó en un planteamiento global e integrante previo. Tampoco conozco estudios criminológicos debidamente serios que hayan servido de base para la "contrarreforma" del mismo artículo, en julio de 1987.

La coherencia deseada incide hasta las más profundas raíces del saber y llega a destruir-reestructurar ciertos axiomas de "sentido común" pues, a veces, los contrarios no se oponen sino que se integran, incluso en teología, de manera que el hombre (y el drogadicto) es *simul justus et peccator*, simultáneamente justo y pecador, inocente (víctima) y delincuente. Con estos criterios globales y coherentes, las Naciones Unidas están realizando un completo estudio a través del Instituto de Investigación de Defensa Social (UNSDRI), en Roma. Agradecemos al Instituto y a su Director, el Prof. UGO LEONE, que, a mediados del año 1986, tuvieron a

bien pedir la colaboración del Instituto Vasco de Criminología. Pero, nuestra carencia total de presupuesto, carencia total de personal no docente (PAS) y carencia total de profesorado en dedicación exclusiva, nos impidió aceptar su amable invitación. Los informes que están recogiendo estos trabajos merecen particular estima.

Atinadamente ilumina este talante global el profesor jesuíta Peter-Hans Kolvenbach en su discurso pronunciado en la Universidad de Deusto, el 6 de junio de este año 1987, cuando después de criticar la "fragmentación de los saberes", pide "un esfuerzo real de inter-disciplinaridad", una "visión unitaria y globalizante".

C. *Actualizada educación de la juventud*

El Consejo de Europa, cuando se refiere a los problemas de la droga, manifiesta como una de sus mayores preocupaciones la educación de la juventud. Basta leer, por ejemplo, la Recomendación R(82)5 sobre la prevención de toxicomanías y el papel concreto de la educación para la salud, así como la Recomendación escrita y aprobada dos años después en la que el Consejo lamenta que "el enfoque... educativo no está lo bastante desarrollado", e insiste "en recordar la R. 963 (1983) relativa a los medios culturales y educativos", desea una "política prioritaria con vistas a una mejor educación para la salud, con el fin de que los jóvenes elijan una forma de vida sana", para que ellos "puedan desempeñar un papel constructivo y creativo en la sociedad democrática", y pide "organizar cursos de formación junto con profesionales de la educación".

En la misma Recomendación de 1984 los especialistas del Consejo de Europa se sienten "alarmados por el hecho de que la edad media de los que la utilizan (la droga) baja constantemente, situándose — a menudo — entre los trece y diez y seis años".

Esta puesta al día de la educación de la juventud compete a los pedagogos, pero también a todos, especialmente a todos los adultos, pues nosotros sabemos que no hay libertad sin ética, y no hay ética sin moral. Sabemos que el uso de los productos tóxicos se inicia en el secreto y aboca a la toxicomanía. Nuestros niños y jóvenes manipulan, con aparente inocencia, bombas atómicas que no sabrán desactivar, adolescentes que carecen de la experiencia de la vida y que confunden la instantánea luna de miel de la droga con la eternidad. Nosotros tenemos que *aprender a transmitirles* la iniciación en los valores, lo positivo de la finitud y de la deficiencia (Olievenstein, p. 7). El disfrute del convivir.

Respecto a la actual pedagogía infanto-juvenil tiene aplicación lo que decía el universitario vasco en París. No el mucho saber logra los fines educativos que deseamos si no enseñamos a *sentir* los valores en perspectiva global y positiva. Una docencia de creación, más que de solución de pro-

blemas. Así se evita que el árbol tape el bosque, se consigue superar la contingencia, y aquietar la búsqueda "loca" de la plenitud sin vacíos. En este punto pueden ayudar mucho el arte y la religión, como veremos después.

D. *Vinculaciones entre la droga y los terrorismos*

No resulta fácil adentrarse en las imbricadas y discutidas relaciones entre abuso-tráfico de drogas y terrorismo. Sin embargo, el Consejo de Europa ha tenido la valentía de hacerlo en repetidas ocasiones. Según indica la Recomendación de 1984, para luchar con éxito contra el narcotráfico hay que tomar en consideración "los lazos que hay, indiscutiblemente, con las redes de tráfico de armas y del terrorismo. Teniendo en cuenta el hecho extremadamente preocupante de que grandes sumas de dinero que provienen de la venta ilegal de drogas son utilizadas para financiar el terrorismo internacional".

Conocidos especialistas afirman algo parecido respecto a países concretos. Así Hurtado Pozo, catedrático de Derecho penal en Friburgo, de Suiza, al analizar el terrorismo en el Perú, nos dice: "una hipótesis que se plantea cada vez con más insistencia es el financiamiento de los subversivos por los traficantes de drogas" (Hurtado Pozo, p. 175). También el juez italiano, de 47 años, Giovanni Falcone, participante en la reunión del Parlamento Europeo (Luxemburgo 19-21 marzo 1986), afirma la relación entre los narcotraficantes y las organizaciones terroristas.

Hace pocos meses, en junio de este año 1987, estudié algo el problema en Colombia. Dialogué con autoridades gubernamentales, con profesores universitarios y con personas acusadas de narcotráfico; en la cárcel de Cáli hablé con Gilberto Rodríguez Orejuela, extraditado por el Gobierno Español a Colombia. Como conclusión, me afirmé en la compleja relación que constatan el Consejo de Europa y los especialistas (Rosa del Olmo, pp. 312 ss.).

Si tanto propugnamos la globalidad para responder y solventar el problema de las drogas se debe a la insita *globalidad* en sus orígenes *sin excluir* las interconexiones que van y vienen desde el terrorismo al narcotráfico y desde éste a aquél. Los crímenes no convencionales se entrelazan en sus raíces y en sus fuentes, aunque tal y cual delincuente aislado lo ignore o lo niegue, en parte porque le interesa y en parte porque no lo ha estudiado.

E. *Los organismos no-gubernamentales desde la epistemología*

Un obstáculo especial — tan importante como imperceptible — dificulta los estudios y los acuerdos llevados a cabo en instituciones gubernamentales como las del Consejo de Europa, el Parlamento Europeo, las Naciones Unidas, etc. Más o menos inconscientemente, estos organismos, a la luz de la moderna *epistemología*, están poco capacitados para constatar

(o no quieren ver) algunos de los principales factores etiológicos (y los convenientes planteamientos) de las toxicomanía y su "paralelo" narcotráfico (Morin, pp. 222 ss.). Uno de ellos es el control estatal desaforado y parcial. Contra él se rebelan la mayoría de los toxicómanos, y muchos que desean construir, como indicaremos después, un plan de sociedad sobre fundamentos opuestos a los "establecidos".

Los toxicómanos repiten hasta la saciedad frases claves para conocer la etiología del fenómeno. Con frecuencia declaran: "la droga me introduce en la vida mística, en el éxtasis bello y poético"... "el viaje me agrada por exótico, por su colorido, por su novedad..."

Hoy en día las leyes más que la carta magna de la libertad son la camisa de fuerza que volatiliza la última gota de libertad. Así, obligan a la huida, a la imaginación, a la fantasía y a la droga.

Algunos modernos científicos (y quizás algún epistemólogo) desarrollan teorías tan autónomas, subjetivas y cerradas que alejan al hombre de la realidad *total*, y abocan a la alienación de la persona, pues intentan olvidar "el poder imponente de las cosas" (Zubiri). Al no lograrlo, se produce la crisis personal-social de el hombre que busca siempre algo más allá de sí mismo.

Sin caer en el realismo ingenuo prekantiano y prerusselliano que desdibujan las diferentes etapas de la "percepción" y de la "concepción", la futura filosofía del conocimiento debe lograr el equilibrio entre la observación y la creación.

Los organismos no-gubernamentales (OMS, UNESCO, OIT, SOS Drogue International, etc.) que colaboran en el Consejo de Europa y en las Naciones Unidas carecen todavía de la fuerza crítica y de la preocupación que debían tener para dialogar en plano de igualdad, como exigen los especialistas en la teoría del conocimiento. Para solucionar nuestros problemas convendría que se constituyese una asociación no-gubernamental similar a Amnistía Internacional que trabaja en la defensa de los derechos del prisionero de conciencia, etc. (Conseil, 18 y 19 noviembre 1986).

Hablando de los Derechos Humanos, el ponente Julen Guimón Ugar-techea en el Parlamento Europeo, el día 19 de enero de 1987, pidió algo que puede pedirse también para superar las dificultades epistemológicas en el campo de la droga, que "los representantes en organismos como el Comité de Derechos Humanos deberían ser expertos y juristas independientes, que ejercieran sus funciones a título personal, y no funcionarios gubernamentales o diplomáticos".

Como indicaremos a continuación, entre los partidarios del control punitivo del tráfico (e incluso del uso abusivo) de drogas y los defensores de la liberalización no se establece el diálogo; cuando nos parece que hablan,

en realidad escuchamos un diálogo de sordos. Aquí la epistemología moderna encuentra una misión importante que cumplir, un nube negra, impenetrable, que descifrar.

F. *Hacia la liberalización total*

La menor, mayor o total liberalización de las drogas es una de las cuestiones a las que el Consejo de Europa no ha respondido todavía completamente. Ya el año 1984, con laudable sinceridad, la Recomendación destaca que "han surgido grandes divergencias en lo que respecta al enfoque represivo".

En este punto las instituciones gubernamentales europeas y no-europeas mantienen una postura casi unánime en pro de la represión penal del tráfico de drogas, e incluso del uso abusivo aunque este último tema encuentra más discrepancia.

En múltiples ocasiones y documentos afloran los programas punitivos. Así concretamente en la conferencia interministerial, celebrada los días 12 y 13 de septiembre de 1984 en París, la señora Georgina Dufoix manifestó con atención particular la "importancia de la represión del tráfico de drogas como medio de lucha contra la droga".

Solemnemente, el Parlamento Europeo, en la reunión del martes, 7 de octubre de 1986, aprobó las Recomendaciones de la Comisión encargada del Estudio sobre la lucha contra la droga, también la referente a las sanciones penales a los traficantes y algunos usuarios. Pide que se procure la coherencia de las condenas penales infligidas a los traficantes, que se desarrollen los procedimientos de extradición y se evite el criminalizar "inútilmente" a los toxicómanos procurando respecto a las penas infligidas distinguir entre traficantes y toxicómanos (COMMISSION D'ENQUETE SUR LA DROGUE DANS LES PAYS DE LA COMMUNAUTE. Présidence: Mme. GIANNAKOU-KOUTSIKOU (PPE GR) Réunion du 22 septembre 1986).

La conferencia Internacional de las Naciones Unidas sobre el uso indebido y el tráfico ilícito de drogas (Viena, junio de 1987) en su documentación mantiene el planteamiento tradicional de controlar penalmente el tráfico ilícito de drogas. En este sentido puede verse, por ejemplo, el Documento de antecedentes (Backgrounder) n.º 7, abril 1987, pág. 4, donde se habla de la detención, de la sanción penal, de la privación de libertad y del decomiso de los instrumentos correspondientes.

Los especialistas teóricos, en su mayoría, propugnan estas políticas más o menos represivas. Sin embargo, no podemos olvidar la opinión contraria de grupos minoritarios, pero importantes. Así, L. Hulsman, en la reunión del Consejo de Europa sobre la descriminalización (Rapport sur la décriminalisation 1980) abordó y defendió la tendencia liberalizadora. También, desde el punto de vista médico importantes autores, como Richard C. STEVEN-

SON, se inclinan a la legalización por ejemplo de la heroína (*The Lancet*, ed. italiana, abril 1987, pp. 249 y s.).

Durante los días 24 y 25 de abril de 1986, en los trabajos preparatorios para la Encuesta sobre *La lucha contra la droga*, de el Parlamento Europeo, el Comisario principal de Policía, Wiarda (de Utrech), se muestra partidario de la liberalización del uso de las drogas, a condición de que se haga de manera progresiva, acompañada de la correspondiente política educativa, laboral e integradora de los jóvenes en la vida social.

El Grupo Arco Iris, en el Debate sobre la droga celebrado en el Parlamento Europeo el 7 de octubre de 1986, criticó enérgicamente los trabajos llevados a cabo por la comisión de la encuesta sobre "El problema de la droga en los países de la comunidad europea". Esos trabajos de la comisión patentizan al Grupo Arco Iris (según Jürgen Peter Esders, en el comunicado de prensa 59/86) la "hipocresía flagrante y el fariseísmo de los países europeos" que para resolver su "problema de la droga" desean imitar a los EE.UU. y usar "la guerra contra la droga" como alibi para continuar su carrera de armamentos, su criminalización de los toxicómanos de bajos niveles económicos y para seguir explotando a los países del tercer mundo exportándoles sin escrúpulos el alcoholismo, el tabaquismo y la manía de los medicamentos.

El mismo día en nombre del grupo socialista, la señora Salisch consideró el informe de la comisión como modelo de política antigua y fracasada, aunque calificó el narcotráfico como crimen internacional.

Según informan los delegados neerlandeses en la reunión del Parlamento Europeo celebrada en octubre de 1986, la experiencia holandesa confirma la tesis de quienes desean una liberalización moderada. Concretamente del cónnabis. El uso de esta droga blanda no ha aumentado em Holanda después de su liberalización. La mayoría de sus "clientes" no han dado el salto a las drogas duras.

Desde la Criminología surgen voces experimentadas constatando que ni la cárcel ni la multa brindan respuestas eficaces. Podemos ver en las penas un control todavía necesario para "contener", pero no para solucionar, el problema de la droga; algo así como los hospitales responden a la enfermedad y la muerte, sin eliminarlos. La solución real en un futuro próximo llegará más a la raíz; llegará a lo más profundo de las motivaciones individuales y comunitarias.

Quienes pretenden la liberalización de la droga se levantan como un signo de contradicción entre dos estilos de sociedad, apoyados en (y fomentadores de) cuatro opuestos ideales:

- el tiempo lineal frente al tiempo cíclico,
- el trabajo (penoso) frente al hacer (creativo),

- la abstención-vacación del esfuerzo frente a la fiesta-celebración,
- la sobriedad frente al éxtasis (Nils Christie, pp. 4 ss.).

Salta a la vista que la sociedad postmoderna, no feminista, que “trabaja” en el Consejo de Europa se acerca más al tiempo lineal, al trabajo, a la abstención y a la sobriedad que a sus opuestos; por eso se inclina a la represión punitiva.

Quizás, *actualmente* el problema no deba plantearse liberalización *versus* represión, sino que debe buscarse un *tertium*, una tercera salida (atendiendo a su fuerte dimensión económica), que vaya armonizando dialécticamente posturas opuestas. Como indicó Olievenstein, en la Unesco, ante la droga se desvelan y entremezclan los temas de un mal a la vez psicopatológico y moral que escapa a la lógica y a las normas; ante el cual los poderes quedan indecisos pues si aplican sanciones penales actúan como Cronos comiendo a sus hijos, si solo aplican tratamiento les desresponsabilizan y omiten un exorcismo necesario, si admiten total libertad aceptan la descomposición de la sociedad (Olievenstein, p. 4).

En mi opinión, por el camino del término medio — inspirado en la tradición humanista, base de nuestra cultura (Jescheck, p. 434) — debe avanzar la respuesta *hoy*, procurando con eficacia acercarnos *mañana*, lo antes posible, a la total liberalización (abolición) del Derecho penal.

G. Dimensión económica de la droga

Dadas las implicaciones de muchos Gobiernos en el tráfico de drogas, dada la fuerza económica incommensurable del narcotráfico que amenaza la estabilidad económico-política de los Gobiernos, parece lógico que sus instituciones adopten posturas y criterios cargados de parcialidad y subjetivismo. Por la parte opuesta algunos teóricos de tendencias críticas desarrollan amplios argumentos contra esas concepciones y normas gubernamentales. Demuestran que el problema de la droga no es tan sencillo como se presenta desde el poder. No gira solo ni principalmente alrededor de la cuestión médico sanitaria o de la delincuencia. La dimensión económica (socio-política) supera, en cierto sentido, a la sanitaria y/o la delictiva. Muchos planes “nacionales” y europeos no tienen suficientemente en cuenta la pluridimensionalidad del problema.

En el Parlamento Europeo (reuniones de los días 27 y 28 de febrero de 1986), el Dr. Di Genaro, Director General de los Fondos de las Naciones Unidas para el control de los narcóticos (UNFDAC), informó que el tráfico de drogas en el mundo supone anualmente trescientos mil millones de dólares, que en el desierto de California están abandonados dos mil aviones después de haber sido utilizados para el transporte de estupefacientes desde América Latina, que movimientos revolucionarios y terroristas (como Sendero Luminoso, M19, etc.) son financiados con fondos de este tráfico. (Las

Naciones Unidas en 1983 dedicaron cinco millones y en 1987 cuatrocientos millones de dólares a la cuestión de la droga.)

A pesar de todo — o por eso mismo — las autoridades y la sociedad en general adoptan una deficiente toma de conciencia de la gravedad y de la solución real del problema. Basta recordar a este respecto algunas cifras: los últimos once años la contribución voluntaria de los países de la CEE a los fondos de las Naciones Unidas no ha llegado a los 75 millones de dólares, cifra que si se compara con los 300 mil millones del tráfico resulta bastante elocuente. El país más generoso, Italia, ha contribuido con 52 millones. En cambio, los Países Bajos se han abstenido de contribuir, mientras otros sólo lo han hecho simbólicamente: Gran Bretaña 7 millones; Francia 17 millones; Bélgica 270.000 dólares; Luxemburgo mil dólares (Parl. Eur. Not. 7-10-1986, p. 2). El opio y la heroína del “triángulo dorado” (Birmania, Tailandia y Laos) pueden desaparecer cuando la economía mundial costee la introducción allí de cultivos sustitutivos. Ese día — mejor dicho, a partir de ese día — el “príncipe de las oscuridad”, Khun Sa, licenciará a los 6.000 soldados de su ejército.

Con sobrados motivos el Ministro español de Sanidad y Consumo, Julián García Vargas, ha denunciado y criticado públicamente, en la 1.ª Conferencia Internacional sobre el “Uso indebido y el tráfico ilícito de Drogas”, celebrada en Viena, del 17 al 26 de junio de 1987, el apoyo del sistema bancario internacional al narcotráfico, y ha pedido que se armonicen las legislaciones internacionales, se endurezcan las penas de los traficantes, se confisquen sus bienes y se posibilite la extradición mediante convenios internacionales.

Anteriormente (enero de 1987) los Ministros europeos reunidos en Londres formularon los objetivos que el Grupo Pompidou debe alcanzar durante los dos años próximos y los agruparon en once propuestas. La primera de ellas se refiere al tema económico y pide que se tomen “Medidas prácticas para la mejora efectiva de la legislación sobre la confiscación de bienes procedentes del tráfico de drogas”. Siguiendo este programa, el Consejo de Ministros del Gobierno Español, el 3 de julio de este año 1987, aprobó un Proyecto de Ley, que permita investigar los bienes de los supuestos traficantes de drogas.

H. *Aportación desde Euskadi: Arte y mística*

Conocida la inseguridad-inmadurez actual de nuestro campus universitario y la crisis criminológico-judicial, parece natural que acojamos con gratitud las autorizadas lecciones del Consejo de Europa en el terreno de las drogas. Con satisfacción hemos leído que el Grupo Pompidou invita a algunas de sus reuniones a un representante del Vaticano. Pero echamos de menos las aportaciones de éste. También echamos de menos que el Consejo de Europa y otras instituciones similares no se refieran más expresamente a la incidencia del arte en la enigmática “subcultura” de los adictos a las

drogas y a las sustancias psicotrópicas. Indirectamente se trata de el arte cuando se habla de la educación y en la Recomendación 963 (1983) relativa a los medios culturales y educativos para reducir la violencia.

Una obra de arte puede contribuir más y mejor que mil frases en los trabajos pedagógicos de concienciación, etc., hacia la solución de nuestros problemas. Así viene a reconocerlo la Conferencia Internacional de las Naciones Unidas sobre el Uso Indebido y el Tráfico de Drogas, celebrado en Viena del 17 al 26 de junio de este año 1987, en su "Background Information" (28 abril 1987). Dice textualmente que muchos importantes artistas de nuestro tiempo han contribuido con sus obras a promover elocuentes mensajes para el progreso de toda la humanidad. A continuación explica ampliamente el poster que para esta Conferencia Internacional ha pintado, en varios colores, el artista árabe Mohamed Semi Burhan con la frase "sí a la vida... no a la droga", en seis idiomas.

Comprendemos el peligro de sacralización en estos temas. En esta línea, el 15 de enero de 1987 los Profesores F. Bruno y P. Ferranti en la reunión científica de la "Commission of the European Communities Directorate-generale Employment. Social affairs and Education (Health and Safety Directorate)", celebrada en Luxemburgo, 14-16 enero 1987, sobre el tema "Abuso de la cocaína, bases clínicas y programas de tratamiento farmacológico", en las conclusiones de su informe escriben: "Es posible que problemas éticos y filosófico-religiosos de no fácil solución hayan contribuido a inhibir todo intento serio de investigación respecto a la capacidad hedonística del hombre". (E'possibile che problemi etici e filosofico-religioso di non facile soluzione abbiano concorso ad inibire ogni serio proccio di ricerca nei riguardi delle capacità edoniche dell'uomo). Opinamos que la preparación y la realización de la anteriormente citada Primera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el uso indebido y el tráfico ilícito de drogas ha prestado menos atención de lo debido al arte y a la religión. Sólo conozco (quizás por escasez de información personal) referencias parciales e indirectas en el Documento de antecedentes, n.º 5, enero 1987, al tratar de las "Actividades para las horas libres: concebir e iniciar actividades para que, como alternativas positivas de las drogas, las realicen los grupos propensos a incurrir en el uso indebido de drogas; preparar programas que promuevan estilos de vida saludables y libres de drogas; y hacer participar a todos los segmentos de la comunidad (gubernamentales y no-gubernamentales) en la integración plena de esas actividades dentro del ambiente cultural... participación activa de organizaciones no-gubernamentales... *social counselling*"... Más directamente el Documento de antecedentes (n.º 4) se refiere a la concienciación de la comunidad, educación preventiva y actividades de protección a nivel de la familia, la escuela, las *instituciones religiosas* y los organismos encargados de hacer cumplir la ley. En este Grupo de Trabajo se reconoció la necesidad de crear una visión y un enfoque amplios de la prevención como solución prioritaria para combatir el uso indebido de drogas. Se destacaron la importancia de que las personas estén dentro de la sociedad

y la necesidad de reestablecer la *dimensión espiritual* y la *importancia de los valores*. Los gobiernos, las instituciones y las organizaciones deben considerar la familia y reforzar el núcleo familiar, como recurso natural esencial en materia de prevención. Como ha manifestado Régine (Viena 17 de junio 1987): "El problema radica en la capacidad de nuestra sociedad para desarrollar los valores en los que la juventud pueda creer y a los cuales desea adherirse".

En estos dos aspectos, religión y arte, los vascos podemos brindar al Consejo de Europa y quizás a todos los países algo — no mucho — que contribuya a abrir nuevos horizontes de mejor calidad de vida con menor abuso y tráfico de droga. Fuera de nuestras fronteras se conoce y se aprecia de manera peculiar a los artistas y a los místicos vascos. A través de ellos nos permitimos ofrecer unas nuevas personales respuestas al holocausto de la adicción.

Dada la escasez de tiempo, me limito ahora a insinuar telegráficamente parte del mensaje artístico vinculado a través de algunos e nuestros artistas que han ornamentado publicaciones del Instituto Vasco de Criminología. Recientemente Jorge Oteiza, en la portada del libro *La Droga en la Sociedad Actual e Nuevos Horizontes en Criminología*, coloca un pie-base abajo, en la parte inferior, y lo separa del alabastro resplandeciente, colocado arriba, como la estructura espiritual alucinada, transparente, que la enfermedad separa de su atadura racional, cuando en el enfermo se destruye el abrazo sagrado indivisible del alma con su terrenal soporte. Eduardo Chillida envuelve el libro *Ciencia Penal y Criminología*, con su impar fuerza y ternura, con un abrazo al delincuente y un grito contra la injusticia; quien sienta en sus venas el buitres de la heroína comprenderá y acogerá ambos símbolos. En varias páginas del volumen *Estudios Vascos de Criminología*, Néstor Basterrechea muestra que cuando se habla a través de la propia victimación, cuando un exdrogadicto dialoga con otro "colega" brota la escucha y la sintonía que facilita la repersonalización.

Andrés Nagel, en las portadas de *Presondegiak*, *Gazteen Gaizkintza*, *Drogak* y de *Cuestiones penales y criminológicas*, desnuda al hombre caído en la soledad adictiva, al hombre expuesto a la intemperie, sin conseguir descifrar el cajón del enigma, del misterio, que lleva en sus manos. Entre los apretados armónicos pétalos de su *Eguzkilore*, Rafael Ruiz Balerdi ha logrado recoger toda la energía del sol para protegernos contra la epidemia y la brujería del hachís, de la coca, del alcohol, del crack, etc. Contra la profunda carencia de las cosas más precisas que padece la juventud, como afirmó Régine, Presidenta de la SOS Droge Internacional, Viena, 17 junio 1987: "Drug is'nt the cause, but the result of a deep discomfort (malaise) that affects more and more important part of the youth all over the world".

A las reuniones del Grupo Pompidou suele asistir, casi desde sus comienzos, un representante del Vaticano por múltiples motivos. Si lá res-

puesta al problema social, y por lo tanto espiritual, de la droga ha de ser global, lógicamente ha de tomarse en consideración también la dimensión espiritual. En este sector el pueblo vasco ha tenido y tiene algo peculiar que comunicar a otros pueblos, como ellos nos lo reconocen con frecuencia. Sin mérito ninguno nuestro, a pesar de nuestra culpabilidad y finitud, aquí, ayer y hoy, personas místicas como Ignacio de Loyola, Francisco Javier, Angeles Sorazu, nos adoctrinan con su silencio sonoro, con su vida escondida, con su vacío ("Los apóstoles" de Aránzazu), con sus lágrimas, con sus éxtasis y visiones, con su caridad ilimitada. Nos comunican con fuerza imponente un sentido de la vida y de la muerte, un encuentro con el misterio, un traspasar el horizonte... que, si sabemos ponerlo más al alcance de todos, habremos quitado el suelo donde se apoyan los pies del drogadicto y del traficante, y habremos colocado en sus manos un báculo con que ayudarse para andar y un piolet que clavar en las cumbres para ascender. Ojalá atinemos en la necesaria desacralización de la idolátrica sociedad y de su justicia, y ojalá atinemos en la resacralización "espiritual", aconfesional, ecuménica, de esa sociedad y esa justicia. Habremos colocado piedras sillares en la casa donde debemos vivir, trabajar, descansar, dormir, soñar, comer y beber fraternal y gozosamente todos.

BIBLIOGRAFIA

- ARROYO ZAPATERO, L.: (1984), "Aspectos penales del tráfico de drogas". en *Poder Judicial* nº 11, pp. 21 y ss.
- BASSIOUNI, M. C.: (1983), *Derecho Penal Internacional*, ed. Tecnos. Madrid.
- BERISTAIN, A.: (1987), *Presondegiak, Gazteen gaizkintza, Drogak*, ed. Mensajero, Bilbao.
- IDEM: (1986), *La Droga. Aspectos Penales y Criminológicos*, ed. Temis, Bogotá.
- CONSEIL DE L'EUROPE: Comité européen pour les problèmes criminels, *Alcool et Délinquance*. Strasbourg, 1984.
- CONSEIL DE L'EUROPE: Les associations: soutien ou déficit pour la démocratie parlementaire? 18-19 noviembre, 1986.
- COUNCIL OF EUROPE: P-PG (84) 3 rév. 4, resumen de las actividades del Grupo Pompidou y su incorporación en el seno del Consejo de Europa.
- CUESTA ARZAMENDI, J. L. de la: (1987), "El control del toxicómano", en *Las Drogas: Reflexión Multidisciplinar. Cuadernos de Extensión Universitaria*, 15, ed. Universidad del País Vasco, Bilbao, pp. 21 ss.
- CHRISTIE, N.: (1987), "Drugs in Dry Societies", en *Scandinavian Studies in Criminology. Drugs and Drug Control*, Oslo, pp. 4 ss.
- ELCID, D.: (1986), *Angeles Sorazu. Una Maravillosa Experiencia de Dios*. ed. Bac, Madrid.

- HURTADO POZO, J.: (1985), "Terrorismo y tráfico de drogas", en *La Droga en la Sociedad Actual y Nuevos Horizontes en Criminología*, C.A.P. San Sebastián, pp. 169 ss.
- JESCHECK, H-H.: (1985), "Rechtsvergleichende Bemerkungen zur Neugestaltung des Mindestprogramms der Défense Sociale", en *Festschrift für GÜNTER BLAU zum 70. Geburtstag am 18. Dezember 1985*, ed. Walter de Gruyter, Berlin, pp. 425 ss.
- LORENZO SALGADO, J. M.: (1983), *Las Drogas en el Ordenamiento Penal Español*, ed. Bosch. Barcelona. 2ª ed.
- MORIN, E.: (1987), *La Methode. La Connaissance de la Connaissance*, Ed. Seuil, Paris.
- OLIEVENSTEIN, C.: (1986), *Toxicomanie et Ethique*, UNESCO, Paris, 26-2-1986.
- OLMO, R. del: (1986), "Drugs in Latin America and the World Crisis. — Initial Considerations —", en *Gedachtntsschrift für HILDE KAUFMANN*, ed. Walter de Gruyter, Berlin, pp. 309 ss.
- OTTENHOF, R.: (1980), "Evaluation critique des activités du C.D.P.C. au cours des années 1975-1980", en *Conference de Politique Criminelle*, Estrasburgo, 20-22, octubre 1980, pp. 13 ss.
- PARLAMENTO EUROPEO: *Noticias de la Sesión*, Estrasburgo, 7-10-1986.
- PARLAMENTO EUROPEO: *Commission d'Enquete sur la Drogue dans les Pays de la Communauté*, Luxemburgo, 22 septiembre 1986.
- RÉGIME: (1987), *La Drogue-Parlons-en*, Ed. M. Lafon, Paris (en prensa).
- REY HUIDOBRO, L. F.: (1987), *El Delito de Tráfico de Estupefacientes. Su Inserción en el Ordenamiento Español*, ed. Bosch, Barcelona.
- ROSAL BLASCO B. del: (1985), "El tratamiento de los toxicómanos en las Instituciones penitenciarias", en *Cuadernos de Política Criminal*, 25, pp. 5 ss.
- UNITED NATIONS SOCIAL DEFENCE RESEARCH INSTITUTE: *Combating Drug Abuse and Related Crime*, Roma, julio 1984.
- UNITED NATIONS INTERNATIONAL CONFERENCE ON DRUG ABUSE AND ILLICIT TRAFFICKING: Backgrounder N° 8, *Draft Comprehensive Multidisciplinary Outline of Future Activities in Drug Abuse Control*, Viena, abril 1987.
- IDEM: *Drug Abuse in the Context of Development: Prevention, Treatment and Rehabilitation. An Action-Oriented Document*, Roma, mayo, 1987.
- IDEM: *International Survey on Drug-related Penal Measures. An Action-Oriented Document*, Roma, mayo 1987.
- VARIOS: (1986), *La Problemática de la Droga en España (Análisis y propuestas político-criminales)*, Edersa, Madrid.
- VARIOS: (1987), *Problemática Jurídica y Psicosocial de las Drogas*, ed. Generalitat, Valencia.
- VARIOS: (1985), *Comentarios a la Legislación Penal. La Reforma del C.p., de 1983*, tomo V, vol. 2º, ed. Edersa, Madrid.

O controle de constitucionalidade na França

PAULO RODRIGUES VIEIRA

Advogado, Professor e Jornalista, Mestre em Direito Constitucional e Doutorando em Direito Público Interno, ambos pela Université de Paris II

SUMÁRIO

I — Introdução. II — As modalidades do controle antes de 1958. III — Depois de 1958: o Conselho Constitucional. A — A Organização. B — As Competências. C — O Procedimento. D — As Decisões. IV — Conclusão. V — Bibliografia.

I — Introdução

A França, que foi um dos primeiros países do mundo a se dotar de uma Constituição escrita (1791), ignorou durante muitos anos e depois admitiu, por muito tempo de modo bastante limitado, o controle da constitucionalidade das leis. Esta contradição se explica por razões históricas e políticas.

Na época revolucionária (final do século XVIII), os meios políticos e o conjunto da opinião pública mostravam uma viva desconfiança acerca

do Poder Judiciário. De fato, os tribunais do "Antigo Regime" (1), que eram chamados de "parlamentos", tinham freqüentemente tentado se opor às reformas empreendidas pelo poder real: quando os decretos do rei lhes pareciam inoportunos, eles se recusavam a registrá-los, alegando que eram contrários às leis fundamentais do reino, mas também talvez porque os decretos contrariavam a ordem social à qual os magistrados eram ligados; é sobretudo por isso que as reformas tendentes a suprimir os privilégios das corporações se esbarram na resistência do Parlamento de Paris (2).

Em reação a essa posição dos parlamentos, as Assembléias Constituintes sucessivas, da época revolucionária, procuraram se prevenir contra toda tentativa do Poder Judiciário de se opor à vontade do legislador. A Lei de 16-24 de agosto de 1790, notadamente, dispõe que "os tribunais não poderão tomar, direta ou indiretamente, parte no exercício do Poder Legislativo, nem impedir ou suspender a execução dos decretos do corpo legislativo, sancionados pelo rei, sob pena de prevaricação".

E interessante é observar que, decorridos dois séculos, esse texto se encontra ainda em vigor.

Além disso, os constituintes da época, impregnados das idéias de Rousseau, tinham uma concepção mística da lei, que traduzia, aos seus olhos, a vontade da nação soberana encarnada nos seus representantes eleitos, sendo que ninguém poderia atentar contra a mesma. Entretanto, reconhecia-se à Constituição um valor superior ao da lei ordinária — essa superioridade se manifestando principalmente pela necessidade de recorrer a procedimentos especiais para se proceder à revisão do texto (princípio da rigidez constitucional). Mas para assegurar o respeito da Constituição, nenhum procedimento tinha sido previsto. Os autores da Constituição de 1791, por exemplo, limitaram-se a colocá-la sob a guarda e fidelidade dos corpos constituídos (Poder Legislativo) e à vigilância dos cidadãos.

Nesse contexto, era politicamente impossível aos tribunais reconhecerem espontaneamente o poder de apreciar a constitucionalidade das leis. Diferentemente do que ocorreu nos Estados Unidos (3), o controle de cons-

(1) Antigo Regime é a denominação do conjunto de instituições e normas existentes na França antes da Revolução de 1789.

(2) Esses "parlamentos", que eram tribunais ou cortes soberanas de justiça durante o Antigo Regime, eram em número de cinco, sendo um deles o de Paris, que também era, sem dúvida, o mais importante.

(3) Nos Estados Unidos, a sua Constituição não previa o controle jurisdicional de constitucionalidade, que foi introduzido na prática graças ao célebre caso *Marbury contra Madison*, em 1803, decidido pela Corte Suprema, afirmando o princípio desse controle exercido pelo Judiciário.

titucionalidade pôde se estabelecer na França apenas quando ele foi expressamente previsto e regulamentado pela Constituição.

No que concerne aos atos administrativos, o poder dos tribunais, na época revolucionária, era tão limitado quanto em matéria legislativa: nos termos da lei citada, de 16-24 de agosto de 1790, "os juízes não poderão perturbar de modo algum as operações dos corpos administrativos". Mas essa desconfiança em relação aos tribunais desapareceria a partir do momento em que jurisdições especiais foram instituídas para conhecer dos litígios concernentes aos atos assumidos pela administração, e assim o Conselho de Estado ⁽⁴⁾ pôde julgar que os princípios gerais do direito, resultando principalmente do preâmbulo da Constituição, se impõem a toda autoridade administrativa, inclusive o Presidente da República e os membros do governo ⁽⁵⁾.

Esse controle dos atos administrativos já tinha sido conquistado durante a IV República ⁽⁶⁾. Mas para que fosse instituído o controle da constitucionalidade das leis, foi necessário esperar a V República, com a Constituição de 1958, que introduziu uma inovação capital.

II — As modalidades do controle antes de 1958

Da Revolução ao final da IV República, a França conheceu doze regimes constitucionais diferentes. Mas em todos esses regimes o controle

(4) O Conselho de Estado é a jurisdição suprema da França na ordem administrativa, existente desde a Constituição do ano VIII (1799-1800), situando-se acima dos Tribunais Administrativos, criados em 1953 e das Cortes Administrativas de Apelação, criadas em 1988. Seu papel consiste também em formular pareceres sobre alguns projetos de lei e de decretos do governo que lhe são submetidos, sendo alguns obrigatórios e outros facultativos. Ele é um órgão ligado ao Poder Executivo, assim como todos os órgãos ligados à Justiça Administrativa.

(5) É preciso ter em mente que o sistema de governo francês é parlamentarista, sendo membros do governo tão-somente o Primeiro-Ministro e os demais ministros (pode-se acrescentar aí também os chamados Secretários de Estado, que se ocupam de funções mais específicas que os Ministros). Sobre o sistema de governo, é sabido que se trata de um parlamentarismo "à la française", pois, sendo o Presidente da República eleito pelo sufrágio universal direto, ele acaba tendo mais influência que qualquer um dos outros chefes de Estado dos outros países que conhecem também um sistema parlamentarista (Austria, Islândia, Portugal, Irlanda e Finlândia, que são parlamentaristas e elegem também diretamente seus Presidentes).

(6) A IV República foi fundada após a II Guerra Mundial, com a promulgação da Constituição de 1946 (contra a qual lutou o General De Gaulle, e a sua aprovação, depois de dois referendos, levou à demissão do General, que era chefe do governo provisório). Seu término deu-se em maio de 1958, com o retorno de De Gaulle ao governo, sendo que a nova Constituição seria promulgada no dia 4 de outubro do mesmo ano, dando início definitivo à V República.

de constitucionalidade das leis era, ou totalmente inexistente, ou puramente simbólico: alguns textos tinham previsto e organizado um sistema de controle, mas tratava-se apenas de uma falsa aparência.

Sob o período Consular ⁽⁷⁾ e o Império ⁽⁸⁾, existia um órgão de controle, o Senado, que tinha por missão manter ou anular os atos que lhe eram submetidos como inconstitucionais pelo Tribunado ⁽⁹⁾ ou pelo Governo. Mas, de um lado, o Senado não tinha a menor independência em relação ao imperador e, de outro, o Tribunado e o Governo estavam igualmente submetidos à devoção do imperador, de sorte que o sistema de controle nunca funcionou, o Senado foi obrigado a esperar prudentemente a queda de Napoleão para denunciar em bloco todos os atos inconstitucionais que o imperador havia cometido durante todo o seu reino.

Sob o Segundo Império ⁽¹⁰⁾, de acordo com a Constituição de 1852, foi instituído um Senado dotado de atribuições quase idênticas, com a diferença de que ele podia ser acionado não somente pelos poderes do Estado, mas também por petições emanadas dos cidadãos. No entanto, esse Senado foi também submisso, não tendo representado papel mais importante que seu predecessor.

As leis constitucionais de 1875, que fundaram a III República, não previram qualquer controle de constitucionalidade.

Com a IV República, instituída pela Constituição de 27 de outubro de 1946, um novo sistema foi implantado, com a criação de um órgão

(7) O Consulado foi um governo imposto à França por Napoleão Bonaparte, através da Constituição do Ano VIII, após o golpe de Estado do 18 Brumário. Esse período Consular durou de 9 de novembro de 1799 a 18 de maio de 1804. O Poder Executivo foi confiado a 3 cônsules, nomeados por 10 anos; Cambacerès, Lebrun e Bonaparte, que era quem detinha o poder na realidade. O Senado decidiu em 1802 dar a Bonaparte (por sugestão dele naturalmente!) o consulado perpétuo, sendo que em 1804 Napoleão substituiu o Consulado pelo Império.

(8) A denominação de Império é dada ao período de Napoleão I, que reinou a França com esse título de 1804 a 1814 (tendo ainda retornado ao poder por cem dias em 1815). Depois do Primeiro Império, retornou a Monarquia, com Luís XVIII, já não mais absoluta, mas limitada, que permaneceu até a Revolução de 1848, tendo sofrido ainda uma mudança em seu curso com a Revolução de 1830, que introduziu a monarquia parlamentarista, dita Orlleanista.

(9) O Tribunado era uma Assembléa deliberativa, do tipo Câmara dos Deputados, criado pela Constituição do Ano VIII e suprimido em 1807.

(10) O Segundo Império foi instaurado por Carlos Luís Napoleão Bonaparte, em 1852, sob a denominação de Napoleão III, ele que já era Presidente da República (II República — 1848-1852), eleito em 1848. Aliás, essa é a razão pela qual a França tem dificuldade em fazer um retorno ao sistema presidencialista de governo. O Segundo Império teve fim em 1870, após a derrota da França contra a Alemanha. Nem a monarquia (por falta de entendimento entre os dois sucessores), nem o império conseguiram voltar ao poder e cederam lugar definitivamente à República, que seria agora a III, instalando-se em 1875.

de controle, chamado Comitê Constitucional: essa criação representava uma concessão feita pelos socialistas e os comunistas, que, por princípio, repeliam toda idéia de "governo de juizes" à americana ⁽¹¹⁾, aos elementos mais moderados da Assembléia Constituinte de 46, que eram os republicanos populares.

Como demonstra sua própria denominação, esse Comitê não era uma verdadeira jurisdição constitucional; era mais um órgão de conciliação entre as duas Casas do Legislativo ⁽¹²⁾. Presidido pelo Presidente da República, dele participavam ainda os presidentes das duas Casas, sete membros eleitos pela Assembléia Nacional, com representação proporcional dos grupos e escolhidos de fora do Parlamento e três membros do Conselho da República, nas mesmas condições. Sua composição era puramente política, pois todos os seus membros eram designados por autoridades políticas e nenhuma qualificação jurídica era exigida pelos textos.

A intervenção do Comitê era prevista apenas em caso de desacordo entre as duas Casas, isto é, na hipótese de uma lei ser adotada pela Assembléia Nacional, apesar da oposição do Conselho da República. No prazo de promulgação da lei, o Comitê podia ser acionado por um pedido formulado conjuntamente pelo Presidente da República e pelo presidente do Conselho da República, devendo o Conselho decidir por maioria absoluta de seus membros, conforme rezava o art. 92 daquela Constituição ⁽¹³⁾.

A missão do Comitê era examinar a lei e tentar provocar um acordo entre as Casas. Se ele não conseguisse êxito, devia, em cinco dias, a partir

(11) Essa expressão de "governo de juizes" significa que a Corte Suprema dos Estados Unidos se comportava, no período de 1880 a 1937, como uma espécie de superpoder que, sob a justificativa de interpretar a Constituição, bloqueava as iniciativas sociais das autoridades emanadas do sufrágio universal popular, e impunha um *statu quo* favorável aos interesses econômicos e às grandes empresas. O apogeu desse conflito entre a Corte Suprema e o poder político foi entre 1932 e 1936, sob o governo de Franklin Roosevelt, que pressionou a Corte Suprema no sentido de rever o seu papel; essa começou a recuar mediante as ameaças do Presidente e, após a II Grande Guerra, a Corte reorientou totalmente a sua jurisprudência.

(12) As duas Casas do Legislativo da época eram a Assembléia Nacional (denominação dada pelas Constituições de 1946 e 1958, sendo que antes seu nome era Câmara dos Deputados) e o Conselho da República (denominação que o Senado ganhou sob a IV República, sendo que seus membros continuaram sendo denominados senadores). Sob a V República, a Assembléia Nacional conta com 577 deputados sendo eleitos pelo sufrágio universal direto, com mandato de 5 anos (salvo dissolução da Assembléia) e o Senado, conforme voltou a ser denominado, com menos poderes que a Assembléia, tem 295 senadores, eleitos pelo sufrágio universal indireto (por um colégio eleitoral) para um mandato de nove anos, reelegível, sendo que um terço dos membros são renováveis de 3 em 3 anos.

(13) Esse artigo 92 fazia parte do título XI, que regulava a revisão da Constituição, cujo procedimento era complexo, cuja obediência foi duvidosa no momento em que a Constituição de 1958 foi posta em vigor.

do momento em que foi acionado (prazo que era reduzido para dois dias em caso de urgência), decidir se a lei votada pela Assembléia Nacional supunha uma revisão da Constituição. Em caso afirmativo: o texto era devolvido à Assembléia para novo exame; se ela mantivesse seu primeiro voto, a lei não podia ser promulgada sem uma revisão constitucional preliminar. Se, ao contrário, o Comitê houvesse estimado que a lei era conforme a Constituição ou que não era contrária a ela, poderia ser promulgada dentro dos prazos normais. Mas, em qualquer caso, a conformidade da lei não podia ser apreciada em relação às disposições do preâmbulo da Constituição, o que restringia ainda mais o alcance do controle e os poderes do Comitê.

Assim sendo, durante toda a duração da IV República, o Comitê foi acionado uma só vez, em 1948, sobre uma questão de importância secundária: ele conseguiu conciliar os pontos de vista das duas Casas e assim nunca precisou pronunciar-se sobre o problema da conformidade de uma lei à Constituição.

III — *Depois de 1958: o Conselho Constitucional*

A V República marca uma data importante na evolução do sistema: de fato, ela instituiu pela primeira vez um mecanismo relativamente eficaz de controle da constitucionalidade das leis. O alcance desse controle foi estendido em 1974, através de uma reforma constitucional; mas esse mecanismo permanece ainda limitado em comparação com países como os Estados Unidos, a Itália, a Alemanha Federal, a Espanha ou o Brasil.

A — *A organização*

O órgão de controle é denominado Conselho Constitucional. Ele compreende duas categorias de membros: os membros nomeados e os membros de direito.

a) Os primeiros, em número de nove, são designados: três pelo Presidente da República, três pelo presidente da Assembléia Nacional e três pelo presidente do Senado. O mandato é de nove anos, não renovável; as nomeações são feitas todos os três anos, sendo que cada um dos nomeados indica um nome de cada vez. Nenhuma condição de competência é exigida para a designação, o que dá ao Conselho Constitucional um caráter político análogo ao do Comitê da IV República e que o singulariza em relação às jurisdições constitucionais dos outros países, embora isso não

desvalorize efetivamente o peso e importância do Conselho, pois a maior parte dos membros nomeados possui qualificativos jurídicos respeitáveis (14).

b) A segunda categoria de membros é constituída pelos antigos Presidentes da República, que são membros de direito vitalícios do Conselho (15).

O presidente do Conselho Constitucional é escolhido pelo Presidente da República, entre os seus membros; sendo que ele tem direito a voto decisivo (voto de Minerva) em caso de empate.

As funções de membro do Conselho são incompatíveis com a qualidade de membro do Parlamento ou do Governo, assim como com todo cargo de responsabilidade no seio de um partido ou grupo político. A eleição para o Parlamento de um membro do Conselho impede o exercício do cargo no Conselho, mesmo que se trate de um membro de direito (como é o citado caso do ex-Presidente Giscard d'Estaing). Contudo, não há incompatibilidade com o exercício de uma profissão e nem mesmo de um mandato eletivo local (16).

Durante o período do mandato do Conselheiro, ele é inamovível, perdendo o cargo apenas em caso de incompatibilidade ou de perda dos direitos civis e políticos; esta inamovibilidade lhe confere grandes garantias de independência.

(14) Não se deve exagerar a importância do fato de não haver requisitos específicos a serem preenchidos para a nomeação dos membros do Conselho, pois, na verdade, a grande maioria dos até aqui nomeados são sempre professores de Direito e juristas dos mais renomados, inclusive um deles, R. Lecourt, nomeado em 1979/1980, era doutor em Direito e Presidente da Corte de Justiça Européia.

(15) Até o presente momento, apenas dois ex-Presidentes da República, ambos da IV República, ocuparam as cadeiras do Conselho, sendo eles René Coty e Vincent Auriol. De Gaulle, quando renunciou à Presidência da República em 1969, não aceitou o cargo (e faleceu um ano depois); em seguida, Georges Pompidou faleceu na Presidência, em 1974; Valéry Giscard d'Estaing, em 1981, também não aceitou o cargo, preferindo voltar a ser deputado e, embora isso não esteja regulamentado, ele poderá assumir quando o desejar; e, finalmente, François Mitterand, que ainda tem mais 6 anos para concluir seu segundo mandato presidencial e que, ao término de seu mandato, dificilmente aceitará tal direito, seja por se tratar de um cargo inferior, seja em razão, sobretudo, de sua idade avançada.

(16) Na França, um deputado ou senador pode ser, ao mesmo tempo, prefeito ou Presidente do Conselho Regional (espécie de governador), ou membro desse Conselho (espécie de deputado estadual), ou mesmo deputado do Parlamento Europeu, ou ainda, simples membro de um Conselho Municipal (vereador). A França conta com 35.000 municípios, 96 departamentos e 22 regiões (não se pode esquecer que a França é um país unitário, mas que tem feito várias tentativas de descentralização). Antes da lei de 1985, era comum se verem políticos que acumulavam 3 ou 4 mandatos simultaneamente. A tendência desse acúmulo de mandatos é desaparecer, mesmo porque a lei de 1985 já limitou em, no máximo, dois cargos, sendo alguns incompatíveis entre si. É preciso ainda dizer que todos esses cargos permitem a reeleição indefinidamente. É preciso ainda dizer que o prefeito é nomeado indiretamente, para um mandato de seis anos, pelos membros do Conselho (vereadores).

As atribuições do Conselho não se limitam apenas ao controle da constitucionalidade, sendo numerosas e variadas. Pertence a ele a tarefa de zelar pela regularidade das votações de *referendum*, assim como das eleições presidenciais e parlamentares. Ele é também convidado a dar conselhos ao Presidente da República sobre a entrada em vigor do artigo 16 da Constituição, relativo aos poderes de crise e sobre as medidas decididas em aplicação desse artigo⁽¹⁷⁾. Controla igualmente a constitucionalidade dos regulamentos internos das Assembléias parlamentares e pode ainda ser chamado para constatar a vacância do cargo de Presidente da República ou o impedimento do seu titular.

Apesar da importância dessas outras atribuições, cuidaremos apenas do que concerne ao controle da constitucionalidade, objeto exclusivo de nosso presente estudo, mesmo porque é a mais significativa de suas missões.

Os casos em que pode intervir estão previstos na Constituição. Essa intervenção às vezes é obrigatória, às vezes é facultativa.

Em virtude do artigo 61, alínea 1, da Constituição, o Conselho é obrigatoriamente acionado sobre as leis orgânicas, sendo que todas elas devem ser submetidas à apreciação dele antes de serem promulgadas; essas leis, que são adotadas de acordo com um procedimento mais restrito que o das leis ordinárias, embora menos que o procedimento para uma revisão constitucional, dizem respeito à organização ou ao funcionamento dos poderes instituídos pela Constituição.

É assim que no texto de uma lei orgânica relativa ao estatuto da magistratura, o Conselho declarou não conformes à Constituição disposições que feriam o princípio constitucional da inamovibilidade dos magistrados titulares (decisões de 9 de julho de 1974 e de 24 de outubro de 1980).

Por outro lado, no que compete às leis ordinárias, a intervenção do Conselho é apenas facultativa, dependendo de ser acionado. Duas hipóteses principais devem ser distinguidas:

a) A primeira concerne à separação dos domínios legislativo e regulamentar, de acordo com os artigos 34 e 37 da Constituição⁽¹⁸⁾. A esse título, o Conselho intervém *a priori*, isto é, antes da promulgação da lei,

(17) O artigo 16 da Constituição Francesa, antidemocrático, que dá poderes ao Presidente da República para instituir uma espécie de estado de sítio, foi utilizado apenas uma vez, por ocasião da guerra da Argélia, inaugurado em 23 de abril de 1961 (é o AI 5 francês).

(18) O artigo 34 da Constituição define as matérias que são da competência da iniciativa do legislador; o artigo 37 diz que todas as demais matérias são de iniciativa do governo, legislando (ou regulamentando) através de regulamentos.

ou *a posteriori*, isto é, após a entrada em vigor da lei. Assim sendo, o Conselho intervém *a priori* no caso previsto pelo artigo 41 da Constituição: se no decorrer do processo legislativo em qualquer das duas Casas, deixa entender que um projeto de lei ou emenda não entra no domínio reservado ao Parlamento, o Governo pode se opor, através do “não recebimento”. Em caso de desacordo sobre este ponto entre o Governo e o presidente da Assembléia interessada, o Conselho Constitucional pode ser acionado seja por esse presidente, seja pelo Governo, e ele deve resolver a questão no prazo de oito dias.

O Conselho intervém *a posteriori* na hipótese visada no artigo 37, alínea 2: os textos legislativos promulgados após a entrada em vigor da Constituição de 1958 e que interferem no domínio reservado ao poder regulamentar, ou seja, do Governo, podem ser modificados por decretos, mas somente após constatação por parte do Conselho Constitucional, acionado pelo Primeiro-Ministro, de que efetivamente o texto versa matéria atinente ao domínio do Governo.

b) A segunda hipótese, prevista pelo artigo 61, alínea 2, é mais geral: cobre todos os casos de não conformidade de uma lei a qualquer disposição da Constituição.

Por Constituição, na França, deve-se entender não apenas os 92 artigos do texto, mas também seu preâmbulo, sendo que ele mesmo remete para a Declaração dos Direitos de 1789 e ao preâmbulo da Constituição de 1946. Além disso, é conveniente ainda notar que esse preâmbulo se refere aos “princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República”, isto é, as grandes leis que consagraram as liberdades essenciais, especialmente sob a III República (1875-1940). Assim, o “bloco de constitucionalidade” é concebido de maneira bastante ampla⁽¹⁹⁾.

Diferentemente da hipótese anterior, o controle de constitucionalidade pode ser feito apenas depois de votado e aprovado o texto nas duas Casas, antes, porém, de sua promulgação⁽²⁰⁾.

O texto original da Constituição de 58 previa que apenas o Presidente da República, o Primeiro-Ministro e os presidentes das duas Casas legislativas podiam acionar o Conselho. Nesse sistema, bastante limitado (é preciso ter sempre em mente que na França, diferentemente do Brasil e

(19) Essa expressão “bloco de constitucionalidade” foi lançada pelo jurista Georges Vedel, nos anos 60, estando perfeitamente consolidada. Vedel, professor de Direito Constitucional, ex-presidente da Université de Paris II, autor de várias obras, foi também membro do Conselho Constitucional, tendo encerrado seu mandato de 9 anos em fevereiro de 1989.

(20) Depois de votado, o texto é enviado ao Presidente da República para promulgação, tendo ele um prazo de 15 dias. Ele não tem direito de veto, podendo apenas acionar o Conselho Constitucional para examinar a constitucionalidade ou devolver ao Parlamento para ser submetido a nova votação.

Estados Unidos, ninguém pode invocar a inconstitucionalidade de uma lei diante do juiz e nem mesmo diante do Conselho Constitucional, como ocorre na Alemanha Federal e Itália — uma vez promulgada a lei, ela torna-se obrigatória e não mais pode ser colocada em dúvida, a não ser pelo próprio Parlamento, revogando-a ou votando lei nova), o controle de constitucionalidade raramente tinha ocasião de ser exercido⁽²¹⁾: de fato, as leis adotadas são quase sempre de origem governamental e, conseqüentemente, é muito pouco provável que o Primeiro-Ministro vá submeter ao Conselho um texto de sua própria iniciativa. A mesma observação vale para o presidente da Assembléia Nacional, que, até o presente momento, sempre pertenceu à maioria governamental. Quanto ao Presidente da República, mesmo se sua concordância não seja juridicamente necessária para a apresentação de um projeto de lei, embora seja também pouco provável que isso seja feito sem a sua concordância, sempre que ele pertencer à maioria parlamentar (isso só não foi possível no período da coabitação, de março de 86 a março de 88, quando, sendo o Presidente Mitterand de esquerda, eram o Governo e a maioria parlamentar da direita, o que permitia ao Primeiro-Ministro Jacques Chirac não depender da concordância do Presidente da República).

Assim sendo, o Conselho Constitucional se pronunciava raramente sobre a conformidade das leis à Constituição, exceto em matéria de delimitação dos domínios legislativos e regulamentar.

A partir de 1965, tanto dentro da maioria, quanto dentro da oposição, vozes se elevaram para propor uma ampliação das possibilidades de acionamento do Conselho: a concentração muito forte de poderes na mão do Executivo, que, depois de 1962, dispunha de uma maioria dócil na Assembléia Nacional⁽²²⁾, parecia exigir um contra-peso a favor da oposição. A reforma foi realizada, ao menos em parte, pela lei constitucional de 29 de outubro de 1974, sob a presidência Giscard d'Estaing.

Doravante, o Conselho pode ser igualmente acionado por um pedido oriundo de ao menos 60 deputados ou 60 senadores; esse pedido pode ser formulado por cartas coletivas ou individuais: sob pena de não recebimento, essas cartas devem todas visar as mesmas disposições do texto

(21) Sobre essa crítica do sistema de controle francês, estou elaborando um trabalho sobre a possibilidade de instauração na França do controle por via de exceção, *a posteriori*, a partir da análise das lacunas que o atual modelo permite. Sugiro algumas mudanças institucionais, no sentido de valorizar o próprio Judiciário, o qual na França, não se constitui num "poder", mas numa mera "autoridade". Esse trabalho deverá ser publicado e aparecer nas livrarias francesas no primeiro semestre de 1990.

(22) Como o Presidente da República, o Primeiro-Ministro, os presidentes da Assembléia Nacional e do Senado pertenciam sempre à mesma maioria parlamentar. É evidente que não havia confrontação ou contestação entre suas tomadas de posição, que são quase sempre orquestradas pelo Presidente da República — aliás, essa é uma das características mais marcantes da V República.

atacado, mas não se faz necessário que apresentem as mesmas razões e nem mesmo que sejam motivadas. O projeto governamental de reforma previa igualmente a possibilidade para o Conselho de se auto-acionar (de ofício) sobre as leis que lhe parecessem atentar contra as liberdades públicas, mas esta parte do texto foi rejeitada.

O Conselho deve decidir sobre a questão da constitucionalidade dentro de um prazo de um mês; este prazo pode ser reduzido para apenas oito dias se o Governo pedir urgência. O acionamento do Conselho tem efeito suspensivo, quanto ao prazo para a promulgação da lei.

Enfim, o Conselho intervém igualmente a título facultativo, numa terceira hipótese, mas não se trata mais aqui de controle de constitucionalidade das leis no seu sentido estrito.

Nos termos do art. 54 da Constituição, o Conselho pode ser acionado pelo Presidente da República, o Primeiro-Ministro ou o presidente de uma ou outra Assembléia sobre a questão de saber se um tratado comporta alguma cláusula contrária à Constituição. O Conselho deve ser acionado antes de ser votada a lei de ratificação do tratado: assim sendo, é o próprio texto do tratado que é examinado e não a lei autorizando a ratificação. Se o Conselho estima que o tratado comporta efetivamente uma cláusula contrária à Constituição, a autorização para ratificá-lo não pode ser dada antes que uma ratificação da Constituição seja feita. É conveniente notar que, se o uso do art. 54 não foi feito, a lei autorizando a ratificação do tratado poderá ser, como qualquer outra, submetida à apreciação do Conselho, em aplicação do art. 61, alínea 2.

C — O procedimento

O procedimento segundo o qual o Conselho Constitucional deve examinar as leis que lhe são submetidas não está definido de modo claro e preciso pelos textos: o artigo 19 da lei orgânica que o criou indica somente que “a apreciação da conformidade à Constituição é feita no relatório de um membro do Conselho”; o nome desse relator não é oficialmente divulgado.

As decisões não são precedidas de um procedimento contraditório análogo ao das jurisdições administrativa ou judiciária (a França, é preciso lembrar, possui duas ordens de jurisdição, uma composta pelos juizes e tribunais do Judiciário e outra composta pelos juizes e tribunais administrativos, que são ligados ao Poder Executivo). Além da carta ou cartas que foram enviadas ao Conselho submetendo ao mesmo a apreciação da constitucionalidade, o dossiê do relator compreende ainda as observações feitas pela Secretaria Geral do Governo, as quais não são transmitidas aos autores do pedido. Ora, o princípio do contraditório implica que seja

comunicado a todas as partes ou a seus representantes o conjunto dos argumentos invocados diante do juiz. Esta restrição é, sem dúvida, ligada ao fato de que a instância do Conselho não opõe verdadeiramente um conflito de interesses, com duas partes oponentes, com um requerente e um defensor; poderíamos perguntar quem seria qualificado para assumir a defesa da lei atacada: os parlamentares que a votaram? O relator da comissão competente de uma ou outra Casa? O Ministro que apresentou o projeto de lei (23)? E qual dos autores do pedido preencheria a função de requerente? A dificuldade deve-se também à brevidade do prazo imposto ao Conselho para julgar. Entretanto, um debate oral contraditório não seria de todo inconcebível.

Outro ponto importante concerne à extensão do pedido. Muito mais claramente que as jurisdições administrativa e judiciária, o Conselho reconhece seu direito de julgar *ultra petita*: ele lança mão, de ofício, de justificações de inconstitucionalidade não invocadas no pedido, estimando sempre ter sido solicitado para analisar e julgar todo o conjunto de uma lei, mesmo se os autores do pedido contestam apenas uma parte dela.

D — As decisões

As decisões do Conselho se aproximam muito das tomadas por outras jurisdições francesas ou estrangeiras, tanto pela sua forma, quanto por seu conteúdo.

A técnica de redação é, de fato, tipicamente jurisdicional, sendo apresentada a motivação sob forma de “considerandos”. De alguns anos para cá, as decisões têm sido mais longas, entrando em maiores detalhes, como, por exemplo, tomando o cuidado de enunciar com minúcias todos os meios e justificativas dos pedidos e respondendo com precisão a cada um deles.

Quanto ao fundo, alguns dos conceitos utilizados pelo Conselho lembram a jurisprudência das jurisdições administrativas: assim, a noção de “erro manifesto” passa a compor o poder discricionário do legislador, *verbi gratia*, na determinação das circunscrições eleitorais ou para impor uma certa proporcionalidade entre a sanção imposta e a infração cometida.

Durante muito tempo o Conselho se limitou a uma constatação estrita da conformidade ou não conformidade de uma lei à Constituição: no primeiro caso, a lei podia ser imediatamente promulgada; no segundo, o Conselho apreciava se as disposições declaradas inconstitucionais eram ou

(23) “Projeto de lei” é a denominação do texto em discussão nas duas Casas do Legislativo, tendo sido de iniciativa do governo, o que é largamente praticado no sistema parlamentarista de governo francês; o texto de iniciativa dos parlamentares chama-se “proposição”.

não separáveis do conjunto; se elas o eram, o resto da lei poderia ser promulgado e se elas não o eram, o texto inteiro devia ser reexaminado pelo Parlamento.

Essas duas formas de decisão continuam evidentemente possíveis, mas de uns anos para cá acrescenta-se uma terceira forma, que é a declaração de conformidade sob reserva de estrita interpretação. Esta técnica consiste em admitir a constitucionalidade de uma disposição, indicando como deverá ser interpretada ou mesmo quais são os limites dos poderes que ela confere: exemplo típico foi a decisão sobre a lei de privatização de empresas públicas francesas em 1986, quando a direita retornou ao governo, em que o Conselho Constitucional estabeleceu um limite para a privatização, dizendo que essas empresas não poderiam ser adquiridas por capital estrangeiro ou ficar sob o controle de grupos estrangeiros.

Algumas declarações de não conformidade à Constituição indicam ao legislador as modificações que deve trazer ao texto para torná-lo compatível com a Constituição, como foi o caso da lei de estatização, de 1982, quando o Conselho indicou que as bases sobre que deveriam ser calculadas as indenizações dos acionistas das empresas estatizadas, para que a lei ficasse conforme a Constituição. Assim sendo, somos levados a constatar que o Conselho Constitucional francês, de um simples poder de impedir, está fazendo com que o controle de constitucionalidade evolua em direção a um poder de guiar a ação do legislador.

As decisões do Conselho são publicadas no *Diário Oficial* e numa coletânea anual de jurisprudência. Elas não são suscetíveis de qualquer recurso e se impõem ao conjunto dos poderes públicos: elas possuem a autoridade da coisa julgada.

A questão que pode ser colocada é a de saber se as outras jurisdições ou a Administração respeitarão sempre as reservas de interpretação impostas pelas decisões do Conselho. Um exemplo dessa dificuldade seria, conforme citado, no caso da privatização de empresas estatais, cuja lei ficou condicionada ao impedimento de controle das empresas por parte de grupos estrangeiros. Mas no caso de isso vir a ocorrer, quais seriam os meios de que disporia o Conselho para fazer cumprir sua decisão? Não há resposta ainda para essa pergunta, exceto que depende substancialmente da boa vontade do Executivo em não a violar, assim como das jurisdições administrativas e judiciária quando se trata de julgar um conflito.

IV — Conclusão

Desde a origem em 58 e mais ainda depois da reforma de 1974, o Conselho representou um papel **bem mais importante** que os Senados Imperiais ou o Comitê da IV República.

Entretanto, nos primeiros anos de sua existência, consciente da inovação radical que representava na vida política e jurídica francesa a instituição de um controle de constitucionalidade das leis, e sem dúvida, para evitar de entrar em conflito aberto com outros poderes instituídos, o Conselho deu prova de grande prudência, interpretando restritivamente as competências que lhe eram atribuídas. É assim que, em 1962, acionado pelo presidente do Senado, declarou-se incompetente para controlar a constitucionalidade da lei instituindo a eleição do Presidente da República pelo sufrágio universal direto, porque essa lei havia sido adotada por via referendária e não pela via parlamentar.

Mas em outros domínios, sua jurisprudência se fez progressivamente mais audaciosa. Desde o início dos anos 70, mostrou-se mais atencioso no que concerne à proteção das liberdades públicas. Em decisão de 16 de julho de 1971, ele se reconheceu competente para controlar a conformidade das leis às disposições do preâmbulo da Constituição (o qual, conforme já falamos, faz menção à Declaração de 1789, “confirmada e completada” pelo preâmbulo de 1946) e se opôs, em nome do princípio da liberdade de associação, a um projeto de lei tendendo a instituir um sistema de autorização preliminar para a criação de certas associações. A mesma coisa foi em 1973, quando o Conselho declarou que pertencia somente ao legislador, e não ao Governo, instituir penas restritivas da liberdade, mesmo em matéria de contravenção.

Essas decisões faziam aparecer todas as virtudes do controle, mas essas não teriam podido se desenvolver se o modo de acionar o Conselho não tivesse sido ampliado.

Depois da reforma de 1974 — e pela lógica mesmo dessa reforma — o Conselho é, de fato, acionado mais freqüentemente, e as questões que lhe são submetidas são mais diversas. Anteriormente, o Conselho era acionado sobretudo por problemas de ordem meramente técnica, como a limitação das fronteiras entre a lei e o regulamento, o contencioso eleitoral ou as incompatibilidades parlamentares. Depois de 74, ele passou a ser acionado por questões como a repressão dos atos de violência, os novos direitos do trabalhador da empresa, o aborto, o estatuto da imprensa escrita ou audiovisual, as estatizações, o ensino público e privado, os regimes eleitorais e outros. Essa enumeração, que não é exaustiva, mostra que sua jurisprudência concerne agora quase todos os grandes problemas da sociedade.

O crescimento da atividade do Conselho pode ser também ilustrado por alguns dados: de acordo com o art. 61, alínea 2, ele decidiu por ano, em média, antes de 74, menos de uma vez; sete vezes de 1974 a 1984 e 16 vezes até agora. Então, houve dois momentos de aceleração no processo: o primeiro estando ligado à reforma do art. 61 e o segundo em função da mudança de maioria parlamentar, após as eleições de 1981. De fato, bem mais que a anterior, a nova oposição utilizou a arma do controle de

constitucionalidade para tentar fazer barreira às leis que ela desaprovava. Após a nova mudança ocorrida em 1986, essa “guerrilha” continuou e parece agora já estar bastante arraigada nos costumes políticos da França: o retorno da maioria socialista em 88 mostra que a maior parte das leis adotadas são sistematicamente submetidas ao Conselho, chegando mesmo a sugerir que ele vem se transformando numa “terceira Casa legislativa”.

Essa extensão recente do controle não deve, entretanto, fazer esquecer os limites que lhe são impostos. De um lado, o Conselho pode intervir apenas *a priori*, escapando ao seu controle todas as leis que não lhe foram submetidas antes da promulgação, o que leva à impossibilidade de ser acionado pelos cidadãos aos quais essas leis serão impostas, assim como pelos tribunais que serão encarregados de aplicá-las. Essa é uma das razões que me levou a desenvolver a pesquisa sobre a possibilidade de implantação da exceção de inconstitucionalidade na França, conforme citei anteriormente na nota 21, a convite do jurista Claude Goyard.

De outro lado, a Constituição de 58 não mudou em nada os poderes das jurisdições administrativas e judiciárias que não podem, no momento em que se coloca diante delas a questão da inconstitucionalidade de uma lei, tomar conhecimento. De fato, segundo uma fórmula jurisprudencial constante, “a razão da inconstitucionalidade de uma lei não é de natureza a ser apresentada utilmente diante de uma jurisdição”. Os tribunais podem, no máximo, verificar se a lei, cuja aplicação é solicitada, foi regularmente publicada.

Acontece, entretanto, que, no exercício de sua missão de interpretação das leis, eles podem chegar a anular algumas disposições que lhes pareçam inconstitucionais, correndo o risco, evidentemente, de ver suas decisões reformadas, exceto quando se tratar de decisão do Conselho de Estado (última instância da jurisdição administrativa) e da Corte de Cassação (última instância da jurisdição judiciária).

Assim sendo, o controle de constitucionalidade na França, implantado em 1958, foi um passo importante, mas que apresenta ainda lacunas e que deverá tender para um aperfeiçoamento, talvez em direção à aprendizagem da experiência brasileira.

V — Bibliografia

BALLAT, J. C. *La Nature Juridique du Contrôle de Constitutionnalité des Lois dans le Cadre de l'Article 61 de la Constitution de 1958*. Paris, P.U.F., 1983, pp. 132-165

BURDEAU, Georges. *Manuel de Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*. 20ª edição, Paris, LGDJ, 1984, pp. 102-124.

- CADART, Jacques. *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*. Paris, LGDJ, 1979, Tomo I, pp. 159-180 e Tomo II, pp. 1126-1133.
- CHALVIDAN, Pierre-Henri. *Droit Constitutionnel — Institutions et Régimes*. Paris, Nathan Supérieur, 1986, p. 301.
- CHANTEBOUT, Bernard. *Droit Constitutionnel et Science Politique*. 7ª edição, Paris, Armand Colin, 1986, pp. 51-81.
- DEBBASCH, Charles et ali. *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*. 2ª edição, Paris, Economica, 1986, pp. 503-524.
- FAVOREU, Louis. "Le principe de constitutionnalité, essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil Constitutionnel", in *Mélanges Eisenmann*. Paris, Cujas, 1975, pp. 33-52.
- HABIB, Louis. *La Notion d'Erreur Manifeste d'Appréciation dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*. Paris, R.D.P., 1986, p. 695.
- JEANNEAU, Benoît. *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*. 6ª edição, Paris, Dalloz, 1981, pp. 242-244 e 279-281.
- LUCHAIRE, François. *La Constitution de la République Française*. Paris, Economica, 1986, pp. 735-772.
- Le MIRE, Paul. "La jurisprudence du Conseil Constitutionnel et les principes généraux du droit", in *Mélanges CHARLIER*. Paris, Cujas, 1981, p. 171.
- PACTET, Pierre. *Institutions Politiques — Droit Constitutionnel*. 7ª edição, Paris, Masson, 1985, pp. 77-82, 464-469, e 497-500.
- PHILIP, Loïc. *Le Développement du Contrôle de la Constitutionnalité et l'Acroissement des Pouvoirs du Juge Constitutionnel*. R.D.P., 1972, pp. 401-417.
- REVUE POUVOIRS n° 4, La V République, Paris, 1978, p. 192.
- REVUE POUVOIRS n.º 13, Le Conseil Constitutionnel, Paris, 1980, p. 216.
- RIVERO, Jean. *Le Conseil Constitutionnel et les Libertés*. Paris, Economica, 1984.
- TERNEYRE, Philipp. *Les Adaptations aux Circonstances du Principe de Constitutionnalité. Contribution du Conseil Constitutionnel à un Droit Constitutionnel de la Nécessité*. Paris, R.D.P., 1987, p. 489.
- TROPER, Maurice, "Le problème de l'interprétation et la théorie la supra-légalité constitutionnelle", in *Mélanges Eisenmann*. Paris, Cujas, 1975, pp. 133-148.
- UNIVERSITÉ DE PARIS II. Actes du Colloque "Conseil Constitutionnel et Conseil d'Etat", Paris, LGDJ, 1988.

Obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas

A venda no Anexo I do Senado Federal,
22.º andar — Tels.: (061) 311-3578 e 311-3579

Encomendas mediante vale postal ou cheque visado, pagável em Brasília (a favor da Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal), ou pelo reembolso postal.

“REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA”

Números atrasados à venda: 10, 12, 13/14, 17, 18, 30 a 32, 34 a 39, 41, 43 a 45, 47 a 53, 55 a 101.

“ÍNDICE DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA (NÚMEROS 1 a 100)”. (Distribuição gratuita aos assinantes da Revista).

“CONSTITUIÇÕES DO BRASIL” (edição 1986) — 2 volumes

Volume 1 — Textos das Constituições de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967 e suas alterações.

Texto consolidado das Emendas n.ºs 1/69 a 27/85.

Volume 2 — Índice temático geral (comparativo) de todas as Constituições brasileiras.

(No prelo: edição com a Constituição de 1988.)

Não estão relacionadas as obras esgotadas.

**"CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL —
QUADRO COMPARATIVO" (5.ª edição — 1986)**

Texto consolidado das Emendas n.ºs 1/69 a 27/85, comparado à Constituição promulgada em 1967 e à Constituição de 1946.

Notas explicativas, contendo os textos dos atos institucionais e das emendas à Constituição de 1946.

Índice temático.

(No prelo: edição comparativa da Constituição de 1988.)

**"CONSTITUIÇÃO FEDERAL E CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS"
(edição 1984) — 4 volumes — com suplemento de atualização de 1986**

Constituição da República Federativa do Brasil — texto consolidado das Emendas n.ºs 1/69 a 27/85 (anotado e indexado).

Constituições de todos os Estados da Federação (textos atualizados, consolidados e anotados com as redações anteriores e as declarações de inconstitucionalidade). Remissões à Constituição Federal.

Leis complementares de criação dos Estados do Rio de Janeiro, de Mato Grosso do Sul e de Rondônia.

Índice geral temático das Constituições estaduais.

**"CONSTITUIÇÃO DO BRASIL E CONSTITUIÇÕES ESTRANGEIRAS"
(edição 1987) — 3 volumes**

Volume 1 — Constituições: Brasil, Alemanha (República Federal), Argentina, Chile, China (República Popular), Cuba, Espanha, Estados Unidos da América, França, Grã-Bretanha (alguns textos constitucionais) e Guiné-Bissau.

Volume 2 — Constituições: Itália, Japão, México, Paraguai, Peru, Portugal, Suíça, URSS, Uruguai e Venezuela.

Volume 3 — Índice temático comparativo de todas as Constituições.

"CONSTITUIÇÕES ESTRANGEIRAS" (edições 1988) — 6 volumes

Volume 1 — Alemanha (República Democrática), Bulgária, Hungria, Polónia, Romênia e Tchecoslováquia.

Volume 2 — Costa Rica e Nicarágua.

Volume 3 — Angola, Cabo Verde, Moçambique e São Tomé e Príncipe.

Volume 4 — Dinamarca, Finlândia, Noruega e Suécia.

Volume 5 — Áustria e Iugoslávia.

Volume 6 — Coréia (República da), Filipinas e Suriname.

Índice temático comparativo em cada volume.

“ANTEPROJETO CONSTITUCIONAL” (edição 1986)

Quadro comparativo: Anteprojeto da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais (instituída pelo Decreto n.º 91.450, de 18-7-85) comparado ao texto de 1969.

Notas.

Índice temático.

“REGIMENTOS DAS ASSEMBLÉIAS CONSTITUENTES DO BRASIL”
— obra de autoria da Subsecretaria de Arquivo do Senado Federal
(edição 1986)

Antecedentes históricos.

Textos dos Regimentos comentados pelos Constituintes.

Índices temáticos e onomásticos.

“LEIS COMPLEMENTARES À CONSTITUIÇÃO FEDERAL” (edição 1985) — 3 volumes — com suplementos de atualização de 1987 e 1988

Leis Complementares n.ºs 1/67 a 58/88.

Legislação citada.

Histórico (tramitação legislativa).

Índice temático.

“LEIS ORGÂNICAS DOS MUNICÍPIOS” (2.ª edição — 1987) — 3 volumes

Textos atualizados, consolidados e anotados das Leis Orgânicas dos Municípios de todos os Estados-Membros da Federação brasileira.

Índice temático comparativo.

“PROCESSO LEGISLATIVO” (4.ª edição atualizada e ampliada — 1985)

Iniciativa das leis. Instrução, discussão e votação das proposições na Câmara dos Deputados e no Senado Federal.

Sanção, promulgação e veto.

Emendas à Constituição. Leis complementares. Leis ordinárias. Leis delegadas. Decretos-leis. Decretos legislativos. Resoluções.

Normas constitucionais e regimentais. Questões de ordem, decisões da Presidência. Pareceres das Comissões Técnicas e pronunciamentos parlamentares.

Competência privativa do Senado Federal. Requerimentos que podem ser apresentados, no Senado Federal. Comissão parlamentar de inquérito. Comissão parlamentar mista de inquérito. Impedimento de parlamentar.

Nova designação do número de ordem das Legislaturas (histórico do Decreto Legislativo n.º 79, de 1979).

Votação de matéria no Congresso Nacional reunido.

“CÓDIGO CIVIL — ANTEPROJETOS” (edição 1989) — 6 volumes

Volume 1 — Anteprojeto de Código das Obrigações — Parte Geral (1941); Anteprojeto de Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas (1964).

Volume 2 — Anteprojeto de Código Civil (1963); Anteprojeto de Código Civil — revisto (1964).

Volume 3 — Anteprojetos de Código de Obrigações: Negócio Jurídico, Obrigações em geral, Contratos e outros títulos de ordem geral (1963); Sociedades e Exercício da Atividade Mercantil (1964); Títulos de Crédito (1964).

Volume 4 — Projetos do Governo Castello Branco: Projeto de Código Civil (1965); Projeto de Código de Obrigações (1965).

Volume 5 — *Tomo 1*: Anteprojeto de Código Civil (1972). *Tomo 2*: Anteprojeto de Código Civil — revisto (1973); Índice temático comparativo (volumes 1 a 5).

“EXECUÇÃO PENAL” (edição 1985)

Lei n.º 7.210, de 11-7-84 — texto anotado e indexado.

Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos (ONU).

Anteprojetos (Cândido Mendes; Oscar Stevenson; Roberto Lyra; Benjamin Moraes Filho; Cotrim Neto).

Histórico (tramitação legislativa) da Lei n.º 7.210, de 11-7-84.

"CÓDIGO DE MENORES" (2.ª edição — 1984)

Lei n.º 6.697/79. Comparação com a legislação anterior. Anotações (legislação; pareceres; comentários). Histórico da lei (tramitação legislativa). Informações. Índice.

"SEGURANÇA NACIONAL" (edição 1984)

Lei n.º 7.170, de 14-12-83 — texto com índice temático.
Quadro comparativo da Lei n.º 7.170/83 com a Lei n.º 6.620/78.
Anotações.
Histórico (tramitação legislativa) da Lei n.º 7.170/83.
Subsídios para a elaboração da lei.

"REFORMA ADMINISTRATIVA — ORGANIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL" (4.ª edição — 1984)

Decreto-Lei n.º 200/67 — texto atualizado e anotado.
Legislação alteradora.
Legislação correlata.

**"LEGISLAÇÃO ELEITORAL E PARTIDÁRIA" (6.ª edição — 1988) —
2 volumes**

Volume 1 — Legislação: Constituição Federal (disposições eleitorais e partidárias), Código Eleitoral, Lei das Inelegibilidades, Lei Orgânica dos Partidos Políticos, Lei de Transporte e Alimentação, eleições municipais de 1988 (Lei n.º 7.664/88).

Textos consolidados, anotados e indexados.

Ementário.

Volume 2 — Instruções do TSE para as eleições de 1988.

(No prelo: volume atualizado para as eleições de 1989.)

ASSINATURA DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Faça a sua inscrição como assinante da Revista de Informação Legislativa.

Envie vale postal ou cheque visado, pagável em Brasília (a favor da Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal).

Assinatura anual: n.ºs 97 (janeiro/março de 1988) a 100 (outubro/dezembro de 1988).

Preço: NCz\$ 12,00

Dirija seu pedido à

**Subsecretaria de Edições Técnicas
Senado Federal
70160 Brasília, DF**

Rede de Bibliotecas depositárias das publicações da Subsecretaria de Edições Técnicas

Biblioteca Nacional
Instituto Nacional do Livro
Senado Federal
Câmara dos Deputados
Tribunal de Contas da União
Presidência da República
Ministérios
Procuradoria-Geral da República
Consultoria-Geral da República
Supremo Tribunal Federal
Tribunal Federal de Recursos
Superior Tribunal Militar
Tribunal Superior Eleitoral
Tribunal Superior do Trabalho
Assembléias Legislativas
Tribunais de Justiça
Tribunais de Contas Estaduais
Tribunais Regionais Eleitorais
Tribunais Regionais do Trabalho
Procuradorias-Gerais dos Estados
Ordem dos Advogados do Brasil
(Conselho e Seções Regionais)
Faculdades de Direito

NORMAS EDITORIAIS

— A Revista divulga trabalhos elaborados pela Subsecretaria de Edições Técnicas e artigos de colaboração.

— Os trabalhos publicados na Revista devem limitar-se à área do Direito e ciências afins — em especial, aos assuntos em debate no Congresso Nacional — e a temas históricos que se relacionem com o Poder Legislativo.

— Somente serão publicadas colaborações inéditas.

— Os originais recebidos não serão devolvidos.

— O recebimento do artigo não implica a obrigatoriedade de sua publicação.

— A direção pode reapresentar os originais ao autor para que os adapte às normas editoriais ou esclareça dúvidas porventura existentes.

— Os artigos deverão conter, após o título, nome completo do autor, local de trabalho e cargo exercido e um sumário da matéria. Os originais deverão ser datilografados em papel branco, formato ofício, espaço duplo, de um só lado da folha, com margens de 2,5cm a 3cm, observando-se a ortografia oficial. As páginas serão numeradas consecutivamente no canto superior direito.

— Somente fotografias nítidas contrastadas, em papel adequado, poderão ser aceitas. Os desenhos, gráficos, ilustrações, tabelas etc. (estritamente indispensáveis à clareza do texto) com respectivas legendas serão apresentados à parte, em papel branco ou vegetal, sem dobras, indicando-se no texto o lugar onde deverão ser incluídos.

— As referências bibliográficas devem ser numeradas e constituir lista única, observando-se as seguintes normas:

. Publicação avulsa (livro, folheto, tese etc.) — sobrenome do autor, prenome(s), título, local, editor, data, número de páginas ou indicação de página(s) determinada(s). Em caso de dois autores, mencionar ambos; mais de três, indicar o primeiro seguido de *et alii*.

Artigo de periódico — autor(es), título do artigo, título do periódico, indicação de volume, número, páginas inicial e final, data.

— Os originais deverão ser encaminhados à redação com carta anexa, autorizando a sua publicação.

— As provas tipográficas não serão enviadas ao autor.

— O autor receberá 50 (cinquenta) separatas de seu trabalho.