

# REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

JANEIRO A MARÇO 1985

ANO 22 • NÚMERO 85

**REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA**

a. 23 n. 91 — julho/setembro 1986

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

---

---

**Fundadores:**

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

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

---

---

**Direção:**

**LEYLA CASTELLO BRANCO RANGEL**

---

---

**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 1 — Telefone: 223-4897 — 70160 — Brasília — DF

R. Inf. legisl.	Brasília	a. 23	n. 91	Jul./set. 1986
-----------------	----------	-------	-------	----------------

---

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

---

Preço deste exemplar: Cz\$ 40,00

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- Leyla Castello Branco Rangel

ISSN 0034-835X

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



CDD 340.05

CDU 34(05)

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

a. 22 n. 85 — jan./mar. 1985

Publicação trimestral da  
Subsecretaria de Edições Técnicas  
do Senado Federal

---

---

Fundadores:

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

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

---

---

Direção:

LEYLA CASTELLO BRANCO RANGEL

---

---

Chefe de Redação:

PEDRO HELVÉCIO BOMTEMPO

---

---

Chefe de Diagramação e Revisão:

SANTYNO MENDES DOS SANTOS

---

---

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. legist.	Brasília	a. 22	n. 85	jan./mar./1985
-----------------	----------	-------	-------	----------------



---

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

---

Preço deste exemplar: Cr\$ 12.000

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- Leyla Castello Branco Rangel

ISSN 0034-835X

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



CDD 340.05

CDU 34(05)

## SUMÁRIO

### COLABORAÇÃO

	<i>Pág.</i>
Hierarquia entre normas constitucionais — <i>Nelson de Sousa Sampaio</i> .....	5
Parlamentarismo vs. Presidencialismo — <i>Manoel de Oliveira Franco Sobrinho</i> .....	21
Considerações sobre o federalismo — <i>José Nilo de Castro</i> .....	45
O sistema federalista e a integridade do Brasil — <i>Paulo de Figueiredo</i> .....	75
Do Estado unitário ao Estado regional — <i>Moacyr Benedicto de Souza</i> .....	125
Federalismo e autonomia municipal — <i>Valmir Pontes Fº</i> .....	139
Descentralização do Poder: Federação e Município — <i>José Alfredo de Oliveira Baracho</i> .....	151
A aplicação extraterritorial de leis nacionais — <i>José Carlos de Magalhães</i> .....	165
O controle legislativo dos atos internacionais — <i>Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros</i> .....	205
Iniciativa de lei complementar de normas gerais de direito tributário — <i>Geraldo Ataliba</i> .....	233
História e sistema em Teixeira de Freitas — <i>Nelson Saldanha</i> .....	237
Teixeira de Freitas e a autonomia das partes no direito internacional privado latino-americano — <i>Jürgen Santleben</i> .....	257
Função social da propriedade — <i>Wellington dos Mendes Lopes</i> .....	277
A usucapião especial no Brasil: evolução ou descaracterização de um instituto jurídico romano? — <i>Anna Maria Villela</i> .....	291
Desapropriação por utilidade pública — <i>Therezinha Lucia Ferreira Cunha</i> ....	307
Do registro na desapropriação e aspectos processuais na proposta para uma nova lei — <i>Raimundo Viana</i> .....	321
O mérito do ato administrativo perante o Judiciário — <i>José Jappur</i> .....	335
Concorrência desleal: a imitação de marca (ou de seu componente) como forma de confusão entre produtos — <i>Carlos Alberto Bittar</i> .....	343
Video-clubes, distribuidores, locadores e revendedores de vídeo-cassetes: sua posição frente ao Direito de Autor — <i>Antônio Chaves</i> .....	365
La prisión provisional en España y la crisis de una ley socialista — <i>Antonio Mº Lorca Navarrete</i> .....	391

### DOCUMENTAÇÃO

Constituição federal e Constituições estaduais — <i>Leyla Castello Branco Rangel</i>	403
--	-----

### PUBLICAÇÕES

Obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas .....	433
---	-----

# Hierarquia entre normas constitucionais

NELSON DE SOUSA SAMPAIO  
Universidade Federal da Bahia

## Uma representação de inconstitucionalidade

Em 1983, os jornais noticiaram que, juntamente com meu grande amigo e colega Rubem Nogueira, tinha eu peticionado ao Procurador-Geral da República para que ele encaminhasse representação ao Supremo Tribunal Federal, argüindo a inconstitucionalidade em tese do dispositivo da Constituição que pune a infidelidade partidária com a perda do mandato parlamentar em todos os níveis de atividade legiferante do País, das Câmaras de Vereadores, passando pelas Assembléias Legislativas, até o Congresso Nacional. A norma criticada figura, hoje, no § 5º do art. 152 de nossa Lei Maior.

O fato de haver levantado a questão, que é inédita, ao meu conhecimento, em nossa vida jurídica, me obriga a breve esclarecimento ao público em geral — ao leigo e ao especializado —, pois não interessa apenas aos juristas e homens do foro, mas a todos os brasileiros. Não se trata, em verdade, de tema meramente acadêmico, porquanto contém profundas repercussões para os direitos dos cidadãos, para a fixação das prerrogativas do Legislativo e para a delimitação da competência do Judiciário, tudo resultando no aprimoramento das instituições de uma sociedade pluralista.

## Problema terminológico

Logo de início, surge uma vacilação de terminologia. Falaríamos de normas inconstitucionais da Constituição, sem cairmos em contradição no adjetivar? O choque de nomenclatura estaria atenuado — mas não evitado — se tivéssemos, como os alemães, duas palavras para designar a Lei Maior, o termo de origem germânica e mais usado *Verfassung*, e o de proveniência latina *Konstitution*. Daí o constitucionalista alemão poder referir-se a *unkonstitutionelle Verfassungsnorm* ou, mesmo, a *unkonstitutionelle Ver-*

**fassung.** A qualificação "inconstitucional", aí, remete aos requisitos fundamentais de uma Constituição segundo a preferência do autor, geralmente às Constituições liberais. Foi essa conotação valorativa que os revolucionários franceses inscreveram no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789:

"Toda sociedade em que não é prevista a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos Poderes não possui Constituição."

Apesar disso, um professor da Universidade de Tuebinguen, Otto Bachof, não hesitou em intitular um precioso ensaio com a expressão interrogativa **Normas Constitucionais Inconstitucionais?** <sup>(1)</sup>, conforme a versão lusitana, que segue, ao pé da letra, o original **Verfassungswidrige Verfassungsnormen?** Não nos detenhamos, porém, numa discussão sobre rótulos. Designemos a matéria, pelo menos provisoriamente, de "normas constitucionais inaplicáveis".

### História dessa tese

Passarei a historiar sumariamente minha evolução a respeito. Desde a introdução da perda de mandato por infidelidade partidária em nosso texto constitucional, por meio da chamada **Emenda** nº 1, de 1969, venho sustentando que se trata de excrecência jurídica afrontante de toda a teoria e a prática do governo representativo como surgiu na Inglaterra e ganhou universalidade com a Revolução francesa de 1789. Destruuiu-se, então, a praxe, vigorante desde os primeiros ensaios medievais de representação política, segundo a qual o eleito recebia instruções do eleitorado, ficando obrigado a cumpri-las sob pena de revogação do seu mandato. O parlamentar moderno passou a ficar subordinado apenas à sua consciência, daí nascendo o conceito de inviolabilidade do mandatário popular.

Em 1980, convidado a fazer uma exposição perante a Comissão Mista do Congresso, encarregada de dar parecer sobre a abortada proposta de emenda constitucional restauradora das prerrogativas do Poder Legislativo, verifiquei como os congressistas presentes se surpreenderam quando incluí o Brasil entre os países que não acolhem a inviolabilidade parlamentar, entendida a inviolabilidade como imunidade material, isto é, como inimizabilidade pelas opiniões, palavras e votos emitidos no exercício do mandato. A afirmativa fundava-se não apenas na restrição do art. 32 da Lei Maior, o qual, segundo a Emenda nº 11, tornava o parlamentar responsável por "crime contra a segurança nacional", cometido "no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos". A inviolabilidade também desaparecia quando o congressista deixasse de cumprir as "diretrizes" do Partido. A maioria dos nossos Licurgos não se havia dado conta dessa anulação de sua imunidade material em virtude da distância topográfica entre os dois preceitos. Enquanto a inviolabilidade do legislador é consagrada no art. 32,

(1) Tradução e nota prévia de JOSÉ MANUEL M. CARDOSO DA COSTA, Investigador da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, Atlântida Editora, 1977. O título foi traduzido ao pé da letra do original **Verfassungswidrige Verfassungsnormen?**

sua negação, sob a forma de fidelidade partidária coativamente prescrita, se encontra no bojo do art. 152 do diploma constitucional. Jungido às instruções partidárias, como se poderá sustentar que o legislador brasileiro somente deve obediência aos ditames de sua consciência?

O Brasil coloca-se, assim, ao lado dos países de tipo marxista-leninista — os únicos que, pela lei e pela doutrina, adotam o mandato imperativo para os “representantes do povo” de todos os níveis, desde o Supremo Soviete da União, o das Repúblicas Soviéticas, o das Repúblicas Autônomas (onde elas existem), o Soviete dos Territórios e Regiões, o das Regiões e Áreas autônomas até os Sovietes dos distritos, das cidades e das aldeias. Há, contudo, uma diferença entre o mandato imperativo russo e o nosso. Nesse ponto, o Brasil é mais soviético do que o país dos soviets: neste, somente o povo pode dar instruções aos eleitos e revogar-lhes o mandato, pelo menos formalmente, porquanto sabemos que, **de facto**, nada se move, aí sem o impulso do Partido Comunista, “a força condutora e dirigente da sociedade soviética e o núcleo do seu sistema político”, segundo a letra do art. 6º da Constituição da URSS. Entre nós, porém, confere-se, com todas as letras, ao Partido o direito de ditar instruções aos parlamentares e de iniciar o processo para a decretação da perda de mandato.

Em minha já referida exposição aos congressistas, está, em forma sintética, todo o meu pensamento. Depois de enfileirar os argumentos, aponto o conflito entre o preceito da fidelidade partidária legalmente imposta e uma série de preceitos basilares da representação democrática. Em face da antinomia, arrematava que o julgador devia dar preferência às normas da última categoria que, “além de mais ponderáveis, são em maior número, rejeitando a primeira como corpo estranho enxertado no organismo constitucional”.

Em 1982, tendo de apresentar um trabalho ao Congresso de Filosofia do Direito de La Plata, Argentina, escolhi o tema genérico do antagonismo de normas do mesmo plano hierárquico e tomei como exemplo o mencionado dispositivo brasileiro da perda de mandato por infidelidade partidária. Dei à comunicação o título “Incongruências dentro do mesmo Setor Normativo” — trabalho publicado no nº 76 da *Revista de Informação Legislativa*, sob a epígrafe mais atrativa para o leitor brasileiro: “Perda de Mandato por Infidelidade Partidária?”. Trata-se, pois, de trabalho teórico, sem qualquer inspiração partidária. Situa-se em plano superpartidário. Não serve deliberadamente aos interesses desta ou daquela agremiação, embora sirva a todos os Partidos genuinamente democráticos.

Antes da publicação, dei a tese, para troca de idéia, a alguns colegas. Deles, o que mostrou maior interesse, chegando ao entusiasmo, foi Rubem Nogueira, que de logo aventou a sugestão de representar ao Supremo Tribunal Federal. Por fim, combinamos provocá-la conjuntamente, trazendo ele a colaboração oriunda da leitura da monografia de BACHOF, que eu desconhecia. As idéias de BACHOF produziram-me certa ambivalência. Por um lado, tive a gratificação intelectual de ver que, em essência, seu pensamento coincidia com o meu; por outro lado, verifiquei como estava atrasado, nesse

ponto, com a doutrina constitucional alemã, vez que somente conhecia algumas decisões do Tribunal Constitucional da Alemanha do Ocidente (Bundesverfassungsgericht), que se referem à diferença de “peso” ou de “valor” entre normas de uma Constituição — o que é, como visto, o cerne da minha argumentação. Seja qual for, entretanto, a posição jusfilosófica de BACHOF, que não conheço em profundidade, dele somente tomei os pontos de vista que não me arredam do terreno puramente do direito positivo em que me coloco. Reporto-me às assertivas de BACHOF de que devem ser consideradas inconstitucionais as normas de uma Constituição que redundam em frontal contradição com o seu núcleo fundamental.

Ninguém pode comparar, por exemplo, o valor de normas definidoras do nosso sistema constitucional com outras de natureza rigorosamente regimental para o funcionamento do Legislativo. Para expressar com palavras de BACHOF, trata-se da tese de um preceito do documento constitucional poder “ser inconstitucional e carecer, por isso, de obrigatoriedade jurídica em virtude de contradição com preceito de grau superior do mesmo documento constitucional” (p. 55).

Minha tese, pois, não é nenhuma inovação, a não ser na doutrina brasileira. Ademais, nada tem de revolucionária, tendo, antes, a feição do óbvio, porquanto somente considero inaplicável uma norma do constituinte originário quando em flagrante e insanável conflito com outra norma do mesmo texto constitucional reputada de maior peso ou de mais alto valor.

#### **Outro valioso apoio doutrinário**

Quando elaborei minha tese para o Congresso de La Plata, desconhecia um inestimável ensaio de perfeita coincidência com meu pensamento, o dos juristas MARCEL BRIDEL e PIERRE MOOR, denominado “Observações sobre a Hierarquia das Normas Constitucionais” (2). Depreende-se do próprio título essa coincidência, sendo de notar, porém, que os autores se mostram mais enfáticos em suas expressões do que o fui no meu linguajar. Enquanto eu me refiro a uma **subiararquia interna** das normas constitucionais, aqueles ensaístas sempre falam de “hierarquia”.

Observe-se que nossos autores escrevem a propósito da Constituição da Suíça, país onde não existe o controle de constitucionalidade das leis, a não ser na escala mínima inerente a toda a federação, pela qual, nas matérias de competência exclusiva ou concorrente da União, o direito federal invalida o direito do Estado-Membro (Bundesrecht bricht Landesrecht). A questão, porém, adquire grande importância relativamente às duas espécies de reforma constitucional existentes na “Confederação” helvética, a revisão total e a parcial, cada uma com seu processo, sendo a primeira, como natural, mais dificultosa do que a segunda. O objetivo principal dos dois juristas é

(2) *Quelques Opinions sur la Revision de la Constitution Fédérale*, MARCEL BRIDEL et PIERRE MOOR: “Observations sur la Hiérarchie des Règles Constitutionnelles”, *Revue de Droit Suisse*, Fascicule Spécial, Neue Folge, Band 87, I, 1968, Heft 4. Agradeço ao Professor ALCINO PINTO PALCAO o conhecimento desse precioso ensaio.



justamente o de chamar a atenção para a possibilidade de uma reforma rotulada de "parcial" ser mais profunda do que outra apelidada de "total". Tudo depende das normas atingidas por qualquer das duas variedades de reforma. Por isso mesmo, BRIDEL e MOOR iniciam o seu estudo com estas palavras:

"O menor golpe de vista lançado à Constituição formal da Confederação suíça basta para revelar quanto os seus artigos são diversos. Tradicionalmente considerados como tendo o mesmo alcance jurídico, na realidade eles diferem profundamente em importância."

Nossos autores prosseguem, afirmando que poderiam chamar o cerne vital da Lei Maior "as **essencialia** da Constituição federal, isto é, os elementos primordiais do direito público suíço. Consideram-se geralmente como tais a democracia, o federalismo e o liberalismo. . . . Do ponto de vista formal, **todas essas "essencialia" não constituem objeto de disposições expressas**. Assim se passa com o Estado de direito, que não se deduz senão indiretamente do conjunto de nossas normas constitucionais. Do mesmo modo, o princípio da separação dos Poderes não está explícito em nenhuma parte, ainda que ele tenha inspirado — para não dizer mais — todo o capítulo segundo da Constituição".

A respeito dos direitos individuais, ponderam os dois escritores:

"E, se os diferentes direitos do homem são enunciados singularmente em dispositivos tópicos em geral concisos, estes são apenas peças esparsas (além de lacunosas) de um verdadeiro **Bill of Rights, completados por princípios de direito "não escritos"**, reconhecidos e afirmados pela jurisprudência. Existem, pois, profundas relações de interdependência entre numerosos artigos da Constituição federal, e se pode chegar até a dizer que as regras superiores do direito público suíço somente se inferem dessas relações. Além disso, entende-se que as relações entre artigos constitucionais não são somente de interdependência, mas também de subordinação. . . . Frequentemente, aliás, a **relação de subordinação** é de vários graus. Uma disposição comanda outra que, por sua vez, comanda uma terceira etc. . . . Assim, seguidamente e de grau a grau, desenha-se uma **hierarquia** ou, antes, hierarquias formais entre as disposições da Constituição."

As **essencialia** de uma Constituição BRIDEL e MOOR contrapõem as **accidentalialia**.

"Por fim" — escrevem —, "encontramos, na Constituição positiva, grande número de normas que somente têm de constitucional a forma. Enquanto uma sã doutrina ensina há muito tempo distinguir materialmente entre as leis ordinárias, de uma parte, e a Constituição, de outra parte, a nossa Constituição se desenvolveu

sem nenhum cuidado dessa diferença. Desse modo, o que se chamou o limite inferior da Constituição é hoje uma fronteira aberta, invadida por elementos adventícios. Não temos a intenção de realçar aqui o traçado ideal dessa fronteira que, segundo feliz expressão de M. AUBERT, é **menos uma linha que uma zona**. Ademais não há nenhuma necessidade de fazer-se um reconhecimento preciso dessa zona para verificar que a Constituição federal está carregada de normas que, longe de serem **materiae Constitutionis**, são dignas, quando muito, de figurar em leis ordinárias, senão em simples regulamentos.”

### **Certa revivescência do conceito material de Constituição?**

De algum modo, o problema em foco tem certa vinculação com o conceito **material** de Constituição, segundo o qual as normas constitucionais se definem pelo seu conteúdo ou natureza, embora se trate de tema de maior abrangência. Materialmente, a Constituição é o conjunto de normas que estruturam os órgãos supremos do poder e lhes fixam a competência. À esse cerne, a tradição de raiz liberal acrescentou o rol dos direitos individuais que, na realidade, não são estranhos à configuração do poder, porquanto delimitam a esfera de ação da autoridade.

Com a voga das Constituições escritas, o conceito **formal** ganhou generalizada preponderância. Tudo que estiver contido no documento rotulado de “Constituição” é constitucional, não importa a **matéria** das diferentes normas. Nos dias de hoje, entretanto, surge, notadamente na Alemanha, uma tendência a fazer vingar a validade do conceito material, ainda quando exista uma Constituição escrita. Aliás, a mais velha das Constituições escritas em vigor, a americana, cingiu-se àquela concepção material. Os direitos individuais somente ingressaram na Constituição americana com as dez primeiras Emendas — comumente chamadas de “Declaração de Direitos” (Bill of Rights). Tais Emendas resultaram de promessa dos defensores da Constituição, feita a fim de vencer a resistência do povo e dos Estados recém-federados contra a ratificação da nova Carta constitucional em virtude da omissão do rol de liberdades públicas. As Emendas sossegaram o espírito liberal dos indivíduos e o temor dos Estados-Membros de que a passagem da Confederação para a Federação pudesse pôr em risco sua autonomia.

Escrevendo na segunda década do século passado, BENJAMIN CONSTANT advoga a mesma idéia de Constituição de sentido material<sup>(3)</sup>. Como outros trechos do seu **Curso de Política Constitucional**, suas palavras foram reproduzidas, quase literalmente, em nossa Constituição de 1824, cujo art. 178 estatui:

“É só constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições respectivas dos poderes políticos, e aos direitos políticos e individuais dos cidadãos; tudo o que não é constitucional pode ser alterado, sem as formalidades referidas, pelas legislaturas ordinárias.”

(3) *Cours de Politique Constitutionnelle*, Paris, Guillaumin et Cie., 1861, 1.º Tomo, p. 263.

É cópia exata do artigo de igual numeração do Projeto da Constituinte de 1823.

Nossa Constituição de 1934, embora não abrace integralmente a noção material da Lei Magna, dela se aproxima, ao distinguir, no processo de reforma constitucional, entre “emenda” e “revisão”. A emenda era uma cirurgia menor que deixaria intocado o âmago da Constituição ou do que se compreende por esta em sua acepção material. A revisão era uma grande cirurgia que interviria no centro vital da Constituição. De qualquer sorte, a Carta política de 1934 consagra, em termos iniludíveis, o princípio da hierarquia entre dispositivos promulgados pelo constituinte originário, diferenciando os mais importantes ou de maior valor normativo daqueles que não têm o mesmo relevo.

Leia-se o art. 178 dessa Constituição:

“A Constituição poderá ser emendada quando as alterações propostas não modificarem a estrutura política do Estado (arts. 1º a 14, 17 a 21); a organização ou a competência dos poderes da soberania (Capítulos II, III e IV do Título I) o Capítulo V do Título I, o Título II, Título III; e os arts. 175, 177, 181, e este mesmo art. 178; e revista, no caso contrário.”

Em seguida, regula, para cada uma das duas hipóteses, diverso procedimento quanto ao **quorum** da iniciativa, o de deliberação e o espaço de tempo para a aprovação final da proposta. Diversa também seria a junção das espécies de reforma com o texto constitucional: a revisão seria a ele incorporada; e a emenda, anexada com o respectivo número de ordem.

### **A um entusiasta do mandato imperativo**

Já esclareci que minha tese é mais ampla do que o tema da perda de mandato por infidelidade partidária, porquanto essa questão é mero exemplo no bojo de meu trabalho sobre antinomias existentes entre normas de igual hierarquia. Todavia, depois de haver publicado, na imprensa diária, breve notícia sobre as idéias aqui expostas, um jovem colega saiu em defesa do mandato imperativo, no mesmo jornal. Seus argumentos podem ser resumidos a dois: **a)** o mandato imperativo constitui uma superação do “mandato representativo”, nascido do liberalismo clássico já superado; **b)** o mandato imperativo tem o mérito de coadunar-se mais com a “relevância da intervenção estatal, com a finalidade de promover o bem-estar social, dinamizar os valores da justiça e da igualdade substancial”.

A primeira opinião seria de ordem fática, do tipo: o mundo marcha para o mandato imperativo. Somente a História poderia confirmá-la ou, melhor, a filosofia da História, se, a esta altura, a competência para tanto não pertencesse à futurologia. A segunda assertiva envolve um julgamento sobre o mandato imperativo, de acordo com as preferências valorativas de cada pessoa. Em face dessas razões, tive de responder como se segue.

1) Meu trabalho é predominantemente jurídico. Levanto o problema se o controle judicial de constitucionalidade pode estender-se até as normas da Constituição. Não me refiro apenas a preceitos introduzidos na Lei Maior pelo reformador constitucional, porquanto é pacífico, na boa doutrina — além dos precedentes judiciais — que eles estão sujeitos à revisão judicial. Considero que também se acham na mesma situação as cláusulas elaboradas pelo próprio constituinte originário.

Trata-se, pois, de matéria inédita entre nós, e suscitada, de algum tempo para cá, em países europeus, a começar pela Alemanha Ocidental. Minha posição decorre do reconhecimento do diferente peso ou valor normativo de prescrição da mesma Constituição, ou seja, da hierarquia interna de suas disposições, para exprimir-me como dois juristas da Europa, BRIDEL e MOOR, em pequeno trabalho que somente agora li. Assim, num exemplo brasileiro, ninguém negará a disparidade de força normativa entre o § 3º do art. 33 e § 1º do art. 1º da Constituição federal. Aquele parágrafo reza: “O pagamento da parte variável do subsídio corresponderá ao comparecimento efetivo do congressista e à participação nas votações”; enquanto o outro dispositivo invocado diz: “Todo o poder emana do povo e em seu nome é exercido.”

2) A perda de mandato por infidelidade partidária foi mera exemplificação da incompatibilidade insanável entre preceitos — e são vários — do mesmo setor normativo. Mas foi essa questão, com o seu corolário — o mandato imperativo —, que nosso articulista preferiu examinar e sob um ângulo preponderantemente político. Aí, justamente, é que seus argumentos estão a merecer os mais sérios reparos, embora não tenha espaço para apontar-lhe todos os enganos.

No artigo ora comentado, nota-se claro entusiasmo com o chamado “Estado de Partidos” — o *Parteienstaat* dos alemães ou a *partitocrazia* dos italianos. Uma vez que os parlamentares serão sempre, por força do mandato imperativo, fantoches dos Partidos, poder-se-ia, juridicamente, dispensar o Parlamento. Mais uma vez cito exemplo do valioso ensaio de MARCEL WALINE, *Os Partidos contra a República* (4). Figura ele uma eleição entre quatro Partidos, na qual cada um reunisse, respectivamente, 40%, 30%, 20% e 10% dos votos. E conclui:

“Bastaria um diretório de 4 pessoas, deliberando uma com 4 votos, a outra com 3, a terceira com 2 e a última com um só. Economizar-se-ia um Parlamento e o resultado seria o mesmo.”

Nessa concepção, o Estado se converteria numa federação de Partidos ou de unidades incorporadas, que dilacerariam a unidade nacional, até reunir todos em um só rebanho e um só pastor. Toda a nação se reduziria a uma coleção maior ou menor de “oligarquias” digladiantes — oligarquias pela sua própria natureza de grupos de combate, como ROBERT MICHELS bem caracterizou as agremiações partidárias em sua obra clássica *Os Parti-*

(4) *Les Partis contre la République*, Paris, Ed. Rousseau et Cie, p. 65.

**dos Políticos.** Na permanente guerra civil, o peixe maior devoraria, com mais ou menos pressa, os menores até ser o único senhor do aquário nacional. Se preferem uma imagem orwelliana, o irmão maior trucidaria os menores até chegar à indisputada culminância de único "grande irmão".

3) É verdadeiramente singular a visão do nosso articulista ao descobrir no mandato imperativo o vitorioso adversário da política do *laissez faire* e, ao mesmo tempo, o grande fomentador do *welfare state*, além de ser o dinamizador dos "valores da justiça e da igualdade substancial".

Nenhum teórico político ou estadista enxergou isso. Pediria, pois, para minha ilustração, que me apontasse uma verdadeira democracia ou, na linguagem dos juristas, um verdadeiro "Estado de direito democrático" ou "Estado social de direito" que tenha adotado o mandato imperativo. Na verdade, posso generalizar e dizer que, à exceção das Constituições que seguem o modelo soviético, não conheço (ressalvada a brasileira de hoje) nenhuma que consagre esse modo de representação política, porquanto sua adoção deve ser expressa. O silêncio significa proibição do mandato imperativo.

Não obstante, vou citar uma lista de Constituições e de documentos constitucionais sobre cujo caráter democrático não paira a menor sombra de dúvida: Grã-Bretanha (Declaração de Direitos, de 1689, art. 9º); Suécia (art. 1º da **Lei do Parlamento**); Estados Unidos (art. 1º da Seção 6ª); Suíça (art. 91); Bélgica (art. 32); Noruega (art. 66); Finlândia (**Lei Orgânica da Câmara dos Deputados**, § 11); Dinamarca (art. 56); Islândia (art. 48); França (art. 27); Itália (art. 67); Áustria (art. 56); Holanda (art. 100); Japão (art. 51); Liechtenstein (art. 57); Grécia (Const. de 1975, art. 60, nº 1; Espanha (art. 67, nº 2); Portugal (art. 152, nº 3); Alemanha Federal (art. 38) e seus Estados-Membros, Baden (arts. 61 e 121); Baviera (art. 13, nº 2); Bremen (art. 83); Hamburgo (art. 4); Baixa Saxônia (art. 3); Renânia do Norte-Westfália (art. 30, nº 2); Renânia-Palatinado (art. 79); Schleswig-Holstein (art. 9, nº 2); Wuerttemberg-Baden (art. 51); Wuerttemberg-Hohenzollern (art. 37); Hessen (art. 77).

Eis aí documentos constitucionais seculares ao lado de recentes Constituições que timbram em mostrar que a proibição do mandato imperativo não é um passadismo a ser abandonado ligeiramente pela miragem de suposta moda intelectual. Entre essas Magnas Cartas, muitas surgiram depois da Segunda Guerra Mundial. Mas não houve cientista político, estadista ou pensador que tivesse aderido à doutrina, deveras original, do mandato imperativo como moia propulsora do bem-estar e da justiça social, apesar de vários dos países reconstitucionalizados se proclamarem, constitucionalmente, "Estado social de direito" ou "socialista" democrático.

Os exemplos mais expressivos se encontram na Alemanha Ocidental, que bem se recordava da competição canibalesca entre os Partidos, em passado próximo, quando um Partido almoçava seu concorrente para não ser por ele jantado, até que o banquete final deu a vitória à trágica glotoneria de Hitler. Os textos germânicos referidos insistem que os parla-

mentares não recebem ordens ou instruções. Outras Constituições procuram, enfaticamente, livrar o parlamentar de qualquer forma de opressão derivada do sistema de Partido e seu endurecimento, a exemplo do art. 121 da Lei Básica de Baden:

“É proibido prometer obediência incondicional a um Partido ou a seus líderes bem como exigí-la. Pode-se sair de um Partido a qualquer tempo segundo o estatuto partidário. Em seus discursos, ações, deliberações e votações, todo Deputado obedece à sua convicção e consciência.”

Por coerência, nosso jovem colega não poderá fugir à conclusão de que não existe “Estado de bem-estar social” fora do bloco das nações marxistas-leninistas. Torna-se ele, assim, sem se dar conta, o que vale dizer, involuntariamente, apologista de um sistema totalitário, o de tipo soviético. Orgulhemo-nos, porém, já que temos o mais aperfeiçoado modelo de mandato imperativo. Na URSS, é o eleitorado que dá instruções aos eleitos e lhes revoga o mandato. No Brasil, o parlamentar recebe as instruções para cada caso, conforme os ditames da oligarquia partidária, à qual cabe, também, iniciar o processo de sua destituição, processo que, por outra aberração jurídica, chama o Judiciário para decidir questões eminentemente políticas. Encerremos com a mais ufanista das deduções: o Brasil é o campeão do bem-estar social no mundo, do mesmo modo que é o paradigma da “igualdade substancial” de um povo.

### O apelo ao Judiciário

Como já ficou expresso, Rubem Nogueira animou-me a, com ele, levar tais pontos de vista ao mais alto Pretório da nação, sob a forma de ação direta de decretação de inconstitucionalidade. Logo nos começos de 1983, endereçamos ao Procurador-Geral da República nosso pedido para que formulasse a devida Representação ao Supremo Tribunal Federal. Em 27 de abril de 1983, o Procurador da República Walter José de Medeiros emite parecer desfavorável que, no mês seguinte, provoca o despacho de arquivamento<sup>(5)</sup> ao nosso trabalho. O parecer do Procurador Walter Medeiros é curioso. Em sua maior extensão, reproduz trechos do nosso arrazoado, trazendo, depois, à colação a autoridade de vários juristas que ele supõe socorrê-lo, quando a maioria dos invocados o desampara irrefutavelmente. Contudo, cumula o trabalho que rejeita com encômios que raramente os seus autores, em sua vida de advogados, teriam recebido. Depois de reconhecer “a excelência das razões... , formuladas com grande erudição e notável saber jurídico”, conclui: “não me animo a perfilhar, pelo menos por ora, as idéias aqui lançadas, de forma pioneira — diga-se a bem da verdade”. Então, se o arrazoado se reveste desses títulos, não deveria subir à apreciação do nosso mais eminente Tribunal, em lugar de ser condenado à poeira dos arquivos da Procuradoria-Geral da República? — A resposta deve estar no caráter **político** — e não jurídico — do Parecer, como se desprende da confissão contida no bojo da citação, quando o

(5) *Diário da Justiça*, de 23-5-1983, p. 7.155.



Procurador Medeiros declara que não se anima a perfilhar nossas idéias "pelo menos por ora".

Situações esdrúxulas e decepcionantes como essa resultam — deve-se reconhecer — de inegável cumplicidade da nossa Corte Suprema, ainda não afeita ao relevante papel e alcance da declaração de inconstitucionalidade em tese. Competente para legislar sobre os processos de sua competência originária ou recursal, o Supremo Tribunal, no art. 169 do seu Regimento Interno, reduziu a iniciativa da ação direta de inconstitucionalidade a um privilégio exclusivo do Procurador-Geral da República, que ele "poderá" exercitar ou deixar de fazer. Com isso, colaborou para inverter o sentido dessa medida judiciária de modo paradoxal. Por obra de HANS KELSEN, a decretação em abstrato de vício inconstitucional visou, preponderantemente, a dois objetivos: 1) defesa e aprimoramento das instituições jurídicas; 2) reforço e ampliação do arsenal de defesa dos direitos humanos<sup>(6)</sup>. — Entre nós, temos o inverso. Como não se ignora, o maior legislador federal, no Brasil de hoje, é o Chefe do Executivo, pela competência de baixar decretos-leis — competência que deveria ser exercida em cunho excepcional, mas convertida quase na forma mais freqüente de nossa legislação —, pela iniciativa exclusiva e privilegiada na maioria dos projetos de lei, para os quais pode determinar a inovação brasileira da aprovação pelo decurso de prazo, e, por fim, pelo direito de veto. Desse modo, o Procurador-Geral é provocado para argüir a inconstitucionalidade de leis oriundas ou do interesse do Presidente da República, do qual ele é alto funcionário de confiança, ou seja, demissível à vontade — *ad libitum* — do primeiro magistrado da nação. Em lugar, pois, de ser um instrumento de aperfeiçoamento das instituições e de maior e mais pronta salvaguarda das liberdades fundamentais, expurgando o ordenamento jurídico de normas inconstitucionais, a nova modalidade da revisão judicial — da *judicial review* — se transmudou em arma para defender a legislação de procedência ou de interesse presidenciais. Daí que, na atual fase de preocupação pelo restabelecimento de uma sociedade pluralista no País, tenha sido praticamente nula a atuação do Supremo Tribunal Federal. Evidentemente não o convido a envolver-se em matéria partidária, mas desejo que não se esqueça de que, para o desempenho da missão de guarda da ordem jurídica, o Supremo Tribunal realiza um ato de legítima defesa de todo o Judiciário, cujas garantias clássicas somente são consagradas e respeitadas, como demonstram provações recentes da nossa história, no Estado democrático de direito. Meu grande conterrâneo JOÃO MANGABEIRA escreveu que o Poder que mais falhou, na 1ª República, foi o Judiciário. Deixo em suspenso esse juízo, pois sua confirmação exigiria uma aprofundada pesquisa histórica que ainda não me foi dado empreender. Mas, quanto às últimas décadas, julgo que o Judiciário se tem omitido de ocupar os espaços que lhe são oferecidos para o cumprimento de

(6) Veja-se, para uma leitura introdutória, o livro de HÉCTOR FIX-ZAMUDIO, *Los Tribunales Constitucionales y los Derechos Humanos*, Univ. Autónoma de México, 1980, bem como o livro de MAURO CAPPELLETTI, *Il Controllo Giudiziario di Costituzionalità delle Leggi nel Diritto Comparato*, traduzido para o português, com o mesmo título, este ano, e editado por Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre.

sua imensa missão no campo dos direitos do homem e para a diminuição das imperfeições de nossa ordem jurídica. Não preciso aduzir que essas ponderações não se dirigem a pessoas, mas à própria organização da Justiça, que deve ser a primeira interessada a corrigir possíveis falhas.

De fato, não há país que tenha adotado o instituto da ação direta de inconstitucionalidade, que fizesse depender a sua iniciativa de um órgão exclusivo. Em todos eles, várias autoridades podem pô-la em movimento e, por via de recurso, também os indivíduos quando estiverem em jogo determinados direitos e garantias constitucionais. Na Constituição da Alemanha Federal, nº 4a do art. 93, o cidadão pode ir até o Tribunal Constitucional Federal a fim de defender seus direitos cívicos, inclusive o da ocupação de cargos públicos (art. 33); a capacidade eleitoral ativa e passiva para as eleições parlamentares (art. 38); a não-sujeição a tribunais de exceção (art. 101); o direito à prestação jurisdicional (art. 103); os remédios contra privações arbitrárias da liberdade (art. 104). Deixamos para mencionar por último, como o mais expressivo da natureza altamente protetora que representa esse tipo de ação para os indivíduos, o apelo que eles podem fazer ao Tribunal Constitucional para exercitar o seu "direito de resistência" contra quem quer que intente derrubar o núcleo da ordem jurídica da República alemã, consistente em "um Estado federal, democrático e social". Tão elevadas atribuições dão razão ao jurista italiano MAURO CAPPELLETTI quando caracteriza a ação direta de inconstitucionalidade como a "jurisdição constitucional da liberdade", do mesmo modo que ressaltam a propriedade do título expressivo do livro de outro especialista da mesma seara, HÉCTOR FIX-ZAMUDIO, **Los Tribunales Constitucionales y los Derechos Humanos**. Observe-se também que, na Itália, a Corte Constitucional forma uma secção do Título "Garantias Constitucionais".

A sentença declaratória de inconstitucionalidade empresta ao Judiciário um cariz de legislador. O diploma legislativo que rege o Tribunal Constitucional alemão estipula que tal decisão tem "força de lei" (Gesetzeskraft). A Constituição austríaca de 1920, berço da instituição gerada por HANS Kelsen — Constituição revigorada em 1945, nos termos da emenda de 1929 —, é ainda mais vigorosa, como atestam os dizeres do seu art. 140, nº 6:

"Se uma lei é revogada (aufgehoben) como inconstitucional por julgado da Corte Constitucional, os dispositivos legais revogados pela lei declarada inconstitucional retomam a sua vigência a partir da entrada em vigor da revogação do mesmo diploma inconstitucional, a não ser que o Tribunal decida de outro modo."

O resultado soa estranho aos ouvidos dos juristas brasileiros, duplamente, por estarem adstritos ao preceito de que a lei somente se revoga por outra, e pela norma de que a lei revogada não se restaura por haver a lei abrogadora perdido a vigência. Mas, para os sistemas em que a declaração de inconstitucionalidade acarreta a nulidade da lei, a reprivi-

nação não deixa de ter a sua lógica. É o que consagra, com todas as letras, a Constituição portuguesa revista em 1982, em seu art. 282, nº 1:

“A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a **repristinção** das normas que ela, eventualmente, haja revogado.”

Pelo visto, o Brasil atual possui o mais completo sistema de controle de inconstitucionalidade, pela junção do modelo estadunidense com o austríaco: a revisão judicial por todos os órgãos judiciais, quando se trata da inconstitucionalidade em casos concretos, e a revisão judicial em tese como prerrogativa de determinado tribunal. Na realidade, quando o nosso Supremo Tribunal Federal exercita a última hipótese de jurisdição, é uma verdadeira Corte constitucional. Seria de grande alcance para o aprimoramento do nosso Judiciário que o Supremo Tribunal se convencesse do alto significado de tal prerrogativa. Todavia, como visto, houve uma deformação autoritária da amplitude da revisão judicial que o sistema brasileiro permite — deformação que esperamos seja meramente conjuntural. Para apressar a devida correção, bastaria que o STF inserisse no art. 169 do seu Regimento Interno um parágrafo formulado, mais ou menos, com estes dizeres:

“Quando o Procurador-Geral for solicitado a apresentar a representação prevista neste artigo, encaminhá-la-á ao Tribunal com parecer favorável ou desfavorável.”

O receio de que o Supremo Tribunal seja congestionado por uma plethora de representações de inconstitucionalidade em tese jamais poderá ser invocado. Primeiro, porque existiria medida processual para vencer esse inconveniente, como a designação de um Ministro com alguma especialização em direito constitucional, em caráter mais ou menos permanente, encarregado de realizar um relatório sumário sobre o petitório, o qual só vingaria nos casos em que o Plenário decidisse dar-lhe prosseguimento. Segundo, porque não haverá acúmulo de trabalho, por mais formidável que fosse, que justifique a flagrante inconstitucionalidade da transferência da revisão judicial nesse campo — como já demonstrado, da maior transcendência — para o Procurador-Geral, funcionário executivo demissível *ad nutum*, que daria a última palavra sobre as questões dessa natureza. A competência para julgar a inconstitucionalidade é do Supremo, que não pode abrir mão de tão alta prerrogativa, sem se despojar de seu papel de sumo intérprete da Constituição, transferindo-o ao Procurador-Geral da República. O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal é, nesse ponto, desenganhadamente inconstitucional. A Constituição arrola, na competência originária do Supremo Tribunal, processar e julgar “a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade ou para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual” (art. 119, I, letra l). Com isso não se pode entender que o Procurador-Geral é o juiz da inconstitucionalidade argüida. Seria uma interpretação descabelada, que implantaria o mais estranho método de controle de inconstitucionalidade, sem similar em nenhum país do mundo, além de contrário à nossa tradição. No Brasil, desde que

se introduziu, a partir da República, a defesa contra leis inconstitucionais, essa missão sempre coube ao Judiciário. Seria absurdo que, ao ampliar essa defesa, sob a feição mais ampla e elevada, qual seja a decretação de inconstitucionalidade em tese, o seu exercício pelo mais alto Tribunal ficasse ao alvedrio da Procuradoria-Geral. O Procurador-Geral é veículo ou conduto para o desempenho da competência do Supremo, e não obstáculo ou órgão anulador dessa competência, podendo impedir que todas as arguições de inconstitucionalidade em abstrato subam àquele Pretório ou somente lhe devolvendo, ao seu arbítrio, o conhecimento de algumas dessas arguições. Contudo, o Supremo Tribunal atenuou, embora parcimoniosamente, a rigidez — inconstitucional, refriço — do seu Regimento Interno, aceitando, em mais de um caso (são raríssimos os precedentes), reclamação contra despacho de arquivamento do Procurador-Geral das objeções de inconstitucionalidade. Meu colega Rubem Nogueira e eu nos utilizamos de tal medida, e a Reclamação, segundo nos consta, foi concluída ao Relator designado, o eminente Ministro Neri da Silveira, em 3 de outubro de 1983.

A perda de mandato legislativo ingressou em nosso ordenamento jurídico com a chamada "Emenda" nº 1 à Constituição de 1967. O Professor Rubem Nogueira, em recente trabalho (7), salienta a vacilação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito desse diploma normativo, ao qual ora se refere com o apelido de Emenda nº 1, ora com o de Constituição de 1969, que teria revogado a de 1967. É de lamentar a hesitação, pelo menos para fins de uniformização de nossa terminologia jurídica.

O uso preponderante consagrou o termo "Emenda", empregado pelos Ministros militares que promulgou tal ato legislativo. Mas o rótulo não muda a natureza das coisas. Seus autores lançaram mão, sem dúvida, de um eufemismo político a fim de dar a impressão de continuidade da ordem constitucional. Aliás, a rutura constitucional já se havia verificado com o Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, que serviu de base para o Ato Complementar da mesma data, de nº 38, que decretou o recesso do Congresso Nacional. É óbvio que, sendo o Poder de reforma constitucional um poder constituído, porque previsto na Constituição, somente pode ser exercido pelo órgão nela estabelecido para esse fim, agindo de acordo com o processo estatuído. Fora disso, a Emenda é inválida (8). Segundo a Carta de 1967, o órgão competente para proceder à revisão constitucional é o Congresso, e não os Ministros militares. O processo de reforma da Lei-Maior, por seu turno, é outro que não a promulgação de um Ato Institucional com outro nome.

Se o Supremo Tribunal caracteriza como "Emenda" o texto normativo baixado em 17 de outubro de 1969 pelos Ministros militares, não obstante a impropriedade técnica de sua decisão, Emenda ele passa a ser, porquanto não existe Tribunal mais alto que lhe reforme os arestos. Temos aí um

(7) "Revogada a Constituição de 1967 — Breve Comentário a uma Decisão do STF", *Revista de Informação Legislativa*, n. 82, abr./jun., 1984.

(8) Deve-se consignar que houve "emenda" constitucional mais estapafúrdia ainda, a efetuada pelo Ato Complementar nº 40, de 30-12-1968.

claro exemplo da possibilidade de divórcio entre a teoria jurídica e a prática dos tribunais. A qualificação de "Emenda" torna, por outro lado, mais simples o problema da decretação da inconstitucionalidade de reforma constitucional, uma vez que esta emana de um Poder constituído. Por amor à brevidade, faço remissão à minha monografia **O Poder de Reforma Constitucional** (9), onde dou o devido tratamento ao tema.

Todavia, se prevalecer o ponto de vista de que a denominada "Emenda nº 1" é resultado de nova subida à tona do Poder constituinte revolucionário, outorgante de uma Carta Constitucional que revogou a anterior, a conclusão em nada altera a nossa tese. A perda de mandato parlamentar por infidelidade partidária permanece com o estigma de inconstitucional. Uma vez que o constituinte revolucionário de 1969 conservou as linhas mestras da Carta política anterior, o preceito da fidelidade partidária, imposto como um dever imperioso cuja violação importa em verdadeiro delito, punido com a perda de mandato legislativo, conflita de maneira insanável com os centros vitais da Constituição. A fidelidade nesses termos instaura um tipo de mandato imperativo desconhecido de todos os regimes que não seguem o protótipo soviético. Acrescente-se que tal instituto nos moldes brasileiros escraviza os políticos às respectivas agremiações partidárias de modo muito mais rígido do que acontece nos Partidos totalitários. Nos países marxistas-leninistas, somente o eleitorado pode revogar o mandato popular, enquanto no Brasil o grupo dominante do Partido pode deflagrar o processo de destituição do parlamentar tido como infiel. O delito de infidelidade partidária entra, assim, em choque não apenas com um preceito de mais peso ou maior valor normativo, mas com uma série deles, como deixei comprovado na tese "Incongruências dentro do mesmo Setor Normativo", citada no início deste trabalho — o que me evita cansar o leitor com a repetição.

Esse disforme corpo estranho será, mais cedo ou mais tarde, extirpado do nosso ordenamento constitucional. Seria auspicioso para os fastos do nosso Supremo Tribunal, que não encerram muitos exemplos de jurisprudência inovadora, que ele se antecipasse ao legislador de amanhã.

### **O apoio da Ordem dos Advogados do Brasil**

Quando, diante da denegação de Representação do Procurador, o pedido de ação direta de inconstitucionalidade do § 5º do art. 152 da Constituição se achava em fase de Reclamação perante o Supremo Tribunal, recebemos, o Professor Rubem Nogueira e eu, officio do Conselho Federal daquela Ordem, datado de 22 de fevereiro de 1984, no qual nos comunicava que o mesmo Conselho, em sessão de 30-11-83, "deliberara secundar" a nossa iniciativa. Rejubilado com a boa nova, que tanto prestigiava a nossa tese, logo escrevi carta à Ordem, também subscrita pelo Professor Rubem Nogueira, agradecendo a honrosa adesão intelectual e aproveitando o ensejo para maior análise do parecer da Procuradoria da República desfavorável à nossa pretensão. A carta foi acompanhada de vários materiais de arrimo do nosso pensamento, sendo o mais valioso deles o ensaio fundamental de MARCEL BRIDEL e PIERRE MOOR, já mencionado, "Observações sobre a Hierarquia das Normas Constitucionais". Solicitava ao Presidente da Ordem

(9) 2.ª ed., Salvador, 1961.

que o arrazoado de corroboração do nosso pedido fosse encaminhado ao Ministro Relator com cópia da nossa carta e de todos os documentos a ela anexados.

Há poucos dias, porém, recebi, por gentileza de um colega da Província, as notas taquigráficas da "reunião extraordinária do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, realizada no dia 23 de julho de 1984". Tive, então, duas surpresas. A primeira foi verificar que a maior parte da sessão foi ocupada com a discussão e deliberação do nosso pedido e ação direta de inconstitucionalidade, quando no ofício anterior o ilustre secretário do Conselho da Ordem nos comunicara que esse órgão "deliberara secundar" nossas razões em sessão de 30 de novembro de 1983. Não entendi como isso podia acontecer. Secundar, ensinam os léxicos, é ajudar, auxiliar, coadjuvar. Não atinei como se podia deliberar "secundar", e, depois de oito meses, colocar em discussão o já deliberado. Esperava que o secundamento resultasse numa posição da Ordem de litisconsorte com o que pleiteamos.

A segunda surpresa foi a discussão em si sobre a inesperada deliberação sobre o que nos informara já deliberado. O debate é difícil de ser seguido e compreendido pelos meandros por que passa. Um Conselheiro apóia a proposição por ser neojusnaturalista; outro discorda que possa existir normas inconstitucionais no bojo de uma Constituição, embora admita que uma Constituição, no seu todo, possa ser inconstitucional; outros contenderam como kelsenianos e antikelsenianos. Enfim, emaranharam-se os membros do Conselho Federal da Ordem num cipóal que é difícil saber a que ponto de saída chegaram. Na votação final, nosso ponto de vista teria sido vitorioso, mas não sei exatamente como. A convicção que me fica, é que nossos nobres colegas do Conselho Federal da Ordem não leram nem o pedido formulado ao Procurador-Geral da República no sentido de apresentar Representação de inconstitucionalidade ao Supremo Tribunal Federal nem a carta dirigida ao próprio presidente do mesmo Conselho. Nesses textos, quisemos justamente evitar que se voejasse em nuvens jusfilosóficas. Por isso, no primeiro documento, escrevemos que a nossa posição era "extreme de qualquer conotação jusnaturalista", isto é, queríamos permanecer dentro do sistema jurídico vigente. Na carta ao Presidente da Ordem, fomos mais explícitos e extensos nessa advertência, como acentua este tópico:

"Como não se trata de tema jusfilosófico, nossa tese pode ser subscrita por aderentes de todas as filosofias do direito, pelos jusnaturalistas de qualquer matiz, pelos positivistas das mais diversas correntes, desde os defensores do estrito positivismo legal até os kelsenianos, pelos realistas norte-americanos ou pelos realistas escandinavos. Tudo isso porque a nossa tese não paira nas nuvens de qualquer filosofia, sendo apenas de hermenêutica, ou, se preferem, de lógica jurídica."

Nós próprios, os signatários dos mencionados documentos, somos uma ilustração prática do afirmado, pois se Rubem Nogueira é jusnaturalista, eu me filio ao positivismo jurídico.



# Parlamentarismo vs. Presidencialismo

MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO

Ex-Deputado federal — Professor *Honoris Causa* da Universidade Nacional Maior de São Marcos, de Lima no Peru — Professor Honorário da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade de Mendoza, na Argentina — Catedrático da Universidade Federal do Paraná

Tornou-se freqüente, nos debates políticos ou das idéias políticas, diante de crises institucionais denunciar o regime vigente como responsável pelos conflitos internos de uma nação. Mas não é bem assim. Um regime político se estrutura como pode e em razão de realidades cogentes. Não resulta de artifícios, nem da vontade constituinte.

Antes dos regimes políticos, está a nação. Como um corpo *natural*, um corpo *social*, dando vida ao corpo *político*. É a nação que devemos atender na sua formação geográfica, histórica e humana. Criando para ela, na sua perenidade, condições que resguardem a integridade orgânica nas diversidades territoriais.

A cada momento, nos desencontros intestinos, nas falhas administrativas, ouvimos clamores contra o regime político ou o sistema de governo por ele adotado. Culpamos o presidencialismo. Apelamos para a solução parlamentarista. Trazemos à colação exemplos que a própria história não reconhece como politicamente válidos.

No Brasil, então, a controvérsia vem de longe. Alcança críticas feitas à Constituição de 1824. Emerge da condenação que se faz à Constituição de 1891. Transcende as várias fases da evolução constitucional brasileira. Como se tudo fosse consequência direta do regime e do sistema no correr dramático deste século.

Os truísmos teóricos confundem espíritos marcados de seriedade doutrinária. Uns vêem salvação no parlamentarismo. Não chegam a dizer *por que*. Outros, voltam-se para os vícios do presidencialismo. Não apontando, porém, a *razão política*. Todos, quase todos, sem exceção, assumindo posições contraditórias em face da nação.

Já que estamos amadurecidos politicamente, embora sofridos por distorções institucionais, é chegado o momento de pensar com realismo, de sentir a nação como ela é, de conhecer como está formada, de saber das suas estruturas, colocando a problemática doutrinária nas suas verdadeiras bases sociais e políticas.

### *O problema nas bases sociais*

Antagonismos teóricos são flagrantes entre parlamentarismo e presidencialismo. Os menos atentos à ciência política, quando uma nação entra em crise ou busca rumos mais estáveis, lembram logo mudanças propondo experiências suscetíveis de apascentar traumas orgânicos afetando a saúde do corpo social.

O problema, com respeito às bases sociais, é de conhecimento sócio-científico. De *realidades* que não admitem graciosas especulações doutrinárias. De *pressupostos* em torno do regime melhor adequado aos condicionamentos nacionais. De *premissas* conduzindo a princípios na ordem anteriormente constituída.

Nos regimes políticos a *ordem constituída* vem antes e vem depois. *Antes* quando observada conforme a natureza das coisas e suas bases sociais. *Depois* quando a nação fica politicamente organizada. As correlações evidenciam sujeições naturais sensibilizadas por valores permanentes, quer geográficos ou sociológicos.

A intervenção popular nos mecanismos governamentais não chega ao ponto de conseguir desnaturar uma nação. A história do Parlamento inglês, tomada como exemplo modelar, na modernidade jamais inspirou práticas adversas à composição das forças nacionais. Trouxe, diante de circunstâncias causais, motivações objetivas.

Se nas bases sociais encontramos valores históricos, geográficos, étnicos, econômicos e morais, sublimados pelo tempo ou amadurecidos na experiência, são precisamente estes valores conjuncionados que repelem artificios, isto é, que não permitem construções político-administrativas alheias às formações sócio-naturais.

Por isso, só podemos encontrar o germe do parlamentarismo nas bases sociais de uma nação. De igual maneira, só encontramos o germe do presidencialismo em nações cuja estrutura resulte de vínculos centrados no poder político. A escolha de sistemas independe na prática de doutrinas, teorias ou boas ideologias.

## Fatores nacionais

Um regime *não é* ou *é* parlamentarista, porque assim o queira ser. Um regime não é presidencialista, porque assim seja a vontade de maiorias ocasionais. As antigas chamadas *Cortes*, na França ou na Península Ibérica, sem dúvida representavam embriões geopolíticos informando existência ou presença de fatores vivos nacionais.

O parlamentarismo inglês, embora mudanças tenham ocorrido na sociedade britânica, sempre objetivou somar, na unidade do poder político, reclamos de regiões, de grupos e camadas populares, porque num regime político é importante que a legalidade constitucional concilie interesses com realidades físicas fundamentais.

É preciso não confundir o processo democrático de eleição e representação com a adoção de regimes políticos. O *processus* representativo procede de formações e instituições que a ele se vinculam. Os vícios de organização, nos regimes políticos, geram, diante de forças naturais, conseqüências exigindo constantes medidas corretivas.

A experiência multissecular do parlamentarismo inglês ensina várias coisas. Primeiramente, que o centro de gravidade do regime encontra suporte na igualdade participativa de regiões de diferentes formações. Em segundo lugar, que essa participação, ao associar interesses, dá sentido de unidade ao Império britânico.

Nos Estados Unidos, a versão presidencialista, fundada na união das Colônias, deu nascimento à Federação como hoje conhecemos, sem prejuízo, porém, da influência congressual. O problema nas bases sociais transformou-se em problema nas bases políticas. Por excelência, ou virtualmente, numa questão de representatividade.

Lá, o poder constituinte, na sua pragmática, repousou, como não poderia deixar de ser, na preservação de uma possível unidade nacional. A função constituinte, no plano da política, ditou normas considerando as bases originárias e futuras. Dando à nova nação regime conforme realidades concretas.

## Influência da geografia

Cabe observar a influência decisiva do fator *geografia*, da guerra civil que, impondo a Federação, impediu o sucesso da Confederação. Dois aspectos sócio-históricos importantes para conhecimento da quase perpetuidade do regime norte-americano, de suas realidades, seus pressupostos e suas premissas constitucionais.

Observada a preeminência dos princípios fundamentais, com as técnicas constitucionais assentadas na coordenação dos valores nacionais locados nas diferentes regiões, conseguiram os Estados Unidos, através da Federação, *formar* uma nação dando-lhe conteúdo político coincidente com a importância das bases sociais.

Nisso ressalta a importância de um regime político. Das condições históricas que possui bem antes de ser reconhecido constitucionalmente e ordenado juridicamente. Existindo para a nação, como os sistemas parlamentar ou presidencialista, existem para os regimes numa razoável equação assim formulável: — os regimes estão para a nação, como os sistemas para os regimes.

Definido como *sistema* e não regime, o parlamentarismo a estudar depende, para ser bem exercitado, dos componentes que constituem uma nação soberana. Pode somar Estados, aglutinar povos, reunir tendências, aproximar geografias, identificar culturas, coordenar economias, unificar sociedades diferenciadas nos costumes.

Qualificado como sistema e não regime, o presidencialismo a estudar na unidade descentraliza, através de união autonomiza, por força de poder admite poderes, unifica fronteiras de mesma origem geográfica. Soma entidades autônomas num mesmo Estado geograficamente diversificado nas áreas políticas.

### *Confederação e Federação*

Pelo parlamentarismo vemos o sistema *confederacionar* nações. No presidencialismo observamos o sistema *federalizar* nações. Atendendo ambos a realidades geográficas, a pressupostos econômicos e a premissas sociais. Vingando, singularmente, em cada um deles:

— no parlamentarismo, as hipóteses de unificação de povos-nações distintas, a saber, para exemplo, da Inglaterra, do Canadá, da Irlanda e da Escócia;

— no presidencialismo, as hipóteses de nações de amplas dimensões geográficas, a saber, Estados Unidos da América, Brasil, México ou Argentina.

Mais adiante, tendo em análise *sistemas*, torna-se fácil verificar mediante dados históricos, da experiência e da prática constitucional, que os *sistemas* dizem com os *regimes* conforme estejam as nações formadas ou *in natura* geoestruturadas socialmente, intercomunicando as bases físicas com as bases sociais.

Na verdade, quando as nações tomam *forma* geográfica ou possuem dimensões geopolíticas próprias, os regimes apontam os sistemas mais adequados às realidades sociais ambientes, surgindo, então, como unitários ou centrados, como federados ou descentrados, como simples ou complexos nos aspectos orgânicos.

### *Imperativos condicionantes*

Para que se instaure um regime político, senão para a nação? Para que se elabora uma Constituição, senão para dar existência constitucional à nação? A que servem os regimes políticos, senão para retratar a

nação? Do contrário, as *Magnas Cartas* serão instrumentos falazes divorciados das permanentes raízes nacionais.

Ponderando bem, tudo quanto vemos no mapa de um país reflete objetivamente imperativos condicionantes. Desatendidas tais *condicionantes*, estamos desconhecendo *verdades* sociais, econômicas, culturais, etnográficas, ou seja, fatores que se compõem integrados na unidade nacional dando ao Estado legítima capacidade soberana.

Grande multiplicidade de imperativos condicionantes, de circunstâncias e de fatores causais, geográficos, étnicos, históricos, religiosos, econômicos, psicológicos e morais, dão figuração política às nações. Não há regime capaz de vitalizar-se desconhecendo o *habitat* que determina a vida das comunidades humanas.

Precisamente, da convergência dos vários imperativos ou fatores apontados, nasce e vive uma nação. Com o avanço da ciência política, da técnica e dos instrumentos de análise, não fica difícil detectar valores originários, essenciais e dominantes. Nem ajustar princípios a normas de organização de um regime político.

As implicações, quase todas de tônica sociológica, referindo-se a costumes, povo e território, nas variações geofísicas, ficam reduzidas conforme peculiares condicionantes, a *princípios* que, regendo relações e inter-relações, exteriorizam condutas, modos de ser e de viver em face do meio ambiente social.

No Brasil, já nação secular, ninguém deixa de notar as diferenças entre Norte, Nordeste e Sul, no Leste, entre Centro-Oeste e Oeste. Podendo qualquer análise adentrar fronteiras separando regiões e municípios, *linhas* divergentes convergindo para elementos comuns que dão fisionomia ou característica identidade nacional.

### *Realidades nacionais*

No livro *Regimes Políticos* tentei enfatizar certas teses substanciais, todas no bom entender indispensáveis à compreensão da mecânica das instituições constitucionais. Não querendo sugerir lições, a intenção do autor fixou-se em posturas objetivas:

- uma sobre a organização política;
- outra sobre a organização nacional;
- outra mais sobre a organização administrativa.

Visualizando, com isso, não debater idéias ou discutir ideologias, mas explicar que qualquer nação possui seus imperativos determinantes, a fim de que possa desenvolver mecanismos apropriados ao regime que adotou e *regime* conforme sistemas consentâneos ou conexados com as realidades nacionais.

Falando de *realidades nacionais*, "evidente que os problemas de organização política são os próprios de cada nação, específicos, e exigindo sentimento dessas mesmas realidades nacionais", não se podendo, por conseguinte, dissociar a organização constitucional da organização política e natural da nação.

Haja vista que o sintoma das crises possui causa primária no descompasso entre a nação *natural* e a nação *política*, entre os sistemas de governo adotados e os fundamentos que oferecem suporte ao equilíbrio necessário entre o que é *constitucional* e o que está *constituído* por razões históricas e geossociais.

Obviamente que, falando aqui em *realidades nacionais*, estamos a falar de território e população, de história e tradição, de economia e direito aplicado, de regiões e grupos sociais, de legislação e instituições. Sobretudo da eficácia da norma constitucional no regime político ou da natureza do Estado-Poder.

### *Realismo constitucional*

O importante é sermos rigorosamente realistas no conhecimento objetivo de uma nação. Não nos deixando engravidar por regimes ou sistemas que possam de longe fecundar ações políticas, germinando em situações lesivas institucionais ou em situações sujeitas a constantes rejeições orgânicas inevitáveis.

Verifiquem, querendo, com respeito a episódios ainda recentes, o que aconteceu aqui no Brasil, com a Constituição de 24 de janeiro de 1967. Emendada por ato de 17 de outubro de 1969, adquiriu nova redação, o que não impediu outras e sucessivas emendas regulando exceções ou alterando disposições aleatórias.

Em três ocasiões históricas ganhamos a oportunidade de levantar sólidos alicerces de um regime político estável: com a Carta de 1824, com a Constituição de 1891 e na Constituinte de 1946. Não o fizemos, entretanto. Deixamos apenas que as idéias criassem ilusões importadas. Fomentassem soluções artificiosas.

O parlamentarismo da primeira Constituição surgia ainda conseqüente das Capitânicas e da organização colonial. Correspondia a fatos geopolíticos, a fatores ao tempo ponderáveis, a determinantes unitárias, ao amplo território marcado por formações dependentes do poder centralizado, porém sem asfixiar as províncias.

O presidencialismo republicano de 1891 não conseguiu facilmente transformar a nação. Foi sábio, porém, quando instituiu a Federação. Conhecendo *realidades*, manteve as instituições tradicionais, respeitou limitações geográficas, sancionou princípios estruturais localizados, descentralizou sem quebra da unidade nacional.

Já em 1946, repetimos 1891. Mas com a Carta, então colocada em vigência, não consideramos a nação transformada, a república que não



era mais a do século XIX, muito embora atendesse com sensibilidade a composição territorial e seus poderes, a figura do Município como parcela básica da administração descentralizada.

### *Lições do passado*

Lamentável que se consulte tão pouco: PIMENTA BUENO (*Direito Público Brasileiro e a Constituição do Império do Brasil*, de 1857); ALBERTO TORRES (*Organização Nacional*, de 1914); e OLIVEIRA VIANNA (*Instituições Políticas Brasileiras*, de 1949). Porque a realidade fundamental não mudou. É a mesma.

De nada adianta o que a Inglaterra exhibe no século XIII e sua Magna Carta? O que aconteceu, quando na segunda metade do século XIV, o Parlamento se tornou bicameral? A dissolução do Parlamento por períodos revolucionários. Porque a lição britânica historiouse com o *Bill of Rights* e não consoante à organização política.

Também, apenas como lições de *não fazer*, pelos sucessos posteriores, fica em exame a Revolução francesa de 1789. Numa pura demonstração histórica de que os eventos populares passam a políticos nos períodos em que os regimes não representam a nação, deslocando-a de suas bases naturais e sociais.

Grandes transformações encontramos nas instituições dos Estados Unidos e da Rússia. No primeiro permanecem porém os mesmos rumos reais da Independência, em 1776. Na URSS, basta querer comparar, guardando intacta a nação na sua expansão, o soviétismo como o czarismo; apenas dominam largos instrumentos administrativos.

São valiosas reminiscências, afirmando que sobretudo as nações novas da América ou da África não podem assentar regimes políticos em construções estranhas às realidades nacionais. Quaisquer soluções constitucionais não de contar com modelos informados pelas fontes naturais nas projeções constituídas e constitucionais.

Não vamos, no entanto, discutir instituições, com males que acontecem nos processos de ação governamental. As privações de liberdade, decretadas por governos autoritários, visando solucionar crises, na motivação refletem fraqueza institucional. Só logram impor medidas estanques ou simplesmente passageiras.

### *O sistema inglês*

Aos que pretendem implantar o sistema parlamentar em nações como o Brasil, recomende-se a leitura de HAROLD J. LASKI (*Parliamentary Government in England*, 1938), ainda a melhor análise dos aspectos positivos do funcionamento orgânico das instituições, estimando perspectivas básicas e não alternativas transitórias.

Por outro lado, o sistema parlamentar inglês, além de representar sociedades soberanas, procura politicamente manter as estruturas econômicas e sociais. Em nações subdesenvolvidas presume-se que as tensões internas deságuam nas instituições gerando crises suficientes para desestabilizar regimes políticos.

Sabemos, a respeito das questões fundamentais, que o parlamentarismo inglês, tão festejado em nações despreparadas, resulta de causas sustentando princípios dominantes, de *regras* na evolução convertidas em normas estruturais consideradas inalteráveis. Isso não é possível transplantar sem provocar conflitos orgânicos.

Sobretudo, na Inglaterra, o sistema parlamentar tem na *Câmara dos Lordes*, à equidistância da *Câmara dos Comuns*, suficientes faculdades conservadoras de equilíbrio entre o que *é* e *deve ser*, entre as estratégias políticas e as situações criadas quando exigem decisões de largo ou restrito poder constitucional.

A *Câmara dos Comuns*, por sua vez, à margem da *Câmara dos Lordes*, graças aos próprios mecanismos representativos, espelhando interesses do regime, assegura ao Gabinete autoridade capaz de encontrar respostas aos problemas envolvendo negócios internos ou estrangeiros sujeitos à opinião partidária.

No complexo do regime britânico, está evidente a confederação na base do parlamentarismo, pela atuação do bicameralismo de fontes diversas, em função do Gabinete, da Administração, da Justiça e *in fine* da Monarquia, esta sensível a idéias liberais, conservadoras ou trabalhistas *ex post factum* informando o regime político.

### O sistema francês

Após descolonização, o atual sistema parlamentar francês, centrado e unitário, de aplicação na França continental, não oferece exemplo possibilitando modelos transplantáveis. É característico da geossociedade francesa, consolidada historicamente através de *comunas* autônomas. O mesmo acontece hoje em Portugal e na Espanha.

Atualmente, a França, em face do poder político, é Estado *unitário*, no qual, o parlamentarismo, com sede na Assembléia Nacional, efetiva governo amplamente representativo. De mais a mais não há nenhuma semelhança com os Estados Unidos e o Brasil. Semelhança pode haver, não necessariamente, com o Uruguai e a Colômbia.

Nada, nos regimes políticos, resulta da doutrina. A França, de agora e na possível evolução futura, lembra traços da Convenção que substituiu os Estados Gerais, em 1789. Desde o ocaso da *Terceira República*, vem sendo coerente com a sua geopolítica, e o princípio representativo atendendo  *fatos* e não teorias.

A função do *Gabinete*, nos aspectos políticos ou técnicos, evidentemente, como ensina a tradição, surge da necessidade do recrutamento de pessoas capazes para atender a organização estatal nos largos pressupostos administrativos, inter-relacionando faculdades nas linhas hierárquicas de conduta governamental.

Ao ser incluído o Gabinete no contexto da organização estatal, isto não quer dizer que a colocação seja da essência do parlamentarismo, pois o regime francês atual, como se apresenta, assemelha-se mais ao presidencialista, ajudado por um organismo de representação, sujeito à confiança parlamentar.

Em realidade, o Gabinete, na França como na Inglaterra, constitui uma *Comissão* de tendências ou Partidos, estruturada sob bases majoritárias representativas enquanto perdurar *confiança* que, não afetando o *Presidente*, afeta, porém, um tipo de representação recebida ou delegada sob tutela do corpo legislativo.

### *Outros sistemas*

Afastada a problemática dos *finis* marcantes nas chamadas *Repúblicas Populares*, nos quais se incluem prioritariamente valores de *economia* e de *segurança*, nos regimes contemporâneos os sistemas de governo obedecem a padrões universais, porém sensibilizados por fatores nacionais causais e geocondicionantes.

Olhar o Canadá é quase ver a Inglaterra, devido a existência de Estados autonomizados confederacionados, todos com legislaturas distribuídas ou separadas, assemelhando politicamente no mesmo sistema a Escócia e Gales, Ontário e Quebec. As implicações possuem motivação constitucional na realidade geográfica.

O federalismo, no ocidente alemão, nascendo de critérios regionais ou locais, realiza experiência ainda não consumada. A Federação, somando interesses gerais, acomoda numa sociedade política *quase federal*, questões a equacionar que se relacionam vitalmente com o problema fundamental do poder institucionalizado.

Difícil dizer, porém, nos regimes lembrados, que os sistemas sejam uns iguais aos outros. Na aparência, ocasionalmente, possuem elementos comuns. Todavia, no conteúdo e na formação, os mecanismos de organização e ação política, nos fundamentos originários, chegam comprometidos com determinantes geossociais.

Por mais que se estenda a observação crítica aos sistemas contemporâneos, nenhum deles na sua maneira de ser e forma esquece padrões clássicos, surgindo aqui parlamentares e ali presidencialistas, simples ou compostos, unitários ou centrados, federados ou confederados, tais sejam as condições fáticas de cada nação.

Há coisas que a inteligência humana não pode mudar ou senão mui lentamente transformar. Uma delas é o território sobre o qual assenta uma sociedade política. Outra, as chamadas realidades de *cultura*, situações que dispensam explicações teóricas porque são  *fatos* impondo soluções políticas lógicas e racionais.

### *Variantes nos sistemas*

Com a descolonização depois da última Grande Guerra, nas décadas de 50, 60 e 70, a ciência política entrou em quase colapso científico, pois, por todos os quadrantes do planeta, surgiram novas e outras nações, povos se aglutinaram em Estados soberanos, tribos se uniram firmando pactos sociais nascidos dos sucessos revolucionários.

No entanto, sucessos revolucionários, não criando realidades, não criam fatores nacionais. As raízes culturais, por serem permanentes, nunca deixando de atuar na formação dos regimes políticos, contribuíram para invalidar sistemas clássicos, porque na maioria os sistemas clássicos têm suporte em inalienáveis verdades históricas.

De imediato, as repúblicas proclamadas militarizaram o poder, autocratizando governos. Na África podemos citar: Alto Volta, Guiné Equatorial, Mali, Mauritânia, Ruanda ou a Somália, adotando sistemas contrastantes com o regime. Na Ásia basta lembrar: Tailândia, Vietnã, Bangladesh, Bahrein, Camboja ou mesmo a velha Etiópia.

Em cada nova nação, as crises precisamente surgiram do antagonismo entre sistemas de governo e regimes políticos. Umas querendo adotar o Estado *parlamentar*. Outras o Estado *federal*. Algumas um tipo de República *socialista*. Nenhuma delas, porém, em razão da sociedade ou da economia, atendendo condições geossociais.

Conseguem ainda relativo equilíbrio interno algumas chamadas *monarquias constitucionais*, como Kuwait, Lesoto, Marrocos, Nepal, Omã ou Samoa Ocidental, não só pelas reduzidas dimensões geográficas como pela tradição mantida no exercício do poder político. Já que a Malásia não pode ser a Suíça, a Suazilândia não pode ser a Suécia.

A história das nações, da Idade Média aos nossos dias, tem sido a história de conflitos entre sistemas de governo e regimes políticos. Não se tenha a ilusão de supor que o presidencialismo ou o parlamentarismo estejam ao sabor de forças constituintes. Dependem, isto sim, de precedentes históricos e geossociais.

### *A pesquisa geoistórica*

A pesquisa, em ciência política, de inegável valor histórico, sempre traduz conhecimentos atuais. Via de regra, observa povos e nações *onde*

vivem e *como* vivem, não enfocando situações ideais em prejuízo de situações reais. É geoistórica, por excelência. Limitada a dados objetivos de pura genética social.

Só ela, quando honesta, dá resposta adequada a algumas indagações elementares:

- sobre como podem existir os regimes?
- sobre como as nações estão formadas?
- sobre como os sistemas são lógicos?

Daí o simples motivo pelo qual, sem o *porquê* das coisas naturais, diante de sistemas opostos, não poderemos afirmar que somos presidencialistas ou parlamentaristas. Será que a nação nada vale? Será que a nação é uma ficção geográfica? Será que acossados por ideologias podemos desconhecer condições vinculadas à geopolítica?

Quando assim afirmamos, não há exagero, sem dúvida, nas afirmativas. Um estudo mais profundo, ligado à pesquisa geoistórica, é que poderá dizer o que melhor serve a uma nação. Sentir a nação, vê-la como é, constitui sintoma de amadurecimento político. Evitando riscos ou reações conseqüentes de sistemas irracionais.

As vicissitudes de uma nação aumentam e crescem na medida em que não sentimos as realidades nacionais, cósmicas ou telúricas, gerais ou locais. Devemos saber que na sua marcha evolutiva as instituições jamais desaparecem, podendo, no entanto, dentro das mesmas bases naturais, sofrer transformações.

Persistem, contudo e sobretudo, a superar erros e acertos, as causas dominantes da formação sócio-nacional. Golpes ou revoluções, também apontados na pesquisa geoistórica, fazem lições de experiência. De igual maneira guerras civis ou ditaduras de transição. Os sistemas, como os regimes, respondem pelas tensões sociais.

### *Sistemas transitórios*

Se o parlamentarismo é um sistema de fórmulas universais, o presidencialismo também o é nos seus padrões nacionais. O que muda não são os regimes políticos, nem também os sistemas de governo, mas os métodos ou processos de ação política. Passando de liberais a autoritários, de discricionários a ditatoriais.

A rigor, a índole natural dos regimes políticos nada tem a ver com métodos e processos de ação política. Os regimes, quando naturais, ficam. Os modos de atividade, quando distorcíveis, passam. Foi o que aconteceu, com a substituição dos regimes por *formas de Estado*, logo depois da conflagração 1914/18.

Merecem destaque para meditação do analista estudioso alguns eventos incorporados às lições da história:

- do *fascismo* italiano;
- do *nazismo* alemão;
- do *kemalismo* turco;
- do *pilsudskismo* polonês;
- do *falangismo* espanhol.

Formas de Estado, talvez porque os modos de atividade não fossem liberais, os sistemas lembrados esgotaram-se numa geração. Tornaram-se *transitórios* desde que superadas as motivações; os efeitos não conseguiram evitar conflitos ou traumas orgânicos. Faleceram, obviamente, pela individualização do poder.

A concepção totalista do poder político influenciou na Itália (Mussolini), na Alemanha (Hitler), na Turquia (Kemal), na Polônia (Pilsudski) e na Espanha (Franco), numa tentativa inútil de absorção de velhas instituições em favor de novas, tal como se a nação fosse plasmável pela influência de ideologias.

Na verdade sociológica, numa nação formada por vários fatores, concentração de autoridade, Partidos únicos, corporativismo, racismo ou nacionalismo, apenas representam singularidades circunstanciais. Não encaram problemas de base, a unidade formada num mesmo espaço social por gerações passadas e presentes.

### *O enfoque soviético*

A história da República Soviética Federativa Socialista (Rússia) ou da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) é capítulo à parte no estudo dos regimes políticos. Avaliando transformações a partir de 1917, verifica-se que a substituição do *czarismo* pelo *sovietismo* não alterou a fisionomia da nação.

Em face das instituições, geografia e história servem de base à formação da nação russa. A autocracia a seguir de 1825 (Nicolau I) projetou-se em 1917 no sovietismo (Lenine) dentro de duas metas continuadas: russificação nacional e absolutismo político, ou seja, nacionalismo e poder político federal centrado.

Para atender à sobrevivência histórica da nação, sem quebra dos condicionamentos naturais, o regime russo, através da federação, adota o materialismo econômico (Marx), partindo do pressuposto de que a sociedade política conhece apenas uma determinante fundamental, a do elemento-fator-econômico.

Não vem a propósito discutir a posição soviética em relação ao poder econômico. O que importa, na Federação russa, é sua fidelidade à nação

como fonte primeira das instituições. Fidelidade que se manifesta na unidade federal e na conseqüente descentralização política-econômica-administrativa.

Federação constitucionalmente declarada por não poder deixar de ser desde a Lei Fundamental de 1923, tal colocação diante da realidade étnico-histórica retrata regime político amparado numa união super-nacional, *regime* no qual o sistema presidencialista assume caráter colegiado sob controle do Estado socialista.

Em linhas gerais, o regime russo é um regime de sistema composto, federando etnias geográficas, antes nações primárias, cada nação, nas origens seculares, formada em bases sociais estratificadas, *unidas*, embora possuindo raízes culturais distintas. Era assim, no czarismo. É assim, no soviétismo. Nas estruturas, nada mudou.

### *Instituições brasileiras*

Também no Brasil, as instituições não carecem de pesquisas aprofundadas. Estão visíveis na geoistória. Ficam conhecidas através de formações sociais bastante características. Quanto à unidade nacional, *integrou* fronteiras internas, não obstante diversidades geoeconômicas, *fundiu* diferenças sócio-culturais.

No Brasil, a ciência política, sendo a história não tão milenar como a da Rússia, sabe, diante de realidades heterogêneas, que a homogeneidade orgânica nacional não pode suportar sistemas de governo adversos à formação da sociedade, cuja identidade adquirida é verdadeiro milagre, considerando o ideal *bolivariano* na América espanhola.

Uma República Federativa nascida de normal evolução histórica, com unidades federadas perfeitamente caracterizadas, não se pode dar ao luxo de uma transformação política institucional que venha alterar condicionantes geopolíticas. Nem de, num mesmo regime, adotar sistemas de governo diferentes da realidade da nação.

As unidades da Federação brasileira, situadas na Amazônia e região norte, no Nordeste e na região centro-oeste, no Sudeste e na região sul, não possuem a tônica de confederadas porque espelham com nitidez a consumação natural do federalismo. Admitir sistema que confedere a nação será o mesmo que alimentar o separatismo.

Erros de governantes, excesso de centralização política ou administrativa, subserviência de um poder a outro poder constituído, episódios subversivos ou revolucionários, místicas ou ideologias, bons ou maus governos, até aqui jamais conseguiram desnaturar a nação e nem sequer violentá-la na sua unidade.

Adotar, por motivo de crises políticas diante da história tão fugazes, sistema governamental contrário à realidade sócio-geopolítica de uma

nação, com ameaças à Federação no que ela tem de fisicamente substancial, será o mesmo que desaguar em soluções temerárias raturando processo evolutivo embora tumultuado.

1824/1891

Faz-se preciso, então, destacar para estudo mais detalhado que a função política das instituições brasileiras decorre diretamente do federalismo. Não há nada a estranhar nisto. Como se achava o Brasil em 1822, só estava preparado para um sistema unitário à base provincial, indispensável à fixação da unidade nacional.

Compreenda-se agora o *porquê* do unitarismo e do parlamentarismo monárquico: nossa organização constitucional de 1824 só podia corresponder às condições geossociais da nação naquela época. Contudo, o sistema representativo já prenunciava orientação federativa que viria consumir-se na Carta republicana de 1891.

Do ponto de vista morfológico, equivale dizer que, em 1824 e 1891, a nação esteve fiel às suas instituições básicas. O que vemos foi o Brasil-Império continuar a tradição do Brasil-Colônia. Na República, nada mais fizemos do que consolidar instituições dentro de propósitos, permitindo manutenção da unidade nacional.

A organização político-constitucional se dá em razão das matrizes nacionais, isto é, conforme estabilidade alcançada na evolução das instituições. É o que podemos chamar de integração da nação à sua geografia, forjando assim regime político e sistema do governo em face de fatores congêntos e potenciais.

É precisamente a história política comparativa que faz compreender os regimes políticos e os sistemas que lhes dão sustentação. Na verdade, quando constitucionais, no seu fundo não discrepam da fisionomia orgânica da nação. Bem se entende a responsabilidade constituinte quando afasta o *constitucional* do geossocial.

1824 foi um marco, efetivo, real. 1891, outro marco, de origens objetivas. Eis por que o regime-Estado deve vir igual ao Estado-Nação. Demais, não conhecemos regime senão dependente ou radicado dos complexos estruturais constitucionais. Veremos, querendo, que estes complexos representam unidades primárias geopolíticas.

### *Impasses políticos*

Tensões políticas não implicam necessariamente na mudança de sistemas governamentais. Formas de organização e valores sociais são conceitos muito específicos e, assim, consentâneos com realidades estruturais ou estruturadas. Nenhuma nação poderá ficar alheia ao *modo* pelo qual uma sociedade política está construída.

Por isso sempre afirmamos e aqui repetimos que não há problema mais prioritário em uma nação que o problema da organização nacio-



nal. Isto nos leva a considerar que as instituições em si mesmas podem não ser imutáveis, podendo, porém, sofrer transformações a partir das bases geossociais que lhes sejam próprias.

Não se podendo dizer, a título de curiosidade, que o sistema parlamentar seja estranho à história brasileira, também não podemos argumentar que seja um sistema que venha a resolver problemas de organização e, nas conseqüências, problemas da Federação. Não é sem motivo que a tradição republicana é presidencialista.

Na teoria, tudo bem. Sobretudo quando explicável em termos de nação. Na prática, entretanto, o parlamentarismo como concebido pós 1960 no Brasil, reduzindo poderes do Presidente da República, apenas teve o dom de criar impasses políticos. Desarticulando instrumentos de governo, por se mostrar inassimilável.

Adotado no Império, obteve êxitos porque na época a nação ainda era *unitária* e vinha de Colônias transformadas em Províncias sob o guante político do Imperador. Da Corte provinham os governadores nomeados. A centralização era total. A Federação estava apenas a pedir reconhecimento do que impunha a geopolítica.

Superados impasses políticos, motivos menos saudáveis derrotaram o incipiente parlamentarismo brasileiro:

— primeiro porque os exemplos da Inglaterra, Espanha, França, Itália, Alemanha ou Israel, não serviam aos interesses estruturais, pessoais e políticos nacionais;

— outro porque, embora da essência do sistema, os interesses postos em jogo pela tradição republicana não admitiam a regra da dissolução do Parlamento;

— um terceiro porque, esvaziada a Federação e, portanto, os Estados federados, um Parlamento dissolúvel em sistemas iguais, afetava o federalismo e a estabilidade do regime.

Na verdade, o pacto político assumido através do parlamentarismo, frontalmente contrário ao federalismo consolidado, não trouxe, como não traria, resultados positivos, a não ser com o desaparecimento da Federação. Fácil verificar que as Federações repelem o sistema parlamentar. Daí a existência do presidencialismo.

Não cabe a ninguém, pelo simples gosto das mudanças, impor sistemas de governo aos regimes políticos. Se os regimes dizem com as nações, os sistemas dizem com os regimes. Não se é parlamentarista, por querer ser. Nem presidencialista, por vontade de querer. O quadro geonacional condiciona a organização constitucional.

1946/1969

Alguns fatos, aqui no Brasil, sensibilizam a ciência política. Fazemos pensar com rigor exegético. Procurando para esclarecimento ou in-

terpretação razões pelas quais as crises não abalaram a federação. Acontecida a Revolução de 1930, o discricionarismo não conseguiu desfazer laços históricos tradicionalizados.

Deflagrada, a Revolução de 1932, quase uma guerra civil, desaguou na Constituição de 1934. A Federação ficou mantida como nos pródromos republicanos. A Carta de 1937, autoritarizando o poder, jamais negou a Federação. As normas constitucionais, organizando o Estado, substancialmente eram de origem federativa.

Em 1946, por força de poder constituinte, reconheceram-se, na elaboração da nova Carta, forças anteriores à Constituição que estava sendo votada. O restabelecimento da *ordem constituída* manteve, do conhecimento das bases sociais, o presidencialismo em face da Federação, a composição do Estado diante da realidade geossocial.

Aliás, nisso, as propostas são as reais nacionais. Correspondem, em razão de fatos inarredáveis, às formações geopolíticas. Porque numa constituinte não se cria a nação, não se inventam instituições. Apenas elaboram-se normas capazes de manter vivo o corpo nacional na sua exata composição histórica e orgânica.

Examinando a Carta de 1967, nela não verificamos quaisquer transformações estruturais. Nem o avanço do poder de fato, ou seja, do poder político de fato, chegou ao ponto de possibilitar o abandono do federalismo, embora a Emenda de 1969 hipertrofiasse o Executivo em detrimento da pureza do presidencialismo.

Não obstante homens e costumes políticos passassem a ter mais importância do que o quadro constitucional, os Atos Institucionais, que deram relevo à Emenda de 1969, encontraram limite nos princípios de continuidade histórica, herança social, que nem reformas, golpes ou rebeliões populares conseguem remover.

### *Convenção de Filadélfia*

A Convenção de Filadélfia trouxe lições que até hoje perduram. Não foi apenas a Declaração de Independência, assinada em 8 de julho de 1776, marcando o nascimento dos Estados Unidos. O episódio, tão importante quanto as grandes revoluções, definindo o curso dos acontecimentos, qualificou novo tipo de regime político.

Recorrendo à *Autobiografia* de BENJAMIN FRANKLIN, sentimos que, antes da Reunião dos treze Estados (ficaram doze), já havia uma consciência nacional em formação, fundada:

- na idéia de nação geopolítica;
- no conhecimento das diferenciações;
- na necessidade de poder de união;
- no reconhecimento de valores regionais;
- na criação de um federalismo orgânico.

Não nos cabe, neste escorço, senão resumir tendências e objetivos. Iniciativas, não propriamente ideológicas, porém de bases sociais, juntando conservadores e radicais. Tendo em vista, nas projeções, integrar Colônias e abrir perspectivas futuras. Prevenindo duas situações de alta relevância político-social:

- a adesão de outros núcleos colonais;
- a soberania nacional.

O grito de Patrick Henry, delegado à Convenção, enquadra os acontecimentos: "Já não existe distinção entre os habitantes de Virgínia, Pennsylvania, Nova Iorque e Nova Inglaterra; não sou virginiano e sim norte-americano." Não são, estas, simples palavras. O desafio estava jogado. Sucessivos atos culminaram na Federação.

A Declaração, redigida por Thomas Jefferson e adotada a 4 de julho de 1776, embora documento formal e subjetivo de direitos, dava fisionomia íntima à nova nação, dizendo como devia ser e organizar-se, a maneira pela qual seriam atendidas as antigas Colônias e exercitada a soberania nacional.

### *Estados Unidos*

A análise dos resultados da Convenção de Filadélfia tem para o Brasil muito maior importância que as Revoluções antes e depois acontecidas, a francesa (política), a inglesa (industrial), a russa (socialista) ou a mexicana (agrária), pois diante de realidades fundamentais *in tempore* as aproximações se fazem válidas.

As diferenças é que exigem serem detectadas, ante a possibilidade de um regime e outro, de um sistema e outro sistema de governo. Não se discute, a nível de realidades, a sabedoria dos representantes das antigas Colônias norte-americanas. Queriam uma nação e assim a tiveram orgânica e constitucionalizada.

No Brasil, as dificuldades não foram tantas, vínhamos da mesma origem histórica, falando uma mesma língua, herdando um mesmo governo de unidade, embora dimensões e características incidam não em iguais, mas em assemelhados condicionamentos geossociais telurizados. Este, porém, é um ponto de convergência nas soluções políticas.

Nações *arbitrariamente* organizadas fracassam porque não correspondem às realidades fundamentais. Nações *naturalmente* organizadas ganham sucessos porque retratam possibilidades reais. A tendência à Federação ou à Confederação exclui inclinações contraditórias. O recurso ao federalismo consolida *diferenciações* na unidade.

A solução política norte-americana para o fortalecimento da nova nação se deve:

- ao princípio federativo;
- à integração das unidades;

- ao respeito pelas normas;
- ao tipo de organização;
- ao realismo geopolítico;
- ao presidencialismo.

Na França, o constitucionalismo sempre desaconselhou o federalismo ante a impossibilidade de fórmulas dividindo o poder soberano estatal. O espaço social francês, afora unidades extraterritoriais ou Colônias, recomendava a Confederação e o parlamentarismo. Os dados fazem valores traduzindo objetivos orgânicos.

Nos Estados Unidos, o constitucionalismo sempre aconselhou o federalismo diante do pacto político entre unidades, visando a união nacional. O espaço social norte-americano, integrando tendências regionalizadas, recomendava a Federação e o presidencialismo. Souberam sacrificar teorias às suas reais conveniências políticas.

### *Parlamentarismo*

Por certo, legislações políticas oportunistas não absorvem realidades fundamentais. À margem de tais realidades não há regime ou forma de governo capaz de ganhar estabilidade, pois não podemos simplesmente desconsiderar:

- o território, como base física da nação;
- o Estado, em face da organização política.

Não são os mecanismos de um sistema parlamentar que só interessam ao estudioso, mas o próprio parlamentarismo em si mesmo, em razão da nação como é e conforme exatas determinantes geossociais. Na verdade, o parlamentarismo não se faz senão produto ou resultado de complexas formações políticas por natureza compostas.

Se colocarmos diante de observação o parlamentarismo na pureza do que representa, alguns elementos surpreendem de imediato impondo soluções lógicas:

- um de composição complexa;
- outro de espaços territoriais;
- outro ainda de conexão de povos;
- outro mais de unidade constitucional.

Explica-se. Na Inglaterra ou Canadá, por existir Confederação somando territórios diferentes em formação num mesmo *processus* representativo. Na Bélgica ou Holanda pelos motivos apontados e parcas dimensões geográficas. Na Suíça, se é que lá existe, resulta da permanente influência de distintos *cantões* históricos.

Compreende-se. Em Portugal, antes colonial e agora descolonizado, é possível por estreitas razões geográficas. No Uruguai ou Panamá, também é recomendável pelas exíguas condições territoriais. Duas premissas lógicas podem ser levantadas no entendimento objetivo dos sistemas de governo:

— o parlamentarismo, como sistema ou forma de governo, surge de *fora* para dentro;

— o presidencialismo, como sistema ou forma de governo, surge de *dentro* para fora.

Valem aqui os dados naturais informando a vida orgânica de uma nação. Torna-se fundamental, nos regimes instituídos, a interdependência e não a separação, a agregação e não a desagregação, a unidade na divisão conforme imperativos originados dos complexos nacionais naturais e não teóricos especulativos.

### *Presidencialismo*

Com o presidencialismo se dá o mesmo que no parlamentarismo: para ser aceito ou aplicado sem rejeições orgânicas, é preciso que atenda a nação na sua realidade natural e física. Nos regimes políticos, *a priori* não se trata de saber qual o melhor sistema, mas de saber qual o melhor sistema adequado à formação nacional.

Não estamos diante de questões opcionais, teóricas ou doutrinárias. De questões possíveis de equacionar-se ideológica ou doutrinariamente. Mas de questões realmente objetivas sujeitas, nas equações de ciência política, a soluções práticas, considerando realidades visíveis e nunca abstrações políticas filosóficas.

Isso é que é preciso pensar. Conhecer que não somos nós a escolher o sistema de governo adequado ao regime político, quer monárquico, republicano ou socialista. A *morfologia nacional*, ditando situações dizendo com as estruturas sociais geofísicas, aponta sem enganos os elementos inalienáveis e substanciais.

Sobretudo com respeito à concepção de presidencialismo, as propostas, na composição dos poderes, não impõem *poderes* senão iguais e harmônicos. O caráter de cada poder, pela natureza das funções, não consagra presunções de que um poder possa sobrepor-se a outros. A tarefa, de separação mais cautelosa, é tarefa *constituente*.

O equilíbrio correto, dependente das Constituições, tanto no parlamentarismo como no presidencialismo, reclama normas claras capazes de evitar a onipotência de um poder sobre outro. No parlamentarismo, o Parlamento nunca é absoluto. No presidencialismo, nunca também o Presidente é absoluto. O princípio assemelha-se nos sistemas.

Todavia, está evidente, não podemos responsabilizar sistemas por possíveis traumas causados ou conseqüentes de tensões sociais. Os remédios é que devem vir previstos. Se ao menos desejarmos, através de um sistema racional, um regime político estável consentâneo com o normal funcionamento das instituições.

Condenar o presidencialismo, apelando para o parlamentarismo, será ignorar fatos de unidade contidos nos fatores históricos, humanos, comunais ou territoriais. Como não dar significação aos meios de ação pública nas preventas limitações que deságuam na incompetência, ilegalidade e no controle da constitucionalidade?

Afirmar, pelo simples gosto de afirmar, que, num regime político de sistema presidencial, Presidente e auxiliares não respondem perante o Parlamento ou Legislativos, não há maior contra-senso. A questão é de norma, de lei constitucional, de preceito concreto dispendo sobre maneiras de controle do exercício dos poderes.

### *O caso brasileiro*

Partindo de premissas históricas, observada a nação brasileira após Colônia e do advento da Independência, *stricto sensu*, podemos sem dúvida chegar a duas verdades:

— o parlamentarismo no Império era ajustável às condições naturais da nação;

— o parlamentarismo trazia ao Império condições de consolidar Províncias, dando-lhes autonomia.

Em face de conhecidas dimensões geográficas, passados poucos anos da emancipação, já a Federação estava à vista. No segundo Reinado, D. Pedro II (1840-1889), com sua acuidade de liberal francês, preferiu não desconhecer, na morfologia nacional, as bases sociológicas. O realismo vencia instituições europeizadas.

Na sua evolução, o regime político brasileiro não sofreu alterações substanciais, porque, atendendo apenas a realidades conjunturais, passou de sistema parlamentar a sistema presidencial lentamente construído através do desenvolvimento de áreas territoriais, com fronteiras definidas e características econômicas singulares.

Tudo não se pode adentrar num modesto ensaio de síntese. Principalmente com respeito à ordem jurídica federativa, devida à erudição de RUI BARBOSA na primeira fase republicana. Figuras do Império deram-lhe ênfase. Exhaustivo citar nomes. Um no entanto, PAULINO SOARES DE SOUZA (Visconde de Uruguai), merece lembrança.

Trazendo notável contribuição ao estudo do Estado e instituições peculiares, o Visconde de Uruguai, embora educado à maneira intelectual francesa, como não poderia deixar de ser, legou aos pósteros um levantamento quase completo da organização política brasileira já, à época monárquica, indicando tendências federais.

Continuemos, porém, na mesma linha de lógica objetiva. Com a certeza de que o tipo ainda ideal para as nações monárquicas é o parlamentarista, como o é para as repúblicas unitárias. Com a certeza de que o regime ainda ideal para as nações republicanas é o presidencialista conforme complexos nacionais.

A experiência do Brasil, nesse sentido, estimulante de processos democráticos e por isso representativos, mesmo entre transtornos periódicos quase sucessivos, demonstra, ao início, sucesso com o parlamentarismo no Império e o presidencialismo na República, ambos os sistemas adotados visando o unitarismo e a Federação.

### *Determinantes no caso brasileiro*

O Brasil, sem dúvida, voltamos afirmando, é uma nação geostórica de formação *natural*. As instituições coloniais passaram a imperiais parlamentaristas (unitarismo) e normalmente mais tarde a instituições republicanas presidencialistas (federalismo). A fisionomia nacional nunca mudou em face da geografia e da geopolítica.

Entre os dois sistemas adotados, na monarquia o parlamentarismo e na república o presidencialismo, erros de regime não aconteceram na seqüência dos fatos, pois, tanto na morfologia como nos mecanismos constitucionais, a base era sociológica. Jamais tivemos uma nação ilógica em face do Estado, da geografia e da história.

A nação de hoje, à maneira do Império e do início da República, não pode, como não deve, contrariar a sua base sociológica. Entre os elementos ativos determinantes, o *sociológico* destaca-se pela importância, fica inalienável exigindo estudos responsáveis antes que possamos pensar em mudar o sistema, embora mantido o regime republicano.

A determinante *sociológica*, sensibilizando a determinante *política*, sensibiliza a organização nacional e converge para a determinante *federativa*, marcando nas linhas orgânicas fundamentais, ao lado e conforme a Federação, o sistema presidencialista como o melhor consentâneo com as realidades naturais da nação.

Desprezar, no tocante ao *caso brasileiro*, com respeito à organização e ao regime político, o sistema de governo indicado por conhecidas determinantes nacionais, nascido de valores institucionalizados, não resta senão esperar do futuro o que já no presente temos para resolver, desestabilização e crises sobre crises.

Além disso, acreditar que o parlamentarismo, altamente evoluído *para* e *na* Inglaterra no curso de oito séculos, sirva ao Brasil como modelo de organização política e constitucional, não passa de ingênuo idealismo daqueles que, procurando o *melhor*, voltam as costas a lições inspiradas ou extraídas da natureza geossocial.

Se buscarmos o que a história está farta de contar, constantes e sucessivos conflitos marcam o *processus* parlamentarista, não só

na Inglaterra, *não*, porém, na França, na Itália e na Alemanha, num tipo de rotina que nações como o Brasil não suportariam, tombando na Confederação, no separatismo ou desagregação geográfica.

No presidencialismo, a questão é outra, os fenômenos são diferentes, sem que fique prejudicada a força dos Parlamentos. Não existe nele contradições entre geopolítica e os sistemas de governo, desde que a conveniência entre os poderes venha resguardada por normas constitucionais habilmente fundadas na objetividade.

### *Primeira conclusão*

Conhecer uma nação, pelo simples ato ou efeito de conhecer na unidade e em suas relações, já oferece idéia de organização e de como está formada. Se é Federação ou Confederação, se o unitarismo domina, ou é simplesmente centrada, a que limites orgânicos vai a descentralização ou até onde o descentramento é *fato sociológico*.

Via de regra científica, no que for possível, razoável e saudável, a *norma* constitucional vem da *forma* constitucionalizada. A *forma* (geopolítica) se coloca antes da *norma* (preceito diretivo), tanto em matéria de organização como no que diz respeito a sistemas de governo adotados em face de determinantes sociais.

Nada havendo de pessoal nas colocações que adiante vão ocorrer, deixando de parte a capitulação dos direitos políticos e dos direitos e garantias individuais, a intenção neste ensaio se reduz a *conclusões* simplesmente lógicas e decorrentes da boa aplicação das pesquisas geostóricas e sociais:

— não se trata de ser ou não parlamentarista ou presidencialista, porque tanto os regimes políticos como os sistemas de governo são *pensados* para as nações, conforme as nações existam e vivam socialmente;

— o que se quer, mediante estudo dos fatores e condicionamentos nacionais, é compreender que uma nação, nunca igual a outra, requer, para sua organização constitucional, regimes e sistemas corporificados em realidades.

Com isso, fazendo ver que um regime político, seja republicano, monárquico, liberal ou socialista, nada tem em comum com a Federação ou Confederação, com o federalismo ou o unitarismo, passando a presidencial ou parlamentarista de acordo com valores de conteúdo sócio-geopolíticos inafastáveis porque fundamentais.

### *Segunda conclusão*

O poder constituinte, mesmo na legitimidade, eleito originariamente para dar normas constitucionais ao corpo da nação, fica sujeito a limitações. Não consegue, por mais legítimas as decisões que venha a



impor, fazer valer, por muito tempo, princípios contrários à geopolítica, aos costumes, à economia e à pluralidade de interesses.

Tem, antes mais nada, de ser fiel ao corpo vivo da nação. Sabendo do regime que lhe é natural e do sistema de governo que corresponda à morfologia nacional. Ter em conta o que representa o parlamentarismo. Sentir as razões do presidencialismo. Enfim, não possibilitar ou inventar contradições entre nação e regras de organização.

Não discutindo repúblicas ou monarquias, sob não importa que aspectos políticos exercitem o poder, os regimes por certo passam a depender dos sistemas de governo, à maneira parlamentar ou ao modo presidencialista, *sistemas* que por sua vez devem corresponder ao corpo geopolítico da nação, única realidade capaz de absorver rejeições orgânicas.

Para bem ilustrar distinções, os traços reveladores traduzem inconteste verdades objetivas universais, detectadas no plano do conhecimento histórico:

— as nações de sistema parlamentarista, em tese ou no geral, são unitárias ou confederadas;

— as unitárias, porque não necessitam de mais de uma assembléia de representantes;

— as confederadas, porque, reunindo interesses isolados, necessitam somar em defesa da unidade política;

— as nações de sistema presidencialista, quando sabem ser Federações, o sabem em virtude de ponderadas dimensões geográficas e porque, reunindo entidades políticas *não soberanas* (Estados-Membros), a repartição não prejudica a integração nacional;

— o presidencialismo, todavia, não exclui a possibilidade de aplicação, nas nações unitárias, do sistema parlamentar, neste ponto identificando-se com o parlamentarismo, não obstante normas de controle ou tutela das funções administrativas governamentais.

Achamos que não devemos querer ensinar a história. Nem querer caminhar à frente da ciência política. A experiência, ao largo dos séculos, recomenda cautela nas pesquisas, já que uma nação enfraquecida organicamente, não podendo suportar artificios, fica presa fácil de governos de fato voltados para o alcance das realidades sociais.

### *Conclusão final*

É momento de terminar. Apontando, no entanto, em face de uma nação, os lados negativos ou positivos dos sistemas de governo. Os dois analisados, embora permaneçam os princípios da legitimidade e da representatividade, possuem defeitos e só podem ser apreciados diante de perspectivas históricas e sociológicas.

O *presidencialista* é o mais apropriado nos regimes federados, sobretudo em nações que desejam manter a integridade territorial quando extensa, sem desmembrar o princípio da soberania política. Impõe-se por força de circunstâncias geossociais, submetendo as unidades-membros-autônomas à organização federal.

O *parlamentarismo* é mais próprio dos regimes unitários ou confederados; parte da existência de uma só unidade política soberana ou de várias, aliançando interesses políticos simples ou complexos, sob a égide de um poder superior único reunindo tendências divergentes, *formações* nacionais distintas nas bases sociais.

Visualizando Estados Unidos, União Soviética ou Brasil, o presidencialismo se impõe *naturalmente*. Observando Inglaterra (Reino Unido) ou a Comunidade das Bahamas, o parlamentarismo se impõe *forçosamente*. São assim formulações historicamente impostas que inspiram e recomendam os respectivos sistemas governamentais.

Os riscos que ocorrem com o sistema parlamentar são conhecidos: a descolonização de inúmeros países transformados em nações soberanas. Os riscos que podem ocorrer com o sistema presidencialista, quando abandonado o regime federativo ou adotado o parlamentarismo, são muito mais graves e chamam-se *divisão* política ou *separatismo*.

Nos regimes unitários, há pouco para dizer. Tanto podem ser parlamentares como presidencialistas. O problema não é mais que de representatividade e de funções. Não há neles interesses geossociais complexos. A unidade é simples. Vem integrada na geografia. Bem diferente, portanto, das Federações e Confederações.

Querer para o Brasil, ou simplesmente experimentar, um parlamentarismo divorciado do ingênuo princípio federativo ou da realidade social-histórica da Federação, será o mesmo que contribuir para a perda dessa realidade e criar um presente opaco sem passado ou futuro, plasmado na deterioração dos fatores naturais.

Quer-se, agora, ao que parece, voltar ao debate parlamentarista. Com o abandono dos padrões clássicos e adequado às circunstâncias federativas. Sem estendê-lo, porém, ao plano dos Estados-Membros, cujas posições políticas *hoje* são autônomas e não soberanas. Uma solução por certo *mista* tão do gosto do abstracionismo ideológico.

Vindo o parlamentarismo por ato de força de poder constituinte contra a nação *especializada* nos diferentes fatores de formação, não tenho dúvida que o caminho será da Confederação e logo em seguida do separatismo. Quem sabe pressentimentos de nada valham. O processo histórico poderá ser longo. Mas terá seu *climax*.

Não se faz correto admitir que o poder constituinte, desnaturando a nação, pode instaurar o regime e o sistema que bem entender. Não é e nunca foi assim. A nação, é, como dissemos de início, um corpo social vivo, merecendo respeito quanto à formação e nas projeções quanto ao futuro. Uma Constituinte jamais foi poder arbitrário.

# Considerações sobre o federalismo

JOSÉ NILO DE CASTRO

Professor de Direito Económico e de  
Introdução à Ciência do Direito da  
Faculdade de Direito Milton Campos.  
Mestre e Doutor em Direito Público

## SUMÁRIO

- I — INTRODUÇÃO
  - 1. Federação. A idéia federal. Seu surgimento na Constituição americana
  - 2. Federalismo clássico. Conceito. Leis básicas do federalismo. Distribuição de competências
  - 3. Confederação. Confederações gregas e romanas
- II — O FEDERALISMO NO DIREITO COMPARADO
  - 1. Modelos de federalismo
    - 1.1 Estados Unidos
    - 1.2 Suíça
    - 1.3 Alemanha Ocidental
    - 1.4 Canadá
    - 1.5 Austrália
    - 1.6 Iugoslávia
    - 1.7 URSS
    - 1.8 Índia
    - 1.9 Venezuela
    - 1.10 México
  - 2. O neofederalismo no direito comparado
- III — O FEDERALISMO NO BRASIL
  - 1. Império e República
  - 2. O neofederalismo brasileiro
- IV — PERSPECTIVAS NUCLEARES DO FEDERALISMO CONTEMPORANEO
  - O federalismo no direito internacional. O futuro do federalismo
- V — CONCLUSÃO
  - Considerações finais
  - Bibliografia

## I — INTRODUÇÃO

### 1. **Federação. A idéia federal. Seu surgimento na Constituição americana**

A noção de Federação (latim: *foedus, eris, aliança, associação, ou pacto*) vincula-se à idéia de união, de modo permanente, de dois ou mais Estados em um só, o Estado federal. Os Estados-Membros ou federados conservam a sua autonomia interna, debaixo, porém, da autoridade central, a União ou Estado federal. E esta união é materializada na Constituição federal.

O fenômeno federativo possui dados constantes, conforme nos ensina BURDEAU. É precisamente da desproporção entre as exigências do mundo moderno e o sentido e as possibilidades dos poderes nacionais que nasceu a idéia federal (1).

Os sentimentos, interesses e os dados econômicos, três fatores que explicam a formação dos sistemas federais antigos, não perderam sua razão de ser, embora a evolução do mundo moderno viesse reforçá-los com considerações novas (2), na fenomenologia federalista dos Estados federais contemporâneos.

Supõe o federalismo a integração social de elementos unificadores e independentes, conforme assevera VERDÛ (3). Ora, dentro desta acepção ocorrem soluções federais que têm sua autonomia decorrente da vida social, da vida em sociedade, na qual há a absorção de forças centrípetas e centrífugas ou dispersivas, configurando-se, no campo de atuação, realmente, malgrado as autonomias das entidades federais, a subordinação, conforme consagram os textos constitucionais, à comunidade maior e integradora do sistema. Daí ser o regime federal um regime supinamente de conciliação.

A idéia federal não pode desprezar a agregação de unidades autônomas, sem comprometer, em hipótese alguma, dentro do conceito ontológico do federalismo, o aspecto da descentralização, da participação e, sobretudo, da autonomia, que lhe são leis básicas.

A consolidação do federalismo, como é torrencialmente conhecido, teve nos Estados Unidos da América sua solene consagração. É o federalismo uma das formas de Estados compostos, largamente adotada em vários países. O federalismo intra-estadual, interno ou dualista, clássico, como criação dos Estados Unidos, irradiou-se pela América no século XIX, alcançando também a Europa e, no atual século, chegando a outros Continentes, sobretudo, a África, onde se exercitam as mais novas manifestações do federalismo contemporâneo.

---

(1) BURDEAU, G. *Traité de Science Politique*, 12<sup>ème</sup> édition, Paris, LGDJ, 1967, v. II, p. 465.

(2) *Idem, ibidem*, p. 467.

(3) VERDÛ, P. L. *Curso de Derecho Político*. Madrid, Editorial Técnicos, 1974, v. II, p. 268.

É verdade que J. J. ROUSSEAU, em suas considerações sobre o governo da Polônia, recomendava já a adoção do sistema federal:

“Quase todos os pequenos Estados sejam repúblicas ou monarquias, prosperam unicamente porque são pequenos, porque neles todos os cidadãos se conhecem mutuamente e se vêem uns aos outros, porque os chefes podem ver por si mesmos o mal que se faz, o bem que têm que fazer e porque suas ordens se executam sob suas vistas. Todos os grandes povos, esmagados pela própria massa, gemem como vós na anarquia ou sob os opressores subalternos que uma gradação necessária força os reis a lhes imporem. . . Dedicai-vos a ampliar e a aperfeiçoar o sistema de governos federativos, o único que reúne as vantagens dos grandes e dos pequenos Estados e, por isso, o único que vos pode convir” (4).

Tempos antes, MONTESQUIEU proclamava que a forma federalista de governo “é uma convenção pela qual vários corpos políticos consentem em tornar-se cidadãos de um Estado maior que querem formar. É uma sociedade de sociedades, que dela fazem uma nova, que pode ser aumentada pela união de novos associados” (5).

Dentro da concepção de MONTESQUIEU, imaginaram os homens determinado tipo de Constituição, a qual, possuindo todas as vantagens internas do governo republicano, propiciava-se igualmente da força externa da monarquia. É à república federativa que se referia CHARLES DE SECONDAT. E na compreensão do engrandecimento do governo federativo fazia-se a eleição do regime republicano, cujo espírito, para MONTESQUIEU, é a paz e a moderação (6).

Sem se fixar detidamente nas associações de algum conteúdo federativo que floresceram na Grécia Antiga e em Roma, vale aqui lembrar que, vivamente, tais associações de Cidades, embora necessárias e, por diversos períodos, constituindo-se até um aparente baluarte da sobrevivência das próprias cidades, Cidades-Estados, não puderam resistir, afinal, às invasões bárbaras, pois que o mesmo espírito e o mesmo sentimento federalistas foram insuficientes diante da irrupção estrangeira. Infere-se da circunstân-

---

(4) ROUSSEAU, J. J. *Obras de Jean Jacques Rousseau*. Rio, Globo, 1962, v. II, pp. 281/282. O original: “Presque tous les petits États, républiques et monarchies indifféremment, prospèrent par cela seul qu'ils sont petits, que tous les citoyens s'y connaissent mutuellement et s'entregardent, que les chefs peuvent voir par eux mêmes le mal qui se fait, et le bien qu'ils ont à faire, et leurs ordres s'exécutent sous leurs yeux. Tous les grands peuples, écrasés par leurs propres masses, gémissent, ou comme vous dans l'anarchie, ou sous les oppresseurs subalternes qu'une gradation nécessaire force les rois de leur donner. . . Appliquez-vous à attendre et perfectionner le système des gouvernements fédéralistes, le seul que réunisse les avantages des grands et des petits États, et par le seul qui puisse vous convenir”.

(5) MONTESQUIEU, *Do Espírito das Leis*. São Paulo, Difusão Européia do Livro, 1962, v. I, p. 154.

(6) MONTESQUIEU, *op. cit.*, p. 156.

cia que a Federação, não obstante essas iniciativas greco-romanas, em sua plena e exata apreensão, não foi cultivada, como forma de defesa e de engrandecimento dos governos, tal o malogro das Cidades-Estados da Grécia e do Império Romano, diante do inimigo, como veremos adiante.

Como é extremamente maravilhoso, sem querer com esta posição proclamar o federalismo como a melhor forma de Estado, em tempos tão distantes, antes mesmo da consagração solene da Federação, saber que a grande preocupação dos homens de então residia na necessidade de os poderes estarem perto do povo, de suas ações se fixarem num relacionamento espacial suficientemente entrosado na interação comunitária e coletiva, na melhor não menor proposição da descentralização administrativa, que naqueles tempos e naquela época já se fazia tão necessária.

A Federação americana, unvida na Constituição de 1787, e mantendo-se até hoje, teve suas raízes na Confederação das 13 Colônias inglesas que se tornaram independentes da Coroa. É verdade que a Confederação não alcançou o resultado que desejavam os confederalistas, e, por este motivo, na Convenção de Filadélfia, emergiu a Federação como sistema e forma definitivos de governo dos Estados Unidos. Não é menos verdade, no entanto, que, em 1861, os Estados Unidos sofreram tentativa separatista, por fim debelada, soerguendo-se, depois, e tornando-se indiscutivelmente, pelo mérito de seu povo trabalhador e obstinado, a portentosa nação que é hoje com seus 50 Estados-Membros.

## 2. Federalismo clássico. Conceito

A doutrina do federalismo clássico, dualista, dividindo o poder entre o governo central e os governos estaduais, atribuía a estes como àquele uma área rigorosamente circunscrita. A existência dos dois campos de poder mutuamente exclusivos, reciprocamente limitativos, cujos ocupantes governamentais se defrontam como autoridades absolutamente iguais<sup>(7)</sup>, tem no princípio da competição recíproca sua grande proposição. É o princípio da competição entre os Estados e a União, conforme nos informa SCHWARTZ:

“Cada um é ocupante de determinado campo de poder, dentro do qual, sujeito a certas exceções onde há autoridade concorrente, somente ele tem o poder exclusivo de agir. Nesse aspecto, o equilíbrio necessário para o funcionamento do sistema federativo é assegurado e mantido pela demarcação rigorosa da autoridade federal e estadual. Os Estados e a Nação são considerados como rivais no mesmo plano de igualdade e, a menos que se estabeleça uma delimitação rigorosa de suas respectivas competências, teme-se que a própria união possa ser rompida em consequência dessa rivalidade. Isso é uma grande verdade, especialmente no que concerne à ampliação da autoridade federal”<sup>(8)</sup>.

(7) SCHWARTZ, B. *Direito Constitucional Americano*. Rio, Forense, 1966, p. 63.

(8) SCHWARTZ, B. *Op. cit.*, p. 63.

O fenômeno da democratização do poder, tese essencialmente vitoriosa nos países civilizados, tem sofrido, em virtude dos acontecimentos de natureza política, econômica e social, uma influência rigidamente sentida e, algumas vezes, contestada, sobretudo nos períodos pós-guerra, envolvendo os Estados em seus múltiplos relacionamentos. Se a proposição do federalismo traz insita a idéia de solidariedade, de aproximação de mais de uma vontade autônoma, consubstanciando a superposição "às ordens jurídico-estatais de um conjunto de regras obrigatórias para todos os grupos associados" (9), a solução que ele busca não tem respaldo senão no domínio das atividades comuns. Daí ter VERDÜ, com propriedade, afirmado que não existe em toda a teoria do Estado experiência mais singular do que a do Estado federal (10), já que o fenômeno da integração, na teleologia unificadora dos sistemas de governo, reproduz duplicidade orgânica e de participação, na vontade geral e real da união permanente de Estados autônomos, sob o pálio soberano do organismo central, o poder federal, detentor da personalidade maior e externa.

O desenvolvimento das atividades estatais de cada uma das peças federadas, na ótica do federalismo, como organismo social, necessita de autonomia para desenvolver-se, sem sacrifício da soberania, atributo do poder federal. A liberdade que têm os Estados federados, promovendo a associação, reconhecendo a integração, sem desfigurar-se, porém, sua autonomia, responde, no desenvolvimento do espírito associativo, ao fundamento mesmo da autoridade federal, dentro dos limites das Constituições, que "não estruturam apenas a ordem política e civil, mas atendem à ordem social e econômica, orientação que revela, em muitos casos, a necessidade da adaptação do sistema constitucional aos problemas enfrentados pelo Estado contemporâneo" (11). No âmbito desta concepção de inflexão e sujeição à norma constitucional, é que se tem materializada a figura do Estado federal, nos tempos contemporâneos.

O federalismo, portanto, como é acolhido na ciência política e no direito constitucional, está consubstancialmente concentrado na existência de duas espécies de poder político, gradualmente diferentes, no âmbito estatal: os governos dos Estados-Membros e o governo da União. Este, como vimos, como poder central, soberano; aqueles, com a autonomia de entidades federadas. Esta a dicotomia de poderes na conceituação do Estado federal clássico ou dualista.

No Estado federal, que é, segundo BURDEAU, uma associação de Estados submetidos, por parte, a um poder único, e, por parte, conservando a sua independência, *delineia-se uma conciliação de interesses sob dois princípios básicos: participação e autonomia* (12).

(9) BURDEAU, G. *Op. cit.*, p. 470.

(10) VERDÜ, L. P. *Op. cit.*, p. 274.

(11) BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Regimes Políticos*. SP, Resenha Universitária, 1977, p. 163.

(12) BURDEAU, G. *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*. 15ème édition, Paris, LGDJ, 1970, p. 50.

Através da participação, analisa-se a situação das entidades federadas, associadas na formação de decisões que valerão para a União integralmente. É a busca do interesse comum. Não há falar em federalismo se nenhum dos Estados participa deliberadamente da formação de instituições comuns (13).

É verdade que, na formação dos Estados compostos, sobretudo no federalismo, cada caso merece exame particular. É que não pode haver regra geral, univocamente tomada, pois que o federalismo, na concretização de sua adoção, pode advir de forma agregadora, como nos Estados Unidos, ou de forma diferente, como no Brasil, que de Estado unitário passou-se a Federação.

Pela autonomia, conservam os Estados associados independência na gestão de seus negócios. Agregam-se-lhes dispositivamente autonomias governamentais com o Legislativo e o Judiciário próprios. É a consagração da própria idéia de direito, idéia solidária, que emana dos próprios Estados, nos ensinamentos de BURDEAU:

“Est un État dans lequel une pluralité d'idées de droit concourent à l'établissement de la puissance étatique fédérale en même temps qu'elles fondent, sur des matières constitutionnellement déterminées, la puissance étatique des collectivités particulières” (14).

Acrescente-se ainda, além dos princípios de participação e de autonomia, na noção geral do federalismo, a fenomenologia sócio-econômica, uma vez que esta estrutura não é adotada somente pelo Estado, mas também pelas sociedades em suas múltiplas manifestações. É a interação social, a interdependência e a comunhão de todos em um fim único.

O federalismo sempre teve o propósito e a finalidade elementares e precípuos na proteção do Estado. Donde não fazerem sentido, em que pese a série de suas especulações na esfera social do “destruam et aedificabo”, as manifestações socialistas e anarquistas, sobretudo de doutrinadores, como PROUDHON, SAINT-SIMON e outros. É um aspecto não só político, mas, **a fortiori**, econômico, na conceituação individualista, onde as leis se substituiriam pelo regime de contratos, na exata expressão e consagração da realização da igualdade econômica. Vêem-se, pois, na doutrina socialista anarquista, idéias de destruição do Estado, de valores essencialmente mais eternos que modernos. Essa não é a missão do federalismo, e, sim, uma outra, que é construir e preservar o Estado.

Na acepção contemporânea do federalismo, portando objetivos comuns, a identidade dos regimes políticos é instrumento viabilizador de sua melhor apropriação, dentro da estrutura jurídica do Estado federal, com o regime de distribuição de competências determinado, com as formas de

(13) BURDEAU, G. *Op. cit.*, p. 50.

(14) BURDEAU, G. *Traité*, cit., p. 332.



governo assentadas no republicanismo e sistema de eleições próprio. É a vontade geral interna, traduzindo as aspirações reais de todos, com o regime jurídico consagrado na Constituição federal, no alcance da construção e da preservação do Estado.

### 3. Confederação. Confederações gregas e romanas

É a confederação outra modalidade de união política, que consiste na associação de vários Estados, pela qual os governos de diversos Estados renunciam a parte mais ou menos importante de suas competências internacionais, a favor dos órgãos confederados. É um agrupamento de caráter internacional, uma vez que os Estados-Membros conservam sua independência <sup>(15)</sup>.

É na definição de MARCEL PRÉLOT, em sentido preciso do termo, "un agrégat durable d'États dont les membres, ayant des objectifs comuns, généraux et même vitaux, comme la sécurité et la paix, sont tenus par des engagements permanents et possèdent des organes interétatiques d'action et de représentation" <sup>(16)</sup>.

Desses enunciados depreende-se que tanto as origens como os princípios do Estado federal e da Confederação, não são diferentes. Os dois tipos detêm as leis de autonomia e participação, acrescentando-se que os Estados confederados não são simplesmente autônomos, mas soberanos. Daí sua admissão e aceitação pelo direito internacional, em cujos domínios é universalmente submetido. Inexistindo poderes ou instituições políticas, além dos limites fixados pelos Estados associados, *verbi gratia*, com poderes supranacionais, de força cogente, obrigatória, sendo, pois, um composto de Estados, evidencia-se-lhes fragilidade e escassez de duração, como nos demonstra a História. É que a fórmula Confederação, na contemporaneidade, se situa no plano das relações internacionais regionais ou continentais, como uniões novas de países, perseguindo objetivos comuns, traduzindo, neste panorama, um resultado dos Estados federais, com experiência vitoriosa, embora sofrendo as transformações decorrentes das crises por que passa o mundo.

A fragilidade que se destina à forma de Estados pode-se bem determinar, historicamente, nas proposições malogradas das confederações gregas.

O espírito grego trabalhou por elevar-se acima do regime municipal, diz-nos FUSTEL DE COULANGES. Desde muito cedo várias cidades se agrupavam numa espécie de federação, e ainda mais uma vez as práticas religiosas ocuparam aqui destacado lugar. . . O grupo formado pelas doze colônias jônias na Ásia Menor dotou-se com templo comum, conhecido por Paniônio <sup>(17)</sup>.

(15) BURDEAU, G. *Droit Constitutionnel*, cit., p. 48.

(16) PRÉLOT, M. *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*. 5ème édition. Paris, Dalloz, 1972, p. 272.

(17) FUSTEL DE COULANGES. *A Cidade Antiga*. 10.ª ed., Lisboa, Livraria Clássica Editora, p. 261.

As cidades antigas, como é torrencialmente sabido, sobretudo as da Grécia, tinham na religiosidade de seus habitantes a grande vocação. Daí a reunião, numa espécie de Federação, de Confederação mais propriamente falando, tendo em vista o caráter de soberania das Cidades-Estados, de várias cidades se fazer, em nome do culto, um lugar sagrado. E a anfictionia isto é, a Federação antiga, não exercera quase nenhuma ação política. Em considerando até inúmeras guerras intestinas, entre compatriotas dos laços dessas confederações, vale aqui a convocação de ARISTÓFANES:

“Vós que em Olímpia, nas Termópilas e em Delfos regais os altares com a mesma água lustral, não atormenteis mais a Grécia com vossas questiúnculas; uni-vos antes contra os bárbaros” (18).

Realmente, quando afirmamos não terem, no exato termo e acepção, os gregos vivido em federação, fazemo-lo baseados nesta conjuntura de ineficiência de ação político-militar a nível associativo. As lutas mútuas entre os seus membros não propiciavam alternativa segura senão fender seus próprios domínios aos estrangeiros. Estas anfictionias preocupavam-se mais em, ao realizar as cerimônias, honrar aos seus deuses, em punir as cidades associadas por questões eminentemente religiosas, ou porque mesmo, não obstante as conquistas de territórios, era inadmissível o convívio de mais de um deus nas cidades. Daí o enfraquecimento das aglomerações não ter suportado obstáculos, e a melhor prova dessa circunstância está suficientemente posta na precária resistência helênica aos invasores.

Também em Roma existiram instituições semelhantes.

“As urbes de Lácio tinham as férias latinas; os seus representantes acorriam todos os anos ao santuário de Júpiter Laciaco, no monte Albano, onde se reuniam. Imolava-se o touro branco, cuja carne se dividia em tantas partes quantas as cidades confederadas. As doze urbes da Etrúria possuíam igualmente o seu templo comum, a sua festa anual e os seus jogos presididos pelo sumo sacerdote” (19).

Perceptível é a preocupação religiosa dos povos, das cidades e das urbes. Em se lhes escasseando aquelas conotações de se resguardarem contra o inimigo comum, a qualquer tempo e a qualquer custo, destino outro não tiveram as instituições romanas das gregas, perecendo diante dos estrangeiros.

Portanto, as iniciativas e os ensaios federativos, sobretudo confederativos, das cidades desses períodos, têm apenas significado histórico, já que, em termos de contribuição política, como formas de governos integrados, afora o aspecto de conteúdo religioso, pode-se dizer, nunca existiram como autênticas Confederações. Ressaltam-se dessa época imagens precursoras do federalismo e, não, o próprio federalismo, como querem alguns.

(18) FUSTEL DE COULANGES. *Op. cit.*, p. 264.

(19) FUSTEL DE COULANGES. *Op. cit.*, pp. 264/265.

## II — O FEDERALISMO NO DIREITO COMPARADO

### 1. Modelos de Federalismo

#### 1.1 Estados Unidos

A necessidade de remediar as fraquezas dos governos permanece uma constante marca no mundo moderno. E esse desiderato desejam buscá-lo teóricos e pensadores políticos na idéia do federalismo. A preocupação não é recente, como vimos. MONTESQUIEU já pregava em seu *De l'Esprit des Loix* a sua adoção. Desenvolveu-se a idéia e foi absorvida como primeira experiência vitoriosa do federalismo na Constituição americana. Foi nos Estados Unidos que se verificou a sua consagração oficial. De lá se transportou para muitos outros países dos Continentes.

As antigas Colônias inglesas, tornando-se independentes em 1776, uniram-se primeiramente na Confederação de 1778, cuja existência, porém, não chegou a um decênio. Os artigos da Confederação, que entraram em vigor em 1781, já denominavam a reunião das Colônias como nova República dos Estados Unidos. Iniciaram já o estabelecimento de norma escrita, diferentemente daquelas que internamente regiam os Estados, as antigas Colônias. E na Convenção de Filadélfia, donde proveio a Constituição federal de 1787, é que se determinou oficialmente a eleição do federalismo americano. Com a inauguração do federalismo, difundiu-se a aceitação da teoria das Constituições escritas e de vários princípios de ciência política, mais precisamente, o governo representativo republicano, o bicameralismo, declaração dos direitos individuais, a supremacia da Constituição, a separação dos poderes e tantos outros.

Inicialmente as 13 Colônias, os 13 Estados que compuseram a Federação americana, preocupavam-se em manter a mesma Federação. Houve, realmente, manifestações contrárias e até mesmo tentativa separatista em 1861, e, após, subjugados os ânimos beligerantes numa investida fratricida, firmou-se, a Federação, desenvolvendo-se assustadoramente os Estados Unidos, tornando-se uma Federação não só de 13 Colônias, 13 Estados, mas de 50 Estados-Membros, como a melhor e maior expressão da autodeterminação política de um povo, que haveria de irradiar-se, como se irradiou, a todos os Continentes.

#### 1.2 Suíça

Registra-se na experiência federal suíça um aspecto histórico importante, porque, como tradição federal, a Confederação helvética é mais antiga do que a americana, não obstante o Estado federal datar-se de 1848, com influências americanas. Segundo VERDÜ, os precedentes federais remontam, provavelmente, à aliança de GRUTLI (1291)<sup>(20)</sup>.

A primeira aliança contra os Habsburgos de 1291, na história da Federação suíça, se revelou como manifestação de mútuo auxílio (entre as Comarcas de Uri, Schwyz e Unterwalden). Depois houve a absorção de mais

(20) VERDÜ, P. L. *Op. cit.*, p. 283.

unidades confederadas em número de 13, denominada a Confederação das Treze Comarcas. A grande proposição da aliança era a mútua ajuda político-militar.

No período napoleônico — 1789 a 1813 — edita-se nova Constituição em 1803, Acta de Mediação, por proposição do próprio Napoleão e, depois, o Pacto de 1815, que durou até a Revolução francesa de 1830. Aconchegasse, daí, aos cantões suíços a influência liberal, cuja concretização impôs dissidências entre católicos e protestantes, até a última guerra civil de 1847. Por fim, em 12 de novembro de 1848, inaugurou-se oficialmente um novo Estado Federal suíço, transformando-se mais tarde na Constituição de 1874, a Constituição federal, formado por 22 Cantões, Estados-Membros, que "sont souverains en tant que leur souveraineté n'est pas limitée par la Constitution fédérale, et, comme tels, ils exercent tous les droits qui ne sont pas délégués au pouvoir fédéral" (art. 3º, da Constituição federal da Confederação suíça).

### 1.3 Alemanha Ocidental

É verdade que, por um período de mais de 50 anos, a Alemanha passou por uma fase confederativa, antes da unificação de 1871. A Constituição germânica de 1815 com 39 Estados e o Império Guilhermino de 1871 registram momentos de grande vitalidade das correntes democráticas. As dissidências se incorporaram na pregação da participação do povo no poder político. E após sucessivas vitórias de Bismarck, diante da Dinamarca (1864), Austria (1866) e França (1870), a Constituição imperial de 16 de abril de 1871 realizou a tão sonhada unificação, inaugurando-se o Estado federal, embora monárquico, com a união dos Estados ajustando-se, em sua estrutura e funcionamento, ao Estado democrático.

Após esse período, surge o weimariano, com a queda da Monarquia e a Constituição de Weimar, de 1919, organizando uma república democrática, com elementos presidencialistas e parlamentaristas, equilibrando o unitarismo e o federalismo. Mas a característica e a tendência centralizadora, correspondendo-se a uma união não autêntica de Estados, resultou na conversão dos antigos Estados em países (Länder). Daí ter sido a estrutura federal menos significativa do que a de 1871, que teve na reação nacional-socialista sua definição e tradução unitária e centralista, de Hitler, de 1934.

O restabelecimento da segunda República Alemã com a Lei Fundamental de Bonn, de 1949, não obstante as vontades de outros países na sua elaboração, como decorrência da última Grande Guerra e a divisão da própria Alemanha, acolheu o federalismo com 11 Estados-Membros ou Länders. Segundo VERDÜ, é a República Alemã um "Bundesstaat", não somente por sua denominação oficial, como também pela organização do espaço político, histórico, cultural e econômico do território dos Länders<sup>(21)</sup>. Proíbe-se igualmente qualquer alteração da Lei Fundamental que possa afetar a estrutura da Federação. É que a Federação da Alemanha Ocidental,

(21) VERDÜ, P. L. Op. cit., p. 296.

de conformidade com a lição de MARCEL PRÉLOT, marcou nítida reação, não somente ao centralismo hitleriano, mas também contra a fraqueza do federalismo weimariano (22).

#### 1.4 Canadá

Na formação da estrutura federal canadense, houve o concurso de diversos fatores, tais como as tradições, as instituições diversas, procedentes quer da cultura francesa, quer da inglesa, a diversidade religiosa, as opiniões econômicas. Também a presença vizinha das Colônias dos Estados Unidos, o temor advindo da Guerra de Secessão, na ameaça de invasão norte-americana, tanto política como econômica, contribuíram, todos esses elementos, para a realização efetiva da integração canadense (23).

Em 1864, em Quebec, reuniram-se delegados de todas as Colônias, que elaboraram as Resoluções de Quebec — “Quebec Resolutions”, donde proveio, posteriormente, a “British North America Act”, de 1867, que conferiu ao Canadá o estatuto de Domínio com quatro Províncias, inicialmente, chegando-se hoje a 10 Estados-Membros e 2 Territórios, dentro da COMMONWEALTH. Possui situação *sui generis* a Federação canadense, pois que, como membro da COMMONWEALTH, o Chefe de Estado é a Rainha da Inglaterra, representada pelo Governador-Geral; e o Chefe de Governo é o Primeiro-Ministro, à frente de um Gabinete Parlamentarista. Esta participação na comunidade britânica e a preocupação preponderante do governo central fazem da Federação do Canadá um Estado federal de pouca estrutura rígida na verdadeira acepção do federalismo, segundo a concepção clássica americana. Mesmo com as tendências separatistas, várias vezes suscitadas, no Baixo Canadá ou Canadá Francês, constituído pela Província de Quebec, a Constituição canadense foi o modelo geral para as Constituições de outros domínios, como o da Austrália e da União Sul-Africana.

#### 1.5 Austrália

O crescimento político e econômico da Alemanha e do Japão no Pacífico, antes de 1900, constituía constante preocupação à Coroa inglesa, já que as Colônias britânicas na Austrália sentiram sensivelmente tais influências. A Constituição da Comunidade da Austrália, de 9-7-1900, estabeleceu um COMMONWEALTH federal, indissolúvel, sob a Coroa do Reino Unido da Inglaterra e da Irlanda, com seus seis Estados-Membros, um Território e um Distrito Federal. Houve aqui uma equivalência ao sistema americano. É que a criação da Federação australiana se deu também por um processo de agregação. As Constituições dos Estados-Membros sofreram alteração apenas no que se tornou necessário para a consolidação efetiva do COMMONWEALTH OF AUSTRALIA. Conforme acentuamos atrás, separadas algumas diferenças, e fundamentais até, a Constituição do Canadá é que serviu de paradigma para a Federação da Austrália.

(22) PRÉLOT, M. Op. cit., p. 263.

(23) PRÉLOT, M. Op. cit., p. 263.

## 1.6 Iugoslávia

Como Estado socialista que é, a Iugoslávia, sob o impulso do Marechal Tito, adotou em 1946, após a proclamação pela Assembléia Constituinte da República Federativa Popular Iugoslava (R.F.P.I.), a nova Constituição federal, inspirada no modelo soviético, portanto dentro da doutrina marxista-leninista. Sofrendo alterações posteriores (1953, 1963, 1967, 1968 e 1971), a Federação iugoslava tem hoje no texto da Constituição da República Socialista Federativa da Iugoslávia, de 21-2-1974, a acentuação saliente das tendências em favor da autonomia das Repúblicas, seus Estados-Membros, reforçando-se simultaneamente os poderes do Conselho Executivo Federal.

Após uma extensa enunciação de princípios, a Constituição atual registra, na primeira parte, a definição, em sentido amplo, da República Socialista Federativa da Iugoslávia. Diz o seu artigo 1º: "A República Socialista Federativa da Iugoslávia é um Estado federal, comunidade política de nações livremente unidas e das suas Repúblicas socialistas, assim como das Províncias autônomas de Voivodina e Cossovo, que fazem parte da República Socialista da Sérvia, comunidade baseada no poder e na autogestão da classe operária e de todos os trabalhadores, e comunidade socialista democrática autogestionária de trabalhadores e de cidadãos, de nações e de nacionalidades iguais em direito." No art. 2º enumera a formação da República com seis Repúblicas socialistas e mais duas Províncias socialistas autônomas. A República socialista é um Estado, e a Província socialista autônoma, uma comunidade sócio-política socialista autônoma.

A Constituição da Iugoslávia tem mais de 400 artigos, superando em número de artigos a Constituição da Índia, que é considerada, pelo volume de redação, a maior Constituição do mundo.

## 1.7 URSS

A extensão territorial da Rússia já ensejava alimentação da idéia federal. No federalismo americano e, sobretudo, nos federalismos suíço e alemão, com suas Federações assentadas na história de seu povo, e de seu direito, temos a concepção tradicional do federalismo. Entretanto, malgrado a extensão territorial da Rússia propiciar o mesmo tipo de governo, o federalismo soviético é revolucionário. E, na expressão de MARCEL PRÉLOT, "il est même à un double titre: en tant que rupture violente avec l'Empire tsariste unitaire, centralisé, assimilateur; en tant, selon Lenine, qu'instrument au service du régime communiste comme forme transitoire vers l'unité totale des diverses nations" (24).

A Declaração de Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, de 4 de janeiro de 1918, consagrou o federalismo, ao prescrever que "A República Soviética Russa funda-se no princípio da união livre de nações livres numa Federação de Repúblicas Nacionais e Soviéticas" (art. 2º). Estava, portanto, sendo assentado o princípio federativo com o marxismo e a ditadura do proletariado com uma estrutura federal de Estado.

(24) PRÉLOT, M. Op. cit., p. 265.

A Constituição de 31 de janeiro de 1924 é que criou a União das Repúblicas Soviéticas Socialistas (URSS), provindo a União das Repúblicas de: Ucrânia, Rússia Branca ou Bielo-Rússia, Transcaucásia, Turcomenistão, Usbequistão e Tajiquistão. A Constituição de 1936, sob a influência de STALIN, elevou para 15 o número das Repúblicas federadas. Permitia-se o desligamento voluntário da União Federativa (art. 17).

O sistema federal soviético não demonstra, jamais demonstrou, com a adoção da Federação, uma convivência essencialmente federativa. É que ele, como na Constituição atual, foi sempre vivido em seus textos constitucionais, não saindo daí praticamente ação federativa que se assemelhasse ao verdadeiro sentido do federalismo.

Dentro desta perspectiva, surge a nova Constituição federal, de 7 de outubro de 1977, mantendo integralmente a organização federal da União Soviética, tornando-se a solução socialista para as questões das nacionalidades. Importante assinalar a presença do estadista, revolucionário ou não, marcante na elaboração dos textos constitucionais da Rússia, após 1917. No primeiro, ficou a marca de Lenine; no segundo, de Stalin; e, no atual, percebe-se a investida de L. Brejnev. No projeto da atual Constituição, Brejnev propôs emendas tendentes a introduzir no texto constitucional a noção de Nação Soviética, de suprimir as repúblicas autônomas ou de limitar brutalmente a soberania das Repúblicas federadas, retirando-lhes o direito de sair da União, de ter relações exteriores independentes. Algumas competências das Repúblicas federadas foram realmente suprimidas, como a de ter suas próprias forças armadas. Entretanto, o essencial das regras anteriores permaneceu em vigor.

Importante aqui a explicação do Secretário-Geral do Partido Comunista, a respeito da rejeição das emendas no texto constitucional, como estavam propostas:

*“L'unité sociale et politique du peuple soviétique ne signifie nullement la disparition des distinctions nationales... et nous engagerions dans une voie dangereuse si nous commençons à forcer artificiellement ce processus objectif du reprochement des nations entre elles” (25).*

No contexto acima enunciado é que se reforçam as razões do princípio federal inserido na Constituição soviética, atualmente.

Define o art. 70 o Estado federal:

*“A União das Repúblicas Socialistas Soviéticas é um Estado multinacional federal unido, constituído, segundo o princípio do federalismo socialista, em consequência da livre autodeterminação das nações e da associação livremente consentida das Repúblicas Socialistas Soviéticas iguais em direitos. A URSS encarna a unidade estatal do povo soviético, agrupa todas as nações e etnias em vista de edificar em comum o comunismo.”*

(25) In *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, Paris, LGDJ, mai./jun., 1978, p. 715.

E o art. 71 enumera as Repúblicas Socialistas Soviéticas, que são 15, permanecendo ainda, no art. 72, o direito de cada representante se retirar livremente da União.

O federalismo soviético igualmente está a demonstrar a preponderância das autoridades centrais, visando a um centralismo cada vez mais acentuado, favorecido pela ditadura do proletariado e pelo monopartidarismo. Haja vista, na reforma constitucional de 1977, a absorção dos poderes do Soviete Supremo no Capítulo 15, arts. 108 a 127; os poderes do Conselho de Ministros, no Capítulo 16, arts. 128 a 136. Destaca-se também, neste remanejamento, a adequação dos poderes e funções constitucionais soviéticos, a participação do Presidente do Conselho de Ministros (art. 129), sendo, em decorrência deste preceito constitucional, extinta a figura do Presidente da Rússia, que naquela oportunidade, exercia o cargo, no triunvirato soviético, destituído, sem armas e sem sangue. Suas funções foram subsumidas nas do Primeiro-Ministro, o Presidente do Conselho de Ministros da URSS. Fez-se aqui, mais uma vez, o sinal pessoal de um grupo encabeçado pela vontade de L. Brejnev.

Oportuno também registrar que frutificam na União Soviética idéias de melhor relacionamento com outros países, já que a época do isolamento está desaparecendo. É impossível rejeitar tudo o que vem de fora, do exterior. São novas perspectivas e, quiçá, sejam sempre melhores...

### 1.8 Índia

E a União Indiana República desde 1947, quando se tornou independente, em virtude da campanha nacionalista de Mahatma Ghandi. A Constituição de 26 de janeiro de 1950, sendo, pois, a mais ampla das Constituições do mundo, bem demonstra as dificuldades de organização política, as estruturas sociais, raciais, culturais, que estiveram presentes e foram objeto de apreciação longa pela Assembléia Constituinte. Em vista desse quadro, no art. 1.º, ao criar e estabelecer a União dos Estados Federais, a Constituição federal, sendo realista, impôs uma classificação das unidades federadas em três categorias: as nove províncias antigas, sendo mais desenvolvidas, gozam de plena autonomia; os territórios, que anteriormente dependiam do governo dos príncipes da Índia, formam a segunda categoria e, sendo em número de oito, estão submetidos ao controle da União, por um período de dez anos. Escoado esse prazo, nivelar-se-ão às unidades da primeira categoria; e na última classificação se elencam circunscrições territoriais, que não são Estados, vinculadas diretamente à administração da União.

Os Estados, não dispendo de sua organização constitucional, pois quem a estabelece é a Constituição federal, refletem aspectos que nos propiciam a afirmar ser a Índia uma República não federal, mas quase-federal (26).

(26) VERDÚ, P. L. Op. cit., pp. 315-317.



## 1.9 Venezuela

Embora independente desde 1811, a pátria de Bolívar, somente após a guerra civil de 1870, é que se firmou como República Federativa, ou como Estados Unidos da Venezuela. E a atual Constituição federal de 1961, mantendo a forma federativa de República (art. 2.º), com seis Estados-Membros (art. 16), um Território e o Distrito Federal, evidencia a adoção clássica do sistema federal, que na Venezuela, como em todos os regimes federativos, tem apresentado sinais sensíveis de evolução. E, neste painel de evolução venezuelano, destacam-se as famosas regiões econômicas da Venezuela, numa eloqüente arrancada de visão e participação neofederalistas.

## 1.10 México

A época colonial mexicana, nascida em 1521, quando da conquista da Nova Espanha, incluindo-se o regime institucional de 1810 a 1821, teve seu término em 1821, quando da independência mexicana. O Segundo Congresso Constituinte é que aprovou a Lei Fundamental do povo mexicano, produto este que, feito por uma comissão de políticos e juristas, em tempo recorde (seis dias), foi apresentado ao Congresso Constituinte em dezembro de 1823. Foi a Acta Constitutiva a primeira Lei Fundamental mexicana que criou os Estados, implantando o sistema federal e o bicameralismo. Em 4 de outubro de 1824, o mesmo Congresso Constituinte expediu a Constituição dos Estados Mexicanos, cujo preâmbulo assim dispunha:

“En el nombre de Dios Todopoderoso, autor y supremo legislador de la sociedad: El Congreso General Constituyente de la Nación Mexicana, en desempeño de los deberes que le han impuesto sus comitentes para fijar su independencia política, establecer y afirmar su libertad y promover su prosperidad y gloria, decreta la siguiente — CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS” (27).

Consagrando princípios basilares do federalismo, a Constituição — art. 4º — adota para seu governo a forma de República representativa popular federal, sendo partes da Federação os Estados e Territórios (20 Estados e 4 Territórios).

Houve, em 1835, um Terceiro Congresso Constituinte, expedindo-se “Bases para uma nova Constituição”, pondo fim ao regime federal e inaugurando um centralismo atenuado. Depois, em 1836, surgem as Leis Constitucionais Centralistas com as mesmas bases de 1835. Vários períodos constitucionais se descortinam na história mexicana: Bases Orgânicas de 1843, após o Quarto Congresso Constituinte de 1842, acolhidas pelo Quinto Congresso. Realizou-se o Sexto Congresso, em 1846, período em que se verificou a guerra com os Estados Unidos. Em 1853, novas bases para a administração do país surgem, após a luta desastrosa com os Estados Unidos, até a promulgação de novo texto constitucional, que emergiu do Sétimo Congresso Constituinte de 1856, editando a Constituição de 1857. Triunfan-

(27) RAMIREZ, Serafin Ortiz. *Derecho Constitucional Mexicano*. México, 1961, pp. 77/78.

te a República em 1867, vitoriosa a Revolução de 1910, sob o lema “la libertad del sufragio y la no reelección”, exsurge o constitucionalismo fortalecido, na forma da Constituição dos Estados Unidos Mexicanos, de 31 de janeiro de 1917, cujo artigo 40 assim dispõe: “É vontade do povo mexicano constituir-se numa República representativa, democrática e federal, composta de Estados livres e soberanos em tudo o que respeita ao seu regime interior, mas reunidos numa Federação estabelecida segundo os princípios desta Lei Fundamental”.

São vinte e oito Estados e dois Territórios. No México, criou-se a Federação, depois, os Estados. O art. 115 dispõe sobre o regime interno dos Estados, sendo sua organização política e administrativa, como base de divisão territorial, o Município livre.

## 2. O Neofederalismo no Direito Comparado

O federalismo clássico, intra-estadual, interno ou dualista, inaugurado nos Estados Unidos em 1787, com a Constituição federal, passou a sofrer transformações em seu conceito ortodoxo, vindo a tornar-se hoje nova manifestação federativa. É o neofederalismo para preservação da própria federação. O fenômeno no federalismo americano merece registro, porquanto sua adoção naquele país, a pátria do federalismo, fez-se com rigidez de critérios clássicos e ortodoxos.

A grande questão, segundo a qual os governos dos Estados-Membros eram independentes do governo geral, merece resposta diferentemente assentada na atual estrutura e dinamicidade do Estado federal norte-americano, bem diversa daquela concebida pelos fundadores da Federação. A preocupação desses era assegurar que o governo que eles estavam criando — o governo geral — não fosse tão poderoso, a tal ponto de absorver os Estados-Membros, dos quais a nação nascia, na proposição máxima de **O Federalista**. O conceito de federalismo, segundo SCHWARTZ, que impregnava a filosofia governamental dos fundadores da União americana, se baseava na posição coordenada e independente dos diferentes centros de governo. O que era necessário, na opinião deles, era que cada governo devia ser limitado à sua própria esfera e dentro dessa esfera devia ser independente do outro<sup>(28)</sup>. Os poderes assegurados no Estado federal e os dos Estados-Membros dotavam a estrutura federal do equilíbrio e domínio próprios de suas respectivas ações, não devendo o exercício dos poderes federais invadir a área reservada dos Estados-Membros. Todavia, no mundo contemporâneo, as pressões políticas, os confrontos e conflitos gerados pelas crises do Estado, as injunções sócio-econômicas, a revolução industrial e tecnológica, não suportaram a ortodoxia do sistema consagrado da Federação, fato esse que provocou a evolução do próprio federalismo, como tão bem acentua, neste particular SCHWARTZ:

“O governo dos Estados Unidos, não menos do que o governo em outras partes do mundo, tem seguido a tendência para uma sólida concentração de autoridade no centro da estrutura po-

(28) SCHWARTZ, B. *Op. cit.*, p. 205.

lítica. O desenvolvimento nessa direção tem, na verdade, progredido tanto que não é impróprio chamar-se hoje em dia o sistema americano o novo federalismo, para distingui-lo do conceito de federalismo em que se baseava a distribuição original de autoridade entre a nação e os Estados nos Estados Unidos” (29).

A independência dos poderes na Constituição federal faz a grande vocação política dos Estados democráticos. E, como assevera HAMILTON, “a independência completa dos Tribunais de Justiça é particularmente essencial em uma Constituição limitada” (30). Ora, a participação da Corte Suprema na construção da teoria dos poderes implícitos favoreceu à expansão dos poderes federais em benefício dos cidadãos e em proveito da própria nação toda. E para que a autoridade de Washington se tornasse “capaz de exercer a autoridade regulamentadora no âmbito nacional requerida pelas condições contemporâneas, foi preciso que se abandonasse o conceito de federalismo dualista” (31).

Para AFONSO ARINOS, o período principal da mudança ocorreu na fase que vai, mais ou menos, de 1930 a 1937. Foi o tempo em que o Presidente F. Roosevelt, para enfrentar a grande crise econômica mundial, deflagrada em 1929 no seu país, empreendeu corajosas reformas sociais e econômicas conhecidas como **New Deal**. Roosevelt, como Presidente, seguia os exemplos de seu parente Teodoro. Como disse, com a admirável lucidez que conservou até a mais extrema velhice, o Juiz Holmes, da Corte Suprema, os constituintes de Filadélfia “deram a vida a um ser cujo desenvolvimento não podia ser previsto pelo mais dotado de entre eles” (32).

A evolução do federalismo, como está acentuada na própria pátria de sua instituição, evidencia fatores diversos. Há a preocupação expansiva dos poderes federais, com tendência visivelmente centrípeta, em que pese às trajetórias centrífugas do regionalismo. A angularidade política tonificou a demarcatória desencadeadora da preferência evolutiva, que se apresentou tão irrenunciável quanto imprescindível. Posteriormente, razões de ordem social e econômica, com sucedâneo jurídico demasiadamente forte e impulsor, pesaram e estão pesando nimamente para a unção final do neofederalismo como forma única de salvar a Federação.

A melhor apropriação do novo federalismo, em todos os Estados que adotaram a Federação, a partir da receita geral americana, verifica-se na indiscutível ajuda do poder central às unidades federadas. Aumentando-se a dependência financeira, atenua-se e enfraquece-se a independência política. A cooperação passou a ser um momento feliz e oportuno nas Constituições, nesta abertura do esforço intergovernamental.

(29) SCHWARTZ, B. *Op. cit.*, p. 206.

(30) HAMILTON, A., JAY, J. e MADISON, J. **O Federalista**. Rio, Editora Nacional de Direito, 1959, p. 313.

(31) SCHWARTZ, B. *Op. cit.*, p. 207.

(32) MELLO FRANCO, A. A. **Algumas Instituições Políticas no Brasil e nos Estados Unidos**. Rio, Forense, 1975, p. 26.

Todas as Federações passam por esse fenômeno: a Suíça, a Alemanha Ocidental, todos os Estados africanos, em cujo território a Federação encontrou um campo vasto de inserção de desmistificação do conceito clássico, com as suas etnias próprias, a cultura do povo africano. As direções são as mesmas. Veja-se o exemplo da Austrália que mostra seu aspecto de federalismo cooperativo, com a criação de duas importantes agências de administração indireta federal, o Conselho Australiano de Empréstimos (Australian Commission) e a Comissão Federal de Subvenções (Commonwealth Grand Commission) (33).

Não se nega, portanto, a expansão dos poderes federais nos regimes federativos. A centralização de poderes e o desfiguramento dos critérios clássicos do federalismo são razões e aspectos fenomenológicos definidores de nova noção do federalismo por cooperação irrecusável nos países de regime federativo.

### III — O FEDERALISMO NO BRASIL

#### 1. Império e República

As aspirações federativas no Brasil aparecem até mesmo antes da Independência (34). A insatisfação de eminentes políticos brasileiros, já no Império, constituindo-se em uma embrionária dissidência, tornou-se após a Independência um movimento antimonarquista. A esta atitude de coragem se agregavam as idéias federativas do federalismo norte-americano, essencialmente vitorioso, não somente no país de sua consagração, mas também em Repúblicas outras latino-americanas, que haviam escolhido este tipo e forma de Estado.

Nos Estados Unidos, em cuja federação se inspirou a brasileira (e grande número de outras nações), as 13 Colônias é que resolveram, após deliberação, constituir a União dos Estados Unidos. Portanto, no Brasil o federalismo despontou-se e consagrou-se de maneira inversa. Nos Estados Unidos, registrou-se o fenômeno da agregação das 13 Colônias, sendo, pois, um esforço associativo. No Brasil, porém, aconteceu uma equilibrada desagregação do antigo Estado unitário, constituído pelo Império do Brasil.

Após a Independência, o problema da Federação, segundo AFONSO ARINOS, foi discutido na Constituinte de 1823. E em 1834 o Ato Adicional pareceu preparar o caminho para um visível liberalismo federativo, quando aumentou a autonomia das Províncias do Império. No entanto, a Lei de Interpretação de 1840, mesmo restringindo a positivação das idéias federalistas, com a participação da centralização da Coroa, não conseguiu minimizar nem inibir as vozes, os protestos e a luta a favor do ideal federalista, que, no Segundo Reinado, tiveram uma inequívoca demonstração de indissolubilidade aparente de duas teses consagradas no Movimento Republicano e

(33) MELLO FRANCO, A. A. *Op. cit.*, p. 38.

(34) MELLO FRANCO, A. A. *Algumas Instituições Políticas no Brasil e nos Estados Unidos*. São Paulo, Forense, 1975, p. 41.

no Partido Republicano de 3 de dezembro de 1870: a Federação e a República <sup>(35)</sup>.

A bandeira das idéias federalistas já era um fato concreto. Daí para a proclamação da República foi um passo, já que o grande "leitmotiv" da República eram as idéias da Federação, tanto por parte de políticos liberais, como de publicistas republicanos, no declínio iminente da Monarquia Imperial.

O Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889, após a instituição republicana do Brasil, veio acolher o federalismo sob a inspiração da Constituição americana de 1787. E a Constituição da 1ª República, de 1891, adotou o federalismo, com o regime presidencialista, o bicameralismo, a transformação das Províncias em Estados-Membros <sup>(36)</sup>.

Oportuno aqui o registro de que a Federação brasileira já nasceu mais centralizadora, diferentemente da norte-americana, muito embora tenha surgido quando nos Estados Unidos o princípio do federalismo dualista, que aceitava as duas ordens de soberania, dos Estados e da União, era torrencialmente aplicado.

Não obstante a vitoriosa tese de moderação quanto ao federalismo brasileiro, o primeiro governo constitucional não deixou de ser uma verdadeira ditadura. Além da crise financeira por que passava o País, o governo de Deodoro se defrontava com a política numa luta renhida contra o Congresso que ele dissolve pelo golpe de Estado de 3 de novembro de 1891, vindo a renunciar, após a insurgência contra o seu ato inconstitucional do próprio Congresso e da Marinha. Também o Presidente Floriano Peixoto governou sob virtual ditadura, razão por que, nesses primeiros governos, não se pode falar em Federação. Somente após a presidência dos presidentes paulistas é que começou a própria Federação nos moldes brasileiros. Com a instituição da "política dos governadores", a Federação na Primeira República nada mais era do que uma "política dos Estados" <sup>(37)</sup>.

A reforma constitucional de 1926, empreendida pelo Presidente Artur Bernardes, não modificou o que a Constituição de 1891 dispusera sobre a Federação. No entanto, este texto constitucional identificou regulamentação específica dos casos de intervenção federal nos Estados, numa tentativa de amaciar a ditadura dos Estados-Membros, sobretudo, que não consultava a forma federativa brasileira, a *fortiori*, quanto à vitaliciedade de um dos governadores (Rio Grande do Sul — art. 6º, k, da Constituição) <sup>(38)</sup>.

(35) MELLO FRANCO, A. A. *Op. cit.*, pp. 41-43.

(36) Art. 1.º da Constituição de 24-2-1891 — "A Nação brasileira adota como forma de governo, sob o regime representativo, a República Federativa proclamada a 15 de novembro de 1889, e constitui-se, por união perpétua e indissolúvel das suas antigas Províncias, em Estados Unidos do Brasil".

(37) MELLO FRANCO, A. A. *Op. cit.*, pp. 53-54.

(38) A Constituição do Estado do Rio Grande do Sul de 1891, no art. 9.º, dizia: "O Presidente exercerá a presidência durante cinco anos, não podendo ser reeleito para o período seguinte, salvo se merecer o sufrágio de três quartas partes do eleitorado."

A política dos governadores, sob a égide da Constituição de 1891, mais conhecida como Federação isolacionista ou dual, ensejou a reação de 1925/1926, que veio propiciar a inauguração, realmente, do fenômeno de contatos intergovernamentais, quando da ajuda da União aos Estados-Membros, com os recursos de calamidade pública.

A participação financeira da União nos Estados-Membros inicia a cooperação financeira entre os dois níveis de governos, dentro do nosso federalismo. Entretanto, a pequena liberalidade na participação financeira, outorgada pela União aos Estados-Membros, tornara-se celeiro de abusos, os quais, sob a denominação de orçamentos rabilongos ou caudas orçamentárias, motivaram as restrições preconizadas pela Reforma de 1926.

Após a Revolução de 1930, à qual escasseava uma filosofia e uma orientação ideológica de envergadura que propiciassem uma exata compreensão do Estado liberal, de que partia a Federação no mundo contemporâneo, a Constituição de 1934 albergou tendências centralizadoras em várias de suas disposições. Em contrapartida tiveram os Municípios lineamentos de organização fixados no próprio texto constitucional. A respeito do ângulo federativo vale assinalar a institucionalização do regime de auxílio federal para a zona das secas (art. 177). Consagrou-se aqui nova dimensão de nosso federalismo, injetando-se, a partir daí, nova evolução para o nosso federalismo. Também o reconhecimento espontâneo dos Territórios como unidades federadas, além dos Estados e Municípios.

O campo de competência da União e dos Estados, fixado no artigo 10, injeta seguramente a angulação de solidariedade tão necessária ao processo de descentralização no federalismo. Além dos casos de intervenção política nos Estados, há os de natureza econômico-financeira (art. 12, VI). E o artigo 13, § 4º, veio permitir, sob o mesmo ângulo, a intervenção estadual nos Municípios. O artigo 9º propiciou a oportunidade de desenvolver as relações intergovernamentais, tão necessárias ao federalismo. Entretanto, com a duração efêmera do texto constitucional de 1934 e à vista da subversão da ordem política a instaurar-se no Estado Novo, efeito algum se produziu sob o seu pálio que efetivasse transformações reais na aplicação e execução do sistema político das relações intergovernamentais.

O federalismo nominal incrustado na Constituição de 1937 não poderia maximizar, naturalmente, nem mesmo respeitar, as proposições de relações intergovernamentais preconizadas no regime anterior. Viveu o Brasil sob uma espécie de Império Unitário de novembro de 1937 a fevereiro de 1945. Limitação jurídica alguma era aposta para o Ditador. A unicidade legislativa nas mãos do Presidente, configurando-se-lhe um governo absoluto, somente propiciaria à denominação nominal do federalismo, cujo estado de latência respeitara apenas a divisão tripartida da arrecadação dos tributos.

Com a Constituição de 1946 houve retomada do federalismo de 1934. Voltou o federalismo mais estruturado, de tal modo que a posição do Estado federal se tornasse mais eficiente no interesse de todos os Estados e da Nação.

A vitória sobre o totalitarismo ocidental, aliada à reação oportuna ao centralismo dominante na Constituição de 1937, desperta as idéias adormecidas do Estado liberal. E esta filosofia impregna a nossa Constituição, a tal ponto de conferir-se e reconhecer-se aos Municípios o princípio da autonomia política. A autonomia das entidades federadas reflete e espelha o liberalismo da descentralização federativa. Neste texto constitucional implantou-se a nova forma federativa, o federalismo cooperativo (arts. 198, 199). A União, que é rica, assistindo aos Estados, que são pobres.

A Constituição de 1946 traduziu, mais acertadamente, a unidade nacional, exigida pelas necessidades e pelo interesse coletivo da própria Federação. Não houve distorção do federalismo, uma vez que, ao lado da soberania da União, que sempre foi soberana, não se desfizeram os Estados-Membros de sua autonomia política, auto-organizando-se, autogovernando-se e auto-administrando-se. À esfera federal, a que se cometeu no trato constitucional competência reservada, acrescentou-se o mecanismo e o sistema de conciliação para contrabalançar o poder da União com a autonomia estadual e local, através de um sistema de cooperação administrativa e principalmente financeira <sup>(39)</sup> (arts. 5º, XIII e 171, parágrafo único, 198, 199, e art. 18, §§ 2º e 3º).

Além da partilha tributária, a inovação propriamente maior do texto constitucional, pode atribuir-se, como impacto maior, a criação de organismos regionais, no que se refere à cooperação <sup>(40)</sup>.

Na Constituição de 1967 e Emenda Constitucional nº 1/69, podendo-se considerar uma outra fase do nosso período federativo, desenha-se uma particularidade acentuadíssima de tendência de reforço ao poder central. É um fenômeno não unicamente nacional, mas sobretudo universal, como oportunamente se demonstrou.

Além da inauguração de instrumentos excepcionais, por que passou a Federação brasileira de 1964 a dezembro de 1978, para não fugir à regra do fortalecimento do poder central com o enfraquecimento das garantias individuais, as modificações desses diplomas constitucionais, variáveis ao sabor da política dos dirigentes, com prejuízo evidente para a descentralização federativa do Estado liberal e do Estado de direito, traduziam unipessoalmente a vontade do Executivo federal. Basta uma leitura sobre o art. 8º para se ver elencada vastidão pletórica de poderes conferidos à União. Acrescentam-se à relação das diversas hipóteses de violação das autonomias estaduais e locais e, sobretudo, quando a Emenda Constitucional nº 1/69, como resultado de conflitos mais substancialmente setorializados do que propriamente nacionais, confirmou todos os atos que, paralelamente à ordem constitucional, institucionalizaram outra, sob a sombra protetora do Ato Institucional nº 5/68, como complexo geminado, na lição de AFONSO ARINOS <sup>(41)</sup>.

(39) BRASILEIRO, A. M. O Federalismo Cooperativo, in *Simpósio sobre Relações Intergovernamentais*, Rio de Janeiro, IBAM, 1973, p. 43.

(40) BRASILEIRO, A. M. *Op. cit.*, p. 44.

(41) MELLO FRANCO, A. A. *Op. cit.*, p. 76.

No aspecto político, houve a crescente centralização — por que não dizer unitarismo? — no poder central. E, no aspecto tributário, à União foi atribuída a competência para decretar e arrecadar 9 tipos de impostos, enquanto os Estados e os Municípios se contentaram apenas com 2 para cada um deles <sup>(42)</sup>.

Ademais, as atribuições que foram cometidas, em face do artigo 81 da Emenda Constitucional nº 1/69, ao Presidente da República, especialmente na sua participação, competência privativa, do processo legislativo (arts. 83, da Constituição de 1967, e 81, II, da Emenda Constitucional nº 1/69; art. 60, I a IV da Constituição de 1967, e art. 57, I, II, III, IV, V, VI, da Emenda Constitucional nº 1/69), aliada esta exaustão atributiva àquela de expedir decretos-leis (arts. 58 da Constituição de 1967 e 55 da Emenda Constitucional nº 1/69) e à estabelecida no art. 54, §§ 1º e 3º, da Constituição de 1967, e art. 51 e seus §§ de 1 a 3 da Emenda Constitucional nº 1/69, são suficientes para a caracterização tendencial da centralização no Federalismo brasileiro, mesmo em se considerando a novidade introduzida no art. 157, § 10, da Constituição de 1967, e art. 164 da Emenda Constitucional nº 1/69, a respeito das Regiões Metropolitanas.

A imensidão do território nacional, fator de que sensivelmente se aproveitou o nosso primeiro constituinte para a instituição da Federação, a exemplo dos Estados Unidos, passou, com o enorme e indiscriminado desenvolvimento populacional brasileiro, a ser considerado como elemento também favorável e condicionante à centralização do poder. A ocupação do território consoante os interesses do País faria exigir uma política de diretrizes eminentemente federais.

Aos troncos rodoviários necessários às comunicações, como fatores conducentes à interação governamental das entidades estatais, há que somar-se a dispersão das vias de transporte aéreo nacional em todas as direções <sup>(43)</sup>, sem se ater ao insignificante e tímido transporte ferroviário.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 11/78, que entrou em vigor no dia 1º de janeiro de 1979, extinguindo-se o Ato Institucional nº 5/68 e todos os demais atos excepcionais, que, a partir de abril de 1964 a dezembro de 1978, se tornaram complexo "geminado" da Constituição federal, e com a abertura política que da Emenda nº 11/78 resulta, há que se acreditar um pouco mais em nossa Federação. E esta expectativa, esta esperança parece encontrar ancoradouro e ressonância nas palavras do Presidente João Figueiredo, ao conclamar que "farei deste País uma democracia", além de dar tratamento especial ao regime federal. Está inaugurado o início de um novo período da Federação brasileira.

## 2. Neofederalismo brasileiro

A doutrina do federalismo clássico, como atrás ficou ligeiramente evidenciado, evoluiu sensivelmente, constituindo-se hoje numa tendência consideravelmente centralizadora.

(42) V. art. 19, I, II, III, IV, V, VI, da Constituição de 1946.

(43) MELLO FRANCO, A. A. *Op. cit.*, p. 78.



Além de elementos homogêneos e semelhantes àqueles de várias outras nações federativas do mundo, o Estado federal brasileiro, adotado, como argumento para uns, como enfraquecimento do poder central, para outros, porque a Federação se realizara muito bem nos Estados Unidos, cuja extensão territorial somava mais uma identidade ao nosso, esbarrou-se, desde cedo, com a disparidade de nossas regiões e, sobretudo, dos Estados-Membros. É que a flexibilidade do federalismo, que estruturalmente deve ser descentralizado, viu-se, no Brasil, "embarçada com notório prejuízo em muitos Estados pelo dito princípio da paridade entre os Estados-Membros. Significa este que todos os Estados de uma Federação são iguais entre si e que, portanto, devem todos gozar do mesmo grau de autonomia, contar com as mesmas competências, perceber os mesmos tributos" (44). Realmente esta disposição assoberba os instrumentos de pacificação da descentralização, como um atributo congênito do federalismo. O Brasil com seus Estados-Membros, que são díspares, obedecendo ainda ao arcabouço do Brasil Colônia, em termos de divisões territoriais das Capitânias, em que se contêm regiões extremamente carentes, regiões críticas, de insuficiências realmente vultosas, viu o estabelecimento de condições negadoras do próprio princípio da paridade preconizado pelo federalismo.

A Federação brasileira é a única no mundo que veio destinar aos Municípios o *status* constitucional. Nesta vastidão territorial, a ocupação do território brasileiro só foi possível com a participação dos Municípios, razão pela qual, por essas circunstâncias históricas, se lhes consagrou o *status* constitucional, a forma política de peça federativa de terceiro grau. Para a exata apreensão do nosso neofederalismo exerce papel importante a unidade de base de nossa Federação.

Entretanto, com a diversidade de circunstâncias nos Estados-Membros, refletindo-se indubitavelmente, nas unidades de bases da Federação, nosso federalismo, na expressão de M. G. FERREIRA FILHO, tem sua virtude sufocada com o princípio da paridade, estabelecendo uma absurda e injusta identidade na diversidade (45).

Como vimos nesses estudos, a Federação da Índia, reconhecendo a extrema diversidade de suas Províncias, de seus Estados e de suas regiões, avançou no tempo, ao fixar para as unidades federadas uma classificação, de acordo com o nível de seu desenvolvimento e de sua situação plantada no seu território, com as suas raças, cultura e etnias.

Nossa organização federal obedeceu a critérios mais teóricos que práticos. O desejo de se desfazer, de qualquer maneira, do regime unitário, com excessiva proclamação federativa, sem se perscrutar todas as necessidades de nosso território, bem como suas potencialidades, demonstrou, mais cedo do que se poderia esperar e se pudesse temer, o apego à centralização. E, para o equilíbrio e mesmo salvação do federalismo brasileiro, a concepção das técnicas da cooperação, *grants-in-aid*, veio tentar resolver os

(44) FERREIRA FILHO, M. G. *A Democracia Possível*. 2.<sup>a</sup> ed., SP, Saraiva, 1974, p. 111.

(45) FERREIRA FILHO, M. G. *Op. cit.*, p. 112.

desnáveis econômicos e sociais dos Estados brasileiros, passando a União a dirigir a economia nacional.

Demonstra RAUL MACHADO HORTA que “o primado da União brota da norma constitucional e se impõe por motivos estranhos, no fundo, à organização federal, tecnicamente encarada. O crescimento da competência da União é consequência da mutação operada na conduta do Estado, e a técnica federal de repartir competências rendeu-se a essa realidade e inseriu no centro do poder nacional as tarefas do Estado intervencionista. A depressão econômica, o crescimento dos serviços sociais, a evolução tecnológica figuram entre as causas que WHEARE relaciona para explicar o crescimento dos poderes federais, sob o prisma da economia desenvolvida... A mudança do comportamento no domínio econômico e social é responsável pelo crescimento dos poderes federais. Trata-se de tendência irresistível, que também alcançou a federação clássica por excelência, e nos Estados Unidos, como notaram ANDRÉ TUNC-SUZANE TUNC, a presença do governo federal na solução dos problemas econômicos provocou o retraimento do Estado. É verdade que o aprofundamento da intervenção estatal na economia, na via eficiente das medidas de caráter nacional, suscita vaticínios catastróficos sobre o futuro do Estado federal”<sup>(46)</sup>.

Segundo o mesmo constitucionalista pátrio, a Constituição federal de 1946 retirou a cooperação do domínio de aspiração, no qual manteve durante a inacabada experiência política e constitucional de 1934 e a redimiu do esquecimento votado pela Constituição de 1937<sup>(47)</sup>.

Benefícios federais, de grande envergadura, são destinados a determinados Estados em áreas previamente circunscritas. O orçamento federal regional constitui feliz inovação do federalismo cooperativo consagrado pela Constituição de 1946<sup>(48)</sup>.

As necessidades das regiões críticas, altamente carentes, nos Estados federados, introduziram novos instrumentos de ação regional, como a Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste, SUDENE, instituída pela Lei nº 3.692, de 15 de dezembro de 1959.

A destacada fisionomia fundamental da SUDENE é o tratamento planejado do desenvolvimento regional<sup>(49)</sup>. Após a SUDENE, vieram outros organismos regionais, como a Superintendência de Desenvolvimento da Amazônia, SUDAM, a Superintendência de Desenvolvimento Regional do Sudoeste, SUDECO, a SUDESUL, a SUFRAMA, a SUVALE.

Percebem-se, evidentemente, os instrumentos da ação federal para áreas essencialmente críticas, merecedoras de tratamento especial, sem, contudo, se atentar, com esse procedimento, contra a unidade e igualdade políticas

(46) MACHADO HORTA, R. *Evolução Política da Federação* — *Revista de Ciência Política*, jan./mar., 1969, pp. 43-44.

(47) MACHADO HORTA, R. *Op. cit.*, p. 48.

(48) MACHADO HORTA, R. *Op. cit.*, p. 50.

(49) MACHADO HORTA, R. *Op. cit.*, p. 54.

dos Estados da Federação, uma vez que esses órgãos federais, ao injetar planejamento, recurso e execução de programas nessas áreas críticas, sob o raio de sua ação, estão seguramente cobrindo e amparando uma grande desigualdade econômica e social em territórios supinamente críticos e carentes da Federação.

E a técnica de repartição de impostos federais consagrada na Emenda Constitucional nº 5, de 21 de novembro de 1961, beneficiando aos Municípios, veio definir, por fim, na Emenda Constitucional nº 18/65, de 1º de dezembro de 1965, já sob o caso da Constituição de 1946, sob cuja égide tanto se fez pelo regionalismo e pelo municipalismo, dentro da nova caracterização do federalismo, o verdadeiro substrato para a sua emancipação financeira, unvida na Constituição de 1967 e na Emenda Constitucional nº 1/69.

Apontava RAUL MACHADO HORTA que ainda era cedo (na vigência da Constituição de 1967) para juízo seguro sobre o comportamento da experiência federativa brasileira<sup>(50)</sup>. Todavia, como sempre se esperou, o fenômeno de regionalização caiu em terreno fértil, produzindo benefícios às regiões de insuficiências, e no aspecto do federalismo cooperativo, as relações intergovernamentais, União, Estados-Membros e Municípios, estão demonstrando, não apenas a certeza da evolução das instituições e dos mecanismos de cooperação financeira, mas a segurança e a sobrevivência para as unidades federadas nos atuais textos constitucionais.

A Constituição de 1967 veio, no seu art. 157, § 10, inaugurar novo instrumento de relações intergovernamentais, permitindo a criação, por lei complementar federal, das Regiões Metropolitanas. Na Emenda Constitucional nº 1/69, mereceram as Regiões Metropolitanas um dispositivo próprio, art. 164, estando, portanto, dentro da Ordem Econômica e Social, do texto constitucional, informando, por conseguinte, um conteúdo de justiça e filosofia sociais e econômicas. Somente em 1973, pela Lei Complementar nº 14/73, é que se estabeleceram as oito Regiões Metropolitanas, a saber: de São Paulo, Belo Horizonte, Porto Alegre, Recife, Salvador, Curitiba, Belém e Fortaleza. A Lei Complementar nº 20, de 1974, estabeleceu mais uma Região Metropolitana, a do Rio de Janeiro. O federalismo tradicional, comportando os governos da União, Estados-Membros e Municípios, tem no neofederalismo extensão mais elástica; e maior abrangência é que se pode ver, com a União, vinculadas a ela as regiões sócio-econômicas, os Estados-Membros, com as Regiões Metropolitanas e os Municípios, sendo que as regiões sócio-econômicas são providas por ação direta do Governo federal, através das Superintendências, enquanto as Regiões Metropolitanas, nos atuais textos complementares federais, se vinculam aos Estados e em participação e colaboração de Municípios que as integram.

Dentro deste quadro subsumem-se as novas dimensões de nosso federalismo.

(50) MACHADO HORTA, R. *Op. cit.*, p. 61.

Assim como fase mais que embrionária, já prevista na Constituição de 1891, art. 65, § 1º, a política de colaboração, de cooperação nas relações intergovernamentais, desejada em vários períodos republicanos, está aí, após solene confirmação no texto de 1946 e não menor consagração no texto constitucional de hoje, perdurando e atuando com a intensidade agregadora que lhe deve ser sempre o apanágio na modernização estrutural das novas dimensões do Estado federal.

#### IV — PERSPECTIVAS NUCLEARES DO FEDERALISMO CONTEMPORÂNEO

##### O Federalismo no Direito Internacional. O Futuro do Federalismo

Os processos normais por que vivem todas as federações existentes no mundo de hoje estão evoluindo, ora naturalmente à busca de novos rumos e melhores determinações nacionais, ora à vista de movimentos deflatores de instituições merecedoras de reprovação. O importante é que destas lições sobressai um dado de vital relevância para a humanidade e os povos, como uma solução federalista, a fim de que se unam os povos cada vez mais, no sentido de alcançar-se melhor imagem do mundo contemporâneo, sujeito a tantas pressões, tensões e crises sociais, políticas e econômicas, as mais variadas.

Como opção confederativa, descortinam-se no mundo sinais evidentes de conjugação de esforços condizentes a uma necessidade de união supranacional. Estas tendências, de conteúdo benéfico, provieram dos escombros da guerra, sobretudo das últimas grandes guerras mundiais. Depois da Liga das Nações, destaca-se a ONU, a Organização das Nações Unidas, como, para muitos, a primeira manifestação do Estado Universal. Já se prega a irreversibilidade da cidade universal, como resultado das megalópoles, formando-se a ecumenópole. Tem-se pelo acolhimento da idéia do Estado universal, malgrado as emanções nacionalistas dos povos, simpatia geral. Realmente, a soberania dos Estados é o grande obstáculo para o Estado mundial, a que se tributaria a soberania internacional.

Na marcha evolutiva dessas doutrinas, papel preponderante está iniludivelmente reservado ao federalismo, numa proposição avançada do futuro Estado federal mundial.

Percebe-se, historicamente, que tais idéias e atitudes não são atuais. É verdade que Roma Antiga, através de seu Império, inspirava esta tendência. Os romanos não se diziam apenas cidadãos da *Civitas*, mas cidadãos do Orbe. A expressão, consagrada pelo Cristianismo, "Urbi et Orbi", na primeira bênção papal, tem suas raízes no desejo cosmopolitano de Roma Antiga. E diferentemente, já em nosso século, não se pôs a política e a ação de Hitler no Estado unitário mundial.

HANS KELSEN afirma, há muito tempo, que "si el derecho internacional no contractual y, por tanto, los mismos tratados internacionales han de valer como normas jurídicas objetivas, independientemente de la vo-

luntad de los Estados obligados; si ha de ser posible la idea de una coordinación de todas las comunidades dadas históricamente como Estados, y si ha de descartarse la idea de una subordinación de todos bajo un único Estado soberano, entonces es preciso que el conocimiento jurídico parta de la idea del primado del orden jurídico internacional, es decir, del supuesto de que las normas conocidas con el nombre de derecho internacional constituyen un orden jurídico totalitario superior a los Estados, que delimita los respectivos ámbitos de validez, que a todos coordina y a todos comprende como órdenes parciales" (51).

A idéia do Estado mundial não repugna. O próprio KELSEN tem-na como possível, desde que, aceita pelos Estados a supremacia do direito internacional, a criação do Estado universal tem que se fazer acima, obviamente, dos próprios Estados, superior a eles, o que comporta e vai importar na abdicação da sua respectiva soberania, a favor do Estado federal mundial. Ter-se-á então a **Civitas Maxima**.

O direito internacional está acima do direito dos Estados. E por este fato "crê-se possível concluir que a soberania do Estado é essencialmente limitada e, por essa via, se torna possível uma organização mundial eficaz. O primado do direito internacional desempenha um papel decisivo na ideologia do pacifismo. A soberania do Estado — que o primado do direito internacional exclui — é algo de completamente diferente da soberania do Estado que é limitada pelo direito internacional" (52).

As soluções apresentadas por KELSEN encarnam o aspecto jurídico-formal, circunstância esta que, vitoriosa, lograria atingir a criação do Estado universal federal, já que o maior obstáculo reside na soberania dos Estados.

A necessidade da convivência não se pode recuar diante das dificuldades que se apresentam às iniciativas de ampliar a integração coletiva da humanidade.

O conceito de uma sociedade política universal pluralista coincide, perfeitamente, conforme acentua JACQUES MARITAIN, com os princípios básicos da filosofia política de TOMÁS DE AQUINO... quando nem a paz nem a auto-suficiência podem ser alcançadas por certos Reinos, certas Nações ou por certos Estados, é sinal de que já não são sociedades perfeitas. Neste caso será, então, uma sociedade mais ampla, definida por sua capacidade de realizar a autonomia e a paz, que se tornará uma sociedade perfeita. Em nossos tempos, a sociedade que corresponderá a esse tipo há de ser a comunidade internacional politicamente organizada (53).

Não vivemos apenas de teorizações a esse respeito. Surgem nos Continentes associações de países, na opção de confederação integrativa, preocupadas com a necessidade de reunião, para defesa de seu comércio, de

(51) KELSEN, H. *Teoría General del Estado*. México, Editora Nacional S/A, 1948, p. 182.

(52) KELSEN, H. *Teoría Pura do Direito*. 4.ª ed., Coimbra, Arménio Amado-Editor, Sucessor, 1976, p. 456.

(53) MARITAIN, J. *O Homem e o Estado*. 3.ª ed., Rio, Agir, 1950, p. 230.

sua economia. Ora, esses organismos, nós os encontramos, em maior número, na Europa. Sabe-se o quanto os europeus lutaram, através dos séculos, para sua autonomia particular, de cada país. País nenhum mais ama sua independência do que os países europeus. E é justamente na Europa que mais se exercita a idéia de associação. Veja-se o Mercado Comum Europeu, controlando a economia, com a filosofia de integração participativa. O Parlamento europeu, eleito em 10-6-79, com repercussões mundiais, está aí a informar o princípio da universalidade continental, que não repugna à internacional. As sociedades européias, que já possuem até um direito europeu, revelam mecanismos em formação de um Estado continental. Provam esta assertiva as organizações européias que se multiplicam: O Conselho da Europa, criado em 1949, reunindo hoje 21 países; a União da Europa Ocidental, criada em 1955; a Associação Européia de Livre Comércio, e tantas outras (64).

Tem-se a OTAN, como organismo político-militar de inspiração intercontinental. O Pan-Americanismo, a OEA (65); o Pan-Africanismo, as Ligas Asiáticas, a República Árabe Unida (RAU). Ora não se concebe mais a procura da paz, do progresso, de uma sociedade humana menos imperfeita, portanto, melhor, sem se ater a uma iniciativa conjunta de coligação. Aos avanços crescentes das relações intergovernamentais internas dos Estados responde eloqüentemente o convívio das relações internacionais de associação, na melhor incumbência que, na altura da história político-mundial, está-se reservando ao federalismo. Daí a sua grande proposição cosmopolitana e universalista a exsurgir.

Reside, neste particular, à custa das ações e tendências unitaristas e unitarizantes dos atuais Estados federais, a indeclinável e irrecusável missão do Federalismo, e, por conseguinte, o seu próprio futuro.

## V — CONCLUSÃO

### Considerações finais

O federalismo clássico, dualista, ortodoxo, tem, atualmente, conteúdo histórico, tanto para o direito constitucional como para a ciência política. Eis que a evolução do federalismo, uma necessidade geral, imprimiu-lhe noções novas e técnicas modernas, circunstância esta que evidencia a titularidade de maiores ações, as ações nacionais, que hoje são quase totais nos poderes federais, inibindo, quando não retirando, competências e atribuições dos Estados-Membros.

Está o federalismo em estágio de transição? Cremos que sim. Qual o seu futuro a nível nacional? Difícil conceber raciocínio dessemelhante de se ver na União a concentração, cada vez maior, de poderes. A expansão dos poderes federais é uma verdade inquestionável.

(64) V. *Le Monde*, Édition Internationale, du 3 au 9 mai 1979, p. 7.

(65) Importante a missão dessas organizações. Haja vista a decisão da OEA, recentemente, a respeito do Governo da Nicarágua de Somoza, declarando-o, por maioria de votos, em virtude da Guerra Civil, ilegítimo, o que levou vários países, a maioria, a suspender relações internacionais com a Nicarágua, inclusive o Brasil.

Juristas brasileiros há que propugnam, para salvar a Federação, no momento histórico nacional, a criação de um outro ente federal, a Região, o Estado federal regional; deixar-se-ia a figura tridimensional do novo federalismo para a tetradimensional<sup>(56)</sup>. Não se repele a idéia, já que experiências alienígenas na construção de uma autonomia regional, vive-as já a Constituição italiana (art. 115). Como fenômeno de transição, em que pese às diferenças de formas de Estado, não é inadmissível ou mesmo inviável a prospecção nesse direcionamento. Não refletiriam nossas Regiões Metropolitanas, juntamente com as regiões sócio-econômicas, instituídas para preservação do nosso federalismo, uma atitude prospectiva de viabilidade de um Estado federal regional?... São indagações, merecedoras de respeito, cujo desdém inconseqüente não se pode acolher, sob pena de imposições catastróficas da Federação brasileira, acuada como está em excessivos avanços unitaristas.

Por fim, sem filiar-nos a predições exageradas, e desprezando quaisquer investidas anarquistas, porque inócuas, a nível mundial é que está o futuro do federalismo, que, sob a égide e o pálio do direito internacional, consolidará a irreversibilidade do Estado mundial, cujo objetivo haverá de subsumir-se na busca da paz, do progresso e desenvolvimento de uma vida menos imperfeita de todos os homens. A nível internacional, uma esperança de absorção federalista; a nível nacional, teme-se-lhe o futuro... É que estão os Estados federais contemporâneos curtindo amargas experiências, desprovidos daqueles fundamentos essencialmente federais. Esse o painel geral em que se situa o federalismo no contexto dos países.

---

(56) **BONAVIDES, Paulo. O Planejamento e os Organismos Regionais como Preparação a um Federalismo de Regiões, RDA, 104.**

#### BIBLIOGRAFIA

- ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de Direito Internacional Público.** 11ª ed., São Paulo, Saraiva, 1978.
- ARISTÓTELES. **Tratado da Política.** Publicações Europa—América, julho de 1974.
- BALEEIRO, Aliomar. **A Crise Financeira do Federalismo.** Belo Horizonte, RBEP, n. 28, 1970.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Regimes Políticos.** São Paulo, Resenha Universitária, 1977.
- BITAR, Orlando. **Federalismo Solidário e Desenvolvimento.** RDA, n. 115.
- BONAVIDES, Paulo. **O Planejamento e os Organismos Regionais como Preparação a um Federalismo de Regiões.** RDA, n. 104.
- BRASILEIRO, Ana Maria. **O Federalismo Cooperativo,** in Simpósio sobre relações intergovernamentais. Rio, IBAM, 1973.
- BRITO, Luiz Navarro. **O Federalismo na Constituição de 1967.** BH, RBEP, n. 28, 1970.
- BURDEAU, Georges. **Traité de Science Politique.** 12ème édition, Paris, LGDJ, 1967, t. II.

- **Droit Constitutionnel et Institutions Politiques**. 15ème édition, Paris, LGDJ, 1972.
- CHEVALIER, Jean Jacques. **As Grandes Obras Políticas de Maquiavel a Nossos Dias**. 3ª ed., Rio, Agir, 1976.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Novos Pólos Administrativos Afetando a Federação Brasileira**. In **As Tendências Atuais do Direito Público**. Estudos em homenagem ao Prof. Afonso Arinos. Rio, Forense, 1976.
- DAVID, René. **Les Grands Systèmes de Droit Contemporains**. 6ème édition, Paris, Dalloz, 1974.
- DUVERGER, Maurice. **Institutions Politiques et Droit Constitutionnel**. Paris. Presses Universitaires de France, Thémis, 1973.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A Democracia Possível**, 2ª ed., SP, Saraiva, 1974.
- FUSTEL DE COULANGES, **A Cidade Antiga**. 10ª ed., Lisboa, Livraria Clássica Editora.
- HAMILTON, A., JAY, J. e MADISON, J. **O Federalista**. Rio, Editora Nacional de Direito, 1959.
- HAURIOU, André. **Droit Constitutionnel et Institutions Politiques**. 6ème édition, Paris, Éditions Montchrestien, 1975.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 4ª ed., Coimbra, Arménio Amado Editor, Sucessor, 1976.
- **Teoria General del Estado**. México, Editora Nacional S/A, 1948.
- MACHADO HORTA, Raul. **A Autonomia do Estado-Membro no Direito Constitucional Brasileiro**. Belo Horizonte, 1964.
- **Evolução Política da Federação**. **Revista de Ciência Política**, jan./mar., 1969.
- **Tendências do Federalismo Brasileiro**. **RBEF**, n. 28, BH, 1970.
- MARITAIN, Jacques. **O Homem e o Estado**. 3ª ed., Rio, Agir, 1959.
- MELLO FRANCO, Afonso Arinos de. **Algumas Instituições Políticas no Brasil e nos Estados Unidos**. Rio, Forense, 1975.
- MIRANDA, Jorge. **Constituições Políticas de Diversos Países**. Lisboa, INCM, 1975.
- Le Monde**, Édition Internationale, du 3 au 9 mai 1979.
- MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. São Paulo, Difusão Européia do Livro, vol. II, 1962.
- PINTO FERREIRA. **Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno**. 5ª ed., São Paulo, ERT, 1971.
- PRÉLOT, Marcel. **Institutions Politiques et Droit Constitutionnel**. 5ème édition, Paris, Dalloz, 1971.
- QUINTÃO, Aluzio Alberto Cruz. **Federalismo e Neofederalismo**. Universidade Técnica de Lisboa, 1967.
- RAMIREZ, Seratin Ortiz. **Derecho Constitucional Mexicano**. México, 1961.
- Revue de Droit Public et de la Science Politique**. Paris, mai/juin 1978.
- SCHWARTZ, Bernard. **Direito Constitucional Americano**. Rio, Forense, 1966.
- SEABRA FAGUNDES, M. **A Expansão dos Poderes Federais**. BH, **RBEF**, n. 28, 1970.
- SILVA, Carlos Madeiros. **Evolução do regime federativo**. **Revista de Ciência Política**, vol. 20, número especial, out., 1977.
- SOUZA, Washington Peluso Albino de. **O Planejamento Regional no Federalismo Brasileiro**. BH, **RBEF**, n. 28, 1970.
- VERDÜ, Pablo Lucas. **Curso de Derecho Político**. Madrid, Editorial Tecnos, vol. II, 1974.



# O sistema federalista e a integridade do Brasil

PAULO DE FIGUEIREDO

Ex-Consultor-Geral, ex-Secretário-Geral da Presidência e ex-Diretor da Assessoria Legislativa do Senado Federal. Ex-Presidente do Conselho Administrativo e ex-Professor da Faculdade de Direito do Estado de Goiás. Ex-Professor da Faculdade Brasileira de Ciências Jurídicas do Rio de Janeiro. Ex-Assessor Parlamentar da Presidência da República

## I – PRELIMINARES

A política é a ciência das ciências. Inclui, integra e supera todas as demais ciências sociais. Ciência do Estado, e sendo o Estado o instrumento de “construção” dos povos, ela se utiliza de todos os elementos fornecidos pelas outras ciências – a sociologia, a economia política, a psicologia social, a antropologia, a geografia econômica, o direito, a estatística etc. – para a elaboração dos planos de edificação das nacionalidades.

Se o seu objetivo é, pois, “construir” a nação, a política há de ter não só uma *motivação* como, também, uma *finalidade*. Constrói-se de *certa maneira*, para atingir *tal resultado*. A política é, assim, teleológica. Inscreve-se, por conseguinte, numa filosofia, pois só a filosofia revela as primeiras causas, indica as razões fundamentais, aponta os fins últimos.

O comunismo tem por base a doutrina marxista, ou seja, o materialismo histórico; o liberalismo se enraíza no racionalismo cartesiano e no romantismo de ROUSSEAU; o fascismo busca a sua tônica no intuicionismo.

Povo são os homens todos de um país. Os homens têm uma razão de ser, visam a metas, e a política, ao organizar a vida dos homens em comum, através do Estado, manifesta a sua *qualidade* pelo valor de seus propósitos últimos:

“A política, que não deixa de ser *filosofia*, ou de integrar uma *categoria filosófica*, fornece os elementos objetivos indispensáveis ao estudo dos princípios que orientam a formação de um povo, as suas condições de território e de governo” (MANOEL DE OLIVEIRA FRANO SOBRINHO) (1).

(1) FRANCO, Manoel de Oliveira. *Estudos de Direito Público*. Brasília, Edições do Ministério da Justiça, 1977.

Dessarte, ligada a uma filosofia, a política, na "construção" dos povos, procura o bem comum; logo, o bem de todos os homens e de cada um dos homens, mas de homens localizados num determinado espaço e vivendo num determinado tempo. Por conseguinte, além de teleológica, há a política de ser, também, realista. Porque cada Estado que ela estrutura, ordena e dinamiza, é edificado num espaço próprio, de características típicas, de condições peculiares, onde, portanto, o homem joga com elementos existenciais diferenciados.

Evidentemente, o que se procura, em última análise, é o bem do homem, e, assim, cabe, antes de tudo e sobretudo, indagar *que homem* é esse que devemos considerar como ponto de partida e meta final da política. E, então, logo teremos de afirmar que o homem que se busca é o homem total, o homem-indivíduo e o homem-pessoa, o homem-cristão.

Esse homem não poderá, certamente, ser encontrado no regime liberal-democrata, cuja filosofia, em sua projeção social, transformou o homem em simples mercadoria, barco sem leme ao sabor das ondas da livre concorrência... Nem no regime comunista, que o considera mero atributo da economia. Nem nos fascismos, onde deixou de ser um agente para ser um simples objeto do Estado.

A filosofia em que se deverá inspirar a política, se quisermos, no Brasil, organizar um Estado que seja, de fato, um instrumento de edificação do homem, há de ser a cristã, a qual se traduzirá, necessariamente, num modelo social-democrata onde o homem, considerado como um ser feito à imagem e à semelhança de Deus, mas vivendo numa terra e num tempo, terá sua sociedade estruturada em termos adequados à sua plena expansão como um ser humano, sim, mas um ser igualmente *nacional e temporal*.

Uma nação é uma sociedade, é a sociedade por excelência. E o Estado, que organiza a nação, é, em síntese, uma ordem jurídica. Todos os demais componentes desse todo orgânico, que é o Estado, deverão estar submetidos a essa ordem e serão utilizados para a satisfação dessa sociedade. Entretanto, repita-se, observe-se que "não é possível, a rigor, tratar do *jurídico* e do *social* sem implicitamente envolver a questão dos fins da instituição, o problema *teleológico-político*" (MIGUEL REALE) (2).

O Estado é a nação em movimento. É a nação personalizada, como entidade portadora de direitos e deveres. A nação é um organismo vivo, natural, e o Estado, em que ela se inscreve, se ordena e se modela, abrange e vincula, hierarquicamente, todos os seus elementos condicionantes: o social, o econômico, o jurídico, o religioso, o político, o filosófico. A nação é, pois, a "alma" do Estado. Este há de expressá-la, organizá-la e conduzi-la para fins condizentes com a sua "vontade". Os nossos "pragmáticos" não entendem isso; acham que essas especulações são coisas de teóricos sonhadores, sem nenhuma utilidade. Mas os "pragmáticos", os que, sem princípios, vêm na política apenas um instrumento de conquista do poder pelo poder, estes jamais serão *políticos*, jamais farão *política*, serão sempre meros *polítiquesiros* que passam a vida a fazer *politicagem*... São esses indivíduos que desonram a classe política e desva-

(2) REALE, Miguel. *Teoria do Direito e do Estado*. São Paulo, Livraria Martins, 1942.

lorizam a própria política. Não sabem o que querem, ou melhor, só querem satisfazer seus interesses pessoais, o que explica a união, em certas "Alianças", em certas "Frentes", em certos "Movimentos", de indivíduos "pragmáticos" da esquerda, do centro e da direita, crentes e ateus, nacionais e estrangeiros, mas quase sempre, e quase todos, comprometidos com organizações multinacionais. Dizem-se "práticos", esses falsos políticos, mas são apenas abúlicos, seres incaracterísticos, apátridas, nocivos e que desconhecem que "las especulaciones intelectuales, según PLATÓN y ARISTOTELES, no son entretenimientos caprichosos que estimulan la risa o el asombro, sino que son ejercicios de la inteligencia y de los sentimientos respecto del hombre en el Gobierno: previenen, estimulan, informan. Pretenden revelar lo más recóndito del espíritu del hombre. Muestran como las mentes y las personas, en un determinado momento, hacen frente a los problemas que se les presentan según el lugar que estos ocupan. Actúan a través de la necesidad o de la obtención de un fin hasta llegar al éxito práctico, la victoria o la derrota. Proclamen un bien o un deber supremos, como la justicia o la virtud, sacando sus conclusiones de la naturaleza del universo y del hombre y de las disposiciones rectas y lógicas necesarias para servir a esos fines" (HERMAN FINER) (3).

Não há, portanto, como se divorciar a política da filosofia, pois só alicerçada em motivos humanos e visando a fins humanos pode a política, ao organizar a nação, modelando-a juridicamente num Estado, servir ao homem.

O que o homem quer é sua plena realização como pessoa. O que a nação quer é a sua plena realização como sociedade. Essa plena realização os homens só alcançam se possuídos de uma filosofia cristã, a única que vê o homem na totalidade de suas virtudes. E só um regime democrático possibilita a realização política dessa doutrina cristã, eis que lhe dá os suportes de fraternidade, de igualdade e de liberdade, onde ela pode germinar e florescer.

Atentos às nossas origens, à nossa formação e às nossas realidades, ou seja, à nossa história, à nossa gente e ao nosso meio, fácil é concluir que o nosso destino tem de ser programado nas linhas do cristianismo (o qual dará ao nosso Estado uma essência humanista) e do nacionalismo (que balizará as instituições pátrias pelas realidades do País).

Dentro de um propósito alto, de dignificação do ser humano, e sem esquecer as condicionantes nacionais de nosso desenvolvimento, assim há de agir a política, cujos postulados e cujos projetos devem ser, portanto, elaborados dentro de uma orientação democrática e brasileira.

Os problemas de nossa organização social, econômica e política, para serem resolvidos, terão de sujeitar-se a esses postulados.

O homem, vivendo em sociedade, tem seu destino vinculado ao destino de todos os outros homens. Por isso, as instituições sociais não são criações arbitrárias, antes expressam realidades humanas, pois os homens *estão* nelas, *vivem* nelas, vencem ou são derrotados *dentro* delas. Dentro desse entendimento pode-

(3) FINER, Herman. *Teoría y Práctica del Gobierno Moderno*. Traducción de Enrique Tierno Galván. Madrid, Editorial Tecnos, S.A., 1964.

se dizer que a sociedade é o "homem dilatado". O Estado, sociedade nacional juridicamente organizada, é o homem em sua dimensão política mais vasta. O Estado não existe por si, não age por si, ele é a sociedade inteira buscando afirmar-se, os homens todos em sua marcha histórica: "Lo mismo que la empresa política es por y para los hombres, estos son, a su vez, para las instituciones, que no son otra cosa que hombres que actúan de una manera mas o menos deliberada de común acuerdo respecto de un determinado complejo de fines", ensina HERMAN FINER (4), que acrescenta:

"El filósofo político persigue un fin y para ello busca caminos y medios, es decir, las instituciones" (5).

Assim, quando se fala em instituições democráticas, em instituições comunistas, em instituições fascistas ou em instituições liberais, fala-se em instituições ligadas a determinada filosofia, isto é, a uma concepção do homem, da sociedade, da vida e do universo. A filosofia, diz ainda HERMAN FINER (6), "es inmanente a la institución de gobierno, porque un gobierno es el ejercicio de la autoridad por medio de unos hombres respecto de otros hombres, y la filosofía guía la distribución de esta autoridad".

Realmente, o Estado atua através de um governo. Ora, governa-se por homens, com homens, para homens. E o homem é uma idéia em marcha. Um governo é um ideário em ação. A política, como arte de governar, é a prática daqueles princípios que, como ciência, aplica na estruturação e condução do Estado.

Essas verdades precisam ser reconhecidas e ficar devidamente assentadas, para um perfeito equacionamento político das coisas e a fim de que a sociedade nacional, que o Estado exprime, aja conscientemente em sua caminhada histórica. Pois a nação é, em suma, uma massa social, suscetível, como "la matière cosmique", "sous l'action du mouvement" de "se resserrer et de se dilater continuellement, en d'autres termes, de s'associer et de se dissocier" (DE LA GRASSERIE) (7). Esse movimento, que leva a sociedade a se retrair ou a se expandir, a se unir ou a se dividir, a seguir tal ou qual rumo, é ditado pela ideologia política dominante no governo, e uma ideologia política é, sempre, expressão de uma filosofia, apenas transposta do plano metafísico para o plano da realidade.

No projeto de modelação jurídica da sociedade nacional, através do Estado, há de se levar sempre em conta, necessariamente, a realidade da nação. Pois cada nação é uma só e ela só. Tem facies próprio. É uma pessoa. Tem necessidades típicas. Possui forças específicas. Dispõe de recursos peculiares. Há, portanto, de buscar caminhos diferentes de outras nações, conquanto todas pretendam chegar ao mesmo fim. Desse modo, a sua realidade há de ser sempre

(4) FINER, Herman. Ob. cit.

(5) FINER, Herman. Ob. cit.

(6) FINER, Herman. Ob. cit.

(7) GRASSERIE, De La. *L'État Fédéralist*. Paris, Ancienne Librairie Thorin et Fils — A. Fontemoing, Editeur, 1897.

considerada, toda vez que se pretenderem criar, nela, com ela e para ela, instituições capazes de atender às suas necessidades e às suas aspirações: "Siempre que se reflexiona sobre la sociedad política se tropieza con un hecho ineludible: la diversidad social. Esta diversidad no puede negarse, pero toda reflexión política coherente debe intentar conducirla a una síntesis no destructora, mejor aún, a un orden vivo. Tratándose de la nación, la variedad de sus componentes no puede ser ni pura y simplemente negada ni pasivamente aceptada" (GEORGES VEDEL) (8).

No desenvolvimento da tese que aqui vamos sustentar, será de grande importância considerar essas diversificações de ordem social, eis que, sabendo-se que há uma tendência natural à organicidade, no mundo dos seres humanos, os fatores sociais não, por isso mesmo, de ser posicionados em função de sua capacidade de coesão e integração, com vistas a neutralizar fatores outros diversionistas e divisionistas. Em países como o Brasil, de dimensões continentais; com regiões, algumas, como que "ilhadas"; com riquezas diversificadas; com populações culturalmente diferenciadas; com rarefação demográfica em imensas áreas e congestionamento demográfico em outras; com insuficiência e deficiência de meios de comunicação e outros elementos desintegradores — mas com um povo homogeneizado pela religião, pela língua, pela miscigenação e pela história, é de ter-se sempre em conta a já citada observação de DE LA GRASSERIE (9), segundo a qual "la matière sociale est susceptible de se dilater continuellement, en d'autres termes, de s'associer et de se dissocier".

A propósito, cabe, de passagem, salientar que o homem não é fruto do meio, não é o resultado do jogo de forças econômicas, não é um mero produto da sociedade — e, sim, um ser racional e voluntarioso, que domina as coisas, dá-lhes forma, empresta-lhes sentido, orienta-as para um fim.

Assente-se, de pronto, que a ação dispersiva de elementos da natureza pode ser neutralizada pela inteligência e pela vontade do homem. Mais fortes e mais influentes que os fatores telúricos, pesam, na conformação política de uma nação, os sociais, e, no caso brasileiro, o que a história tem demonstrado é a prevalência de um espírito coletivo, *nacional*, tendente à unidade.

A verdade, entre nós, é que o Norte e o Nordeste estão cheios de sulistas; o Sul está repleto de nortistas e nordestinos; o Centro, o Leste e o Oeste têm brasileiros de todas as partes; em cada família, o pai é de um Estado, a mãe de outro, os filhos de outros. Os hábitos e os costumes, as técnicas, os sistemas de vida, os critérios de julgamento, o modo de pensar e as aspirações dos agrupamentos humanos têm sempre um sinal comum, um certo "parentesco", uma tônica brasileira. Isso é importante, pois, repitamos GEORGES VEDEL (10)

---

(8) VEDEL, Georges. Las grandes corrientes del pensamiento político y el federalismo. *El Federalista*. Madrid, Editorial Tecnos, S.A. Vários autores. Traducción de RAUL MORODO. 1965.

(9) GRASSERIE, De La. Ob.cit.

(10) VEDEL, Georges. Ob. cit.

"siempre que se reflexiona sobre la sociedad política se tropieza con un hecho ineludible: la diversidad social. Esta diversidad no puede negarse, pero toda reflexión política coherente debe intentar conducirla a una síntesis no destructora, mejor aún, a un orden vivo. Tratándose de la nación, la variedad de sus componentes no puede ser ni pura y simplemente negada ni pasivamente aceptada". Ora, repisemos, o Brasil é um continente. Diferenças marcantes, sobretudo geográficas, mas também sociais e econômicas, existem entre as diversas gentes e regiões. O regime federalista teria sido implantado para responder às solicitações desses setores diversificados. Na prática, não satisfaz. As queixas continuam. As diferenças persistem. Temos Estados grandes e pequenos. Privilegiados e esquecidos. E nenhum se basta a si próprio, todos apelam para o Poder Central. O Estado (União) está sempre presente em todos os setores da vida nacional. E deve estar. Porque isso é da sua própria natureza de Estado. Contudo, essa presença tem de ser equitativa. Para isso, não há que pensar em "Estados", e, sim, nos *brasileiros*: nos nordestinos que estão na Amazônia, nos mineiros que vivem em Goiás, nos paulistas que trabalham em Mato Grosso, nos nortistas que estão em São Paulo, nos que emigram para o Rio, nos cariocas de Brasília, nos brasileiros todos, cujos interesses transbordam das fronteiras artificiais que, traçadas ao tempo do Brasil colonial, ainda persistem, a permitir que se fale em "Estados" politicamente autônomos...

O brasileiro é um só. O interesse nacional é o interesse de todos os brasileiros, de todas as regiões do Brasil, e esse interesse só pode ser satisfeito pelo poder do Estado (União), que, para fazer-se realmente valer, há de ser forte, incontestável, uno, sempre presente e atuante em todas as áreas de atividade.

O regime federativo redundou nessa diferenciação de "Estados" grandes e pequenos, ricos e pobres, desenvolvidos e atrasados, privilegiados e esquecidos. Disso resultaram ciúmes, bairrismos, ressentimentos, conflitos, idéias e até movimentos de cunho separatista. Disso resultou um estado de coisas perigoso e que nos coloca, atualmente, em situação difícil, alvo de apetites estrangeiros, como acontece com a Amazônia.

Evidentemente, há de se considerar o regional, mas situando-o dentro e em função do nacional, o que só é possível num Estado unitário, onde as populações sejam equitativamente assistidas.

## II — QUE É ESTADO FEDERAL? O FEDERALISMO NO BRASIL

Para, no entanto, tomar-se, conscientemente, uma posição face ao problema do federalismo, cumpre, preliminarmente, ver que sistema é esse, em sua essência, em sua forma, em suas possibilidades, em seus resultados. Não pretendemos proceder a divagações filosóficas sobre o assunto. Nem em pormenorizar os vários significados do vocábulo em suas aplicações nos diversos setores da cultura. Nossa intenção, bem mais modesta, é encarar o sistema federativo em si, como modelo político, e em seu funcionamento no Brasil.

Que é o Estado federal? Assim o conceitua — e bem — RAUL MACHADO HORTA <sup>(11)</sup>:

“A tipicidade do Estado federal pode ser sustentada com fundamento nas seguintes características dominantes na organização federativa:

I — dualidade de ordens governamentais e sua coexistência, cada uma dotada de órgãos próprios de expressão;

II — repartição constitucional de competências, a ser feita de acordo com o método preferido pelo constituinte federal. No Brasil, a forma mais freqüente é a que enumera a competência da União e reserva aos Estados os poderes não delegados, isto é, os poderes que, implícita ou explicitamente, não lhes sejam proibidos pela Constituição federal;

III — autonomia constitucional do Estado-Membro, com maior ou menor limitação do poder de auto-organização segundo critério do constituinte federal;

IV — organização peculiar do Poder Legislativo federal, permitindo participação destacada do Estado-Membro na formação de órgão daquele poder;

V — existência de técnica específica, a intervenção federal, destinada a manter, em caso de violação, a integridade territorial, política e constitucional do Estado federal.”

Impõe-se, no regime, “duas ordens governamentais”, cada uma “dotada de órgãos próprios de expressão” e isso, vê-se logo, são coisas que podem levar a confrontos, a desavenças, a choques. Duas ordens governamentais num Estado significam a negação mesma de governo e do próprio Estado. Governo é direção, direção é um rumo comum. É Estado é Estado, ou é, ou não é. Um ente político soberano, uno, nacional, incontestável e incontestável. Politicamente, não se pode aceitar, num território, senão um Estado e um governo. O que não impede que esse Estado se faça presente em todo o território, através de órgãos administrativos autônomos, com poderes e recursos capazes de propiciar o atendimento dos apelos das populações diferentemente localizadas no espaço.

A autonomia política deferida aos Estados, não raro, tem sido interpretada como soberania, tanto mais que, nos diversos Estados-Membros, existem “liberalões” a falar em “Poder Legislativo”, em “Poder Executivo”, em “Poder Judiciário”, como se esses “Poderes” não fossem meros desdobramentos do Poder Nacional, ao qual estão submetidos.

Certas revoluções acontecidas no Brasil, no Norte e no Sul, durante o Império e na República, demonstram como essa autonomia foi, não raro, confundida com soberania, e como é perigoso alimentar tais idéias num país onde há

(11) HORTA, Raul Machado. *Problemas do Federalismo. Perspectivas do Federalismo Brasileiro*. Belo Horizonte, Edições da Revista Brasileira de Estudos Políticos, UMG, 1958.

Estados grandes e pequenos, ricos e pobres, fortes e fracos, populosos e desertos, privilegiados e esquecidos...

O que se tem a considerar, repitamos, são os brasileiros todos, que se espalham, de maneira diferente, pelas diversas e variadas regiões do País, acima das fronteiras artificiais arbitrariamente fixadas. O piauiense que reside em São Paulo merece o mesmo tratamento que o paulista que porventura resida no Piauí. É o brasileiro, pois, esteja onde estiver e tenha nascido onde for, que deve ser objeto dos cuidados do Poder. Ele é que *participa* do processo de nosso desenvolvimento. Ele, o elemento a se pesar. Os "Estados" não têm que participar de coisa alguma, devem ser todos fundidos e confundidos na comunidade política nacional. O lema há de ser: de cada brasileiro segundo as suas forças, a cada brasileiro segundo as suas necessidades. Isso o que o Estado brasileiro pode e deve fazer, sem se preocupar em que zona de nosso espaço físico esses brasileiros se localizam, trabalham, vivem.

ROSA MARIA GODOY SILVEIRA (12), estudando o tema, repete:

"... agrupando os elementos imprescindíveis ao Federalismo, portanto, dando-lhe uma conotação jurídico-política, conforme NEUMANN expressou, as bases de um Estado federal são: dualidade de ordens governamentais e sua coexistência; repartição constitucional de competências; participação do Estado-Membro na formação da vontade federal, expressa comumente no Poder Legislativo federal; autonomia constitucional do Estado-Membro, com maior ou menor limitação ao poder de auto-organização."

Como se verifica, a preocupação federalista se prende a aspectos jurídicos da organização do Estado, menosprezando-se os sociais e principalmente os políticos, estes últimos inerentes às realidades nacionais, que transcendem dos estreitos quadros desse juridicismo de gabinete, porque o direito há de sempre ser a expressão de uma realidade política, tomada esta expressão em seu significado lato, abrangente de todos os fatos condicionantes da vida de um povo. Por sinal, a nossa história, na República, demonstrou à farta a falsidade desse sistema que, por fugir às realidades nacionais, jamais realmente existiu, nunca foi positivo, constituindo-se, ao contrário, um empecilho ao desenvolvimento harmônico do País.

A realidade brasileira aconselha, no plano político, um Estado nacional, unitário e forte.

Federação, com Estados diferentes, significando forças diferentes, exige, para estes, tratamento diferenciado, o que leva a ressentimentos, incompreensões, revoltas, reivindicações.

Como admitir-se num Estado outros Estados, às vezes com governos divergentes — uns da direita, outros do centro, outros da esquerda? Se numa Federação todos os Estados-Membros são iguais perante o Estado federal, como seria isso possível num país onde, na Câmara dos Deputados, há Estados com

(12) SILVEIRA, Rosa Maria Godoy. *Republicanism and Federalism*. Coleção Bernardo Pereira de Vascelos. Brasília, Senado Federal, 1978. Co-edição com a Editora da Universidade da Paraíba.



sete representantes e Estados com mais de cinquenta representantes? Como se considerar iguais Estados onde não chega a haver um habitante por quilômetro quadrado, e outro com uma densidade demográfica explosiva? Estados sem nenhuma indústria, com Estados superindustrializados? Estados imensos — Amazonas, Pará, Mato Grosso, Piauí, Goiás etc. — e Estados pequenos — Alagoas, Sergipe?

Tudo isso é falso, tudo isso é fruto de um “bacharelismo” de inspiração estranha, tudo isso é aleatório e alienante, tudo isso precisa acabar.

Se os Estados são “autônomos”, se têm “poderes”, se “participam” da formação nacional, então agem segundo as suas forças, logo, uns dominam os outros e estabelecem, na prática, uma organização nada *nacional*, porque expressa em termos de domínio de Estados mais desenvolvidos, traduzida essa situação, por exemplo, na política do “café com leite” (domínio político de São Paulo e Minas), com intervalos de predominância gaúcha, também o Rio de Janeiro sempre na crista dos acontecimentos, enquanto a Amazônia e o Pantanal, o Centro, o Norte e o Nordeste, continuam esquecidos, abandonados, desesperados, apesar de os “Estados” situados na Amazônia serem autônomos, autônomos os dois Estados de Mato Grosso, e Goiás, e os Estados do Norte e do Nordeste...

Estados constitucionalmente autônomos, contando com poderes independentes, são Estados que, situados num mesmo território, acabam por conflitar, privilegiando-se uns, apequenando-se outros, assim se desrespeitando o princípio da igualdade dos Estados (membros) perante a União (Estado federal).

É verdade que, na prática, e dentro do contexto legal, cabe a intervenção do Poder Central, medida sem dúvida antipática e que dá o caráter de arbitrária à presença, de outro modo legítima, da União, em coisas que interessam a toda a nação.

O Estado é um só, é o Estado nacional. Os Estados-Membros não têm vontade, a vontade é a dos brasileiros diferentemente localizados no espaço físico ocupado pela nação.

No Brasil, cidadãos nascidos em um Estado representam outros Estados na Câmara dos Deputados ou no Senado; homens do Norte são governadores no Sul e vice-versa; prefeitos de naturalidade diversa administram Municípios de diversos Estados; as magistraturas, nos Estados, estão cheias de elementos de origem a mais diversa; na área dos esportes, principalmente no futebol, o percentual, em diferentes Estados, de atletas vindos de outros, é enorme. Não há, pois, que falar em voz de Minas, em pretensões do Rio Grande, em reivindicações de São Paulo, mas tão-somente de problemas que, em Minas, no Rio Grande e em São Paulo devem ser enfrentados, em benefício de todos os brasileiros. Esses brasileiros, do Norte, do Centro e do Sul, do Leste e do Oeste, vivam onde viverem, é que, integrados, formam a nação, e o Estado (União), em que a nação se integra, se projeta e se expressa, age em função de todos os brasileiros, cuja vontade traduz. Não são os “Estados”, portanto, que têm “vontade”, e sim os brasileiros neles residentes, independentemente do torrão

em que nasceram, pois todos, em seu conjunto, formam a nação, que o Estado retrata, estrutura e movimenta, acima das contingências regionais.

Num Estado federal puro os interesses gerais do país poderiam, teoricamente, ser equitativamente considerados. Mas a conceituação desse Estado federal revela, primeiro, que, na prática, ele não existe, e, em segundo lugar, que os seus propósitos de união e igualdade entre os "Estados" federados melhor podem ser alcançados, no Brasil, por um Estado unitário, onde os "Estados" percam essa qualidade, que de fato não têm, e passem à condição de meras essências, ou seja, simples circunscrições administrativas. Em verdade, "o Estado federal, partindo de uma premissa de descentralização política, caracteriza-se pela superposição de duas ordens jurídicas: *federal*, representada pela União (embora com esta não se confunda) e *federada*, representada pelos Estados-Membros. A esfera de atribuições de cada uma é determinada por um critério de repartição de competências, ressaltando-se, porém, por essencial, que as unidades federadas participam da formação da vontade maior, da vontade federal. Detêm os Estados-Membros as autonomias, conceito de direito público interno, enquanto a soberania, conceito de direito internacional, é exercida pelo Poder central" (LUIZ ROBERTO BARROSO) (13).

Evidencia-se, nítido, nesse conceito teórico, todo o artificialismo federalista. Fala-se em *duas* ordens, a federal e a federada, quando, na realidade, não existe senão *uma só ordem* jurídica, a *federal* (nacional), em que a federada se insere, inclusive por vontade própria... Fala-se em vontade maior, a federal, como se existisse outra vontade que não fosse a nacional. E, embora se reconhecendo que a soberania (que não é só externa, mas também interna) é exercida pelo Poder central, admite-se, para os Estados-Membros, a existência dos "três Poderes" — Legislativo, Executivo e Judiciário — "independentes e harmônicos", o que só não é trágico porque é ridículo, eis que todas as instituições estaduais são alcançadas pela instituição maior — o Estado nacional, que as submete, ordena e direciona.

Urge não confundir competência política com competência administrativa. O Estado unitário não exclui nem impede a descentralização administrativa, tão necessária: "o Estado democrático tanto pode ser unitário como federativo" (A. DE SAMPAIO DORIA) (14). Nem o Estado federal, em tese, renega a centralização política, disto sendo exemplos todos os Estados federais, inclusive o Estado federal padrão — Estados Unidos da América. Na realidade, essas figuras jurídicas do federalismo — Estados, poderes, vontades — são meras abstrações, mentiras jurídicas, impropriedades políticas que só servem para dificultar um melhor ordenamento nacional dos problemas que, nas diferentes regiões do país, reclamam a presença do Poder central.

O certo, porém, é que "a idéia do federalismo no Brasil sempre se condicionou por dois fatores extremos a determinar a tônica de sua manifestação: por um lado, o desnível no desenvolvimento regional, que conduz à centrali-

(13) BARROSO, Luiz Roberto. *Direito Constitucional Brasileiro: O Problema da Federação*. Rio, Forense, 1982.

(14) DORIA, A. Sampaio. *Direito Constitucional*. São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1953.

zação do governo para proporcionar condições de transferência de recursos das regiões ricas para as regiões mais pobres; por outro lado, a imensidão do território nacional e conseqüente diversidade de condições regionais, a imporem a necessidade da descentralização do comando, pelo estabelecimento de governos locais" (LUIZ ROBERTO BARROSO) (15).

O desnível denunciado existe. E se esse desnível sugere uma administração direta, isto é, uma autonomia administrativa, indica, ao mesmo tempo, a necessidade de um comando único, capaz de firmar diretrizes que garantam o equilíbrio necessário a um desenvolvimento harmônico da sociedade nacional.

Não se poderá, por exemplo, resolver os problemas da Amazônia senão através de órgãos administrativos locais, mas esses órgãos só teriam condições de bem administrar se dispendo de recursos que só a União pode proporcionar e a sua atuação teria que ser pautada pelas diretrizes estabelecidas pelo Poder central.

Não se deve olvidar nunca que o Estado é um todo orgânico, de que os Estados-Membros são simples partes constitutivas.

O sistema federal é, no Brasil, uma coisa irreal, e, por isso, fracassou. Registre-se, ademais, que não existe um regime federativo universal, aplicável, de maneira uniforme, no tempo e no espaço. O sistema sofre ajustes e reajustes nos países onde foi adotado. Falhou, por isso, a tentativa de sua transplantação para o Brasil nos moldes em que foi imaginado para os Estados Unidos. É que "el éxito de cada uno de estos sistemas depende en diferentes grados de condiciones políticas, y de otra índole, adecuadas. Por lo tanto, para que este material sirva de guía, es importante analizar cuidadosamente el medio político dentro del cual habrán de funcionar las instituciones así como también las dificultades que pudieran presentarse" (R. BOWIE Y J. FRIEDRICH) (16).

Nem sempre se pensou assim, no Brasil, e o resultado político prático disto foi a confusão de autonomia com soberania e as questões daí decorrentes.

Implantada a república, e, com ela, o sistema federativo, logo surgiram os exageros, tais e tantos que as Constituições de alguns Estados-Membros atribuíam a eles uma estrutura jurídica própria de Estados soberanos... É que se seguiu, à risca, o exemplo norte-americano. O resultado foi desastroso. Até movimentos separatistas ocorreram, em nome da "independência" de determinados Estados...

O sistema federalista, igualitário, foi imposto de cima para baixo e de fora para dentro. Sem consideração pelas realidades nacionais. Donde o seu fracasso. A realidade é esta que ainda está aí, visível, gritante: Estados pobres, a maioria, ao lado de alguns Estados ricos, clamando por uma igualdade que não existe, pois não pode haver igualdade entre Estados de forças desiguais.

Tudo no Brasil, principalmente a atual conjuntura internacional, condena o sistema federalista. Tudo clama pela unidade nacional. Tudo exige a pre-

(15) BARROSO, Luiz Roberto. Ob. cit.

(16) BOWIE, R. e FRIEDRICH, J. *Estudios sobre Federalismo*. Traducción de SUSANA BARRANOS. Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina.

sença do Poder central em todos os cantos do território pátrio. A tal teoria de que a Amazônia é o oxigênio do mundo, tão do agrado de americanos e soviéticos, é um sinal de alarme, ao lado de outros, por exemplo: recentemente debateu-se na Câmara dos Deputados dos Estados Unidos a necessidade de se desestimular os esforços do governo brasileiro em prol da conquista da Amazônia, propondo-se fossem cortados recursos financeiros para a Transamazônica, notícia logo seguida por comentários de certos jornais patricios criticando aqueles gastos em obras faraônicas e inúteis...

O perigo se torna maior se, levando ao pé da letra os termos de sua autonomia, os Estados-Membros mais favorecidos tentarem afirmar-se como forças dominantes dentro da Federação. Já tivemos, na chamada República Velha, o exemplo de Estados que, além de suas bandeiras, seus emblemas e seus hinos, possuíam verdadeiros exércitos. Ora, "los Estados miembros, al tener sus propias fuerzas, tratarían de competir en armamentos, y permitiría que los Estados más fuertes pudieran dominar la Federación o retirarse de ella con impunidad" (R. BOWIE y J. FRIEDRICH) (17).

Afora isso, o abandono de alguns Estados e a privilegiação de outros podem gerar descontentamentos e confrontos que fazem periclitar a segurança e a integridade nacional: "una amenaza al orden constitucional en cualquiera de los Estados constituye una amenaza a toda la estructura federal o puede dar oportunidad de ayuda a los enemigos externos de la Federación" (R. BOWIE y J. FRIEDRICH) (18). O tamanho e as riquezas do Brasil incomodam a muita gente...

O tratamento privilegiado a Estados mais ricos e desenvolvidos fez outros, mais pobres e atrasados, sonharem com a separação.

Não se deve olvidar que o Brasil está cheio de imigrantes. Que tínhamos, aqui, antes do Estado Novo, escolas estrangeiras, onde se desconhecia o idioma português e se ignorava o pavilhão nacional. Que Hitler sonhou com uma Alemanha Antártica no Sul do Brasil. Que certas potências estrangeiras estão de olho na Amazônia, vendo nela o "oxigênio do mundo", inventando projetos Hudson e quejandos. Que grupos separatistas, talvez com ligações lá fora, atuaram na Revolução paulista de 32. Que há, no Nordeste, elementos suspeitos, pregando a separação daquela região. Missões religiosas um tanto "fechadas", e outras, militares ou econômicas, não conseguem explicar bem os objetivos de sua presença no País. Há uma campanha organizada, inclusive através de uma imprensa brasileira meio alienada, contra as empresas estatais. E tudo isso é facilitado pela continuidade de um sistema político — o federalista, que vale como um obstáculo a uma política de plena conquista do Brasil pelo Brasil.

Doutrinariamente, o sistema é bonito. E lógico. No plano teórico, seus princípios e postulados convencem. A massa ignora se deixa facilmente empolgar pelos dogmas de que os federalistas são pródigos. Contudo, é preciso não esquecer que "a natureza essencial do federalismo não se esgota no exame de sua terminologia constitucional ou legal, mas decorre também de forças econômicas, sociais, políticas, culturais, que contribuem, muitas vezes, para que

(17) BOWIE, R. e FRIEDRICH, J. Ob. cit.

(18) BOWIE, R. e FRIEDRICH, J. Ob. cit.

ele se torne necessário" (JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO) <sup>(19)</sup>. Perfeito. Não basta firmar, nos estatutos políticos fundamentais, princípios federalistas. Estes só valem se responderem realmente a necessidades econômicas, sociais, políticas e culturais do povo. Ora, no Brasil, onde as regiões são diferenciadas em suas potencialidades econômicas; onde não existem minorias raciais; onde a população tem uma certa homogeneidade étnica; onde só se fala uma língua; onde a religião católica é aceita pela quase totalidade do povo; onde os movimentos migratórios confundem as populações de todos os Estados; onde o movimento bandeirante deu um sentido de brasilidade aos movimentos políticos renovadores; onde a história tem sido escrita com a participação de brasileiros de todos os cantos do nosso território; onde uma área de oito milhões e meio de quilômetros quadrados ainda não está suficientemente ocupada; onde existe um litoral imenso que precisa ser devidamente resguardado — no Brasil, tudo está a exigir um regime político unitário, onde se veja em cada brasileiro apenas um filho do Brasil, interessado, unicamente, no desenvolvimento global do País.

Autonomia política, em País como o Brasil, é algo de desnecessário e perigoso. Como a descentralização administrativa é um imperativo social e econômico, valendo como um princípio irreversível de divisão de trabalho. Essa descentralização administrativa pode e deve ser feita sem a federalização do Estado. Uma coisa independe da outra. Tanto que, decorrido mais de um século do regime, os problemas regionais só são solucionados, na maioria dos Estados, pela União, cuja presença é cada vez mais solicitada.

Governo quer dizer rumo. Todo governo, enquanto governo, representa um caminho, um princípio, um propósito, um ideal. Ora, como se governar um país com governos ideologicamente se conflitando, buscando rumos diferentes, servindo a filosofias políticas diversas e até antagônicas? "O que caracteriza o Estado federal, ensina EUZÉBIO DE QUEIROZ LIMA <sup>(20)</sup>, é justamente o fato de, sobre o mesmo território e sobre as mesmas pessoas, se exercer, harmônica e simultaneamente, a ação política de governos distintos, o federal e o estadual." Pois bem: e se governos estaduais forem estabelecidos com ideologias contrárias à ideologia que informa a União? Como admitir, num Estado, a existência de Estados-Membros com governos de esquerda, do centro e da direita?

Sendo o Estado (União) a nação juridicamente organizada e sendo a nação o povo, lógico que todas as correntes de opinião (ideologias) devem ser consideradas. Entrementes, essas divergências doutrinárias das diversas camadas da sociedade podem ser satisfeitas através dos Partidos Políticos, que, em todos os "Estados", terão oportunidade de eleger seus representantes ao Parlamento. O Estado unitário pode perfeitamente refletir, em seus órgãos de representação, todas as tendências dos múltiplos segmentos da sociedade, mas a vitoriosa — a da maioria, a nacional —, esta há de ser a todos imposta e por todos acatada.

A verdade, no entanto, é que, ao se propor a tese federalista, nem sempre se consegue esconder as suas conseqüências lógicas. Assim, reconhece-se na

(19) BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral do Federalismo*. Belo Horizonte, FUNARC — UMG, 1982.

(20) LIMA, Euzébio de Queiroz. *Teoria do Estado*. Rio, Livraria Freitas Bastos, 1943.

Federação “duplicidade de atribuições, de competências e de poderes, como esferas distintas de autoridade, inclusive na elaboração do direito” (ADERSON DE MENEZES) (21). A observação, exata, espelha o perigo do sistema. Em verdade, como aceitar, num Estado, “esferas distintas de autoridade, inclusive na elaboração do direito”? Como admitir, nele, “duplicidade de poderes”? Essa compreensão, certamente correta, do federalismo, demonstra os riscos a que está sujeito um Estado federal do tipo do nosso, com os Estados federados desigualmente desenvolvidos e desigualmente situados no contexto político nacional. Não se pode, é claro, aceitar dualidade de atribuições, de competências e de poderes sobre o mesmo povo, em um mesmo território, para resolver os mesmos problemas e alcançar os mesmos fins. Como concordar com Constituições diferentes para o mesmo povo, apenas localizado, em parcelas díspares, em Estados-Membros artificialmente criados. Como pensar em justiça diferente em cada Estado? No regime federal autêntico estas coisas ocorrem, e, quando isso não acontece, ou seja, quando um Poder maior, central, nacional, se impõe a todos, então é porque a federação só existe no papel, não valendo como sistema político.

O que importa, em países como o Brasil, é que o Estado, através dos órgãos e subórgãos da administração pública, possibilite o atendimento de todos os setores da população, em todos os cantos do território nacional, isto é, urge que se garanta a descentralização, mas esta não passa de um simples processo, um modo de chegar a um objetivo, e, assim, pressupõe e exige um ideal e um comando. Cumpre, pois, não esquecer que “na época presente pode o Estado simples ou unitário ser descentralizado, da mesma sorte que o Estado federal, para falar do tipo estatal mais em moda, tender para o processo centralizado” (ADERSON DE MENEZES) (22). O fato, verificável no mundo moderno, é que todos os Estados federais tendem à centralização política. Assim, para que insistir num regime cujos riscos são visíveis e cuja eficácia é nenhuma? Sim, o Estado federal, hoje, deve ser entendido como, apenas, “uma afirmativa do princípio da divisão do trabalho” (WASHINGTON ALBINO) (23). Conceituado dessa maneira, é válido, mas, no que tange à essência das coisas, fiquemos com o Estado unitário que pode absorver as virtudes do federalismo, sem prejuízo de seus erros, impondo-se em uma morfologia política que alcance o povo inteiro num modelo instituído em função de princípios e fins que façam a nação marchar unida para um fim comum.

A *divisão de trabalho* há de ser feita pelo reconhecimento de competências administrativas autônomas. O *sentido do trabalho*, no entanto, será dado por um *centro político nacional*. Não há que “trabalhar” *por* São Paulo, *por* Minas, *pelo* Rio Grande, e, sim, trabalhar, *em* São Paulo, *em* Minas, *no* Rio Grande, mas *pelo* Brasil. Essa advertência é necessária e oportuna, pois existem os que, na defesa do sistema, resvalam para desvios imperdoáveis, como adverte JUAN

(21) MENEZES, Aderson. *Teoria Geral do Estado*. Rio, Forense, 1967.

(22) MENEZES, Aderson. *Ob. cit.*

(23) SOUZA, Washington Peluso Albino de. O federalismo sob o prisma econômico. *Perspectivas do Federalismo Brasileiro*. Belo Horizonte, Ed. Revista Brasileira de Estudos Políticos — UMG, 1958.

FERRANDO BADÍA (24): "Hay una caricatura de federalismo que sus adversarios pretenden confundir con él y que es todo lo contrario: se trata del particularismo. Este es una voluntad de separación, en tanto que el federalismo es voluntad de cooperación. Es deseo de poderío en lugar de ser intención de servir, búsqueda de ventajas y conservación de privilegios y no una devoción al interés general". Realmente, há essa "caricatura" de federalismo, mas, em verdade, é de observar-se que, em geral, consolidado o sistema, a tendência dos Estados-Membros mais fortes é no sentido da "busca de vantagens" e da "conservação de privilégios", e a dos mais fracos, por se considerarem menos-prezados, para a separação.

O federalismo "puro" não é encontrável senão em teoria. O federalismo, em sua projeção política, é *competição* e não *colaboração*, *bairrismo*, *separatismo*, *domínio* dos mais fortes, *desequilíbrio*. A união de todos para o bem de todos, à base do respeito às características regionais, não existe. Cada qual procura o melhor bocado. Pensa-se no Estado-Membro como um Estado autêntico. Ora, "no hay federalismo posible sin un sentimiento muy vivo del *bien común*" (GASTON BERGER) (25). Esse sentimento do bem comum é, efetivamente, na prática, incompatível com o sistema federalista.

No Brasil, instituídos os Estados-Membros artificialmente, à base de uma arbitrária divisão territorial, herdada da Colônia, o sistema redundou na formação de grandes e pequenos Estados, dominando os mais fortes. Por isso, a miséria do Nordeste é um barril de pólvora. O esquecimento da Amazônia é um estímulo à *cupidez* de certas potências. O Pantanal mato-grossense é um convite ao aventureirismo internacional. O sistema federativo não integrou, separou. Não uniu, dispersou. Permitiu e favoreceu a hipertrofia do eixo Rio-São Paulo-Minas. Incentivou a política de uma locomotiva puxando vagões vazios... No Norte, no Centro e no Sul houve, por causa disso, mas felizmente sem êxito, movimentos de cunho separatista.

O que se tem a fazer é um trabalho de união nacional, a ser levado a cabo tendo-se em conta não os limites dos Estados-Membros, mas os interesses de todos os brasileiros. E uma das providências prioritárias, com vistas a uma política de integração nacional e de um desenvolvimento comum, harmonioso e racional, de todo o país, estará na redivisão política, a ser realizada em moldes inspirados em características regionais e evitando-se que haja "Estados" *grandes e pequenos*. De qualquer modo, isso serviria apenas de "pano de fundo" para se chegar ao objetivo maior, que é a assistência efetiva a todos os brasileiros, a fim de que encontrem, em qualquer parte do território nacional, condições existenciais que lhes permitam um pleno desenvolvimento, visto que, "sin una misma concepción general de la persona humana y de sus derechos, la convivencia es imposible o llena de peligros" (GASTON BERGER) (26).

(24) BADÍA, Juan Ferrando. *El Estado Unitario, el Estado Federal y el Regional*. Madrid, Editorial Tecnos, S.A., 1978.

(25) BERGER, Gaston. Introdução psicológica y filosófica a los problemas del federalismo. *El Federalismo*, ob. cit.

(26) BERGER, Gaston. Ob. cit.

Dentro dessa compreensão, *universal e nacional*, comprova-se que a *convivência* dos brasileiros, para se processar em termos de equilíbrio, reclama uma unidade política de comando, incompatível com o sistema federalista, cuja estrutura, entre nós, levando enormes contingentes da população às mais baixas condições de existência, constitui uma afronta aos direitos da pessoa humana.

Entretanto, a nossa mentalidade, no caso, foi informada pelo exemplo norte-americano. A idéia federalista, mal examinada embora, transformou-se, aqui, em um sentimento. Sentimento forte, que obnubilou as inteligências. E aqui ficamos (conquanto tão carentes de um Estado nacional e forte, abrangente, atuante, onipresente) a cacarejar princípios e teorias de outras plagas, como se fossem imperativos da sobrevivência nacional. Donde o entendimento de que “repugna a existência da federação sem a concomitante autonomia do Estado-Membro”, não se concebendo “tal autonomia sem que o Estado-Membro seja realmente um Estado, na acepção mais ampla do termo, que requer a existência, quando se trata de Federação, dos três Poderes, harmônicos e independentes: o Executivo, o Legislativo e o Judiciário” (ONOFRE MENDES JUNIOR) (27).

É assim que se deve compreender o federalismo. Em seu conceito clássico. De outro modo, deixa de ser federalismo. Porque, se se pretende realizar, mesmo, o regime federalista, ou se chegará ao absurdo, ou o regime será negado. Porque não pode haver Estado dentro do Estado, salvo na Confederação. Nem, em um Estado autêntico, admite-se a dualidade de poderes; estes pertencem a um Estado único, o Estado nacional. Federação, em sua forma tradicional, nunca chegou, porém, a existir realmente, pois, ao ser aplicada, ou foi negada ou transformou-se numa ambiência política de conflitos permanentes.

O Estado federal é “uma descentralização política, a saber, é a autonomia concedida aos Estados-Membros no sentido de terem governo, legislação e administração próprios, possuindo, para isso, órgãos competentes” (28).

Ora, insistamos, os problemas dos diversos Estados brasileiros não são problemas desses “Estados”, são problemas dos brasileiros, apenas localizados em espaços diferenciados. Esses problemas devem ser equacionados em *termos nacionais*, segundo os *interesses nacionais* e visando-se a *objetivos nacionais*. Os “governos” locais não passam de órgãos administrativos, não se lhes devendo atribuir valor político. A política há de ser uma só, a nacional. E o Poder central, pelo Estado nacional, há de implantar diretrizes únicas, a serem seguidas, por todos, em todo o território pátrio. Apenas, a aplicação das diretrizes governamentais ficará a cargo de órgãos administrativos regionais de governo (os chamados “Estados-Membros”). A autonomia será exclusivamente administrativa.

(27) MENDES JUNIOR, Onofre. A unidade da Justiça e a autonomia do Estado-Membro. *Perspectivas do Federalismo Brasileiro*. Belo Horizonte, Edições da Revista Brasileira de Estudos Políticos — UMG, 1958.

(28) MENDES JUNIOR, Onofre. *Ob. cit.*



O povo brasileiro, repitamos, é um povo homogêneo. Tem uma história única. A religião católica é seguida pela maioria dos habitantes. Há uma certa identidade étnica. Falamos o mesmo idioma. Não temos minorias raciais. A miscigenação, entre nós, é um fato, os grupos imigrantes sendo absorvidos de maneira relativamente fácil; o Sul está cheio de gente do Norte; o Norte está cheio de gente do Sul; o Centro, o Leste e o Oeste, com gente de toda a parte. De outro lado, a presença do governo federal em todas as áreas administrativas dos vários Estados é uma constante que todos já acham natural. A Justiça federal, a Justiça do trabalho, rodovias e ferrovias federais, serviços de saúde pública, universidades, correios e telégrafos, bases militares, usinas hidroelétricas, açudes, colônias-agrícolas, estabelecimentos industriais, financiamentos etc., tudo isso congrega a nossa gente em torno de um pólo político nacional e neutraliza as forças diversionistas. Mas tudo isso só é possível porque, em verdade, o sistema federalista brasileiro praticamente não existe.

O essencial, para os defensores da tese federalista, é que “todos participen en los procesos de adopción y ejecución de las decisiones” (DANIEL ELAJAR) (29). Pois bem, para que todos participem da adoção e execução das decisões não se faz necessário o sistema federalista, pois nele há Estados fortes e fracos, os mais fortes sempre dominando, impondo sua “vontade” aos demais. Já num sistema unitário, o povo, indiferente à sua localização geográfica, atua diretamente no governo, pelos seus representantes nas Assembléias, na Presidência da República, nas Prefeituras, tendo em mira, somente, o objetivo comum.

Nos regimes federalistas, as questões são colocadas em termos *estaduais*. No unitário, *em função dos interesses nacionais*. E os interesses nacionais são os interesses de todos. O Poder central, para enfrentar essas questões, está *presente* em todas as áreas de atividade. Operando, inclusive, *regionalmente*, através de órgãos administrativos próprios. Essa descentralização administrativa se fará, contudo, em obediência a propósitos gerais, situados acima e além dos interesses locais.

Em países de homogeneidade étnica, religiosa, lingüística e histórica, como o Brasil, a maneira de todos (povo) participarem das decisões é, principalmente, pela sua representação no Congresso, que poderá ser equânime e equilibrada, se se proceder a uma redivisão político-administrativa e a uma reforma institucional em termos racionais e objetivos.

Não há de se falar em unidade política de Estados-Membros, mas do Estado nacional. Estados-Membros — que não deveriam denominar-se *Estados* — são meras parcelas de um todo, participam da natureza desse todo, estão a serviço desse todo.

Entre nós, não há que dividir o Estado em Estados, o poder em poderes, o povo em povos, eis que possuímos identidade espiritual, cultural e étnica. Só o que se pode e se deve admitir é uma divisão de trabalho, mas isso dispensa o federalismo, pois o Estado unitário pode atuar mediante uma estrutura administrativa descentralizada.

(29) ELAJAR, Daniel J. In *Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales* — Vol. 4. Madrid, Aguilar, 1974.

Certamente, em países como a União Soviética e a Suíça, para só citar dois exemplos, o sistema federalista é aceitável. É que, ali, são marcantes as diferenças entre os agrupamentos raciais das diversas zonas. Então, é de levar-se em conta o sistema, visto que ele "est à la fois une structure et un processus et tend à garantir à la fois l'unité et la diversité de l'ordre étatique composité. Il peut être défini de façon sommaire comme une mode de partage de l'autorité étatique entre le gouvernement fédéral et les gouvernements fédérés. et comme un processus d'association des collectivités composantes aux décisions de la collectivité composité" (JEAN ANASTOPOULOS) (30). Adaptável a países assim, como o soviético e o helvético, o federalismo não se ajusta ao Brasil, pois aqui lhe faltam aqueles motivos que o explicam e justificam naqueles países.

O certo é que, ao fim, todo Estado acaba por se impor como uma Unidade incontrastável. O que distingue um Estado de outro é o seu método de atuação, que há de adequar-se às condições ambientes. Daí se ter dito que "l'unité d'État n'existe pas moins dans l'État fédéral. C'est la structure de l'État, l'aménagement des organes et la répartition des compétences qui est, ou non, "unitaire", ou mieux centralisée" (ROGER PINTO) (31).

### III – O ESTADO É OU NÃO É

Dentro dessas considerações havemos que repisar que o Estado é ou não é. Uno, indivisível, soberano. Mesmo o Estado federal é assim, na medida em que os Estados-Membros não são, realmente, Estados. Dessarte, a diferença entre Estado unitário e Estado federal deve ser buscada entre centralização e descentralização política. Porque, na esfera administrativa, nada, nem na teoria nem na prática, impede o Estado unitário de ser descentralizado, nem o Estado federal de ser centralizado. Aliás, o Estado unitário, pela força do Poder central e pelos recursos de que dispõe, está muito mais apto a atender, através de órgãos administrativos estrategicamente localizados nos diferentes pontos do território nacional, às necessidades do povo, do que os Estados-Membros, sempre com recursos minguados. Dessa maneira, tal como no Estado unitário, "en la federación existe un órgano común que toma decisiones creando obligaciones jurídicas hacia todas las colectividades federadas, y, en general, se prevén sanciones. Es posible que estas decisiones exijan el acuerdo de una mayoría de las colectividades representadas por sus órganos respectivos, pero no de todas, y la decisión vincula de derecho incluso a aquellas que se han opuesto a ella. Al ingresar en una federación (según el sentido correcto de este término) una colectividad se somete, pues, en una medida variable, a una autoridad jurídica superior" (CHARLES DORAND) (32).

Ora, se assim é em Federações surgidas das "vontades" dos Estados, antes praticamente independentes (Estados Unidos da América), com muito mais razão assim será onde a Federação foi implantada em Estados anteriormente

(30) ANASTOPOULOS, Jean. *Les Aspects Financiers du Fédéralisme*. Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, R. Pichon et R. Durand, 1979.

(31) PINTO, Roger. *Éléments de Droit Constitutionnel*. Lille, Morel et Corduant, 1948.

(32) DORAND, Charles. *El Federalismo* — Vários autores, cit.

unitários e onde o sistema foi imposto de cima para baixo, por força de concepções jurídicas cerebrinas então em voga, e adotadas por mero diletantismo de intelectuais culturalmente alienados, como no Brasil.

Certamente, há enormes diferenças entre os diversos Estados federais. Na União Soviética existem grandes variações étnicas e culturais entre os povos dos diversos Estados federados. Também na Suíça. Já nos Estados Unidos, não existem essas diferenças, mas os Estados-Membros eram praticamente independentes e se uniram numa Federação por um acordo voluntário, motivados pela necessidade de uma união de forças contra o poder da metrópole distante. Quanto ao Brasil, a adoção do sistema deveu-se à nossa mania de imitação, pois não tinha sentido a sua instituição num País despovoado, sem vias de comunicação, atrasado, com uma população étnica e espiritualmente homogênea. Seja como for, em todo Estado, mesmo o federal, há um Poder maior. E, se isso acontece, por que, então, um Estado como o brasileiro (que, antes unitário, e onde o regime federativo não passou de uma "doação" de intelectuais, prosseguiu, na prática, abrangente, por força de contingências nacionais típicas) há de dar a seus Estados-Membros, *artificialmente* criados, uma independência que realmente nunca tiveram, não têm e nem precisam ter? Não há por que um Estado substancialmente unitário dar-se ao luxo de, por iniciativa própria, correr o risco de uma desagregação. Se mesmo no Estado federal naturalmente instituído se admite a coerção do Poder central, melhor será que esse Poder central seja logo reconhecido como o único a que o povo todo, de todo o Estado, está sujeito, e através do qual tente afirmar-se como uma nação.

O federalismo só é admissível ali onde há culturas diversas, minorias raciais ponderáveis, grupos historicamente definidos, agremiações religiosas conflitantes, economias rivais. Como na Comunidade Britânica. Como na Suíça. Como na União Soviética. Entretanto, mesmo nesses países, o que se verifica é uma crescente centralização do poder político.

No Brasil, sempre prevaleceu, na política, um sentido unitário, e, nas vezes em que os seus laços se afrouxaram, houve o perigo de mutilações. Nos Estados Unidos da América ele foi freado em seus excessos.

A concepção unitária, no Brasil, deve ser assegurada, respeitando-se as peculiaridades regionais. Como se fez no Império, no Estado Novo, no Regime de 64. A República federalista não cuidou melhor dos Estados-Membros do que o Império, o Estado Novo e o Regime de 64, quando o Poder operou dentro da compreensão de que os problemas dos Estados-Membros são problemas nacionais que interessam a todos os brasileiros, e assim devem ser enfrentados e resolvidos.

Não devemos, por amor a modismos (literários, econômicos, artísticos ou, como no caso, jurídicos), ficar apegados a ideais distanciados de nossas realidades. No que toca ao regime federalista, particularmente, há que se compreender que os Estados federados "não são senão frações do Estado, não são verdadeiros Estados" (ANTÔNIO ASSUMPTÃO) (33). Por que insistir em posicionamentos políticos assim irrealis e mesmo perigosos? Pelo fato de serem cha-

(33) ASSUMPTÃO, Antônio de Castro. *O Estado Federal*. Rio, Gráfica Laemmert Limitada, 1903.

madas "Estados" as nossas Províncias não deixaram de ser Províncias, não alcançaram melhor situação, não se tornaram mais fortes, e, por não serem chamados de federados esses "Estados", nem por isso deixarão de estar integrados no organismo nacional. Devemos dar menos valor às palavras. *Res, non verba*. . . E a verdade é que o sistema unitário, com o poder político centralizado e forte, é um imperativo de segurança nacional. ALMIR DE ANDRADE (84) ressalta a sua necessidade: "Tudo, entre nós, concorre para a dispersão e a desagregação das energias nacionais: a diversidade de condições das várias regiões, a dificuldade de transportes, a lentidão exagerada das comunicações, a impossibilidade de um controle seguro sobre todas as articulações da vida nacional. E o único contrapeso natural a essas deficiências de nossa estrutura política é a centralização do governo, o fortalecimento da unidade nacional." Unidade que — acrescentemos — é estimulada e favorecida pelo fato de sermos um povo étnica, cultural e espiritualmente homogêneo, o que facilita a adoção de medidas políticas capazes de neutralizar as forças dispersivas da nacionalidade. As diferenças regionais, geoeconômicas, com implicações sociais, persistem, e não foram ainda de todo contrabalançadas por medidas políticas inteligentes, no regime federativo. O Nordeste continua uma região potencialmente explosiva. A Amazônia está deserta e estimulando apetites alienígenas. O Pantanal também já está na mira da ganância estrangeira. Não temos, praticamente, estradas de ferro. Nossa rica rede fluvial não está sendo devidamente aproveitada. As populações rurais, em geral, vegetam em deploráveis condições de vida. Enquanto isso, missões estrangeiras, inclusive "evangélicas", andam por aí a fazer levantamentos de nossas riquezas, a comprar terras, a construir aeroportos, a dar pílulas às mulheres, a promover distúrbios, a amotinar trabalhadores. . . Por isso, proclama, ainda, ALMIR DE ANDRADE (85), "o fortalecimento do espírito nacional é, para nós, condição de vida ou de morte".

O regime federalista é, pois, além de artificial, antinatural, alheio às nossas realidades, perigoso para a nossa integridade. Já OLIVEIRA VIANA (86) tocava com mão de mestre no ponto crucial do problema: "O erro fundamental dos nossos constituintes tem sido dar à autonomia local um conteúdo demasiadamente amplo — ou porque anglo-saxônico, ou porque meramente teórico; conceito que não atende às nossas realidades de *formação social* e de *estrutura cultural*. Estamos, neste ponto, em contradição aberta com as indicações da ciência social e da ciência política". Trata-se, na espécie, da velha contradição entre a teoria e a prática. Vivemos, durante quase todo o período da República Velha, com os olhos voltados para além-mar, costas viradas para o Brasil. Pensávamos e sentíamos através de escritores e políticos estrangeiros. Como papagaios, repetíamos suas idéias e proposições. E o Brasil ficou sendo aquela figura esquecida, ridícula, usando cartola e fraque a 40 graus à sombra; falando em liberdade num país onde o povo era escravo de todas as dificuldades; falando em igualdade onde os negros não tinham acesso a certos cargos, a certas carreiras e a certos lugares; falando em fraternidade onde os ricos e privilegiados viviam à custa da miséria da maioria. Como se diz na gíria, "a teoria na prática é outra". Foi só depois de 30, principalmente com o advento

(84) ANDRADE, Almir de. *Força, Cultura, Liberdade*. Rio, José Olympio, 1940.

(85) ANDRADE, Almir de. *Ob. cit.*

(86) VIANA, Oliveira. *Instituições Políticas Brasileiras*. Rio, José Olympio, 1955.

do Estado Novo, que retomamos o caminho bandeirante de brasilidade e os caminhos cristãos da fraternidade. Só então a nossa política passou a ter um conteúdo humano e nacional. Porque só de então se compreendeu que a nação é o povo, que o Estado se organiza com esse povo, por esse povo e para esse povo, que o Estado ou é assim, nacional, realista e democrático, ou não faz nada que preste...

O unitarismo é, em suma, uma vocação geral, pois, em toda parte, "existe la tendencia a ampliar en todos los sentidos la competencia de la Unión" (HANS Kelsen) (37). É que o Estado, ente político, como todos os seres, é um organismo. E em todo organismo há uma ordenação das células que o compõem e uma natural hierarquização de funções. Não se institui uma Federação para dar independência aos Estados-Membros, e, sim, para unir os Estados-Membros num todo orgânico. É o que salienta, também, JUAN BADÍA (38): "... podemos señalar que la evolución de los Estados federales se ha efectuado generalmente en el sentido de un reforzamiento de los poderes centrales en detrimento de los Estados federales", porque, acrescenta, "la materia de comunicaciones, la complejidad de las relaciones internacionales y un largo etcétera, son factores que han contribuido, e incluso determinado, la continua concentración de poder en manos del Estado federal".

Efetivamente, uma análise objetiva do panorama político internacional leva à conclusão da necessidade de os Estados se fortalecerem, sob pena de sucumbirem. O atendimento aos apelos regionais será mais fácil no Estado unitário, pelo Poder central, que concentra a maior gama de recursos e que, pelas tecnologias modernas e através de órgãos racionalmente distribuídos pelas diversas zonas, mais fácil e prontamente estará presente onde reclamado. A força do Estado moderno provém de sua unidade. Não há lugar, no mundo atual, para os regimes federalistas clássicos. Não que se menosprezem as necessidades características das diferentes regiões do Estado, mas porque, hoje, sabe-se que "a estrutura unitária do Estado não é incompatível com uma descentralização que reconheça uma independência ou autonomia limitadas às coletividades territoriais ou institucionais" (MARIA HELENA F. CÂMARA) (39). Oportuna, também, na hipótese, a observação do Professor PEDRO CALMON, ao recordar como políticos e teóricos da ciência política não raro desvirtuam a terminologia jurídica, ao abordar o problema da Federação: "A propósito da organização federativa, abusou-se da denominação de *Estado*, considerando-se assim as Províncias coligadas: *Estados Unidos da América*, *Estados do Brasil*, *Estados do México*, da Venezuela. Podemos designá-los, não como semi-Estados (cujo presuppósito é um abatimento de classe, superior e inferior, pela perda da independência) porém como Subestados (descentralização política com autonomia regional como elemento indestrutível, ligado à sorte do pacto federal). Subes-

(37) KELSEN, Hans. *Teoría General del Estado*. Traducción directa del alemán por LUIS LEGAZ LACOMBE. Barcelona — Madrid — Buenos Aires, Editorial Labor, S.A., 1934.

(38) BADÍA, Juan Ferrando. *Ob. cit.*

(39) CÂMARA, Maria Helena Ferreira da. O conceito moderno de federalismo. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, n. 71.

tados ou Províncias — como foram chamados, mais exatamente, no Brasil imperial e na Argentina. São apenas Províncias, porque o seu atributo de autoterminação não implica soberania: é *concedido* e delimitado pela Constituição da República” (PEDRO CALMON) (40). A observação do mestre baiano é perfeita. A terminologia foi deturpada. Impõe-se a obediência à semântica. Estado é Estado, Província é Província. Igualar coisas desiguais leva à confusão. A Federação, no Brasil, é algo de falso. Mas as palavras têm um poder mágico e podem induzir a posicionamentos ideológicos aleatórios e nocivos. Urge se institucionalizar, em termos constitucionais brasileiros e realistas, o regime unitário, o mais adequado às nossas realidades. O sistema federativo pode favorecer os interessados — de dentro e de fora do país — em seus propósitos, visíveis ou ocultos, de cunho separatista. É preciso deixar bem claro que não existem “vontades estaduais” participando da “vontade nacional”. O que há são problemas regionais, a serem resolvidos pelo Estado nacional, segundo uma única *vontade nacional*, expressa no Poder central.

Concluindo este capítulo, cremos oportuno ressaltar que o Estado não pode ser conceituado como um *ser abstrato*, mas — como de fato é — um *ente real*. Porque o Estado é a nação juridicamente ordenada e politicamente se movimentando segundo princípios, métodos e diretrizes, para fins predeterminados. É uma *pessoa* e não apenas uma ficção jurídica. Tem uma alma, uma consciência, uma vontade. Conseqüentemente, atua através dos órgãos que o integram, mas não pode dividir-se. Assim, os Estados-Membros têm de ser colocados em sua real condição de províncias. De partes de um todo. Ora, “el federalismo suena en la historia de las ideas como una protesta contra el régimen de Estado, contra el régimen de centralización a que tiende por esencia el Estado moderno, contra la dimensión excesiva del Estado moderno que hace inevitable la centralización” (J. J. CHEVALLIER)(41). O federalismo é, portanto, algo que atenta contra a natureza mesma do Estado. Imagine-se, por exemplo, o Estado de São Paulo, do Rio de Janeiro, de Minas ou do Rio Grande, dispondo de forças armadas. Imagine-se alguns desses Estados dirigidos por governos da direita, outros do centro, outros da esquerda. Imaginem-se os Estados pequenos e pobres entregues à própria sorte. Imagine-se um Estado federal abstermo, apenas intervindo para garantir a “independência” dos Estados-Membros. Imaginem-se estes Estados-Membros invocando *suas* Constituições, para fazerem prevalecer suas reivindicações. Reconheçamos, então, que o Estado há de ter uma só cabeça, um só “espírito”, uma só vontade. Porque o Estado é assim. E, quando não é assim, *não é*. Orgânico por natureza, o Estado tem de ser unitário. Só desse modo se impõe como um ser organizado, *vivo* e atuante. Só assim representa realmente a nação em sua projeção na história, pois a nação “não é uma noção artificial, nem uma simples ficção política”, “existe como uma formação cultural histórica”, “contém em esboço ou em estado latente a personalidade que só se torna completa mediante o ordenamento jurídico”, como ensina MIGUEL REALE (42). A nação se impõe, pois,

(40) CALMON, Pedro. *Curso de Direito Público*. Rio, Freitas Bastos, 1938.

(41) CHEVALLIER, J. J. El federalismo de Proudhon y de sus discípulos. *El Federalismo*, cit.

(42) REALE, Miguel. Ob. cit.

como uma entidade diferenciada. Não é criada: nasce, cresce, torna-se adulta (Estado). É um ente real. Mas que só se firma e só se afirma pelo Estado, em que se incorpora, em seu estágio final de desenvolvimento. Quando, então, se transforma numa pessoa. Em si, "est larvaire, seule sa métamorphose en État centralisé en fera un être parfait; son individualité est passive; elle ne réagit pas sur les nationaux d'une façon formelle; la personnalité raisonnable, active, puissante, que cette individualité amorphe est susceptible d'engendrer, c'est seulement l'organisation de l'État qui la fera jaillir" (HAURIOT) (43).

De tudo se conclui que o federalismo, em suas conseqüências lógicas, é um sistema que dilui o Estado e atomiza a nação. Porque separa o que é uno, divide o indivisível, possibilita caminhos onde só deve existir um caminho, aceita direções onde só cabe um rumo, confunde objetivos, incapacita o Estado para o exercício de sua natural atividade de ente em busca de um fim.

O Estado unitário é o destino necessário da nação. A marcha, mesmo, da evolução dos povos demonstra essa verdade. Começando pelo Estado isolado, os povos passaram pelo federativo e, culturalmente maduros, acabaram no tipo unitário.

#### IV – TENDENCIA UNIVERSAL (E NATURAL) PARA A UNIDADE

As instituições políticas são como organismos: um *todo* constituído por órgãos, cada um com uma determinada função. Trabalham como um sistema de vasos comunicantes. Nelas vale o ditado: todos por um, um por todos. Assim, o Estado, "organização jurídica de um povo, sujeito, em determinado território, a um poder supremo", na definição de JOSÉ EDUARDO DA FONSECA (44). O povo, vivendo num território de zonas diversas, tem, decorrentemente, situações e necessidades diferenciadas, e, portanto, organizações políticas próprias. Em países continentais, como o Brasil, essas variações regionais se acentuam. E a situação se torna ainda mais complicada quando se sabe que a divisão política do Brasil não obedeceu a critérios racionais. Os limites das antigas Províncias, hoje "Estados", são arbitrários. De qualquer modo, sempre há, em qualquer nação, reivindicações típicas, de cunho regional. E foi justamente isso que, em tese, sugeriu o sistema federativo. Mas este não resolveu, no Brasil, os problemas regionais. Porque as Unidades federadas nunca dispuseram de recursos materiais e técnicos bastantes à solução desses problemas. Estes, pelo menos os mais importantes, foram e continuam sendo enfrentados pela União. O que mostra a desnecessidade do sistema, de resto oneroso e até perigoso, pois ameaçador, às vezes, de nossa unidade e favorecendo, pelos descontentamentos que as desigualdades entre os "Estados" geram, possíveis pretensões alienígenas...

Cuidar das partes, sem esquecer que elas pertencem a um todo, é, assim, algo de essencial, no que tange aos organismos políticos: "... estos problemas (do federalismo) se hallan inscritos en el corazón mismo de la Naturaleza y

(43) HAURIOT. Cit. por Miguel Reale, in *Teoria do Direito e do Estado*, cit.

(44) FONSECA, José Eduardo da. Lições em aula, de Direito Constitucional, na Faculdade de Direito da UMG. Belo Horizonte, 1934.

del hombre, igualmente avidos de unidad y de diversidad, de eficacia y de libertad" (GEORGES VEDEL) (45).

De fato, um país abrange numerosas e diversificadas regiões. Além disso, a nação se compõe de agrupamentos étnicos às vezes variados. Há, assim, em cada Estado, problemas gerais e problemas regionais, necessidades comuns e necessidades características dessas regiões. Teoricamente, a solução estaria no sistema federativo, mas a prática do federalismo, em outros países e, mais ainda, no Brasil, demonstrou o contrário. Durante todo esse longo período republicano, implantado aqui o sistema federalista e até hoje constitucionalmente proclamado, verificamos que ele nada resolveu, pois as populações regionalmente localizadas e diferenciadas em seus processos sociais de vida e em suas necessidades e aspirações mais imediatas, continuam com os seus problemas sem solução. O pouco que se fez por aquelas regiões foi feito pela União e é para a União que se voltam as esperanças de uma solução definitiva para os seus problemas...

Essas "autonomias" dos Estados, essa grita pela "liberdade", essa insistência na proclamação de "Poderes", na forma tríplice, tradicional, mesmo na área estadual, tudo isso não passa de ato arda inútil de indivíduos destituídos do senso de brasilidade, indivíduos culturalmente defasados, eis que, embora vagando pelos espaços, de há muito já morreram no tempo. São os remanescentes do liberalismo caduco, a repetir, como fantasmas, velhos e surrados dogmas hoje completamente desacreditados.

Fala-se em liberdade, mas a grande maioria dos brasileiros não tem liberdade de trabalhar, de se nutrir, de morar, de se alimentar, de se instruir, de se divertir. Fala-se em igualdade, mas a sociedade, por força da livre concorrência entre forças desiguais, está dividida entre uma minoria de afortunados e uma grande maioria de seres infelizes. Fala-se em fraternidade, mas as promessas de amor ao próximo não vão além dos recintos dos templos; eis que, fora deles, a sociedade está cada vez mais possuída pela violência; gerada pelo ódio e pelo egoísmo. Fala-se em federalismo, mas este só é visível na existência de Assembléias Legislativas onerosas e improdutivas, em uma Justiça sujeita às pressões dos oligarcas e dos caciques, em governos que se aproveitam da sua autonomia para, não raro, manejar a máquina administrativa em proveito de interesses próprios, familiares ou grupais.

Por isso mesmo, cresce a corrente unitarista no Brasil, e, em conseqüência, observa-se uma crescente dilatação e intensificação do Poder central.

Doutrinariamente, o sistema federal forma "uma estrutura complexa, de base social e política, onde as dessemelhanças das unidades federadas, que são acessórias, se tornam gradativamente eliminadas, mediante a sua integração em uma unidade social mais ampla, cujo ordenamento jurídico, para usar de uma linguagem filosófica, permite a consubstanciação da *multiplicidade dos Estados-Membros* na *unidade-múltipla* do Estado federal", como diz, engenhosamente, PINTO FERREIRA (46). Vê-se, dessarte, que mesmo os simpatizantes da

(45) VEDEL, Georges. Ob. cit.

(46) FERREIRA, Pinto. *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*. Tomo II. Rio, José Kofino Editor, 1951.



tese federalista concordam em que a tendência dominante é para a unidade. Os propósitos federalistas acabam sempre desaguando no estuário do Estado unitário. Usa-se o termo *Federação* como sinônimo de *unidade*. Fala-se em Poder federal como se fora (e é) o Poder nacional, que enfeixa, coordena e subordina os demais "Poderes". Se as dessemelhanças tendem a ser superadas, se as Unidades federadas buscam a igualdade, se a "multiplicidade" se faz "una" e a "unidade" se faz "múltipla", se o objetivo final é a grandeza de todos na grandeza do Estado que a todos congrega, vê-se que a idéia de unidade é a tônica do Estado moderno. Desigualdades não se superam com simples "autonomias". Forças desiguais exigem que uma força maior as domine, iguale e oriente. Necessidades múltiplas são, é certo, atendidas por ações múltiplas, mas por um propósito geral e único, imposto por um Poder maior que expresse a vontade nacional... Daí se ter dito que "o que é federativo supõe unidade, indissolubilidade, conciliação do regime dentro da própria Pátria" (JOSÉ DUARTE) (47). Daí, também, se ter escrito que "le sens du fédéralisme est ainsi de superposer, aux ordres juridiques étatiques, un ensemble de règles obligatoires pour tous les groupes associés, monobstant leurs systèmes normatifs particuliers" (GEORGES BURDEAU) (48).

Deduz-se, de tudo, que o federalismo é um processo político através do qual os povos procuram e alcançam a unidade. Ora, se assim é, porque *federalizar* um Estado *naturalmente* unitário, como se fez no Brasil?

Certamente, de modo especial em países de grandes áreas geográficas e regiões diferenciadas, o Estado (União) só pode cumprir suas finalidades mediante métodos que lhe permitam atuar eficazmente nas diversas regiões, atendendo às peculiaridades de cada uma, no que diz respeito a sua gente e a seu meio. Para isso, no entanto, não se faz mister a Federação. Esta foi implantada no Brasil com a República, e os Estados-Membros continuam, uns mais, outros menos, com os mesmos problemas que sempre tiveram, assim se dividindo em grandes e pequenos, ricos e pobres, desenvolvidos e atrasados, privilegiados e esquecidos, todos apelando, sempre, para o Poder central, em busca de toda sorte de auxílio.

Se todos buscam a unidade, o Estado unitário se impõe. Como se impõe, supervisionado por ele e como um substitutivo vantajoso à chamada autonomia, um racional processo de divisão de trabalho, a ser efetuado mediante uma descentralização administrativa nacionalmente planejada. Assim, sob este aspecto, concordamos plenamente com DEBBASCH, quando diz que "la décentralisation constitue en outre une excellente formule d'organisation du travail dans l'Etat", pois "permet de libérer le pouvoir central et de confier les responsabilités à ceux qui sont les plus compétents pour les résoudre" (CHARLES DEBBASCH) (49).

(47) DUARTE, José. *A Constituição Brasileira de 1946*. Rio, Imprensa Nacional, 1947.

(48) BURDEAU, Georges. *Traité de Science Politique*. Tomo II — "L'Etat". Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1967.

(49) DEBBASCH, Charles. La décentralisation. *Cahiers Français*. Paris, n. 204, jan./fév., "La Documentation Française", 1982.

Nunca é demais lembrar que o Poder político unificado não exclui a descentralização administrativa. Aliás, a unidade política é uma característica de qualquer Estado. Do Estado em si. Onde a necessidade de o Estado ser nacional. Porque a unidade do Estado é decorrente da unidade da nação: O Poder central (*nacional*) dá o rumo, único, para todo o povo, em toda parte. Política, porém, é ciência do Estado. E o Estado, em sua projeção nacional, desdobra-se, no plano administrativo, em órgãos e subórgãos, estes, sim, autônomos, mas operando segundo normas, princípios e diretrizes traçados pelo Poder central. Se, como recorda JOÃO CAMILLO DE OLIVEIRA TORRES (50), "o conceito de Estado unitário é jurídico e político", o "de centralização é administrativo, apenas", e "haverá descentralização se houver uma hierarquia e um escalonamento de funções e órgãos". "Governo descentralizado" — escreve, ainda, o ensaísta mineiro (51) — "é aquele em que os detalhes da execução ficam entregues a órgãos subalternos, aos quais se reconhece certa margem de autonomia para a decisão e solução dos problemas específicos, dentro da lei geral". E completa: "Na administração descentralizada, o planejamento compete aos órgãos centrais e a execução aos órgãos locais, que aplicam as diretrizes gerais aos casos isolados, interpretando-as, adaptando-as, alterando-lhes detalhes se as circunstâncias o exigirem."

Reconhecido como natural, necessário e imperativo, o caráter unitário do Estado, há de se reconhecer, igualmente, a necessidade de esse Estado unitário operar no plano administrativo através de um sistema descentralizado. Como um organismo que funciona pelos seus diversos órgãos. Assim se conciliam o geral e o particular, o comum e o específico, o nacional e o regional. Pois, em verdade, não se trata, na hipótese, "solamente de comunidades autônomas, sino de sua necesaria coordinación (ALEXANDRE MARC) (52)". As comunidades autônomas são as unidades administrativas, de cunho local; a coordenação se fará conforme às linhas traçadas pelo Poder central e em função dos interesses nacionais. Só a União deve dar os rumos.

A evolução do sistema federalista no sentido do sistema unitário é registável não somente em países como o Brasil, onde o Estado federal foi mais um fruto de atitudes acadêmicas, sem raízes nos interesses brasileiros, mas, também, em países onde a Federação resultou de um processo político natural, adequado às necessidades ambientais: "Pour beaucoup d'observateurs, l'évolution des fédéralismes internes vers une plus grande centralisation est une tendance générale qui se manifeste aussi bien aux États-Unis qu'au Canada ou en Suisse, pour prendre trois exemples d'expériences fédéralistes plus que séculaires. Malgré leurs spécificités historiques, constitutionnelles et politiques, ces pays connaissent, à des degrés différents, des difficultés semblables. Celles-ci découlent de l'inadaptation du schéma dualiste de répartition des compétences

(50) TORRES, João Camillo de Oliveira. *A Formação do Federalismo no Brasil*. São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1961.

(51) TORRES, João Camillo de Oliveira. *Ob. cit.*

(52) MARC, Alexandre. *Historia de las ideas y de los movimientos federalistas desde la Primera Guerra Mundial. El Federalismo*, cit.

constitutionnelles aux impératifs et contraintes des économies occidentales” (MAURICE CROISAT) (53).

Como se vê, até em países tradicionalmente federalistas, busca-se, hoje, a centralização política do poder. Tornou-se pacífico o entendimento de que o Poder há de ser um só, nacional. Que, onde ele se divide em poderes, desaparece. Que, onde há poderes, não há poder...

Essa tendência do federalismo para o unitarismo nada tem, afinal, de extraordinário, pois vale como um fenômeno natural e lógico: “Asistimos, pues, por todas partes al acrecentamiento de la competencia del Poder central, en detrimento de las competencias de los Estados miembros. Por otra parte, nada de insólito tiene esta evolución; responde, por el contrario, de una manera perfecta a aquella otra evolución que transforma las necesidades locales en necesidades generales, y, naturalmente, la gestión de estas necesidades generales debe recaer en los órganos generales” (M. MOUSKHELLI) (54).

A busca da centralização é, pois, um anseio universal. Máxime em países do tipo do Brasil, não há como admitir-se Estados dentro do Estado. Estado-Membro é apenas Província, departamento, circunscrição. Tudo, menos Estado. Não há, no Brasil, necessidades *estaduais*, no sentido em que se circunscrevem às fronteiras do Estado-Membro em que são detectadas e só interessam às suas populações. A questão amazônica, por exemplo, interessa a todo o país. O problema do Pantanal alcança a todos os brasileiros. As secas do Nordeste preocupam toda a nação. O desenvolvimento nuclear, iniciado em Angra dos Reis, é reclamado por todos. Assim o problema do petróleo, do álcool, da indústria pesada. São coisas de que todos os brasileiros participam. E nenhum Estado-Membro tem condições de, nos limites de seu território, resolver qualquer desses problemas. Além disso, os nordestinos estão trabalhando na Amazônia, em São Paulo, no Centro, no Sul. Há gente do Sul no Centro, no Norte, no Nordeste. Gente do Centro se espalha pelos outros Estados. Sentimos *nacionalmente* os nossos problemas, reclamamos para eles soluções *nacionais*, vivemos *nacionalmente* a nossa história. E sabemos, todos, que só com a conjugação de todos os esforços numa *vontade nacional* única, expressa no Estado nacional, poderemos bem resolver esses problemas fundamentais.

O Estado Novo, em 1937, deu um rumo nacional à nossa política, retomado pelo Regime de 64, após um breve interregno. O Estado, em conseqüência de uma pregação doutrinária sadiamente nacionalista, foi conscientemente aceito como instrumento de construção da nacionalidade, e, conseqüentemente, através de órgãos administrativos adequados, passou a atuar em todos os quadrantes do país, com os Estados-Membros, sem os Estados-Membros ou à revelia dos Estados-Membros, sempre que o exigiram os interesses do Brasil. Justiça, bases

(53) CROISAT, Maurice et TOURNOU, Jean. *Persistence du fédéralisme aux Etats-Unis? Revue Française de Science Politique*. Paris, Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques, v. 31, n. 4, août, 1981.

(54) MOUSKHELLI, M. *Teoría Jurídica del Estado Federal*. Traducción del original francés por Armando Lazaro y Ros. Madrid, M. Aguilar Editor, 1931.

militares, colônias, saneamento, universidades, estradas, indústrias, usinas, centros de pesquisa etc., tudo isso tem sido levado pelo Poder central aos quatro cantos da pátria, interessando a todos os brasileiros e conclamando-os a uma obra comum e solidária.

Imperativo de ordem, segurança e independência, o Estado unitário vai se firmando por toda parte, conquanto respeitando as peculiaridades dos diferentes povos: "Aparentemente o fenômeno da centralização pode ser observado em todos os Estados federais. Predomina, sobre o princípio da diferenciação, o da unidade nacional. Se, na Alemanha, tão completamente se realizou, não é menor o movimento que se revela nos Estados Unidos, no Brasil, na Argentina, em virtude dos fatores combinados da intervenção do governo na economia, da neutralização das distâncias, do processo de permanente *homogeneização cultural*, da educação e da lei" (PEDRO CALMON) <sup>(55)</sup>. Essa tendência unionista é igualmente ressaltada por SEABRA FAGUNDES <sup>(56)</sup>: "... o certo é que em nossos dias, ou, mais exatamente, nos últimos quarenta anos, a marcha para o fortalecimento do poder da União, nos Estados federativos, se tem acentuado. A Suíça, como vimos de ver, e os Estados Unidos, talvez as duas Federações, por motivos históricos, mais inclinadas à preservação de larga esfera de autonomia para os Cantões e Estados, têm caminhado, sob o peso das circunstâncias conjunturais, para o ampliamto da presença federal no poder. O mesmo salienta ORLANDO CARVALHO <sup>(57)</sup>: "Nos principais Estados federais do mundo contemporâneo, nota-se a tendência para a concentração de poderes da União. É consequência de muitas causas políticas e econômicas, sobressaindo ora estas, ora aquelas, conforme o Estado examinado, mas a linha constante é o crescimento do governo central."

Ressalta, de tudo isso, que os povos como que reconheceram a necessidade de uma sólida união em torno do Poder central, que eles pressentiram como condição mesma de sua integridade, seu desenvolvimento, sua segurança e sua independência.

A conjuntura internacional, onde os fatos acontecem numa velocidade extraordinária, exigindo, em relação a eles, pronta tomada de posição; o gigantismo de questões fundamentais ao bem-estar e à soberania dos povos, reclamando tecnologias desenvolvidas e imensos recursos; o perigo das dissensões internas, que tanto enfraquecem as nações; as crises econômicas; a intolerância ideológica de certas agremiações político-partidárias; as pretensões colonialistas de algumas potências, as reivindicações sociais etc., tudo isso vai cada vez mais consolidando na consciência dos povos a necessidade da centralização política do poder, pelo que o regime federativo vai entrando para o rol das coisas caducas.

---

(55) CALMON, Pedro. *Curso de Teoria Geral do Estado*. Rio, Freitas Bastos, 1951.

(56) FAGUNDES, M. Seabra. A expansão dos poderes federais. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, UMG, n. 28, jan. 1970.

(57) CARVALHO, Orlando. *Perspectivas do Federalismo Brasileiro*. Belo Horizonte, Edições Estudos Políticos — UMG, 1958.

É quase ridículo, hoje, falar-se em problemas de um Estado-Membro qualquer. Esses problemas não podem ser colocados em termos regionais. São problemas que, juntos aos de outros Estados, compõem a problemática nacional. Pois um Estado-Membro é simples parte do Estado nacional. O petróleo de Campos não pertence ao Estado do Rio, é do Brasil; do Brasil é o ferro de Itabira, é o ouro de Serra Pelada, é o manganês do Amapá, é o café de São Paulo, são os minérios de Carajás, de Minas e de Goiás, é o Pantanal matogrossense, é Angra dos Reis, é Itaipu etc. Assim, não há problema de um Estado, não há riqueza desse ou daquele Estado, os problemas de todos os Estados interessam a todos os brasileiros, destes são as riquezas nacionais, estejam onde estiverem. Por isso mesmo “ninguém mais hoje discute a centralização de governo no sistema federativo. As causas genéricas que a determinam autorizam inclusive a visualizar o problema crescente do Poder central” (LUIZ NAVARRO DE BRITTO) (58). Essa evolução do federalismo para o unitarismo se fez tão constante, no mundo atual, com tal intensidade e em tão larga escala, que, nota RAUL MACHADO HORTA (59), “em face da organização dos Estados federais modernos, não constitui exagero afirmar que, sob muitos aspectos, o governo federal é a regra e o governo estadual é a exceção”.

Em síntese, o que se exige, hoje, num Estado autêntico, é um governo forte e responsável, só possível se nacional, centralizado. No que tange ao Brasil, nunca é demais recordar que as grandes transformações por que passou — políticas, sociais e econômicas — vieram de cima para baixo. Povo despreparado, o brasileiro, foram as elites que deram a tônica dos acontecimentos, sempre através do Estado, que modelou a sociedade, coordenou os seus movimentos, indicou-lhe os caminhos. As vezes errando, como ao instituir o sistema federalista, pecado de que o país, aos poucos, já se está redimindo. O fato é que o Estado é o instrumento do desenvolvimento nacional. Do bem comum. E o Estado só se torna visível no poder. E a tradição, no Brasil, é a do governo forte.

## V — MANIA DE IMITAÇÃO

Desde a proclamação da República até, praticamente, o advento do Estado Novo, vivemos como que alienados. Pensando como os europeus ou os norte-americanos. Culturalmente distanciados do Brasil. Moços que estudavam “lá fora”, na Europa principalmente, aqui repetiam o que lá aprendiam e, embaçados, nós, os “bugres”, aplaudíamos o que apregoavam e os seguíamos às cegas.

Assim aconteceu no plano literário, no campo social, na esfera jurídica e, também, no tocante à doutrinação política. Bastava o carimbo “made in England”, “made in U.S.A.” ou “made in France”, para o produto, idéias ou coisas, ter plena aceitação entre nós. Por isso, “nossa história é toda feita dessas sucessivas peregrinações em prol de idéias arbitrariamente concebidas — para as quais caminhamos às cegas” (ALBERTO TORRES) (60).

(58) BRITTO, Luiz Navarro de. O federalismo na Constituição de 1967. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, UMG, jan. 1970.

(59) HORTA, Raul Machado. Ob. cit.

(60) TORRES, Alberto. *O Poder Nacional Brasileiro*. Rio, Imprensa Nacional, 1914.

Foi assim que proclamamos a República para um povo analfabeto, muita gente se decepcionando porque Pedro II não ficou como presidente. Assim abolimos a escravidão, sem antes criarmos uma infra-estrutura econômico-social que neutralizasse os efeitos da medida. Assim, vivíamos a nos babar com VICTOR HUGO e a ignorar MACHADO DE ASSIS, a nos empolgar com MARX e a desconhecer OLIVEIRA VIANA, a vestir "smokings" nas festas de fim de ano, o calor a quarenta graus à sombra, ignorando o caroá. Assim, pregamos um regime liberal-democrata num país sem gente e sem capital, a indústria incipiente, a agricultura rudimentar, o povo analfabeto. Esquecemos que "cada terra e cada povo tem a sua filosofia, a sua ciência, a sua arte, a sua política, que não alteram as idéias gerais" (ALBERTO TORRES) <sup>(61)</sup>. Sim, um povo, numa terra, com uma cultura e uma organização, vivendo uma realidade própria, mas inspirado nos princípios humanistas universais, herdados de uma formação cristã - isto é, uma nação, esta, a brasileira, foi longamente desconsiderada, por força de uma distorção intelectual de suas elites, pois a República, entre nós, não passou de "um jogo floral de teorias, sobre um campo de misérrimas realidades" (ALBERTO TORRES) <sup>(62)</sup>. E, fruto também desse "jogo floral de teorias", o regime federalista foi, igualmente, arbitrária e despropositadamente, implantado no Brasil; desde 1891, com a República, donde se ter dito (ALBERTO TORRES) <sup>(63)</sup> que a política, entre nós, era "um mecanismo alheio à sociedade, perturbador da sua ordem, contrário a seu progresso".

O federalismo foi, efetivamente, uma "roupagem" estranha, enfiada à força no "corpo" nacional. Não passou nunca de uma vestimenta exótica. De simples macaqueação: "Os chamados ultrafederalistas brasileiros transplantaram para o nosso ambiente político as caracterizações ideológicas que tiveram curso nos Estados Unidos, no período anterior à Guerra da Secessão, e que ali se explicaram como sobrevivência da organização política anterior; mas, no Brasil, equivaliam a pura sugestão imitativa" (RAUL MACHADO HORTA) <sup>(64)</sup>.

Artificial, desnecessário, inadequado, o federalismo funcionou muito mal. Ao invés de propiciar o desenvolvimento harmonioso das *partes* (Estados-Membros) dentro do *todo* (União), estimulou desigualdades, desequilíbrios, bairrismos, rivalidades e conflitos, dividindo-se os Estados em ricos e pobres, fortes e fracos, daí resultando ressentimentos, pretensões hegemônicas, descontentamentos, privilégios, omissões, até mesmo idéias separatistas. . .

A alienação cultural foi tão grande que nossas "elites" chegaram a exagerar no entendimento do sistema, mostrando-se "mais realistas do que o rei", como bem demonstra RAUL MACHADO HORTA: "A autonomia organizatória deixada ao constituinte do Estado-Membro vai ser posteriormente interpretada como consequência da *soberania do Estado*, expressão que se encontra, por isso, no pórtico das Constituições estaduais promulgadas em 1891 e 1892, assim a da Bahia (art. 1º); a do Espírito Santo (art. 1º); a do Rio de Janeiro (art. 3º); a de São Paulo (art. 1º); a do Paraná (art. 1º); a de Goiás (art. 1º); a do Mato

(61) TORRES, Alberto. Ob. cit.

(62) TORRES, Alberto. Ob. cit.

(63) TORRES, Alberto. Ob. cit.

(64) HORTA, Raul Machado. Ob. cit.

Grosso (art. 49)", e acrescenta<sup>(65)</sup>: "O constituinte mineiro de 1891 não incorreu na demasia, mas elaborou, dentro da competência que-lhe tocava, texto constitucional que impressiona pela amplitude da matéria reservada, em 1891, ao Estado-Membro, bastando recordar, a título exemplificativo, que nela se incluía: I — legislar sobre o ensino secundário e superior (art. 365); II — processo civil, comercial e penal (art. 307); III — correios e telégrafos (art. 30.15); IV — bancos (art. 306); V — código florestal e rural (art. 30.28); e VI — direito eleitoral."

Aí está, gritante, o absurdo. Autonomia mal compreendida. Teoria mal assimilada e pior aplicada. Confusão de Estado-Membro com o Estado em si. De autonomia com soberania. Tudo isso valendo como um convite ao separatismo, estimulado pelas diferenças geoeconômicas, políticas e sociais que distinguiam os Estados. Foi por isso que, além de conhecidas revoluções no Norte, Nordeste, Minas e Sul do país, de cunho separatista, corremos serios riscos durante a Segunda Grande Guerra, Hitler sonhando com uma Alemanha Antártica no Sul do Brasil, japoneses confinados em "ilhas étnicas" que poderiam bem transformar-se em postos avançados de penetração colonialista em nossa terra, e até alguns seguidores de Mussolini imaginando uma Nova Itália aqui por estas bandas....

O certo é que o sistema federativo foi, no Brasil, uma criação arbitrária. Fruto de idéias exóticas, sem conteúdo de brasilidade. Por isso, foi um sistema não apenas inútil, mas até nocivo. Porque entrou a obra de integração nacional. De conscientização do destino comum de todos os brasileiros. Quando mais se exigia um trabalho de ordenação, solidariedade, harmonização e unificação de forças e ideais, o sistema abriu as portas à dispersão, à demagogia, às atividades desagregadoras. Aliás, atos remotos de velhos "liberalões" já aconselhavam, de há muito, o remédio unitarista: "O sentimento de uma pátria única não está ainda formado: as várias Capitânias, que vão ser futuras Províncias, não se sentem membros de uma mesma família, cada uma tem sua evolução própria, sua história própria, sua administração própria; suas tendências próprias para este ou aquele ponto de atração. É completa entre elas a insolidariedade. Quando elegem seus deputados às Cortes de Lisboa, estes não se sentem unidos pelos sentimentos de conterraneidade: não se sentem representantes do Brasil, mas apenas das localidades que os elegem. Não há aqui mandatários do Brasil — exclama Feijó, deputado por São Paulo, em pleno recinto das Cortes —, os americanos neste recinto representam exclusivamente as Províncias, que os elegeram" (OLIVEIRA VIANA)<sup>(66)</sup>.

Foi assim, àquela longínqua época. Regiões geoeconômicas diferenciadas, isolamento das populações nas Províncias, desenvolvimento desigual destas, predominância política de umas no plano nacional, abandono de outras, tendências divisionistas, incultura, intelectuais alienados pregando teorias inadapáveis ao meio indígena, tudo isso ia criando uma ambiência favorável às idéias separatistas. Tudo mudou, porém, quando, no alvorecer do Império, alguns brasileiros de escol, sob a batuta do imperador, mudaram os rumos da política:

(65) HORTA, Raul Machado. *Op. cit.*

(66) VIANA, Oliveira. *Evolução do Povo Brasileiro*. São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1933.

"Meditando bem, a obra que os nossos estadistas da independência e do Império empreenderam é realmente ciclópica. Eles são forçados a renovar tudo, tanto os métodos de política como os aparelhos de governo do período colonial, e o fazem com capacidade admirável. E a sua atuação, durante os quase setenta anos do Império, pode ser resumida nessa frase sintética: *uma luta heróica e contínua em prol da unidade nacional contra a formidável ação dispersiva dos fatores geográficos*", registra OLIVEIRA VIANA<sup>(67)</sup>, que acrescenta: "O problema da unidade nacional impõe-se como o primeiro ponto a ser resolvido pelos organizadores das novas instituições: a colônia nos havia legado como vimos, com os seus métodos de política, um povo esfacelado em quase vinte partes autônomas, com pequeníssimas, senão nulas, relações de interdependência." Esse aspecto de nossa evolução política é também ressaltado por ORLANDO CARVALHO<sup>(68)</sup>: "Outro problema que sempre existiu no Brasil republicano é que, vivendo em um Estado federal, cuja distribuição é reminiscência colonial, praticamente mantivemos os limites das antigas capitânias. Alguns desses territórios se desenvolveram mais, outros menos e não houve uma nova redistribuição, nem parece fácil fazê-la. O Brasil já está tão consolidado que a redistribuição territorial das áreas consolidadas vai ser um dos problemas mais duros que possamos encontrar." Duro ou não, o problema tem de ser enfrentado. E esse problema, da redistribuição política do país, condição de uma organização nacional em termos de equilíbrio e segurança, está estreitamente ligado ao federalismo, cuja sobrevivência seria um obstáculo à sua solução.

A verdade é que o tratamento de nosso povo tem de ser alterado. Não há mais que pensar em paulistas, cariocas, mineiros, gaúchos, nortistas, sulistas, nordestinos etc., mas tão-somente nos brasileiros, acima das fronteiras de seus Estados-Membros, que *como Estados*, devem desaparecer do nosso mapa político. Os limites a considerar, para efeito de promoção do bem-estar dos brasileiros, são os limites do Brasil, onde todos os habitantes devem ser igualmente responsáveis e participar, equitativamente, dos bens da cultura e da civilização. Essa a tônica de uma política nacional e racional. O fracasso do sistema federativo impõe o retorno ao regime unitário. Evidentemente, há que pesar as características regionais, as quais não estão definidas dentro dos atuais limites dos Estados-Membros. E essas peculiaridades regionais, que dão uma colocação própria às populações localizadas nessas zonas, devem ser equacionadas de maneira coordenada, dentro de um plano global de desenvolvimento a ser traçado, executado e garantido pelo Poder central. Porque temos de entender que os recursos do Brasil são de todos os brasileiros e para todos os brasileiros. Ora, "importado, contrário à nossa tradição jurídica, o sistema federativo no Brasil tem sido sustentado por dois ou três Estados que, numa vasta etapa de nossa vida política, têm exercido hegemonia e se beneficiado, politicamente, do sistema. Não fora isto e há muito teríamos reingressado definitivamente na vida originária do unitarismo, com ascensão municipalista, ou departamental, de base geoeconômica", comenta GERSON BOSON<sup>(69)</sup>, que diz

(67) VIANA, Oliveira. *Evolução do Povo Brasileiro*, cit.

(68) CARVALHO, Orlando M. Os Partidos e a representação política no Brasil: uma visão histórica. *Modelos Alternativos de Representação Política*.

(69) BOSON, Gerson. O conceito de soberania aplicado ao Estado-Membro. *Perspectivas do Federalismo Brasileiro*. Belo Horizonte, Edições da Revista Brasileira de Estudos Políticos — UMG, 1981.



mais (70): "A maioria dos Estados-Membros vive, hoje, do rateio orçamentário federal, não se agüentando sequer na manutenção da sua máquina administrativa, cada dia maior e mais ineficiente, duplicidade inútil de serviços públicos, com a União ou os Municípios, também estes de restritas possibilidades de desenvolvimento, porque o Estado lhes suga as fontes econômico-financeiras, como a União o faz com os Estados." E completa(71): "O inventário do federalismo brasileiro é, em tese, decepcionante, amargo, e clama por uma revisão de profundidade ou por sua extinção, em benefício da Pátria comum, cujas responsabilidades se multiplicam a cada dia."

Ninguém discute o artificialismo de nossa divisão política, herança colonial que o federalismo encampou sem maiores exames. A delimitação das Províncias não se fez em obediência a determinantes geoeconômicas. Donde a dispersão de forças, em vez de união de forças. Donde rivalidades e conflitos, no lugar de solidariedade e conjugação de esforços. E as disparidades aumentaram por influência de outros fatores, como a imigração, a migração e, dada a diversidade de situações e de recursos, o tratamento desigual para problemas em essência iguais. Ora, lembra BERNADETTE PEDROSA (72) "as acentuadas disparidades regionais (de natureza econômica, sobretudo), se não levadas em conta quando se procede à delimitação das fronteiras políticas internas, podem converter-se em obstáculos reais à existência de um federalismo efetivo. A necessidade de forjar uma certa homogeneidade, indispensável fundamento da unidade do Estado federal, conduzirá a uma inaceitável hipertrofia do poder central e ao sacrifício da autonomia dos poderes locais. O fenômeno ocorre, principalmente, quando entram em cena fatores econômico-financeiros de desequilíbrio regional; no entanto, o mesmo fenômeno pode ter por causa fatores culturais, associados ou não aos primeiros".

Assim, implantado no Brasil sem responder às necessidades políticas do país, o sistema federalista, estruturado numa irracional divisão territorial, redundou em uma organização não apenas inútil, mas também prejudicial, aí estando a razão por que "os Estados-Membros, por imprevidência ou por incapacidade, descansam na habitualidade das ajudas federais e comprometem cada vez mais a sua própria autonomia política, pela dependência em que ficam das decisões do Poder central; a ausência de planejamento racional no tocante aos auxílios concedidos pela União aos Estados e Municípios, e sobretudo a ausência de rigoroso mecanismo de controle sobre a aplicação dos recursos autorizados, anulam a eficácia dos programas oficiais" (BERNADETE PEDROSA) (73).

A situação é bem essa e tais verdades são comprovadas pela "indústria da seca"; pelo desvio, para finalidades menos nobres, dos empréstimos concedidos pelos Bancos oficiais (caso da mandioca); pelos financiamentos agrícolas utilizados na construção de "arranha-céus" nos centros urbanos ou na aplicação no "open"; pela mercantilização de produtos remetidos aos flagelados das secas

(70) BOSON, Gerson. Ob. cit.

(71) BOSON, Gerson. Ob. cit.

(72) PEDROSA, Bernardette. *Perspectivas do Federalismo Brasileiro*, cit.

(73) PEDROSA, Bernardette. Ob. cit.

e das enchentes pela aplicação de verbas federais num empreguismo desenfreado nos diversos órgãos administrativos dos Estados etc.

## VI — O FEDERALISMO NOS ESTADOS UNIDOS E SEU TRANSPLANTE PARA O BRASIL. O ORGANISMO PATRIO RECUSOU O "ENXERTO"

A implantação da República, no Brasil, foi o resultado de uma longa elucubração intelectual meramente acadêmica, pois de brasileiros de formação cultural alienígena.

À base dos ensinamentos de Coimbra e, sobretudo, da influência da Revolução francesa e da Independência dos Estados Unidos, alguns brasileiros de vanguarda, empolgados pelos princípios e dogmas do demoliberalismo, então no apogeu, passaram a pregar aqui o que tinham aprendido além-mar, sem maiores considerações pelo nosso meio político, social e econômico.

Verdadeiros papagaios de fraque, cartola, colarinho duro e anelão no dedo, assim aqueles "líderes" republicanos cheios de Europa e de Estados Unidos, porém vazios de Brasil, aqui edificaram, vinda da França, a República, e, com ela, mas importado dos Estados Unidos, o regime federativo.

Entretanto — e por lógicas razões —, nem a República foi a "República dos nossos sonhos", nem o sistema federalista convenceu a ninguém. É que, em política, a imitação não dá resultados. Na espécie, o Brasil, do ponto de vista político, era como que o oposto dos Estados Unidos da América, pois enquanto aqui havia um povo étnica, espiritual e linguisticamente homogêneo, distribuído por um território de zonas geoeconômicas diferenciadas, mas sujeito a um regime unitário, lá existiam treze Províncias distintas, que alguns patriotas de visão queriam unir num todo nacional.

"O Estado federal americano nasceu de um movimento centrípeto, que aglutinou os treze Estados que se libertaram da dominação inglesa e que, pela conveniência de se unirem mais estreitamente, superando a precariedade de uma Confederação, abdicaram de sua soberania, delegando-a a um Poder central e se tornando simplesmente autônomos", anota LUIZ ROBERTO BARROSO<sup>(74)</sup>, ao passo que, acrescenta; "no Brasil, deu-se exatamente o contrário. Passamos de um Estado unitário ao tempo do Império, altamente centralizado, cujas Províncias eram presas ao Poder central, por intensos laços de subordinação, para um Estado federal idealizado, que deu ampla autonomia às ex-Províncias, transformadas em Estados-Membros". E assim, como bem diz, ainda, LUIZ ROBERTO BARROSO<sup>(75)</sup>, "o federalismo não foi uma imposição dos fatos, mas uma criação legal, surgida com a República".

Alienado, contrariando a natureza das coisas, o federalismo foi, por isso mesmo, sistematicamente negado no Brasil, eis que a nossa vocação de unidade jamais se conformou com o regime. Do mesmo modo, nos Estados Unidos, por força de uma tendência histórica irreversível dos povos à unidade, as Províncias

(74) BARROSO, Luiz Roberto. Ob. cit.

(75) BARROSO, Luiz Roberto. Ob. cit.

acabaram se integrando num sistema centralizado, sendo que o federalismo, lá, valeu como a vitória do desejo de união sobre a idéia (Confederação) de divisão, como salienta ANDRÉ MATHIOT<sup>(76)</sup>: "... lo que da importancia a la obra constitucional de la Convención de Filadelfia es el pacto internacional celebrado en 1787 para poner fin al estado de anarquía que reinaba en las trece colonias para asegurar las funciones de interés general y crear un gobierno común que dispusiese de poderes que los Estados se habían resignado a delegar en él; sólo después se añadió a este pacto una Constitución cuyas diversas disposiciones regulan el ejercicio de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, su separación y el sistema de frenos y balances. Esta Constitución ha sido incorporada a un pacto de unión que es lo esencial. La intención de los autores ha sido proclamada desde el preámbulo en la famosa frase: Nosotros, el pueblo de los Estados Unidos, con el deseo de formar una Unión más perfecta, de establecer la justicia etc., ordenamos y establecemos la presente Constitución para los Estados Unidos de América". O que se buscava era uma união nacional de forças visando à garantia da independência do novo país. Donde se ter afirmado que "nascia, assim, o federalismo, nos Estados Unidos, sob o signo da unidade das forças contra a metrópole vencida" (PAULO LORO SARAIVA)<sup>(77)</sup>. E sob esse signo da unidade, os americanos do norte foram, a pouco e pouco, integrando as antigas Províncias num Estado federal fortemente centralizado: "El régimen político americano, en su realidad actual, está lejos del texto constitucional, aun teniendo en cuenta las modificaciones. Estas se han realizado lentamente, incluso con retrocesos, debidos a las resistencias con que se ha tropezado, con sacudidas, pero han acabado por consagrar una preponderancia de la autoridad nacional sobre la de los Estados; lo cual no estaba previsto ni mucho menos, por los padres de la Constitución" (ANDRÉ MATHIOT)<sup>(78)</sup>.

Seja como for, antigos Estados confederados, os Estados que compõem, hoje, os Estados Unidos, tiveram uma tradição de independência, o que favoreceu, lá, a adoção do regime federalista, por todos aceite e que lá funciona, razoavelmente, sob a tutela do Poder central...

No Brasil, porém, as diversas coletividades que integram a nação não eram individualizadas, nem étnica nem culturalmente, só se distinguindo por se localizarem em regiões geoeconômicas diferenciadas, situação contrabalançada pelo intenso movimento migratório que sempre se notou no Brasil, de natureza econômica, social ou política. A prata do ouro, a mineração em geral, a borracha, a cana-de-açúcar, o café, o pastoreio, as revoluções, as lutas contra os invasores, a Guerra do Paraguai, as bandeiras, as missões jesuítas, as competições esportivas etc., tudo isso levou brasileiros de todas as partes para todas as partes, homogeneizando ainda mais a nossa gente, já de si unida pela raça, pela língua e pela religião, e, com isso, os brasileiros todos se sentiram participantes da obra de construção da nacionalidade.

O regime federativo, dada a desproporção de recursos humanos e materiais, entre as Províncias brasileiras, jamais poderia possibilitar um desenvolvi-

(76) MATHIOT, André. El federalismo en Estados Unidos. *El Federalismo*, *op. cit.*

(77) SARAIVA, Paulo Loro. *Federalismo Regional*. Rio, Edições Saraiva, 1982.

(78) MATHIOT, André. *Op. cit.*

mento harmônico de todas elas, o que só seria viável por um Poder central, mediante uma política nacionalizante.

Estado é Estado. É toda a nação. O Estado autêntico é necessariamente nacional. Abrange, integra, reflete e supera todas as regiões, em todas se faz presente, assistindo, estimulando, coordenando, fazendo, dirigindo. Leva em conta as diferenças locais, mas sempre com vistas a um processo nacional de conduta e a um fim nacional a atingir. Isso demonstra a necessidade da centralização política, acoplada por ampla e racional descentralização administrativa.

Os movimentos políticos inspirados em teorias alheias às realidades nacionais não prevalecem nunca, pois contrariam a natureza das coisas. O homem é, por si e em si, uma unidade e tudo nele tende à unidade. Assim, também, quando age na sociedade. Atitudes dispersivas são sempre temporárias, ao fim recompõe-se o processo unificador. Isso sucede em toda parte, pois é da essência do ser humano, em sua vida privada e em sua vida social. Desse modo, o que aconteceu no Brasil ocorreu, igualmente, nos Estados Unidos:

“A letra dos textos não corresponde exatamente a realidade das práticas políticas e disso não há exemplo mais expressivo do que o da federação — tipo mais conspícuo: — os Estados Unidos. Se os Pais da Pátria lá ressuscitassem de seus túmulos venerandos não reconheceriam na república presidida por Lyndon Johnson aquela estruturada na Convenção de Filadélfia e justificada nas páginas oraculares do *Federalista* de MADISON, HAMILTON e JAY. Maior espanto fulminaria a geração imediata do Sul que, na primeira metade do século XIX, com JOHN CALHOUN e outros, sustentava a legitimidade do direito de recessão dos Estados-Membros, porque dele não abdicaram quando voluntariamente anuíram ao pacto federal pela ratificação da Constituição de 1787” (ALÍOMAR BALEEIRO) (79).

Sim, hoje os Estados Unidos da América têm um poder altamente centralizado. É que a teoria é uma coisa, outra a realidade. As idéias se inspiram em fatos, não devem contrariá-los. Entre os povos, a tônica política é, sem exceção, o sentimento nacionalista, que leva os homens a se unirem pelo bem comum. Mais do que em qualquer outra área, é na política que se faz valer o axioma de que a união faz a força.

É inegável que, ao incorporarmos, ao nosso organismo político, o regime federativo, limitamo-nos a transplantar, dos Estados Unidos para o Brasil, princípios e idéias sem raízes em nossas realidades, donde o seu fracasso: “Lá havia treze organizações de soberanias, fundadas com o sacudir do jugo da dominação inglesa, isto é, havia treze *Estados*. Estes Estados, por instinto de defesa comum, à intuição de grandezas futuras, resolveram unir-se, sob um governo comum. Embora, com estabelecer um poder acima do que cada um tinha, perdessem a soberania, pareceu-lhes de boa política conservarem as insígnias de *Estados*” (SAMPAIO DORIA) (80).

(79) BALEEIRO, Aliomar. A crise financeira do federalismo. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte — UMG, 1970.

(80) DORIA, A. de Sampaio. Ob. cit.

Dessa maneira, obedecendo a injunções da natureza humana, a Federação, nos Estados Unidos, nasceu para unir. Surgiu como um imperativo de sobrevivência nacional, impossível com Estados rivais, isolados, com pretensões de hegemonia dentro de uma Confederação...

Convém não esquecer que, em si, "o Estado federal é uma forma de Estado composto, em que as partes componentes se situam em pé de igualdade" (ORLANDO M. CARVALHO) <sup>(81)</sup>. Todos os Estados-Membros são iguais perante a Federação (Poder central). Ora, para haver essa igualdade é preciso que os Estados sejam realmente iguais e tratados com igualdade. No Brasil, nunca houve essa igualdade de Estados nem essa igualdade de tratamento dos Estados por parte da Federação. Sempre dominaram os Estados mais desenvolvidos, mais ricos, mais populosos, mais fortes. Os Estados maiores, ou melhor, mais desenvolvidos e populosos, sempre dominaram. Os Estados menores, mais pobres, atrasados e despovoados, foram sempre relegados à condição de satélites, a girar em torno daqueles. Enfim, eram e são Estados de mentira. A Federação, aqui, não existiu, não existe e não deve existir. Porque nada, entre nós, reclama o sistema federativo. Ao contrário, tudo, entre nós, exige a presença, nos quatro cantos do território pátrio, de um Estado nacional atuante, firme, capaz de promover um desenvolvimento harmonioso de todos os segmentos políticos da sociedade brasileira. Só ele tem condições de responder aos apelos das populações diversamente localizadas no espaço físico ocupado pela nação. Entregue a si própria, a Amazônia nunca deixará de ser o que é, um rico deserto a despertar a cobiça de potências estrangeiras. O Pantanal jamais será garantido, se deixado à proteção de Mato Grosso. Sem o Estado assumindo seu papel de promotor do bem comum, nunca teríamos petróleo na Bahia e em Campos, nem teríamos fábrica de aviões, arsenais, Carajás, Tucuruí e Itaipu, nem a Belém-Brasília, nem a Cuiabá-Porto Velho, nem universidades na maioria dos Estados-Membros, nem Volta Redonda, Brasília...

Por tudo isso, a intenção política dominante, entre os políticos esclarecidos e patriotas, no Brasil como em quase toda a parte, foi sempre, em última análise, a de atingir a unidade do Estado: "... quando se estabeleceu a União federal americana, nos fins do século XVIII, ser federalista era ser centralizador, era desejar o fortalecimento da União em relação aos Estados-Membros" (ORLANDO CARVALHO) <sup>(82)</sup>.

Aliás, nos Estados Unidos, o romantismo jurídico andou, também, durante certo tempo, embriagando as mentes dos políticos, que, em função dele, tentaram, primeiramente, a união das treze Províncias em termos de "liberdade", para resguardo de suas "soberanias", mas cedo os seus sonhos se desvaneceram, pois a realidade mostrava a todos que o caminho da verdadeira independência de todas estava na unidade de sua organização política: "O governo resultante dessa coligação (das 13 colônias) não teria força nem autoridade para

(81) CARVALHO, Orlando M. *Relações financeiras da União com as outras órbitas de governo. Perspectivas do Federalismo Brasileiro*, cit.

(82) CARVALHO, Orlando M. *Relações financeiras da União com as outras órbitas de governo*, cit.

cercear os direitos próprios, das regiões, que assim pactuavam um acordo de *efeito exterior*, incapaz de alterar-lhe a *ordem interna*, do respectivo desenvolvimento. Em pouco tempo o que se viu foi o descalabro geral, na incapacidade dos Estados isolados de enfrentarem as despesas da "guerra da libertação, na divergência de suas legislações, nas desconfianças mútuas, que prometiam colimar em agressões demolidoras, isomando tudo à falência das idéias nacionalistas, de Franklin, Washington, Hamilton... Daí o entendimento para a União federal, que desse energia e eficiência a um governo *nacional*, separado, e acima, dos governos *estaduais*, o incumbido de regular a vida financeira, militar e diplomática deles — dos Estados Unidos" (PEDRO CALMON) (83).

Tudo ao contrário do Brasil. Lá, Estados antes soberanos convenceram-se da necessidade de união sob um poder maior; aqui, tentamos separar o que era uno. Lá o federalismo valeu como uma relação centralizadora, aqui, como um fator divisionista. Nos Estados Unidos "partia-se da periferia para o centro, enquanto que, no Brasil, o movimento era no sentido inverso. O Poder central, organizado e forte durante o império, é que se demitia de suas prerrogativas, ao fundar-se a república, em benefício da descentralização política e administrativa" (CARLOS MEDEIROS) (84).

Nos Estados Unidos, anteriormente à Convenção de Filadélfia, havia uma tendência das Colônias ao isolamento, e a federação só foi possível pelo espírito de compromisso dos delegados dos diversos Estados, e, por isso, fazendo essa observação, ANDRÉ MATHIOT (85) assegura que "los factores de disociación eran muy potentes". Depois, por força de diversas e poderosas causas — econômicas, sociais e políticas — e devido a eventos internacionais, cresceu e fortaleceu-se o Poder federal.

É interessante registrar, a propósito, que não apenas no Brasil os Chefes de Estado, às vezes, desrespeitaram a Constituição, justificando seus atos na necessidade de atender aos superiores interesses da Pátria. No caso, quem menosprezou a Lei Magna dos Estados Unidos foi, precisamente, um dos seus maiores filhos e um dos grandes homens da história da humanidade: Abraão Lincoln. Quem o revela é GORE VIDAL (86), no livro *Lincoln*, de que nos dá notícia SÔNIA NOLASCO FERREIRA: "Lincoln violou a Constituição dos Estados Unidos ao tentar impedir que a Confederação dos Estados Sulistas se separasse da União. O nome do país, Estados Unidos da América, quis dizer originariamente que a União era voluntária, que cada Estado tinha de ser independente dos outros. Lincoln acabou com isso pela guerra". E, mais: "Um país unido é forte sob um Poder central e incontrastável em seus princípios básicos. VIDAL nota que a Paixão de Lincoln por essa idéia política fez dele, por algumas vezes, um virtual ditador. Em toda a história americana Lincoln foi o único Presidente a impor censura à imprensa, a suspender o direito de *habeas-corpus*, e foi o primeiro a ordenar o serviço militar obrigatório".

(83) CALMON, Pedro. *Curso de Teoria Geral do Estado*, cit.

(84) SILVA, Carlos Medeiros. Evolução do regime federativo. *Revista de Direito Administrativo*. Rio, Fundação Getúlio Vargas, jan./mar. 1955.

(85) MATHIOT, André. Ob. cit.

(86) VIDAL, Gore, *Lincoln*. — livro anunciado e comentado por Sônia Nolasco Ferreira em *O Globo*, Rio, edição de 30 de agosto de 1964.

Eis aí: o campeoníssimo da liberdade, o grande Abrahão Lincoln, tomando medidas de exceção, em defesa da unidade e soberania de sua nação.

Tudo está, pois, na espécie, em corrigir as distorções motivadas pelas diferenças geoeconômicas das várias regiões. No Brasil estas são, realmente, as diferenças, visto que, no plano social, há que reconhecer que, de norte a sul e de leste a oeste, em toda parte, as diversas populações têm muito mais traços comuns do que diferenciados, o que devemos, de um lado, à nossa homogeneidade étnica e lingüística, de outro, à religião católica, e, de outro, ainda, à obra miscigenadora do português... Ora, assim aproximados pelos laços do sangue e do espírito, falando o mesmo idioma e participando das mesmas lutas históricas, as populações regionalizadas pouco diferiam culturalmente umas das outras, o que facilitava e aconselhava, no Brasil, um regime unitário: "Ce qui distingue l'État fédéral de l'État unitaire, c'est en effet l'existence dans cet État de collectivités publiques différentes de celles dont la réunion forme l'État unitaire. Si l'on fait disparaître le caractère particulier de ces collectivités publiques, on en fait de simples provinces, et par conséquent l'État fédéral se trouve transformé en État unitaire" (LE FUR) (87).

Não existiam no Brasil, a rigor, essas "coletividades públicas diferenciadas"; as diferenças entre as coletividades regionais estavam mais em fronteiras arbitrariamente fixadas...

Impõe-se aceitar e reiterar, como axiomático, que o regime político unitário não exclui nem nega o regime administrativo descentralizado. Política é uma coisa, administração é outra. Política é comando, e o comando há de ser uno, forte, responsável, consciente, orientado no sentido do progresso, da segurança e do bem-estar de todos os nacionais; já administração é trabalho, operação, aplicação de programa, e pode ser feito por órgãos especializados e para tanto convenientemente distribuídos por todo o território pátrio.

Porque tais verdades foram desprezadas, a república nos trouxe o sistema federativo, que, sem raízes em nossas realidades, fracassou, exigindo de todos nós, agora, uma atitude firme, que nos leve à retomada do caminho da unidade. Releva notar, na hipótese, que, justamente uma das grandes vozes republicanas — RUI BARBOSA (88) — em artigo publicado em 25 de novembro de 1898 no jornal *A Imprensa*, assim se exprimia: "Eis o que vem a ser a Federação no Brasil. Eis no que dá, por fim, a autonomia dos Estados, esse princípio retumbante, mentiroso, vazio de vida como um sepulcro, a cuja superstição se está sacrificando a existência do País, o princípio da nossa nacionalidade, oferecido em pasto às cobijas intestinas, até que outras a venham devorar."

## VII — O PAPEL DO ESTADO NA ORGANIZAÇÃO DAS SOCIEDADES. O CASO BRASILEIRO

No enfoque desse problema institucional que discutimos, é fundamental compreender uma coisa: mesmo quando, num país, existe uma certa — digamos

(87) LE FUR, Louis, *État Fédéral et Confédération d'États*. Paris, Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence — Marchal et Billard, 1896.

(88) BARBOSA, Rui. Cit por Carlos Medeiros Silva, ob. cit.

— uniformidade geográfica, e ainda que as suas populações se apresentem culturalmente homogêneas, isso, que é importante, não é, contudo, suficiente para assegurar a unidade política: "Nunca, sin embargo, el carácter relativamente unitario, en lo natural o cultural, de los habitantes, podrá engendrar por sí mismo la unidad del Estado. Esta sólo puede concebirse, en última instancia, como resultado de una acción humana consciente, de una formación consciente de unidad, como organización" (HERMAN HELLER) (89).

Não basta, pois, uma nação, para existir um Estado. Unidade lingüística, étnica, religiosa e cultural não garante a um povo um posicionamento independente no concerto político internacional. Faz-se mister uma *consciência nacional*. A igualdade de idioma, de credo, de raça e, sobretudo, a participação solidária de todos numa história comum, favorece a unidade política e, com esta, a afirmação nacional soberana. Mas, para isso, é indispensável que exista uma  *vontade de poder*, simbolizada na união ideológica consubstanciadora de um propósito nacional comum. Assim, só o Estado, que é a organização perfeita desse povo vivendo nesse território, pode garantir essa unidade e, mediante ela, tentar o objetivo comum maior.

No Brasil, devido a circunstâncias personalíssimas, mais se evidencia essa verdade. País de território imenso e com zonas desertas; de riquezas enormes e mal aproveitadas; as vias de comunicação ainda deficientes; a sociedade separada em segmentos bastante distanciados uns dos outros, sob o aspecto cultural e financeiro; os indivíduos, em geral, tecnicamente despreparados para suas atividades profissionais; alguns Estados-Membros altamente desenvolvidos, ao lado de outros muito atrasados; potências estrangeiras dando sinais de cobiça em relação a nossas riquezas e até já tentando envolvê-las em suas negociações; os nossos avanços industriais sendo obstaculizados por óbices criados pelas potências interessadas em manter em suas mãos as rédeas da dominação mundial; governos estrangeiros já chegando a dar "palpites" sobre nossos negócios internos — tudo isso reclama um poder nacional forte e atuante, que não pode existir em uma organização federativa, onde os Estados-Membros às vezes se mostram tão ciosos de sua autonomia, não raro confundida com soberania. Assim sendo, "ante a realidade do Brasil, o papel do Estado não é refletir e conservar tal ou qual ambiência, mas assumir a função de reforma, criar, educar um povo" (NESTOR DUARTE) (90).

No Brasil, repitamos, tudo tem vindo de cima para baixo. A república, a abolição, a legislação social foram antecipadas, no tempo, por iniciativa do governo. Isso, no plano das ideologias. E não só: também na esfera das realizações práticas foi assim: não tivemos petróleo, siderurgia, usinas hidroelétricas, fábrica de aviões, indústria pesada, estradas, arsenais, enquanto o Estado não se pôs em ação.

(89) HELLER, Hermann. *Teoria del Estado*. Versión española de Luis Tobío. México, Fondo de Cultura Económica, Edición y prólogo de Gerhart Niemeyer, 1942.

(90) DUARTE, Nestor. *A Ordem Privada e a Organização Política Nacional*. São Paulo, Editora Nacional, 1939.



Assim foi sempre. O Brasil só cresceu com a União presente nos acontecimentos, de modo direto ou indireto.

No Império, tínhamos como órgãos de unificação nacional, integrando e subordinando as Províncias:

- o Rei;
- o Presidente da Província, nomeado pelo Imperador e escolhido por ele;
- o chefe de polícia, escolhido e nomeado pelo Imperador;
- era o poder central quem nomeava o Juiz de Direito, o Juiz Municipal, o Promotor Público.

Depois, com o federalismo republicano, dividido o poder entre a União e os Estados-Membros, estes com Constituições próprias, a unidade nacional sofreu tremendos abalos, resvalando o país, por causa disso, para os abismos das lutas intestinas, algumas de cunho separatista.

O Estado Novo, instituído em 1937, recolocou a nação no caminho de sua unidade:

- rasgando as bandeiras estaduais;
- unificando o direito;
- transformando as polícias militares estaduais em corpos auxiliares do Exército e dando ao poder central competência para escolher seus comandantes;
- proibindo os emblemas, escudos e hinos estaduais, a todos impondo uma só bandeira, um só hino, um só emblema;
- tornando obrigatório o hasteamento da bandeira nacional em todas as escolas;
- tornando obrigatório, em todas as escolas, o ensino da língua portuguesa;
- dissolvendo os "quistos étnicos";
- controlando a política imigratória;
- criando a Justiça Federal;
- instituindo a Justiça do Trabalho;
- padronizando os orçamentos em todos os Estados e Municípios, através do DASP e da Comissão de Estudos de Negócios Estaduais;
- promovendo, através da Fundação Brasil Central, uma política de integração nacional;

- estabelecendo o Plano de Valorização da Amazônia;
- criando o Correio Aéreo Nacional etc.

Extinto o Estado Novo, voltou-se à prática federalista, em 1946, logo assanhando-se os liberalóides, insistentes em suas pregações fantasmagóricas, mas, com o golpe de 1964, inspirado num propósito nacionalista, o país retomou seu caminho natural, razão por que o Estado (União) tornou ainda mais intensa e abrangente a sua política nacionalizante e centralizadora, expressa:

- nos investimentos feitos pela União nos Estados e nos Municípios;
- em obras públicas de relevo, especialmente nos setores da saúde pública, da alimentação, do transporte e da energia, nos diversos Estados;
- em auxílios e subvenções às Unidades federadas;
- na construção de rodovias, ferrovias, açudes, pontes, aeroportos, hospitais, serviços de comunicação, estádios;
- na construção, em Municípios, de cais, matadouros, hotéis;
- na melhoria das cotas de impostos municipais aos Municípios;
- na construção de colônias agrícolas;
- na federalização de escolas e universidades;
- no BNH, no SERFAU, SUDESUL, SUVALE, SUDENE, SUDAM, SUFRAMA, INCRA, DNOCS, VALE DO RIO DOCE, BASES MILITARES, FUNAI;
- em Itaipu, em Tucuruí, na Serra Pelada, em Carajás;
- no Grupo de Trabalho para o Desenvolvimento do Nordeste, instituído pelo Conselho do Desenvolvimento;
- na Comissão de Desenvolvimento do Planalto de Ibiapaba, e em numerosos outros empreendimentos.

Aí está a verdade, por aí se vendo que “a absorção da administração estadual e municipal pela União é notória e inelutável e que ela se vem operando com a solicitação e o pleno assentimento dos Estados e Municípios”, como assinala CARLOS MEDEIROS <sup>(91)</sup>, que adianta: “e este fato, de larga repercussão na vida nacional, vai subverter, dentro em pouco, os alicerces do regime federativo”. E se isso acontece é porque já se reconheceu, aqui e alhures, que, “entregados a ellos mismos, los Estados no podrían sobrevivir sino a costa de grandes esfuerzos” (ANDRÉ MATHIOT) <sup>(92)</sup>.

(91) SILVA, Carlos Medeiros da. Ob. cit.

(92) MATHIOT, André. Ob. cit.

A título ilustrativo, anote-se que, nos Estados Unidos, país rico, povo civilizado, oriundo de colônias antes independentes e que se uniram por iniciativa própria, o regime político estruturado nos dogmas da liberal-democracia, as empresas privadas poderosíssimas — mesmo assim, o Poder central, lá, está cada vez mais forte e presente. Assim é que, lá também, operam, em todo o país, entre outros, os seguintes órgãos federais:

- Interstate Commerce Commission
- National Security Council
- National Security Resources Board
- Office of Defense Mobilization
- Defense Production Administration
- Defense Transport Administration

A legislação federal norte-americana é cada vez mais abrangente e centralizadora, seja na concessão de subvenções e auxílios, seja nas obras levadas a efeito nas esferas da educação e da saúde, seja no controle das milícias dos Estados (espécie de serviços nacionais disciplinados por leis do Congresso), seja na extensão dos serviços públicos federais (há 2.500 servidores federais espalhados pelos Estados).

O sistema político unitário, natural, espontâneo, necessário, vai, dessa maneira, se impondo, todos reconhecendo as suas vantagens, que assim podem ser sintetizadas:

- concentração mais rápida e completa de forças militares;
- favorecimento das relações comerciais entre as diversas Províncias;
- racionalização das vias de comunicação;
- uma só capital política;
- economia de leis;
- direção única;
- uniformidade;
- fortalecimento do sentimento nacional.

Todavia, não apenas por isso o regime se impõe. Impõe-se, sobretudo, porque corresponde à marcha mesma da evolução. Todos os povos começam pelo Estado isolado, passam pelo regional federativo e chegam ao tipo unitário.

Por isso, "em um mesmo território não pode haver mais que um Estado" (93), "a unidade é uma característica do Estado" (94), os Estados-Membros "não são senão frações do Estado" (95), "não são verdadeiros Estados" (96), diz ANTÔNIO DE CASTRO ASSUMPÇÃO, o mesmo afirmando José Augusto Bezerra de Menezes (97): "Todas essas tendências federativas confundem-se em uma só: a marcha do mundo, de maneira lenta mas segura, para uma concepção mais perfeita, ou, antes, para a unidade, condicionada sobretudo pelo progresso científico e técnico, que cada vez mais aproxima os povos e solidariza os homens."

O Estado é a nação politicamente organizada. É pelo Estado, no Estado e com o Estado que ela se realiza. O Estado é, realmente, o instrumento de "construção nacional" dos povos. A nação é o povo; os homens com uma raça, uma língua, uma religião, um espírito, uma história, uma terra. Homens que têm interesses e objetivos comuns. Que, conseqüentemente, integram uma comunidade orgânica e teleológica. Logo, a nação é uma unidade. Essa unidade, no sistema federativo, pode ser prejudicada, por força de autonomias às vezes mal compreendidas, de pretensões de hegemônias, de conflitos de interesses entre as Unidades federadas, pelas rivalidades, pelo artificialismo das fronteiras, pelos privilégios de umas e o abandono de outras. A divisão do Estado em Estados leva à distinção entre homens de um Estado e homens de outro Estado. Até entre homens de Municípios diferentes. Não se deve admitir fronteiras separando brasileiros. O Brasil é de todos os brasileiros. A conscientização desse sentimento de brasilidade é um imperativo da união nacional: "... uma nação estará tanto mais formada quanto maior for a unidade do seu espírito e a solidariedade orgânica do seu todo" (98). A nação é um todo orgânico, porém só se afirma, como ente soberano, interna e externamente, quando se projeta no Estado, "à maior e a mais importante das sociedades de ordem temporal, abrangendo todos os outros grupos naturais, cujos interesses, subordinados ao bem comum, preserva, defende e promove" (MACHADO PAUPERIO) (99). Com esse caráter nacional e esse sentido abrangente, o Estado é, de fato, incompatível com o sistema federativo, pois este, na prática, destrói o Estado ou é por ele destruído: "Se o Estado é a nação politicamente organizada, *a fortiori* o Estado nacional será o tipo acabado de organização política" (100).

Federação pressupõe divisão. Estado federal significa Estado de Estados. Poder diluído em poderes. Competência indefinida em competências. Unidade fracionada em unidades. Povo diversificado em povos. Federação é, em suma, a

(93) ASSUMPÇÃO, Antônio de Castro. Ob. cit.

(94) ASSUMPÇÃO, Antônio de Castro. Ob. cit.

(95) ASSUMPÇÃO, Antônio de Castro. Ob. cit.

(96) ASSUMPÇÃO, Antônio de Castro. Ob. cit.

(97) MEDEIROS, José Augusto Bezerra de. A crise do federalismo, in "Carta Mensal". *Revista do Conselho Técnico da CNC e da Administração Nacional do SESC*, Rio, a. V, n. 53, ago. 1959.

(98) DUARTE, Nestor. Ob. cit.

(99) PAUPERIO, A. Machado. *Teoria Geral do Estado*. Rio, Forense, 1967.

(100) PAUPERIO, A. Machado. Ob. cit.

atomização do Estado. Ora, sem se integrar num Estado, a nação não se realiza. Assim, para ser autêntico, para expressar os aspectos humanos e nacionais de um povo, o Estado precisa ser unitário, democrático e realista: "O Estado nacional democrático não se constitui de partículas do povo, dividido em instituições, facções ou classes. A sua esfera sendo, como é, onicompreensiva, abraça toda a massa da população que viva no seu território e que, por suas condições mentais, por sua validade cívica, esteja à altura de manifestar suas convicções. Em tal regime o Estado é o próprio povo, na sua homogeneidade e unidade nacionais" (MONTE ARRAIS) <sup>(101)</sup>. O Estado é, pois, a expressão, em termos políticos, da nacionalidade, e esta "es una cualidad de la personalidad corporativa de la nación, que da unidad al Estado y engendra una voluntad por encima de todos los súbditos", escreve HERMANN FINER <sup>(102)</sup> e aduz: "es una personalidad en el sentido de un conjunto peculiar con jerarquías, energía e historia, más un sentimiento de unidad y pertinencia en el futuro, así como objetivos espirituales mantenidos por su energía" <sup>(103)</sup>. A nação é, assim, "a alma" do Estado, este só é real quando dela possuído e em função dela agindo. Isso posto, por paradoxal que pareça, só é verdadeiramente humano o Estado autenticamente nacional, pois o nacional é o humano em sua vivência espacial e temporal — espaço e tempo presentes no Estado, que existe como expressão típica de uma nação, em dado momento e em determinado território. A nação é uma pessoa, tem uma vida, uma história, uma vontade, um objetivo. Para alcançar seus fins, transforma-se num Estado. Este é, assim, orgânico, diferenciado, nacional. Só atua através de órgãos adequados, próprios, naturais. Quando se idealiza o Estado em termos abstratos, ele fracassa; ele só é eficaz dentro de uma realidade nacional: "Nación y Estado son dos aspectos de orden social occidental, y cada uno es ininteligible sin el otro. Un Estado debe poseer o surgir de una base de nacionalidad, y una nación debe someterse a una forma de control centralizado, si es que cualquiera de ambas organizaciones quiere perdurar" (R. H. S. GROSSMAN) <sup>(104)</sup>. Dessarte, quando se fala em nação, fala-se em um povo só, vivendo num território próprio, com uma organização típica, buscando um fim comum, personalizada num Estado. Este é uno e indivisível.

## VIII — A AUTONOMIA ADMINISTRATIVA NO ESTADO UNITARIO

Escreve ALBERTO TORRES <sup>(105)</sup>: "A idéia de autonomia precisa ser encarada como idéia de utilidade prática, no interesse da terra e das populações, sem o cunho afetivo que sua origem lhe imprimia e que lhe dava o aspecto de um fato necessário. A autonomia dos Municípios e dos Estados não é mais que uma concentração mais cerrada do tecido governamental, em torno do Município e do Estado; mas o tecido não se interrompe nem se cinde, para formar núcleos

(101) ARRAIS, Monte. *Do Poder do Estado e dos Órgãos Governativos*. Rio, Indústria Tipográfica Italiana, 1935.

(102) FINER, Herman. Ob. cit.

(103) FINER, Herman. Ob. cit.

(104) GROSSMAN, R. H. S. *Biografía del Estado Moderno*. Versión española de J. A. FERNANDEZ DE CASTRO. México, Fondo de Cultura Económica, 1941.

(105) TORRES, Alberto. *A Organização Nacional*. São Paulo, Editora Nacional, 1978.

intermédios: continua-se e entrelaça-se, até completar toda a trama da organização nacional, que termina, por fim, no relevo mais forte dos poderes federais. Cumpre não isolar nem desprender as autonomias do seu todo orgânico. A verdade é, entretanto, que os governos estaduais, no regime da nossa Constituição, com a interpretação que lhe emprestam, concentram efetivamente a força da política nacional — dividida, assim, em vinte eixos excêntricos. Não temos união política senão para as manifestações aparentes e formais da vida institucional; no que é orgânico, em tudo quanto interessa à sociedade e ao indivíduo, pode-se dizer que a nossa união é tão efetiva como a que se vislumbra, porventura, nas relações de um Município do Brasil com um Município argentino. O desencontro entre as direções, absolutamente livres, dos Estados e dos Municípios, e o interesse geral do país, e o conflito permanente entre o governo de cada Estado e cada Município com os outros — não quanto a esses casos que se apresentam, de tempos a tempos, como litígios ostensivos, como por exemplo, as questões de limites, mas quanto aos atos de legislação e administração que interessam à economia do país, à circulação comercial, às relações, importantíssimas hoje, no interesse da prosperidade econômica e da comercialização e distribuição da riqueza, entre a produção e o consumo — oprimem a sorte da população e o futuro do país, como um fardo, em relação ao qual todos os esforços harmonizadores da legislação e da administração federal são nulos, como um punhado de penas, pesados como um monte de aço.”

Aí está, traçado por mão de mestre, um triste quadro da nossa Federação. Fruto da imitação, ela separou os Estados em limites arbitrariamente traçados. Esquecidos uns, privilegiados outros, surgiram as rivalidades, os conflitos, os ressentimentos, as pretensões de liderança, as “alianças” espúrias. Nasceu o bairrismo. Esqueceu-se que as necessidades regionais, em um país, não passam de necessidades nacionais diferentemente localizadas, mas uniformemente sentidas por um mesmo povo. Os quadros geoeconômicos de um país compõem, em seu conjunto, um panorama único, onde se visualizam todos os habitantes e não os desta ou daquela região. A autonomia pode, assim, ser considerada, mas somente para efeito de um *processo* de conduta, jamais para se *dar sentido* a essa conduta. A *tônica* de qualquer atividade, esta há de ser dada pelo Poder Nacional. Autonomia não é soberania. Só o Estado é soberano. Os Estados-Membros são simples órgãos de um todo, em função do qual atuam.

Nem sempre essas verdades foram entendidas pelos nossos federalistas. Donde a hipertrofia de poderes estaduais, as oligarquias, o enfraquecimento do poder central, a diluição do sentimento nacional. Donde certos movimentos de cunho separatista. Donde, sobretudo, o desenvolvimento desigual das diversas regiões, todas carecendo do auxílio da União. O federalismo só não produziu conseqüências mais graves porque, por uma tendência natural, a política brasileira, operando acima de morfologia jurídica arbitrária, artificial, alienada, soube, nos momentos decisivos de nossa história, enquadrar o Estado brasileiro nos parâmetros de um programa nacionalista, inspirado em diretrizes unionistas.

Tudo no Brasil, ontem como hoje — hoje mais ainda, dada a conjuntura internacional —, clama por um Poder político centralizado e forte, capaz de

garantir, através de um aparelhamento administrativo racionalmente descentralizado, uma sistematização dos esforços de todos os brasileiros no sentido do desenvolvimento harmonioso de todas as regiões, dentro de um objetivo comum. Nessas realidades, geográficas e humanas, assim o exigem, e "as instituições políticas cujo êxito histórico se verifica, são as que representam apenas a sistematização legal de uma realidade preexistente no organismo nacional" (AZEVEDO AMARAL)<sup>(106)</sup>. Faz-se mister uma administração elástica, mas cujo funcionamento obedeça a um propósito, a uma motivação, enfim, a uma filosofia política, expressa na ideologia em que o Estado se informou. Métodos de trabalho regionalizados, adaptados aos diversos meios, porém diretrizes uniformes, visando a um fim último, geral e comum. A igualdade estará em tratar desigualmente — mas com justiça — a coisas desiguais. Os problemas do Norte são diferentes dos problemas do Sul, estes dos do Centro, os do Leste dos do Oeste. Mas todos esses problemas são problemas de um só povo, o povo brasileiro, e têm de ser equacionados e resolvidos em função dos interesses da nação.

A verdade é que "a desproporção entre as áreas dos Estados não nos causou ainda surpresas e dificuldades, porque exatamente as unidades federadas mais extensas são quase todas as mais atrasadas e, portanto, as menos capazes de tornarem-se desde já núcleos de sentimentos particularistas em proporção incompatível com o equilíbrio da nacionalidade. Mas no dia em que Mato Grosso, Goiás, o Pará e o Amazonas tiverem uma população de densidade considerável e o seu adiantamento econômico houver criado ali as condições sociais e políticas para o surto de um particularismo análogo ao que hoje se observa em alguns Estados, será provavelmente um problema de solução difícil manter uma nacionalidade em situação de equilíbrio tão instável" (AZEVEDO AMARAL)<sup>(107)</sup>.

O problema, tão grave, deixaria de sê-lo se os Estados perdessem essa condição de "Estados". Se se *sentissem* meras províncias do Brasil, simples parcelas de um todo, células de um só organismo. Todos se reconhecendo no Estado nacional e único. Enfim, extinguindo-se, de vez, o regime federativo. Isso deve ser feito já. Pois só dentro de um Estado nacional será possível a redistribuição política das hoje denominadas Unidades da Federação, de modo a garantir-se a sua integração e, com isso, o equilíbrio político necessário. Como se fez no Estado Novo. Antes de 30, rememora JOÃO CAMILO DE OLIVEIRA TORRES<sup>(108)</sup> "o Governo federal somente dispunha de duas armas para manter a sua autoridade em todo o território brasileiro: o Exército e o Telégrafo Nacional". Depois da Revolução de 30, tudo mudou: "No plano puramente político, este movimento tomaria feições definidas, na tríplice formulação do nacionalismo: defesa dos valores nacionais contra os estrangeiros; aumento do campo de ação e do poder do Estado; primazia da nação sobre os elementos locais" (JOÃO CAMILO DE OLIVEIRA TORRES)<sup>(109)</sup>. O Estado Novo, instituído em 1937, fortaleceu esse

(106) AMARAL, Azevedo. *O Brasil na Crise Atual*. São Paulo, Editora Nacional, 1934.

(107) AMARAL, Azevedo. *O Brasil na Crise Atual*, cit.

(108) TORRES, João Camilo de Oliveira. Ob. cit.

(109) TORRES, João Camilo de Oliveira. Ob. cit.

propósito. Inclusive, criando territórios federais. O mesmo ocorreu no Regime de 64, quando se criaram os Estados de Rondônia e de Mato Grosso do Sul. Surgiu o Estado do Rio de Janeiro, fruto da fusão do antigo Estado do mesmo nome com o Estado da Guanabara. Tudo isso manifesta a conveniência da reformulação; em termos de unidade, da nossa estrutura política, dentro do espírito bandeirante, eis que “o Brasil só se realiza plenamente toda vez que o revive” (CASSIANO RICARDO)<sup>(110)</sup>. Está faltando o passo decisivo: extirpar, de nossa estrutura constitucional, o sistema federativo.

Disserta, com acerto, PAULO BONAVIDES<sup>(111)</sup>: “a reformulação do projeto federativo faz parte de uma solução institucional mais profunda, caso se pretenda efetivamente conferir estabilidade, equilíbrio e harmonia ao sistema político brasileiro”. Essa reformulação seria, no entender do ilustre professor<sup>(112)</sup>, no sentido do que ele classifica de “federalismo de região”. Sua tese é interessante e ele a adota pelo reconhecimento da inviabilidade nacional do sistema federalista nos termos vigentes. Contudo, respeitando essa tese (pois reconhecendo que o problema nacional só será resolvido em função das necessidades regionais), estamos que o objetivo que o erudito professor tem em mira poderá ser alcançado dentro do Estado unitário, mediante, como já dissemos atrás, métodos administrativos descentralizados de governo. Não atinamos com a razão de insistir-se no resguardo do sistema, ou melhor, do vocábulo *federalismo* (como *regime* é sistematicamente negado, mas como palavra, é *tabu*) quando este, em verdade, nada mais exprime. Cabe, porém, perseverar no propósito de, instituído o Estado unitário, redividir as províncias, de modo a evitar não só as criações arbitrárias e artificiais, como, também, disparidades insuportáveis, valendo registrar que, para ponto de partida de estudos para essa remodelação, já existe um esplêndido trabalho elaborado por MARIO AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS, antigo Secretário-Geral do IBGE.

De qualquer forma, cumpre salientar que, “al ingresar en una federación (según el sentido correcto de este término) una colectividad se somete, pues, en una medida variable, a una autoridad jurídica superior” (CHARLES DURAND)<sup>(113)</sup>. Prevalece sempre, portanto, afinal, o poder maior, o poder central, o poder nacional. Não se pode satisfazer a um Estado quando isto implique prejudicar o Estado. O regional não pode sobrepor-se ao nacional. O *trabalho de construção* da nacionalidade há, pois, de ser feito por todos os brasileiros, com uma responsabilidade igual, dentro de uma mesma motivação e visando a um mesmo objetivo. Somente, esses brasileiros trabalharão em espaços diversos, com métodos diversos, em tempos diversos, com recursos diversos. O regionalismo é uma realidade e o Estado nacional se forma, se firma e se afirma de uma maneira

---

(110) RICARDO, Cassiano. *Marcha para Oeste*. Rio, José Olympio, 1942.

(111) BONAVIDES, Paulo. O caminho para um federalismo de regiões. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, n. 65.

(112) BONAVIDES, Paulo. Ob. cit.

(113) DURAND, Charles. El Estado federal en el derecho positivo. *El Federalismo*, cit.



abrangente, refletindo, por conseguinte, todas as realidades do espaço que ocupa. O regime unitário não exclui nem impede a descentralização administrativa, antes a favorece, pois o poder central age diretamente em cada região, para socorrê-la com seus recursos, sem maiores entraves. O que não se pode aceitar são as pretensões autonômicas despropositadas das províncias, impropriamente denominadas Estados. Porque, além de politicamente descabidas, são perigosas para a segurança, a integridade e a soberania do país. Compreendido o Estado como a própria nação em movimento, fácil se compreenderá a necessidade de um comando político centralizado e único. Esse comando, isto é, o *Poder*, há de fazer valer-se para a realização de um destino comum, porque, então, como ensina FRANCISCO CAMPOS (114) "o poder deixa de ser inimigo para ser o servidor, e o cidadão deixa de ser o homem livre, ou o homem em revolta contra o poder, para ser o titular de novos direitos, positivos e concretos, que lhe garantam justa participação nos bens da civilização e da cultura".

## IX – O ESTADO UNITÁRIO COMO CONDIÇÃO DE SOBREVIVÊNCIA INDEPENDENTE DA NAÇÃO

Os velhos dogmas do liberalismo, tão do encanto dos nossos avoengos, que os aceitavam sem discussão e os repetiam, mecanicamente, como verdades indiscutíveis, são, hoje, considerados velharias imprestáveis, mas, para espanto dos estudiosos da ciência política, ainda existem os que os apregoam, assim posicionando-se, no mundo moderno, como verdadeiros fantasmas, eis que, se vivos no espaço, há muito já morreram no tempo. . .

De qualquer modo, muitos desses "fantasmas", no Brasil, são figuras de influência nos meios empresariais e jornalísticos, até mesmo nos universitários, alguns com projeção dentro dos partidos, isso tudo dificultando os movimentos de nossa Pátria em busca de uma ordenação nacional equilibrada, racional e justa, humana, forte, brasileira.

Isso explica a resistência que, uns por ingenuidade, outros por ignorância, muitos no interesse próprio, opõem à renovação de nossas instituições fundamentais, para efeito de uma reestruturação política em termos de um Estado unitário, abrangente e forte, capaz de orientar num só rumo a vontade de todos os brasileiros. Urge, porém, nos convencermos de que, realmente, "as alterações que se impõem e cuja extensão a experiência irá revelando, longe de se enquadrarem na categoria dos programas rotulados com a marca de um liberalismo retardatário, parece que terão de ser orientadas pelo mesmo critério que vai levando outras nações a robustecerem os órgãos executivos do Poder Público" (AZEVEDO AMARAL) (115), pois nas próprias Federações as elites autênticas sentiram a necessidade da integração da sociedade nacional num Estado de poder politicamente centralizado, vendo nisso um imperativo de afirmação e independência do povo: "La característica distintiva del federalismo es que hay

(114) CAMPOS, Francisco. *O Estado Nacional*. Rio, José Olympio Editora, 1941.

(115) AMARAL, Azevedo. *Ensaio Brasileiro*. Rio, Omena e Barreto, 1930.

un gobierno federal, una autoridad federal, es decir, una institución que puede mandar a los Estados, que tiene el poder jurídico de tomar decisiones y el poder material de imponer su ejecución" (MAURICE DUVERGER) (116).

Aliás, o verdadeiro federalismo nasceu da necessidade de união de Estados num Estado, os poderes dos Estados cada vez mais diminuindo em proveito dos poderes do Estado, estes cada vez mais amplos. Federalismo é, afinal, movimento centrípeto. Quando resulta de movimento centrífugo, como no Brasil, é irreal, falso, antinatural. Pois nos Estados Unidos, onde obedeceu a um processo natural de desenvolvimento, vindo de fora para dentro e de baixo para cima, cedo concluíram os seus líderes maiores que urgia a integração das províncias num Estado único, nacional e forte, sob pena de riscos irremediáveis, assim se pronunciando, por exemplo, JOHN JAY (117): "Não constitui novidade dizer que o povo de qualquer país (se, como os americanos, for inteligente e bem informado) raras vezes incide e persevera por muitos anos em uma errônea opinião a respeito de seus interesses. Essa observação naturalmente tende a despertar grande acatamento pelo elevado conceito que o povo da América há tanto tempo e tão uniformemente dedica à importância de sua contínua e firme unidade sob um governo federal investido de suficientes poderes para atender a todas as finalidades nacionais". E HAMILTON, também (118): "uma união sólida terá a máxima significação para a paz e para a liberdade dos Estados, como uma barreira contra as facções e insurreições internas". E JAY, novamente (119): "... é de perguntar-se com que direito ou para que propósitos confessáveis são feitas tentativas por alguns homens, neste período, para depreciar a importância da União?"

O regime federalista consiste na igualdade dos Estados federais frente à Federação. No Brasil, nunca houve essa igualdade. Porque essas unidades federadas são desiguais em tamanho, em recursos, em população, em influência. Donde os desníveis. Donde os Estados "grandes" e "pequenos", as rivalidades, os ciúmes, as reivindicações, os conflitos, os ressentimentos, os pruridos separatistas. A situação não é ainda pior porque a União, malgrado os entraves federalistas de natureza constitucional, nunca levou muito a sério as pretensões autonomistas dos Estados-Membros e neles se fez presente sempre que necessário. Mas isso só não basta. A nossa segurança, o nosso desenvolvimento, a nossa integridade e a nossa soberania exigem uma medida heróica, que reduza, de vez, esses "Estados" à sua real condição de simples Departamentos de um Estado único — o Estado nacional brasileiro, que esteja sempre presente onde, quando e como convier aos interesses nacionais. Porque o Brasil é um só.

(116) DUVERGER, Maurice. Los partidos políticos y el federalismo en Europa. *El Federalismo*, cit.

(117) JAY, John. *O Federalista*. Alexandre Hamilton, James Madison e John Jay. Trad. de HEITOR ALMEIDA FERREIRA. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1984.

(118) HAMILTON, Alexandre. *O Federalista*, cit.

(119) JAY, John. Ob. cit.

# Do Estado unitário ao Estado regional

MOACYR BENEDITO DE SOUZA

Professor Titular nas Faculdades In-  
tegradas de São José dos Campos — SP

## SUMARIO

- 1 — A configuração do Estado unitário
- 2 — O Estado federal: características e conceituação
- 3 — Centralização e descentralização
- 4 — O surgimento do Estado federal. O modelo norte-americano. Da Confederação à Federação
- 5 — A evolução do federalismo nos EUA
- 6 — A expansão do federalismo
- 7 — O surgimento dos problemas regionais. O planejamento regional
- 8 — Os Estados regionais espanhol e italiano
- 9 — As peculiaridades da experiência espanhola de 1931 e as tentativas atuais para sua revitalização
- 10 — O Estado regional estruturado na Constituição Italiana de 1947
- 11 — A luta para a instituição do Estado regional no Brasil
- 12 — A redimensionalização do nosso federalismo
- 13 — As divergências quanto à estrutura do Estado regional. Sua classificação como Estado semifederal

1. O problema da estrutura do Estado constitui um dos temas centrais e mais polêmicos da ciência política e do direito público.

No Estado moderno o modelo unitário, mais simples e mais homogêneo, detém as preferências. Apresenta-se como uma unidade jurídica, política e administrativa voltada a um só povo e território, sob o comando de um único poder. Este último requisito levou BURDEAU a afirmar que "o Estado unitário aparece juridicamente como o detentor de um poder

uno em seu fundamento, em sua estrutura e em seu exercício" (1). Daí o entendimento de QUEIROZ LIMA, ao analisar historicamente a origem do Estado, de que "a teoria clássica da soberania nacional foi concebida em referência a essa forma normal de Estado, e as características da soberania — unidade, indivisibilidade, imprescritibilidade e inalienabilidade — só ao Estado unitário se aplicam integralmente" (2).

Na forma unitarista, entretanto, a centralização do poder, que representa a vontade política soberana, colocando em plano secundário e dependente as coletividades menores (Departamentos, Comunas, Circunscrições, Distritos, Municípios etc.), para viabilizar-se admite uma descentralização puramente administrativa, com relativa autonomia no que concerne aos interesses locais, sem que tais coletividades detenham qualquer poder originário ou de auto-organização. Essa descentralização, resultante de faculdade delegada, não tem o mérito de cindir a unidade do sistema jurídico.

Tal constatação reflete uma realidade histórica, pois, como adverte JELLINEK (3), a figura de um Estado totalmente centralizado jamais existiu, mesmo na Antigüidade. No mesmo sentido, o entendimento do publicista DURAND (4).

Foi, todavia, a propugnação cada vez maior de uma descentralização mais ampla, superando os limites restritos da simplesmente administrativa, com vista a uma racional distribuição das competências no âmbito do organismo estatal, que propiciou o surgimento de novas formas de Estado. Primeiro, o Estado federal. E mais recentemente, o Estado regional.

2. Sem pretender discutir as diversas teorias relativas à natureza jurídica do Estado federal, e que são muitas e complexas, nos limitamos a enfrentar o tema de sua conceituação, também eivado de dificuldades, especialmente em razão de a expressão "Federação" (5) exprimir realidades bem distintas, não se enquadrando em um esquema comum e válido para todos os Estados que se estruturam de maneira diversa do modelo unitário.

No entanto, na maioria dos casos, especialmente naqueles Estados que muito não se afastaram do modelo clássico ou típico moldado no exemplo norte-americano, alguns princípios são aceitos, dentre os quais a descentralização ampla, propiciando a participação das unidades federadas no poder político; a distribuição constitucional das respectivas competências; e a exclusão do direito de secessão. Em consequência, salienta o Professor DALMO DE ABREU DALLARI que "a organização federativa favorece a preservação das características locais, reservando uma esfera de ação autônoma a cada unidade federada" e que, "por tudo isso, o

(1) GEORGES BURDEAU. *Traité de Science Politique*. Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1957, v. 2, p. 316.

(2) EUSEBIO QUEIROZ LIMA. *Teoria do Estado*. São Paulo, Distribuidora Record, 1957, p. 187.

(3) GEORGE JELLINEK. *Teoria General del Estado*. Buenos Aires, Albatrós, 1943, p. 621.

(4) Cf. PAULO BONAVIDES. *Ciência Política*. 4.ª ed. Rio, Forense, 1978, p. 167.

(5) O vocábulo "federação" etimologicamente provém do latim "foedus", que significa aliança, pacto.

Estado federal passou a ser visto como sendo mais favorável à defesa das liberdades do que o Estado centralizado”, além de assinalar que esse modelo estrutural “preserva os particularismos”, pois “o Estado que adere a uma Federação não precisa abrir mão de seus valores, nem modificar suas características” (6).

A autonomia constitucional é básica na caracterização das unidades federativas, e dela resultam aspectos extremamente importantes, consistentes não só na faculdade de, observados os princípios constitucionais da União, elaborar sua própria lei fundamental, como também de interferir, através de sua representação no Senado, na expressão da vontade da Federação, inclusive na elaboração ou na revisão da Constituição federal.

Em face dos requisitos supra, podemos conceituar o Estado federal, conforme PINTO FERREIRA, “como uma organização, formada sob a base de uma repartição de competências, entre o Governo nacional e os Governos estaduais, de sorte que a União tenha a supremacia sobre os Estados-Membros, e estes sejam entidades dotadas de autonomia constitucional perante a mesma União” (7).

3. A centralização é mais condizente com o Estado unitário, enquanto que a descentralização diz mais respeito ao Estado federal. Entretanto, segundo acentua o Professor MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, o “Estado é sempre relativamente centralizado”, posto que, “numa medida maior ou menor, a criação do direito, seja o estabelecimento das normas gerais, seja o de normas individuais, é reservada ao órgão central, ao Governo”. Nessas condições — acrescenta — “se não há Estado sem relativa centralização, correlativamente não existe Estado sem um certo grau de descentralização”. E conclui: “O Estado federal é, portanto, um Estado constitucionalmente descentralizado. Nem toda descentralização constitucionalmente mencionada, porém, produz Estado federal. Para que este realmente exista, é necessário que a Lei Magna preveja ordens estaduais com domínio territorial e material irredutível, preveja descentralização legislativa, administrativa, política, independentes do órgão central da ordem nacional” (8).

Na realidade, pode-se afirmar que há, nos dias atuais, uma tendência centralizadora no federalismo, a par de uma tendência descentralizadora no unitarismo.

Mas a distinção entre as duas mais antigas formas de Estado não se resume apenas na verificação de um maior ou menor grau de descen-

---

(6) DALMO DE ABREU DALLARI. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 6.ª ed. São Paulo, Saraiva, 1979, pp. 229-230.

(7) LUIS PINTO FERREIRA. *Princípios Gerais do Direito Constitucional*. 5.ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1971, t. 2, pp. 319-320.

(8) MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO. *Curso de Direito Constitucional*. 2.ª ed. São Paulo, Saraiva, 1970, p. 67.

tralização, mas sim origem jurídica dos poderes que são atribuídos aos órgãos locais, cuja competência é muito mais ampla no sistema federativo.

A rigor, o problema da distribuição das competências constitui o ponto capital do Estado federal. Essa repartição de atribuições entre a União e os governos locais, fazendo com que cada um cuide daquilo que lhe compete por disposição constitucional, faz desaparecer a existência de uma suposta e propalada hierarquia entre o poder central e os demais poderes, colocando estes últimos em situação subalterna. Entretanto, nos casos de competência concorrente, isto é, quando a mesma matéria é atribuída a mais de um poder, deve a Lei Magna estabelecer qual deles tem prioridade, se as normas a respeito forem díspares.

4. Embora se mencionem antecedentes na Antigüidade Clássica<sup>(9)</sup> e tentativas em tempos menos recuados objetivando uma construção federativa, na verdade a ela somente se chegou, e de maneira empírica e não programática, nos padrões mais aceitos atualmente, através dos norte-americanos, com sua Constituição de 1787.

A luta travada pelas 13 Colônias recém-declaradas independentes da Inglaterra para a manutenção de suas soberanias levou-as a se agruparem, através de um tratado assinado em 1º de março de 1781, a que denominaram "Artigos de Confederação", objetivando a reunião de esforços diante de um objetivo comum, mas cuja instabilidade se fez logo sentir<sup>(10)</sup>. E isto, principalmente, em razão da ausência de um aparelhamento capaz de impor as decisões tomadas em favor da união dos novos Estados soberanos, o que era feito através de arbitragem, sem a verificação de resultados práticos. Com a finalidade de sanar as imperfeições do tratado, motivadoras de crescentes discórdias, os Estados, com exceção de Rhode Island, se reuniram em uma Convenção, na cidade de Filadélfia, em 1787. Após longos debates, que consumiram também longos dias, a idéia inicial de simples revisão e aprimoramento dos "Artigos" foi sendo superada,

(9) Relatam alguns autores que o sistema federativo era peculiar ao mundo grego, com filiação a velhas instituições político-religiosas, as "anficionias" e as "ligas". (Cf. AMARO CAVALCANTI. *Regime Federativo e a República Brasileira*. Rio, Imprensa Nacional, 1900, p. 16; RENATO PAES DE BARROS. *Do Regime Federal*. (tese). São Paulo, Ed. do autor, 1940, pp. 21-28, dentre outros). Explica, entretanto, PAULO BONAVIDES que a união federativa, familiar aos gregos, tomava entre eles uma forma mais elementar e menos consistente, que nós, os modernos, ainda costumamos conservar, sob a denominação de Confederação, ou seja, um tratado ou aliança entre Estados cujas prerrogativas de soberania o pacto preservava (O caminho para um federalismo das regiões. *Revista de Informação Legislativa*, n. 65, jan./mar. 1980, p. 116). Para DALMO DE ABREU DALLARI "o Estado Federal é um fenômeno moderno, que só aparece no século XVIII, não tendo sido conhecido na Antigüidade e na Idade Média" (Ob. cit., p. 224).

(10) A instabilidade das Confederações, que se caracterizam pela soberania, liberdade e independência de seus membros, e mais o irrecusável direito de secessão, e que sempre se apresentaram como soluções provisórias ou intermediárias, facilmente se constata nos registros da história política. Assim, a da Suíça, em dois períodos (1291-1798 e 1815-1848), a dos Estados Unidos (1781-1787), a do Reno (1806-1813), a da Alemanha (1815-1866), a dos Países Baixos (1850-1895) e a da República Maior da América Central, compreendendo Honduras, Nicarágua e El Salvador, e que melhor se qualifica, a nosso ver, como uma Federação (1895-1898).

embora com a oposição sistemática de muitos representantes, pela edição de uma Constituição única vinculando todos os Estados, o que, finalmente, veio a ocorrer, dando origem ao primeiro Estado federal, embora a Carta Magna de 1787 não mencione, uma vez sequer, as expressões "federal", "Federação" ou "Estado federal" (11).

As idéias confederalistas persistiram, entretanto, em muitos setores da vida pública norte-americana, o que muito dificultou a consolidação da nova fórmula de integração política. As divergências entre os Estados do Norte e os do Sul cada vez mais se acentuavam. Aqueles, industrializados, admitiam abertamente a abolição da escravatura, enquanto que os sulistas, cuja opulência tinha como suporte uma próspera economia agrária, a ela se opunham firmemente. Com a vitória de Abraham Lincoln nas eleições presidenciais de 1860 e a conseqüente e esperada liberação do braço escravo, a idéia de separação dos Estados do Sul, alimentada desde 1845, se tornara realidade. Desligando-se sucessivamente da União, a partir de 1861, os 11 Estados dessa região, sob o pretexto de uma inalienável soberania desrespeitada, se estruturaram sob a forma de "Estados Confederados". A Guerra Civil conseqüente, vencida pelos nortistas em 1865, trazendo a ruína e a miséria ao Sul, a par do inconformismo dos confederados, determinou, no chamado "Período da Reconstrução" — e é isto que nos importa salientiar em toda essa sucessão de fatos — a primeira e única migração de norte-americanos e que teve como destino o Brasil (12).

- (11) Da mesma forma que viria a ocorrer no Brasil, na América do Norte a idéia de Federação parece ter precedido à de República. Tal constatação resulta da verificação de propostas formuladas, no auge da crise confederativa, no sentido de unir-se os Estados em uma Monarquia, oferecendo-se o trono, primeiramente, a Henrique da Prússia, irmão de Frederico, o Grande, e, posteriormente, a George Washington. Sabe-se que este, consultado, recusou a oferta com veemência.
- (12) Para aqui vieram, inicialmente, 2.000 confederados, com o objetivo de preparar condições para o recebimento de um contingente bem mais expressivo. Visavam a iniciar uma "nova vida" em um país onde ainda vigorava o regime sócio-econômico de sua preferência, muito embora seus líderes já previssem que a abolição da escravatura também não tardaria a efetivar-se no Brasil. As dificuldades encontradas, principalmente em razão de estarmos em guerra com o Paraguai, impediram o prosseguimento do planejado movimento migratório, que chegou a ser orientado por um escritório sediado em Nova Iorque e dirigido por Quintino Bocajúva. Esses pioneiros se canalizaram para diversas Províncias, mas foram o Interior e o litoral de São Paulo que receberam a maior parte. Santa Bárbara (hoje Santa Bárbara d'Oeste) e Americana se constituíram nos núcleos mais prósperos, atraindo, inclusive, os imigrantes das Colônias mal-sucedidas e organizando-se sob a denominação de "Colônia Confederada de Santa Bárbara-Americana". Trouxeram os norte-americanos algumas inovações. No setor agrícola, o uso do arado e novas técnicas de cultura, especialmente do algodão. Mas foi na área do ensino que a atuação dos pioneiros e seus descendentes mais se destacou, com a criação das "Escolas Americanas", inclusive o "Mackenzie College". Também o protestantismo foi largamente difundido, provocando mesmo certa reação por parte das autoridades católicas. Ainda hoje, quem chega às cidades de Americana e Santa Bárbara d'Oeste depara em suas entradas com grandes cartazes concitando o visitante à leitura da Bíblia. Embora integrados na vida nacional, os descendentes dos imigrantes cultivam as tradições, usos e costumes de seus ancestrais confederados, ostentando em suas residências a bandeira da Confederação Norte-Americana e expondo no "Museu dos Confederados" de Americana documentos e relíquias da cultura sulista do século XIX.

5. A Constituição de 1787 adotou a fórmula "dualista" de federalismo, pois estabeleceu uma dicotomia de poder (federal e estadual). Aos Estados-Membros deferiu os poderes reservados ou remanescentes, visando impedir, com isso, que a União exercesse um controle excessivo sobre a vida nacional. Não fez qualquer menção aos Municípios, deixando às Constituições estaduais a disciplina sobre sua organização e suas atribuições. Apesar disso, dispõem as municipalidades de ampla autonomia em suas decisões e na fixação de suas prioridades.

Com o decorrer dos tempos e especialmente em razão das crises econômicas, o sistema inicial foi, a pouco e pouco, sofrendo alterações, propiciando o surgimento de um Estado intervencionista, ao assumir o Governo central inúmeras atribuições, antes privativas das unidades federadas, que se mostravam incapazes de, com recursos próprios, superar os graves problemas econômicos emergentes. O "dual federalism" original cedia lugar ao "new federalism", ou seja, ao federalismo cooperativo. Para isso, muito contribuíram a doutrina e a jurisprudência da Suprema Corte.

A concentração de poderes passou a ser uma constante nos Estados federais que, a partir do modelo norte-americano, foram sendo instituídos.

6. O exemplo norte-americano prosperou. Com algumas variantes, atendendo aos particularismos de cada povo ou regime político, o modelo clássico ou "típico" ganhou adeptos por toda parte, ensejando, a par de uma longa e persistente discussão doutrinária, sua concretização como forma de Estado nos diversos continentes. Pode-se afirmar que, nos dias de hoje, o federalismo designa algumas realidades bem distintas.

Foi, porém, nas Américas que as idéias federalistas mais se difundiram e, por conseqüência, se traduziram na estrutura de maior número de Estados, a partir de sua concretização no México, em 1810. O exemplo foi seguido, ao depois, pela Venezuela, Argentina, Canadá e Brasil.

Alguns fracassos, entretanto, se registraram. Os países da América Central, que se desligaram do México em 1821, tentaram federalizar-se, formando um conglomerado de Repúblicas, constituído por El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicarágua e Costa Rica, porém sem sucesso. O Chile adotou o sistema federal em 1826, dividindo-se em 8 Províncias, mas voltou ao unitarismo no ano seguinte, por decisão da Assembléia Nacional. A Constituição da Colômbia de 1853 instituiu um Estado federal. Todavia, a Guerra Civil de 1886 acabou por restabelecer um regime político totalmente centralizado.

Em outras regiões do globo, igualmente, o federalismo encontrou guarida. Austrália, Austria, África do Sul, Alemanha Ocidental, Suíça, Índia, Iugoslávia, União Soviética, Comores, Nigéria e Malásia são, dentro das variantes com que os delineiam, modelos de Estado federal.

Mas algumas experiências um tanto ambiciosas não lograram êxito. A Federação do Mali, idealizada em 1959, por Leopold Sédar Senghor, reunindo Senegal e Mali, e a República Árabe Unida, congregando o



Egito, Síria e Líbano, com possibilidade de receber a adesão do Sudão, são exemplos mais ou menos recentes.

7. Na primeira metade deste século, os problemas regionais, antes não percebidos dentro de um exato contexto político, passaram a integrar o quadro de preocupações de administradores e publicistas. Até então não tinham avaliado suficientemente a força que as regiões representam na realidade estatal, pois, originariamente, não iam além de expressões territoriais e, portanto, de conteúdo exclusivamente geográfico.

Assim, o conceito inicial foi a pouco e pouco sendo enriquecido com novos e positivos aspectos que delas defluem. Expressões como "geoeconômica" e "geopolítica", entre outras, decorrentes de problemas próprios como indicadores de realidades diversas que as regiões apresentam, passaram a integrar o vocabulário das ciências que, até então, as ignoravam como pólos culturais e sócio-econômicos.

O planejamento regional foi a conseqüência imediata, passando a desempenhar papel extremamente importante em um sistema federativo, pois, como salienta WASHINGTON PELUSO ALBINO DE SOUZA, "criando e estimulando o desenvolvimento de pólos de irradiação de forças, age sobre a estrutura, conferindo-lhe potencialidade e alicerçando condições favoráveis ao desenvolvimento da vida nacional" (13). A conseqüência seguinte foi o aparecimento de uma terceira solução como forma de Estado — o Estado regional.

8. A experiência pioneira com a estrutura jurídica de um Estado regional ocorreu na Espanha com a Constituição da 2ª República, de 9 de dezembro de 1931 (14, 15). Entretanto, os constituintes de 1931 empregaram na sua formulação uma expressão até então estranha tanto para a doutrina como para o direito público — Estado integral —, por proposta do Presidente da Comissão Constitucional, Professor LUIZ JIMÉNEZ DE ASÚA (16).

(13) WASHINGTON PELUSO ALBINO DE SOUZA. O planejamento regional no federalismo brasileiro. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 28, jan. 1970, p. 122.

(14) O art. 1.º da Constituição estabelece que "A República constitui um Estado integral, compatível com a autonomia dos Municípios e das regiões", e o art. 8.º acrescenta: "O Estado espanhol, dentro dos limites irredutíveis de seu território atual, estará integrado por Municípios mancomunados em Províncias e pelas Regiões que se constituíam em regime de autonomia."

(15) A 2.ª República espanhola foi tão efêmera quanto a 1.ª Esta durou apenas de 11 de fevereiro de 1873 a 2 de janeiro de 1874, extinguindo-se em meio a uma violenta guerra civil. O mesmo ocorreu com a 2.ª, que vigorou de 9 de dezembro de 1931, com a vitória nas urnas dos republicanos-socialistas, até 1.º de outubro de 1936, quando o generalíssimo Francisco Franco assumiu o poder, também em decorrência de uma guerra civil, que perdurou até 1.º de abril de 1939. Com a morte de FRANCO, em 20 de novembro de 1976, o regime totalitário por ele instituído se findou, possibilitando à Espanha adotar uma Constituição liberal-democrática e um regime monárquico.

(16) Em seu discurso de 27 de agosto de 1931, perante as Cortes, ASUA justifica sua preferência: "Deliberadamente, não quisemos dizer em nossa Constituição que a Espanha é um República federal; não quisemos assim declará-la porque hoje, tanto o unitarismo como o federalismo estão em franca crise teórica e prática (...). A antítese Estado unitário—Estado federal exige hoje superação, por uma

O exemplo espanhol foi seguido, mais recentemente, pela Itália, com sua Constituição de 27 de dezembro de 1947, que divide a República em Regiões, Províncias e Municípios, sem, entretanto, qualificá-la de Estado regional e, muito menos, de integral.

Vê-se, pois, que as Regiões, tanto na Constituição espanhola como na italiana, não se configuram com as características de uma Província ou Município. Estes constituem circunscrições de descentralização no âmbito regional.

A Região, sem dispor de uma Constituição, goza, entretanto, de autonomia e, conseqüentemente, legisla. Ela possui capacidade administrativa em relação às matérias que resultam de sua competência legislativa. Seu perfil foi com clareza traçado por SANTONI RUGIU, quando esclarece que se trata de "uma entidade pública territorial dotada de personalidade nem originária nem soberana. Nem originária, porque deriva sua vida do reconhecimento por parte do Estado (... esta é uma das características que a diferenciam do Estado-Membro do Estado federal); não soberana, porque não está dotada de poder de governo ou de império, próprio do Estado, senão somente de um poder normativo e de administração limitada e condicionada pela primeira e a ela subordinado" (17).

Da análise doutrinária e prática de Estados regionais verifica-se inexistir uniformidade em sua estruturação. Num primeiro modelo, a regionalização abrange toda a base territorial do Estado, que se subdivide em regiões dotadas de autonomia; num segundo, há coexistência dentro da área de soberania do Estado de tipos diversificados de regiões, ou seja, "ordinárias" e "especiais"; e, num último, a regionalização é apenas parcial, atingindo tão-somente uma fração do território.

9. A Espanha, dadas as peculiaridades que apresenta, se constituía em um campo propício a uma experiência dessa natureza. No século XV vamos encontrá-la integrada por diversos Reinos que, a partir dos Reis Católicos, detentores de várias Coroas, lhes davam a configuração de uma União real descentralizada. Essas origens e culturas diversificadas, traduzidas na conseqüente existência de várias "nações" em seu território, têm sido motivo de divergências políticas e até de caráter separatista. Ainda hoje, como Estado multinacional (bascos, galegos, catalães e cas-

---

síntese de Estado integral". E depois de mostrar as insuficiências do unitarismo e do federalismo, acrescenta que o Estado integral "consistia em diminuir praticamente os resíduos dos Estados federais até fazê-los substituir por uma ampla autonomia político-administrativa, de um lado, e de outro, acentuar a nova descentralização administrativa das Províncias (...), até transformá-la praticamente em autonomia político-administrativa...". E remata: "Nosso ponto de partida, para chegar a este Estado integral, é a preexistência e continuidade do Estado espanhol que, depois de haver sido durante séculos um férreo e inútil Estado unitarista, vem a transformar-se em moderno Estado integral, mas sem deixar de ser sempre o mesmo e único grande Estado espanhol (...)"

(17) Apud JUAN FERRANDO BADÍA. *El Estado Unitario, el Federal y el Regional*. Madrid, Tecnos, 1978, p. 157.

telhanos <sup>(18)</sup>, a Espanha se vê às voltas com graves problemas resultantes dessa sua peculiar condição <sup>(19)</sup>.

Assim é que, em 1931, a Catalunha (catalães) e Guipúzcoa (bascos) se declararam Repúblicas independentes, respectivamente, em Barcelona e em Eibar. Outras "regiões" também se preparavam para igual procedimento. Tais fatos — é de supor-se — levaram os constituintes de 1931, considerando uma realidade indiscutível, a optarem por uma forma de Estado que respeitasse a autonomia regional, evitando-se uma desagregação do unitário Estado espanhol.

O Estado regional que se findou com o governo Franco, período este em que várias tentativas foram feitas para o estabelecimento de um Estado federal naquele país ibérico, jamais deixou a cogitação de suas forças políticas, em razão dos já citados peculiarismos. Nos dias atuais, as comunidades autônomas readquiriram vitalidade, embora à revelia da Constituição, objetivando uma bem definida descentralização legislativa e administrativa. Mas o novo regionalismo procura incluir todas as regiões da Espanha, visando pôr um paradeiro aos antigos privilégios regionais. Os esforços para a oficialização de um novo Estado regional espanhol ganha objetividade crescente cada dia que passa.

10. A Itália, pela Constituição de 1947, tornou-se uma República parlamentar. Seu território foi dividido em 19 Regiões, por sua vez subdivididas em 92 Províncias e estas em Comunas. Embora não disponham de Constituições próprias, as Regiões gozam de autonomia e legislam sobre matéria de sua competência constitucional (art. 117). Elaboram seus "estatutos", que têm força de lei constitucional. Integram o Senado da República (art. 57) e, por conseqüência, seus representantes, 3 por Região, participam da eleição do Presidente da República, através do Parlamento (art. 83).

As Regiões italianas se estruturam de maneira diversa. São "ordinárias" ou "especiais". As primeiras, em número de 14, não passam de entidades geográficas, embora com autonomia constitucional <sup>(20)</sup>, enquanto que às segundas "são conferidas formas e condições especiais de autonomia, de acordo com estatutos próprios através de leis constitucionais" (art. 116). Participam desta estrutura a Sicília e a Sardenha, em razão de

---

(18) Sabe-se que a nação basca ali vive há milênios; a catalã, desde 1065; a galega, a partir do século XII; enquanto que a castelhana, descendente de celtiberos, com influências romana, germânica, semita e moura, forma um amálgama de culturas resultantes de antigas e sucessivas invasões.

(19) A ETA (Pátria Basca e Liberdade) é uma organização separatista e terrorista, responsável por 280 assassinatos nos últimos anos, e que rejeita a fórmula de autonomia regional, novamente planejada na Espanha, exigindo independência completa para a região, a fim de instituir a República Socialista Basca.

(20) São elas Piemonte, Lombardia, Veneto, Liguria, Emilia-Romagna, Toscana, Umbria, Marche, Lazio, Abruzzi e Molise, Campania, Puglia, Basilicata e Calabria.

suas posições geográficas e históricas, enquanto que as demais, ou seja, o Trentino-Alto Adige, o Friuli-Veneza Giulia e o Valle d'Aosta, por se encontrarem em áreas fronteiriças, possuem minorias étnicas e linguísticas (germânicas, eslovenas e francesas).

Segundo PAULO LOPO SARAIVA (21), em obra recente, o regionalismo italiano, com origens diversificadas, se fundamenta de forma mais expressiva no atraso econômico de várias regiões.

11. A instituição de um Estado regional no Brasil vem sendo apontada por alguns publicistas e cientistas políticos como solução adequada à superação da tão decantada crise do federalismo brasileiro.

Seu principal propugnador é o Professor PAULO BONAVIDES, da Universidade do Ceará, que, com grande discernimento vem perseguindo a idéia como a forma mais consentânea com a grandeza territorial do Brasil e as disparidades sócio-econômicas que se observam nas diversas áreas que o compõem. Seu principal argumento é o sucesso da SUDENE, com sua política econômico-desenvolvimentista em uma das regiões mais pobres de nossa base territorial.

A primeira manifestação do mestre de Fortaleza, ao que parece, pelo menos oficialmente, ocorreu em Barcelona, em novembro de 1970, por ocasião da "VII Semana Internacional de Estudos Sociais", promovida pelo Instituto de Ciências Sociais daquela cidade espanhola, ao proferir conferência sobre o tema "O Planejamento e os Organismos Regionais como Preparação a um Federalismo das Regiões (A Experiência Brasileira)" (22). Nessa oportunidade, com base na nova divisão regional brasileira fixada, então, pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, apresentou a configuração oficial das Regiões brasileiras: REGIÃO NORTE — Estados do Acre, Amazonas e Pará; e mais os Territórios de Rondônia, Roraima e Amapá; REGIÃO NORDESTE — Estados do Maranhão, Piauí, Ceará, Rio Grande do Norte, Paraíba, Pernambuco, Alagoas, Sergipe e Bahia, e mais o Território de Fernando de Noronha; REGIÃO SUDESTE (ou Centro-Sul) — Estados de Minas Gerais, Espírito Santo, Rio de Janeiro e São Paulo; REGIÃO SUL — Estados do Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul; e REGIÃO CENTRO-OESTE — Estados de Mato Grosso, Goiás e o Distrito Federal. E esclareceu que essa divisão atendeu, segundo aquele órgão oficial, "a critérios sócio-econômicos, inspirados no conceito de espaços homogêneos e em atendimento às exigências de

---

(21) PAULO LOPO SARAIVA, *Federalismo Regional*. São Paulo, Saraiva, 1982, p. 41.

(22) Esse trabalho de BONAVIDES teve larga divulgação. Aparece na *Revista de Direito Administrativo*, da Fundação Getúlio Vargas, n. 104, abril-junho de 1971; na *Revista del Instituto de Ciencias Sociales*, da "Diputación Provincial de Barcelona", 1971; na *Revista de Informação Legislativa*, do Senado Federal, n. 31, julho-setembro de 1971; e na obra *Reflexões: Política e Direito*, edições de 1973, pela Universidade do Ceará e de 1978, pela Cia. Editora Forense.

incremento demográfico, expansão urbana e alargamento do sistema rodoviário de último observado no País. Não vingaram nessa nova carta regional os antigos critérios de natureza fisiográfica e posição geográfica, que haviam servido de suporte à repartição regional anterior". Estava preparado, no seu entender, o quadro para a instituição de governos regionais, face às peculiaridades que cada Região oferecia.

Nesse mesmo trabalho, após apresentar as bases para o seu posicionamento, passou a considerar o governo regional como a única solução viável "para o desenlace eventual da presente estrutura federativa do Brasil, em plena crise", acrescentando que, "fora dessa alternativa, cairemos na solução unitária e centralizadora, já iminente, e que fará o País regredir a fórmulas de organização política praticadas no passado, ao tempo da monarquia e, consoante se supunha, irreversíveis, em virtude do advento da Federação". E propunha, como solução de transição, um "federalismo tetradimensional (União, Estado, Município e Região)", conferindo "à Região o papel de verdadeiro instrumento renovador e estimulante de acomodação política e econômica do sistema, em termos mais realistas", para acrescentar, afinal, que essa estrutura teria validade "até que a Federação, com o tempo, e ultrapassadas razões da crise, viesse a definir com mais precisão as linhas de seu comportamento e as relações entre unidades regionais politizadas e a União" (23).

Logo mais, BONAVIDES voltaria à carga com "O Federalismo e a Revisão da Forma de Estado" ao defender "a institucionalização das Regiões mediante um quarto nível de governo", posto que a verdade federativa no Brasil, como possibilidade de renovação, está hoje posta toda em âmbito regional, sendo as Regiões do ponto de vista tributário, financeiro, político e econômico uma palpável realidade do período que atravessamos". Esse novo nível de poder "se moveria dentro do sistema federativo no mais alto grau de autonomia, superior ao dos correntes níveis estaduais e municipais", visto que "o Estado autônomo deixou de lutar e postular. Hoje lutam e postulam as Regiões" (24).

Em 1980, em estudo a que denominou "O caminho para um federalismo das regiões" (25), após abordar o princípio e a organização federativa, as bases históricas do federalismo no Brasil, o projeto de República federativa e o Estado unitário de fato, bem como as três distintas fases do federalismo brasileiro, passa a enfatizar o federalismo das Regiões como a única saída viável para a superação de nossa crise federativa. Nesse sentido, esclarece que a questão envolve reformas constitucionais

---

(23) PAULO BONAVIDES. *Reflexões: Política e Direito*, pp. 110-111, e *Revista de Informação Legislativa*, n. 31, jul./set. 1971, pp. 53-78.

(24) PAULO BONAVIDES. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n. 37, jan./mar. 1973, pp. 39-40.

(25) PAULO BONAVIDES. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n. 65, jan./mar. 1980, p. 126.

de grande porte, visando, sobretudo, criar e definir para as Regiões uma instância política autônoma, permitindo que se converta na quarta esfera de poder dentro da nova Federação. E propõe, dentro do quadro de alterações, a criação de uma Assembléia Regional, com competência privativa em assuntos legislativos e em toda matéria de interesse regional, além de uma representação dessa nova unidade política no Senado Federal, em número de seis por Região, eleitos pelo voto direto e sufrágio universal.

12. A redimensionalização do nosso federalismo é uma necessidade que se impõe.

Efetivamente, estamos vivendo uma fase em que a força das potencialidades regionais não mais pode ser ignorada e colocada à margem da realidade brasileira. Os organismos regionais tipo SUDENE, SUDAM, SUDECO etc., com objetivos de desconcentração e elevado poder de decisão, embora tenham aberto os caminhos para a fixação de uma política econômico-desenvolvimentista para as regiões mais auto-insuficientes e criado uma verdadeira consciência regionalista, não têm tido condições de resolver, em toda sua extensão, os problemas que afetam as regiões em que incidem suas atuações. E isto porque, conforme salienta DALMO DE ABREU DALLARI<sup>(26)</sup>, ao carregarem essas autarquias ou empresas de economia mista seus problemas para a órbita federal, fazem com que os mesmos escapem às competências estaduais. E, ao depois, a União, entendendo que tais questões são de caráter regional e não de natureza federal, se furta em atuar em relação às mesmas.

Assim sendo, a criação, por via constitucional, de um 4º nível de poder, as Regiões sócio-econômicas, conforme advoga insistentemente BONAVIDES, se nos afigura como medida das mais necessárias na também necessária reconstrução do federalismo brasileiro.

De outro lado, cumpre ainda salientar que a regionalização extrapolou-se, entre nós, às Regiões polarizadas em níveis estaduais. Assim é que, a partir de um já experimentado planejamento em área específica de um Estado isoladamente, como ocorreu no Estado de São Paulo, com a criação da SUDELPA (Superintendência do Desenvolvimento do Litoral Paulista) em 1969 e, mais tarde, em 1970, com as Regiões Administrativas, a exemplo do que já se verificara em grandes centros como Londres, Toronto e Nova Delhi, a Lei Federal Complementar nº 14, de 8 de junho

---

(26) DALMO DE ABREU DALLARI. Novos pólos administrativos afetando a Federação brasileira. In: *As Tendências Atuais do Direito Público* (Estudos em homenagem ao Professor AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO). Rio, Forense, 1976, p. 78.

de 1973, atendendo ao disposto no art. 164 da Constituição brasileira vigente e considerando que a tessitura dos Municípios que gravitam em torno da cidade grande forma uma unidade sócio-econômica com uma comum implicação nos seus serviços urbanos e interurbanos, e que, por isso, "deve ser planejada e executada em conjunto por uma administração unificada e autônoma" (27), criou 8 Regiões Metropolitanas (28), definindo, inclusive, quais as matérias que devem ser consideradas de interesse comum e impondo aos Estados que com elas foram contemplados a criação de 2 Conselhos, o Deliberativo e o Consultivo, estabelecendo o número e a forma de nomeação de seus membros.

Por tudo isto, somos de opinião que o tradicional tridimensionalismo da Federação brasileira (União, Estados e Municípios) deve ser reformulado e substituído por um pentadimensionalismo (União, Regiões Sócio-Econômicas, Estados, Regiões Metropolitanas e Municípios), segundo esquema que nos oferece DALMO DE ABREU DALLARI (29), o que implicaria na criação de um Estado Regional com características próprias, posto que ajustado à nossa realidade.

13. Embora os idealizadoras do Estado espanhol de 1931 tenham afirmado que o Estado regional (ou integral) constituía uma superação dos modelos unitário e federal, tal posição não é pacífica. Os apreciadores da inovação divergem em pontos essenciais a respeito da verdadeira estrutura jurídica da nascente forma de Estado.

Assim é que autores como MANLIO MAZZIOTTI (30) não vêem qualquer diferença de fundo entre Estados unitário, federal e regional, visto que a distinção entre os mesmos se resume num maior ou menor grau de descentralização.

O. RANELLETTI, com base na Constituição italiana, atribui ao Estado regional um nítido caráter unitário. Considera que as Regiões como participantes da ordem administrativa do Estado têm o mérito de não alterar aquela antiga conceituação. E esclarece que, "em sua existência, ordenamento, competência e atividade, as Regiões, desde o ponto de vista jurídico, estão total e ilimitadamente submetidas à vontade superior do Estado", para concluir que "a constituição das Regiões, apesar de sua

(27) *Anais da Constituição de 1967*, publicação do Senado Federal, vol. 6.º, T. 2, Brasília, 1970, pp. 913-914.

(28) Essas Regiões assim se distribuíram: São Paulo, com 37 Municípios; Belo Horizonte, com 14 Municípios; Porto Alegre, com 14 Municípios; Recife, com 9 Municípios; Salvador, com 8 Municípios; Curitiba, com 14 Municípios; Fortaleza, com 5 Municípios; e Belém, com 2 Municípios.

(29) DALMO DE ABREU DALLARI, art. cit., p. 87.

(30) MANLIO MAZZIOTTI. *Studi sulla potestà legislativa delle regioni*. Milán, 1961, pp. 9-10.

posição no ordenamento de nosso Estado, não rompe a unidade política. Nosso Estado permanece como um Estado unitário" (31).

Outros, como SEGISMUNDO ROYO VILLANOVA (32), entendem que o Estado regional não é mais do que uma subespécie do Estado unitário. E isto porque — explicam —, sem ser um Estado federal, também não se afina com o unitarismo tradicional, pois apresenta um cabedal elevado de descentralização.

GUIDO LUCATELLO vai a outro extremo. Considera que "os Estados italiano e espanhol devem ser compreendidos juntos com os federais em uma única e comum categoria, distinta do tipo de Estado unitário, categoria que compreende, pois, tanto os Estados federais como os regionais" (33).

Posição eclética assume G. AMBROSINI (34). O instituidor da expressão "regional" vê na nova forma de Estado um modelo híbrido, ou seja, um tipo intermediário entre o unitarismo e o federalismo, com o que concorda JUAN FERRANDO BADÍA (35), pois considera que os Estados ou são unitários puros ou federais puros, logo distintos do Estado regional.

A nosso ver, quem melhor se posicionou frente ao problema foi MARCEL PRÉLOT. Para o mestre francês passa-se do Estado unitário para o federal quando "se reconhece aos órgãos regionais um poder legislativo". Disto conclui que o Estado regional se apresenta como "uma variante parcial e incompleta do Estado federal" (36). Realmente, se analisarmos detidamente os únicos exemplos de que dispomos para estudo, ou seja, o Estado espanhol de 1931 e o italiano de 1947, especialmente este último, em que dispositivos constitucionais atribuem às Regiões autonomia, competências definidas, participação no Parlamento e delinham seus órgãos, concluiremos que muito se aproximam do Estado federal, sem, contudo, com ele confundirem-se. Tais considerações nos levam a classificar o Estado regional como uma forma "atípica" de federalismo, ou, com mais propriedade, caracterizá-lo como um Estado semifederal.

---

(31) O. RANELLETTI. *Istituzioni di Diritto Pubblico*. Milano, 1953. v. 1, pp. 208-213.

(32) SEGISMUNDO ROYO VILLANOVA. *El Estado integral*, *Revista de Derecho Público*. Madrid, 1935. v. 4, p. 270.

(33) GUIDO LUCATELLO. *Lo Stato regionale*. *Atti del primo convegno di studi regionali*. Pádua, 1955, p. 144.

(34) G. AMBROSINI. *Un tipo intermedio di Stato, tra l'unitario e il federale caratterizzato dall'autonomia regionale*. *Rivista di Diritto Pubblico*. Roma, 1933, pp. 93 e segs.

(35) JUAN FERRANDO BADÍA. *Formas de Estado desde la Perspectiva del Estado Regional*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1965, pp. 163-164.

(36) Apud JUAN FERRANDO BADÍA. *Formas de Estado desde la Perspectiva del Estado Regional*, pp. 163-164.



# Federalismo e autonomia municipal

VALMIR PONTES F<sup>o</sup>

Professor da Universidade Federal do  
Ceará e Mestre em Direito pela Uni-  
versidade Católica de São Paulo

## 1. *Princípios federativo e da autonomia municipal*

Já é sabido que o ordenamento constitucional brasileiro elegeu, como pedras angulares de sua estrutura sistemática, determinados princípios, como os da Federação, da República, da autonomia municipal, da legalidade, da igualdade e da universalidade da jurisdição.

Tais princípios — é forçoso reconhecer — se colocam, em certa medida, em posição de primazia diante das demais normas da Constituição. Funcionam eles, os princípios constitucionais, como regras básicas, implícitas ou explícitas, dotadas de grande generalidade e ocupando posição de preeminência. E por isso vinculam o entendimento e a aplicação de outras normas jurídicas, inclusive as insertas no Texto Maior. Funcionam, digamos assim, como os alicerces e as vigas mestras do grande edifício que é o ordenamento jurídico. Por tal motivo, exatamente, é muito mais grave ferir um princípio do que uma mera norma constitucional.

Qualquer que seja o dispositivo da Carta Magna, qualquer que seja a norma jurídica, de natureza constitucional ou infra-constitucional, haverá, assim, de ser interpretada de acordo com tais princípios, verdadeiros “vetores para soluções interpretativas”, nas palavras de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO.

Oportuníssima é a lição de MICHEL TEMER:

“Por isso, a interpretação de uma norma constitucional levará em conta todo o sistema, tal como positivado, dando-se ênfase, porém, para os *princípios* que foram valorizados pelo constituinte. Também não se pode deixar de verificar qual o sentido que o constituinte atribuiu às palavras do Texto Constitucional, perquirição que só é possível pelo exame do todo normativo, após a correta apreensão da *principiologia* que ampara aquela palavra (*Elementos de Direito Constitucional*, RT, 1982, p. 12).

Pois bem, dentre esses princípios, dois haverão de merecer, neste trabalho e para o fim a que nos propomos, ênfase especial.

O primeiro deles é o federativo.

Para que se possa falar em Federação, ou seja, em pacto ou união entre Estados, é preciso, antes de tudo, reconhecer a existência, em determinada realidade normativa, do fenômeno da descentralização política, por meio do qual se atribui a vários núcleos políticos capacidade legislativa própria, inclusive no que concerne à sua própria estrutura organizacional (capacidade de autoconstituição). Para que se caracterize a Federação, pois — é o que mais uma vez nos ensina MICHEL TEMER (ob. cit. pp. 52 e segs.) —, devem estar presentes, pelo menos, três requisitos: a) há de existir uma repartição constitucional de competências (inclusive legiferantes) entre aqueles entes políticos que se uniram para formar o pacto federativo (os Estados-Membros, entre nós); b) os entes federados devem participar da formação da vontade nacional, o que se dá, no nosso sistema constitucional, por meio do Senado; e c) é preciso que os Estados-Membros possam ter suas próprias Constituições. Por outro lado, para que a Federação se mantenha, é necessário: a) que a Constituição nacional, que repartiu as competências, seja rígida, quer dizer, que só possa ser modificada através de processo especial e solene por ela mesma estabelecido; e, no que pertine ao pacto federativo mesmo, que essa rigidez seja absoluta, ou seja, que não se admita qualquer alteração do Texto Constitucional que importe quebra desse princípio; e b) que haja um órgão constitucional a que se entregue a tarefa de exercer o controle de constitucionalidade das leis.

O termo *Federação*, dessa maneira, não é vazio de significado. Tem, como qualquer palavra, um mínimo de conteúdo.

O Brasil é, por expressa disposição da Lei das Leis, um Estado federal (v. art. 1º da CF). E essa forma federativa do Estado não poderá, em hipótese alguma, ser abolida pelo poder constituído (v. art. 47, § 1º, da CF).

Repita-se, neste lanço, que a Federação exige, segundo nosso entendimento, autonomia política dos Estados federados e igualmente jurídica entre eles. Somente, portanto, diante de uma repartição constitucional de competências (políticas, administrativas, legislativas etc.) entre os entes-membros da Federação se poderá dizer que esses mesmos entes têm capacidades próprias (organizativas, administrativas, legislativas) e que não estão sujeitos à autoridade de outra pessoa política, mas apenas à própria norma constitucional. Esta repartição, além do mais, só poderá ser levada a cabo por uma Constituição que não possa ser alterada, facilmente, por obra do legislador comum ou ordinário. É dizer, apenas uma Constituição rígida poderia assegurar a permanência dessa repartição de competências e, conseqüentemente, do princípio federativo. Ademais, é preciso que a rigidez constitucional atinja o seu grau máximo — o que importa imutabilidade — no que diz respeito à Federação.

Atendidos tais requisitos, e somente então, poderemos eliminar a hipótese, presente ou futura, de uma superioridade hierárquica entre as pessoas políticas componentes do Estado federal.

Indispensável, igualmente, como ficou demonstrado, será que a Constituição se veja protegida, guardada, por órgão exercente de função jurisdicional, soberano e imparcial, constitucionalmente competente para expungir do ordenamento jurídico aquelas normas infringentes das regras e princípios da Lex Magna.

No que concerne à participação dos Estados federados na “vontade criadora na ordem jurídica nacional” (MICHEL TEMER, ob. cit. p. 52), através do Senado — que é justamente a Casa dos representantes dos Estados-Membros —, revela-se ela de extraordinária importância. Sabe-se que apenas no Senado os Estados federados estão representados paritariamente, não importando o número de seus habitantes, o que lhes assegura igualdade política e jurídica.

Há quem defenda como os ilustrados juristas JOSÉ AFFONSO DA SILVA e WALTER CENEVIVA — a idéia de que a adoção do unicameralismo não traduz ofensa ao princípio federativo. Com todo o respeito intelectual que merecem os dois eminentes constitucionalistas, ousamos deles discordar. Extinguindo-se o Senado, como impedir a aprovação de leis, aprovadas que sejam por uma única Câmara (onde estão em maior número os representantes dos Estados mais populosos), extremamente favoráveis a esses mesmos Estados? Como fazer com que os pleitos dos Estados menos populosos e menos favorecidos economicamente (como os do Nordeste, por exemplo), por mais significativos que sejam, não restem esquecidos nas gavetas das Comissões Parlamentares ou, simplesmente, não sejam habitualmente rejeitados?

No unicameralismo a igualdade política e jurídica entre os Estados não mais existiria. Com ele, não caberia mais falar em Federação.

O argumento, ademais, de que o Legislativo não funciona bem por causa de suas duas Casas, não procede. Em primeiro lugar porque não se provou que aí residisse a principal causa da inoperância, ou má operatividade, do Poder legiferante em nosso País. Preferimos acreditar que os defeitos estão muito mais no processo legislativo adotado pela atual Constituição do que em qualquer outra coisa. Um Congresso bicameral, como o nosso, não só assegura igualdade entre os Estados-Membros, no momento da feitura das leis, como lhes dá, em momentos outros como os da aprovação das emendas constitucionais ou do julgamento (pelo Senado) do Presidente da República e Ministros de Estado, pela prática de crimes de responsabilidade, a perfeita noção de sua participação na formação da vontade nacional.

Com fundamento nessa linha principiológica, a Constituição, depois de conferir à União, especialmente no seu art. 8º, competências enumeradas, deu aos Estados-Membros as chamadas competências remanescentes (v. art. 13, CF) e as supletivas, em matéria legislativa (art. 8º, parágrafo único, CF).

Mesmo que não participem, como integrantes necessários, do pacto federativo, os Municípios, no Brasil, foram guindados, por força da norma constitucional, à invejável condição de pessoa jurídica de direito público, dotada de competências próprias. Pela simples leitura do art. 15 da Carta Constitucional vê-se que aos Municípios foram entregues competências para ter governo próprio (através da eleição de seus Prefeitos, Vice-Prefeitos e Vereadores), administração própria e legislação própria.

Têm os Municípios, assim, autoridade própria e poder para legislar sobre negócios próprios (matérias de seu peculiar interesse, decretação e arrecadação de tributos próprios e organização dos serviços públicos locais). E, de acordo com a abalizada doutrina de TEMER, “de peculiar interesse é aquela matéria em que predomina a conveniência municipal, quando confrontada com o interesse do Estado e da União” (ob. cit., p. 112, rodapé). Será, assim, do peculiar interesse municipal aquilo que for do interesse *predominante do Município*.

Do mesmo modo, aliás, como os Municípios são competentes para legislar para si mesmos e para administrar seus próprios e peculiares interesses, o são para tratar de sua organização política. É o que se desprende do estabelecido no art. 14, parágrafo único, da Constituição: “Art. 14 — ... Parágrafo único — *A organização municipal, variável segundo as peculiaridades locais, a criação de Municípios e a respectiva divisão em Distritos, dependerão de lei.*”

A organização política municipal, que é aquela que respeita à constituição dos poderes municipais, às funções do Executivo e Legislativo e sua organização, portanto, não se confunde com a organização administrativa, prevista no art. 15, II, b, da CF, *mas também é da competência do Município*.

O vocábulo “lei”, usado no art. 14, parágrafo único, tem significado plural, quer dizer, pode ser entendido como *lei municipal* (para tratar da organização municipal, segundo as peculiaridades locais), como *lei estadual* (para a criação de Municípios em Estados-Membros), como *lei federal* (para criação de Municípios em Territórios Federais) e novamente como *lei municipal* (para a divisão do Município em Distritos).

Esta tese, da lavra de MICHEL TEMER, sem dúvida merece nossa total acolhida. São do ilustre publicista estas palavras: “Parece inquestionável a competência do Município para editar lei organizadora de sua estrutura política, *devendo obediência exclusivamente aos preceitos constitucionais que a ele se refiram*. Os arts. 15 e 16 fornecem boa parte da principiologia que deve nortear a atividade legislativa municipal ao dar a lume a sua *lei orgânica*. Além desses princípios, outros, implícitos, que permeiam o Texto Constitucional, também hão de ser obedecidos. Assim os referentes ao processo legislativo, à asseguaração dos direitos individuais e aos preceitos atinentes à formulação tributária... Com efeito, a organização municipal é “variável segundo as peculiaridades locais”. Só o Município é capaz de avaliar tais peculiaridades. A organi-

zação política ditada por lei estadual vulnera, precisamente, o parágrafo único do art. 14, porque ao invés de conferir “variabilidade” de acordo com as peculiaridades locais, “uniformiza”, “parifica” aquela organização, conferindo uma única a todos os Municípios” (ob. cit., pp. 116-117).

Resta evidente, assim, que os Municípios podem, assim como os Estados-Membros, editar suas próprias *leis orgânicas*, ou suas “Constituições”.

Embora ainda se relute em dar a essas leis orgânicas municipais o nome de “Constituições”, não vemos o porquê do receio. O fato de a Constituição nacional, no art. 13, dizer que os Estados se podem organizar “pelas Constituições que adotarem”, e não utilizar idêntica expressão no art. 15, ou noutros, não tem tanta importância assim. Afinal, materialmente falando, o que faz a Constituição estadual senão *organizar o Estado-Membro*? Ora, a “lei orgânica municipal” *organiza* o Município e, nessa medida, o *constitui*. E, desde que seguidos os preceitos da Constituição nacional, a que aludiu o Professor TEMER, a Câmara Municipal pode, inclusive, estabelecer que a “lei orgânica”, ou a “Constituição” do Município só possa ser alterada através de emendas aprovadas segundo processo legislativo próprio, especial e solene, assegurando-lhe, por essa via, superioridade formal. A lei que organiza politicamente um Município é perfeitamente capaz de estabelecer — seguido o parâmetro traçado pelos arts. 46 e segs. da CF — um processo legislativo próprio, que possibilite a edição de emendas à lei orgânica municipal, *de leis complementares a essa lei orgânica* (ou a essa Constituição), de leis ordinárias, de decretos etc.

## 2. *Leis complementares à Constituição*

As normas constitucionais podem ser tidas como de eficácia plena e imediata, de eficácia limitada ou reduzida ou de eficácia restringível, conforme tenham elas recebido do legislador constituinte “normatividade suficiente para reger os interesses de que cogita”, sejam “definidoras de princípio institutivo ou definidoras de princípios programáticos”, demandando posterior integração, ou sejam de início plenamente eficazes, mas passíveis de restrição. (A classificação está formulada, como se pode facilmente verificar, com base em JOSÉ AFFONSO DA SILVA, embora com ligeira modificação.)

Diante disso é que se pode dizer, como JOSÉ AFFONSO DA SILVA (*Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, RT, 1968, pp. 215 e segs.), que toda e qualquer Constituição tem como destino “reger a vida de uma nação, construir uma nova ordem jurídica”, sendo feita, afinal, para ser aplicada, imediata ou mediatamente. Deve a Constituição, uma vez elaborada, ser capaz de entrar em movimento, quer dizer, de ter suas normas eficazes, a surtir os efeitos desejados pelo legislador constituinte.

Mas como existem — ficou dito logo acima — normas constitucio-

nais que não são de eficácia plena (não dotadas, segundo JOSÉ AFFONSO, "de formulação suficiente para reger condutas"), quais sejam as normas constitucionais de eficácia limitada e as normas constitucionais de eficácia restringível, surge então a necessidade de se eleger um meio hábil para ampliar ou restringir a eficácia delas. Esse meio vem a ser o que o eminente constitucionalista já mencionado chama de sistema de integração das normas constitucionais, embora ele só fale em "integração" das normas de eficácia limitada (de princípio institutivo ou de princípio programático).

Com efeito, JOSÉ AFFONSO DA SILVA, na sua festejada obra, não tem dúvidas em afirmar que "todas as leis integrativas completam a eficácia das normas constitucionais", sendo "instrumento de aplicação eficiente das normas de eficácia limitada". Dá esse autor, pois, ao verbo "completar" o sentido de adicionar, de ampliar, quando para nós também é lícito entender que há integração quando lei posterior *restringe*, em casos expressamente previstos, a eficácia de norma constitucional (v., por exemplo, o caso do art. 151 da Constituição federal). O engano parece estar, *data venia*, no uso da expressão *integrar* apenas no sentido de acrescentar algo à norma, em termos de eficácia, quando é certo que ela também pode ser utilizada no sentido de limitar o alcance originário do comando constitucional.

Como quer que seja, é correto entender-se que muitas são as normas constitucionais que reclamam a existência de leis posteriores, hierarquicamente inferiores à Constituição, e que devem ter como fim complementar o Texto Constitucional, já que aquelas, no correto dizer de CELSO RIBEIRO BASTOS, "não trazem consigo todos os elementos necessários à implementação, à eficácia, portanto, de sua vontade" (vontade essa que é, evidentemente, despsicologizada) (*Curso de Direito Constitucional*, Saraiva, 1980, p. 161).

Em sentido bastante amplo, pois, todas as leis que busquem complementar a Constituição, tornando eficazes, na medida exata, os seus dispositivos (dilatando ou restringindo sua eficácia), são leis complementares (ou leis orgânicas, no entender de parte da doutrina), sendo de se notar, entretanto, que tais leis complementares ou orgânicas (assim nesse sentido amplo) não têm o condão, no seu mister, de integrar a Lex Magna ou de interpretar o Texto Constitucional, dando-lhe este ou aquele sentido. Assim como só as emendas constitucionais têm a força de modificar — e apenas em alguns tópicos, segundo processo especial e solene — a Constituição, as chamadas leis complementares devem limitar-se — justo por sua posição hierárquica inferior — a desenvolver os princípios ali traçados. Como, com toda propriedade, afirma VÍCTOR NUNES LEAL, a lei "não é meio hábil para dirimir controvérsias constitucionais" (*Curso de Direito Constitucional*, Saraiva, 1980, p. 161).

Mas o que nos interessa examinar mais de perto, agora, não são essas leis complementares em sentido amplo, ou material, que podem ser leis federais, estaduais ou municipais, integrativas das Constituições: federal, estadual ou municipal, mas sim as leis complementares em

sentido estrito, ou seja, tal como previstas no rol do art. 46 da Carta Maior em vigor (apud JOSÉ AFFONSO DA SILVA, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, RT, 1968, p. 220).

Aqui iremos tratar da lei complementar em sentido formal, ou seja, daquela assim denominada pela Constituição federal e que possui algumas peculiaridades próprias, como o seu especial modo de elaboração pelo Congresso, e que “não se confundem com as tradicionais leis complementares, calcadas em um critério ontológico, quer dizer, que leva em conta o próprio ser da norma”. É de CELSO BASTOS que retiramos essa esclarecedora passagem: “As atuais leis complementares à Constituição caracterizam-se por serem normas a serem utilizadas pelo legislador ordinário, submetido a um processo especial para sua elaboração, nos casos, e somente nestes, em que a própria Constituição as preveja. Erigem-se em espécie normativa reservada para o tratamento de certas matérias, designadas na Constituição como próprias da lei complementar”. Comentando a distinção entre as tradicionais leis complementares, e as atualmente tratadas na Carta Magna, assim se expressa GERALDO ATALIBA, com aquele rigor científico e aquela didática que todos lhe reconhecem: “E a distinção é importante, não só porque umas são expressamente requeridas e outras só implicitamente admitidas — o que importa fazer supor mais importantes aquelas do que estas — mas, também, porque a Constituição atribuiu regimes jurídicos diversos a cada espécie. Com efeito, as leis complementares exigidas explicitamente somente podem ser elaboradas pelo processo especial previsto no texto constitucional — o que lhes dá cunho formal próprio — enquanto as demais, sob tal perspectiva (a formal) se confundem com a lei ordinária (*Lei Complementar na Constituição*, Rev. dos Tribunais, pp. 28 e 29)”. (CELSO BASTOS, ob. cit., p. 162).

Questão deveras difícil é a de fixar-se a natureza jurídica da lei complementar, desde que ela surgiu, nesse sentido estrito, com a edição do Ato Adicional de 1961. Várias foram as tentativas feitas nesse sentido. PONTES DE MIRANDA as teve como regras de direito constitucional (materialmente falando), mas ao mesmo tempo as chamou de “intercalares”, postas entre a Constituição e as leis ordinárias. MIGUEL REALE entendeu que elas tinham a natureza jurídica de leis ordinárias paraconstitucionais. JOSÉ AFFONSO DA SILVA, com a sua habitual honestidade científica, afirmou que as leis complementares “terão a natureza jurídica que seu conteúdo indicar”, pois “completam a Constituição, mas nem sempre pertencem ao direito constitucional porque sua função complementar, embora de caráter fundamental, refere-se ao conteúdo das normas integradas, e da natureza desse conteúdo retiram a sua própria natureza” (JOSÉ AFFONSO DA SILVA, ob. cit., p. 234).

CELSO BASTOS tem uma visão bem particular do problema: “Este descompasso entre a vontade legal, que se vislumbra com uma determinada extensão, e os efeitos jurídicos produzidos, que lhe ficam aquém, esse espaço carente de normatividade é preenchível pela categoria normativa chamada lei complementar. Ela possui essa denominação em virtude da sua natureza de norma integrativa da vontade constitucio-

nal. Eis por que podemos afirmar que nesse caso a lei é complementar segundo um critério ontológico. É examinando o próprio ser da norma integradora e o papel por ela representado na composição dos comandos constitucionais, que vai ser possível cognominá-la de complementar” (CELSO BASTOS, ob. cit., p. 162).

Sem a menor intenção de contraditar a respeitabilíssima opinião dos eminentes publicistas mencionados, não me furto à tentativa de encarar a lei complementar, quanto à sua natureza, como uma *norma especial que busca a composição das regras constitucionais, quanto à sua eficácia*.

Em vários constitucionalistas de renome encontramos a afirmação de que a lei complementar está em posição de superioridade em relação à lei ordinária. É JOSÉ AFFONSO que diz que “as leis complementares adquiriram superioridade formal relativamente às outras leis, num *status* intermédio entre as leis constitucionais e leis ordinárias”; WILSON ACCIOLI é de opinião que “a lei ordinária, o decreto-lei e a lei delegada estão subordinados à lei complementar”; NELSON DE SOUSA SAMPAIO é categórico: “na Constituição vigente, já não cabe nenhuma dúvida quanto ao posto hierárquico da lei complementar” (NELSON DE SOUSA SAMPAIO, *Processo Legislativo*, Saraiva, 1968, pp. 38-39).

Nesse tocante preferimos ficar com a acertadíssima posição adotada por CELSO BASTOS, para quem a enumeração das espécies normativas, feita no art. 46 da Constituição, não deve servir de ponto de apoio para que se tirem conclusões como as acima referidas, inclusive porque os decretos-leis, por exemplo, embora estejam abaixo das leis ordinárias naquela relação, na verdade se encontram na mesma posição hierárquica das leis ordinárias, podendo até revogá-las, desde que aprovados pelo Congresso Nacional (tácita ou expressamente).

As leis complementares, assim, embora não possam ser modificadas por leis ordinárias, não são hierarquicamente superiores a estas. O que se pode dizer é que “em razão de possuir a primeira (lei complementar) matéria própria (prevista na Constituição), ela possui um campo indevassável pelas demais normas do sistema”, sem que haja necessidade de “fazer apelo a uma posição hierárquica superior. Ela justifica-se pela possessão de uma área incidental própria” (CELSO BASTOS, ob. cit., p. 163). São as leis complementares, pois, autônomas. Havendo ingerência de outras espécies normativas na sua “área incidental própria”, ou seja, quebrada essa autonomia, haverá desrespeito à própria Constituição. E a possível inconstitucionalidade será aferível pelo Judiciário. O mesmo ocorre, aliás, com relação às leis federais, estaduais e municipais: não há hierarquia entre elas, sendo certo apenas que uma não pode invadir a área de competência da outra.

Entendemos, como GERALDO ATALIBA, além disso, que há casos em que somente o Presidente da República, em virtude do que dispõe o art. 57 da Constituição, poderá apresentar proposta de lei complementar, deflagrando o processo legislativo. E achamos mais que, em tais casos, não há como aplicar o art. 51 da Carta Maior, que prevê o regime de



prazos especiais para projetos urgentes do Chefe do Executivo; isso porque, nessas hipóteses do art. 51, em que é possível a aprovação de projeto de lei por “decurso de prazo” (§ 3º), a exigência de maioria absoluta dos votos dos membros das duas Casas do Congresso, para aprovação de lei complementar, feita de modo expresso pelo art. 50, estaria sepultada. Com efeito, admitindo-se a aprovação do projeto de lei Complementar em virtude do “silêncio” do Congresso em determinado prazo, seria impossível atender-se ao requisito constitucional da maioria absoluta. E, como sabemos, não há norma constitucional inócua.

Dispõe o já mencionado art. 50 da Constituição federal, de modo expresso, que o projeto de lei complementar será aprovado pela maioria absoluta dos votos dos membros da Câmara Baixa e do Senado, “observados os demais termos de votação das leis ordinárias”. Em face de tal dispositivo, parte da doutrina passou a entender que, no processo de elaboração de leis complementares, desnecessária seria a sanção presidencial, sob o argumento de que, sendo a votação apenas um dos atos que compõem o dito processo, não seria admissível interpretação ampliativa de termos. Alegam mais, em defesa de sua tese, que, se quisesse a Constituição estabelecer que o projeto de lei complementar, além do *quorum* especial, ficasse sujeito, para a sua aprovação, à sanção do Chefe do Executivo, teria empregado o termo “aprovação”, e não “votação”. E a promulgação, dizem os que assim pensam, ficaria a cargo da Mesa do Congresso.

Não parece estar correto, entretanto, este tipo de raciocínio. Na verdade, a votação é um dos atos do processo legislativo — e apenas um. Obtido o *quorum constitucional* exigido, pressupõe-se, logicamente, que tiveram lugar tanto a discussão do projeto como a sua votação. Quando a Carta Constitucional fala em “demais termos da votação”, na verdade quer-se referir aos demais termos da aprovação do projeto, inclusive porque não pode haver mais de um termo na votação. O que pode ter havido, no caso — e isso o admitimos plenamente —, é uma imprecisão técnica, terminológica, do Constituinte. Assim, a sanção é imprescindível.

Ora, todas essas regras e princípios, atinentes à lei complementar, tal como previstos na Constituição nacional, podem ser perfeitamente transplantadas, feitas as necessárias adequações, à realidade jurídica municipal.

Podem existir, portanto, leis complementares municipais, mesmo sob o aspecto formal, bastando para isso que a “lei orgânica” ou a “Constituição” do Município estabeleça rito próprio, semelhante ao previsto no art. 50 da Carta Maior, para a sua edição. Inclusive porque, sob o ponto de vista jurídico, já que a dita lei orgânica pode tratar da *organização e funcionamento dos poderes municipais*, nada impede que ela o faça também quanto ao processo legislativo, respeitados os parâmetros traçados pela Constituição do Estado federal.

Admitida a existência de leis complementares municipais — como consequência necessária da admissão de leis orgânicas editadas pelos

próprios Municípios —, importa verificar em que casos tais diplomas podem ser emitidos.

Um deles, sem dúvida, parece ser o do art. 24, 11, da Constituição federal, que trata da competência municipal para instituir o imposto sobre serviços de qualquer natureza.

### 3. *A lei complementar a que alude o art. 24, II, da Constituição federal*

A Carta Constitucional, no que tange à repartição de competências tributárias, é exaustiva, dotada de excepcional rigor. Construindo uma muralha defensiva em torno do indivíduo, ao regular com detalhes a ação tributária estatal, coloca uma verdadeira “camisa de força” no legislador ordinário. Instituído, desse modo, aquilo que TROTABAS denominou de “estatuto do contribuinte”, tornou essa área indevassável, defesa à atividade do legislador ordinário.

Ao conferir poderes ao Estado, a Constituição necessariamente os limitou, mormente no que diz respeito aos poderes para instituir tributos. Cada pessoa política — a União, os Estados e os Municípios — cria tributos através de lei, norma jurídica que busca seu fundamento de validade na “Lei Magna”.

Pois bem, ao repartir entre essas pessoas políticas as chamadas competências tributárias, a Constituição o fez de modo — repita-se — absolutamente rígido, discriminando com exatidão a área competencial de cada uma delas. Qualquer conflito de competências, qualquer invasão de seara competencial alheia, há de ser resolvida pelo exame da constitucionalidade da norma que haja, ao criar um tributo, provocado aquela invasão. E é o Poder Judiciário, encimado pelo STF, o órgão constitucionalmente competente para exercer o controle da constitucionalidade das leis em nosso País.

Além disso, todas as normas jurídicas, e as normas tributárias com maior razão, devem obediência àqueles princípios constitucionais a que antes aludimos: o federativo, o republicano, o da autonomia municipal, o da legalidade (aqui melhor denominado de princípio da estrita legalidade tributária), da anterioridade do exercício financeiro, todos considerados sustentáculos do sistema constitucional tributário. É imperioso que essa idéia esteja sempre presente na mente do jurista, do intérprete da lei.

No sempre abalizado dizer do mestre GERALDO ATALIBA, “o sistema constitucional tributário é o mais rígido de quantos se conhece, além de complexo e extenso. Em matéria tributária tudo foi feito pelo constituinte, que afeiçoou integralmente o sistema, entregando-o pronto e acabado ao legislador ordinário, a quem cabe somente obedecê-lo, em nada podendo contribuir para plasmá-lo” (*Sistema Constitucional Tributário Brasileiro*, RT, 1968, p. 21).

Nesse caminho a Constituição conferiu ao Município, através da norma contida no seu art. 24, II, a competência para “instituir imposto

sobre: ... serviços de qualquer natureza, não compreendidos na competência tributária da União ou dos Estados, definidos em lei complementar". É essa a *regra matriz*, o arquétipo do ISS. É evidente que a instituição, ou criação, do mencionado tributo — essa lição recolhemos ainda de GERALDO ATALIBA — se dá por meio de *lei municipal*. A Constituição não cria tributos, mas dá competências legislativas às pessoas políticas para fazê-lo através de lei.

Em tudo por tudo esse dispositivo constitucional fez reverência ao princípio da autonomia municipal, que se inspira na predominância do peculiar interesse do Município. Quando a norma do art. 24, II, de modo expresso, explicitou que os serviços tributáveis pelo Município não estão "compreendidos na competência tributária da União ou dos Estados", apenas repetiu algo já evidente: qualquer invasão de competências importa agressão à Constituição, e é, por isso, inválida.

A hipótese de incidência do ISS, fixada na lei municipal, haverá de ser a *prestação a terceiro, de uma utilidade, material ou imaterial, com conteúdo econômico, sob regime de direito privado*. Ocorrido o fato descrito na hipótese de incidência — o fato chamado *imponível* —, incidirá o tributo.

A questão é saber qual o papel da *lei complementar* a que alude o mencionado art. 24, II, da CF. O dispositivo é explícito ao afirmar que ela *definirá* aqueles serviços.

Grande parte da doutrina tem sustentado que essa lei complementar, sendo federal, não poderia, na verdade, "definir" os serviços tributáveis pelo Município, porque, em o fazendo, estaria a agredir o princípio da autonomia municipal. Veríamos a União ingressando em área reservada ao Município, já que se trata de matéria do *peculiar interesse municipal*, alargando ou restringindo sua competência. Apenas poderia essa lei complementar, desse modo, baixar *normas gerais* de direito tributário, prevenindo possíveis conflitos de competências.

Não refutamos o primeiro argumento. Com efeito, lei complementar federal que ingressasse no ordenamento ao "definir" os serviços tributáveis pelo Município invadiria campo de competência deste ente político. Seria, assim, inconstitucional.

O que não podemos aceitar, por imperativo de ordem lógica, é que possa haver, no campo do dever-ser, conflito de competências. Se o sistema constitucional tributário é rígido, exaustivo e pormenorizado quando trata da repartição de competência, nenhuma norma subconstitucional teria o condão de "dirimir possíveis conflitos competenciais". Esses conflitos simplesmente não existem, no campo das normas. Lei complementar que buscasse tal intento fatalmente agrediria a Constituição, dando a uma das pessoas políticas uma competência que ela constitucionalmente não tem. Afinal, a tarefa de exercer o controle de constitucionalidade das leis é do Judiciário, não do Legislativo. Lei federal ou estadual que alargue ou restrinja a competência tributária do Município terá de ser jurisdicionalmente declarada inconstitucional.

Qual o papel, então, dessa lei complementar a que faz menção o art. 24, II? Seria ela, necessariamente, lei complementar federal, ou nacional? Cremos que não, em respeito ao mesmo princípio da autonomia municipal, a que tantas vezes aludimos. A lei complementar, na nossa opinião, será municipal, editada nos moldes fixados na lei orgânica (ou "Constituição") do Município, que ele próprio produz, para realmente *definir* os serviços de qualquer natureza sobre os quais incidirá o ISS.

Uma interpretação sistemática, aliada à consideração de que a norma, especialmente a de natureza constitucional, não traz em seu bojo palavras inúteis, vazias de significado, conduz inelutavelmente a esta conclusão: o Município pode editar lei complementar à sua lei orgânica, lei complementar essa que, na hipótese do art. 24, II, da CF, irá dizer quais os serviços objeto da sua ação tributária.

No caso de essa lei complementar municipal, ao cumprir o seu papel, causar lesão à Carta Constitucional, invadindo a área de competência tributária da União ou dos Estados, haverá de ser ela declarada incompatível com a Norma das Normas, e por isso expulsa do ordenamento jurídico.

ROQUE CARRAZA, em magnífica passagem, esclarece: "A lei complementar, como vimos de relance, não cria limitações constitucionais ao poder de tributar, mas as regula... ela se volta precipuamente para os Poderes Legislativos de cada pessoa política, melhor orientando-os no exercício da função de instituir e arrecadar tributos" (*O Regulamento no Direito Tributário Brasileiro*, RT, 1981, p. 88). Tal argumento reforça nossa idéia de que o Legislativo municipal, produzindo lei complementar, orienta a si mesmo na tarefa de editar a lei instituidora do ISS.

Segundo o eminente tributarista SOUTO MAIOR BORGES, "o processo de criação dos tributos principia na Constituição, se prolonga na lei complementar, passa pela lei ordinária e se vai exaurir nos atos normativos inferiores (decretos, instruções, lançamento etc.)" (CARRAZA, ob. cit., p. 85). Mas não se perca de vista, em nenhum momento, que sustentar que essa lei complementar, no caso do art. 24, II, da CF, há de ser produzida pelo Congresso Nacional, implica deitar por terra a autonomia do Município.

#### 4. Conclusão

Tendo em vista, portanto, que o Município, pelas razões acima expendidas, pode editar sua própria lei orgânica, conclui-se:

- a) que ao Município também é dado produzir leis complementares, sob o aspecto formal;
- b) que, pelo menos no caso do art. 24, II, da Constituição nacional, a lei complementar é municipal;
- c) que tal lei complementar municipal definirá os serviços sobre os quais incidirá o ISS, respeitada a competência tributária da União e dos Estados.

# Descentralização do Poder: Federação e Município

JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Livre Docente e Doutor em Direito.

## I — *Descentralização do Poder — Teoria da Descentralização*

A tendência centralizadora do regime implantado no Brasil, em 1964, é apontada em diversas fases da evolução de nossas instituições políticas. Em decorrência do fortalecimento do Estado autocrático que leva à concentração de poderes nas mãos da União, essa não deixa subsistir qualquer entidade ou órgão independente, no plano nacional e no local.

A colocação do significado político-constitucional do princípio fundamental, que é o da descentralização, torna-se tema essencial, no exame da estrutura de poder. A rígida organização autoritária monocrática, própria dessa fase da evolução do Estado brasileiro, está a merecer profundas alterações. Essas não ocorrerão apenas por uma renovação superficial da organização política e administrativa do Estado. A figura do Estado composto tem seu exemplo mais típico no federalismo, que por sua vez deve ser examinado tendo em vista as repercussões políticas e administrativas do processo de descentralização, consagrado constitucionalmente.

Em razão de seu caráter monocrático, o sistema político brasileiro exasperou-se na hipertrofia do Poder Executivo, com graves conseqüências para a teoria da separação de poderes, que não é mera técnica de sua estruturação, mas elemento substancial da atividade política estatal. A forma como o poder se organiza e se realiza no Estado dá origem a dois conceitos fundamentais, ligados essencialmente à natureza do processo político consolidado: a Constituição e o regime político nela estruturado.

O desapareço pelos mecanismos de relacionamento democrático dos órgãos estatais contribuiu para o sucesso das formas autocráticas e de opressão. Esse comportamento, como não podia deixar de ser, refletiu nas formas de centralização política e administrativa ocorridas nos últimos anos.

As reflexões em torno da teoria da descentralização determinam, inicialmente, a necessidade de fornecer os dados que configuram o seu oposto, que é a centralização. Essas noções estão ligadas a um fenômeno geral que corres-

ponde à repartição ou à distribuição de poderes e competências entre um órgão central ou nacional e os órgãos não centrais ou periféricos da coletividade. Apesar desses dados, existem profundas divergências quanto aos critérios empregados pelos autores para a caracterização de um sistema descentralizado ou centralizado.

As teorias da descentralização, para CHARLES ROIG, estão assentadas em quatro critérios, utilizados separada ou simultaneamente pela doutrina:

1 — O primeiro fundamenta-se na necessária distinção entre “negócios locais” e “assuntos nacionais”, particularidades que revelam a competência das autoridades locais e das autoridades centrais. TOCQUEVILLE já dizia que certos interesses são comuns a todas as partes da nação, como a edição de leis gerais e as relações do povo com os estrangeiros. Outros interesses são especiais e particulares a certas partes da nação, como os empreendimentos comunais.

A repartição nessas duas categorias está ligada a um sistema de valores ao nível de desenvolvimento econômico e social, bem como à respectiva evolução de seu desenvolvimento. O aparecimento de conflitos sociais, a multiplicação dos períodos de crise, as exigências do desenvolvimento econômico, o crescimento dos investimentos públicos levam a várias meditações, no que diz respeito à relação entre a natureza do que se pode configurar como interesses locais ou nacionais.

2 — O segundo critério é o relativo à autonomia jurídica e financeira, no que diz respeito aos benefícios encaminhados aos órgãos periféricos, em seu relacionamento com os deferidos ao órgão central. Esse entendimento conduz à doutrina de que a descentralização territorial não é o único tipo de descentralização. Ao lado dela surge um segundo tipo: “descentralização por serviços”, também denominada técnica ou especial. Esse método é o concernente a serviços que a autoridade central, em princípio, deveria dirigir, constituir em administração e direção própria, distinta e mais ou menos autônoma.

As instituições, contidas nesses mecanismos, não contribuem para um exato esclarecimento da noção de descentralização.

3 — Uma terceira definição de descentralização parte de um critério político: a eleição dos agentes. Ela consiste na criação de centros de administração pública autônomos, nos quais a escolha dos agentes provém do corpo eleitoral da circunscrição. Esse entendimento reconhece que a descentralização tem um valor democrático, daí que os próprios interessados, por via de seus representantes, devem defini-lo. A atribuição de competências a esses órgãos não centrais autônomos não é suficiente para a caracterização da descentralização. As eleições constituem um dado fundamental para a expressão e garantia da autonomia. O princípio democrático introduziu um novo elemento para a noção de descentralização, seja ela territorial ou por serviços, isto é, o que implica na eleição dos respectivos agentes do poder.

Essa exigência deu origem a uma distinção clássica entre a descentralização propriamente dita e a *desconcentração*, que consiste em conferir poderes aos agentes locais do poder central.

Essa construção teórica está ligada a um conjunto de valores democráticos. Desse raciocínio resulta o entendimento de que a descentralização não existe a não ser nas sociedades que conhecem e praticam a democracia. A descentralização prolonga, precisa e vivifica a democracia. Amplia as possibilidades do exercício da liberdade, ao precisar os direitos dos indivíduos, reconhecendo as respectivas competências. Garante a mais ampla participação na gestão dos negócios públicos da República. Ela torna-se instrumento de maior controle da política nacional.

Na autêntica sociedade democrática, a eleição não é apenas uma técnica ou um procedimento de escolha. Resulta de provocações das forças políticas e de estruturas sociais complexas, passíveis de representação em todos os segmentos da descentralização.

4 — EISENMANN aponta tentativa original, para definir a centralização e a descentralização. Esclarece a existência de elementos heterogêneos nas duas noções. Apresenta uma conceituação estrutural e normativa: o problema da centralização ou da descentralização é a questão da unidade ou da divisão correlativa do aparelho estatal e da coletividade estatal. É a proposta das formas de Estado e de outras coletividades políticas, de sua estrutura unitária simples ou composta. Centralização e descentralização são as formas de Estado: a unitária e a composta. Essa definição exclui a descentralização por serviço.

Partindo dessas premissas, EISENMANN chega a uma distinção de três tipos de sistemas possíveis:

a) a centralização ocorre quando a direção das atividades surge como tarefa de um órgão central. A atividade normativa é centralizada, é um órgão central que decide quais normas serão por ele colocadas;

b) a descentralização implica em que as atividades governamentais estão distribuídas a uma multiplicidade de órgãos não centrais;

c) a semidescentralização consiste em colocar em vigor normas de dupla decisão livre, umas surgem de um órgão central e outras de um descentralizado.

A concepção estrutural da descentralização não pode ignorar a complexidade dos órgãos políticos e administrativos que a compõem.

A compreensão atual do problema da descentralização comporta diversas mudanças. Não é possível desligar o seu entendimento das alterações de ordem sócio-econômica. A urbanização, a industrialização, o desenvolvimento dos meios de comunicação, as alterações nas comunidades rurais, modificaram a infraestrutura econômica, demográfica e cultural, com implicações nas formas tradicionais de intervenção direta do poder central. As relações entre as coletividades locais e o poder central, devido a essas alterações, sofreram sensíveis modificações. As funções estatais passaram a ser mais complexas, com o desenvolvimento de vários serviços públicos que são solicitados. Mudanças de ordem política e jurídica geral, discussões entre a tradição centralista e as novas reivindicações liberais. Os textos constitucionais passam a reconhecer o princípio da descentralização, com a aceitação da autonomia de coletividades locais, consagrada pelos processos democráticos. Várias explicações passam a considerar

a descentralização como um antídoto do poder opressor. A convicção liberal e democrática apontou a necessidade jurídica de se elaborar a teoria da descentralização.

Em certas exposições permanece o caráter formal da teoria jurídica da descentralização, acentuado pela circunstância de que estas posições favoráveis ao princípio da descentralização ocorrem muito mais pela idéia de que a garantia dos interesses e liberdades individuais reside no controle jurisdicional dos atos administrativos, do que no exercício do *self-government*.

O problema da repartição de atividades e poderes entre o governo central e as comunidades locais passa a ter grande relevo com as novas concepções que elaboram pesquisas em torno do desenvolvimento regional. Sente-se que a questão não pode ser colocada unicamente em termos administrativos e políticos, mas tem-se que levar em conta, igualmente, os fatores econômicos e sociais. Essa nova extensão decorre da importância assumida pela economia, bem como pelas mutações que ela acarreta. Convém ressaltar o reforço dado pelo desenvolvimento da planificação econômica em nível das regiões.

O fundamento da idéia clássica de descentralização, no momento do liberalismo político, assentava-se na distinção entre "temas locais" e "temas nacionais". Em sociedades industriais e urbanizadas a distinção nem sempre é tão rígida, leva-se em conta a interdependência financeira e a acentuada necessidade do desenvolvimento das infra-estruturas urbanas e rurais, que exigem investimentos bem custosos. Surgem daí as constantes reivindicações dos entes que compõem o processo descentralizador. Essa circunstância leva as solicitações em torno de maior autonomia para as instâncias locais, através da criação de novas instituições, com o reconhecimento de efetivos poderes de decisão. A reivindicação de crescente intervenção, por parte do poder central, passa a ser defendida como um mecanismo para estabelecer certo equilíbrio entre o desenvolvimento de diferentes regiões ou entidades federativas.

A tendência localista e descentralizada não pode deixar de aperceber-se dos dados históricos, geográficos e culturais, preservadores de certos valores tradicionais. Já a tendência nacional, ao contrário, toma consciência da multiplicidade e da complexidade dos dados econômicos e sociais do desenvolvimento regional.

O tema da descentralização, aliado ao da defesa das liberdades locais, tem grande vigor na luta pela democratização da sociedade. Essa perspectiva realça o conteúdo ideológico da noção de descentralização.

A ambigüidade de atitudes do poder central explica a profunda desconfiança das autoridades locais, em muitos dos tipos de descentralização. No Brasil ela é justificada, tendo em vista as tendências constantes para a centralização política e administrativa. A "descentralização" nem sempre encontra melhor interpretação no texto constitucional.

A política de implementações regionais, no Brasil, não chega a proceder a qualquer espécie de descentralização. As intervenções do poder central não são capazes de fortalecer as autoridades locais, que permanecem estreitamente vinculadas a um poder tipicamente centralizador.



A descentralização vem tomando novos conteúdos, decorrentes, também, do crescimento excessivo das burocracias estatais. As necessidades da coordenação das atividades levam a esta ampliação do quadro de pessoal administrativo, sem que se procure a legitimidade democrática de seu recrutamento. A distribuição dos poderes e competências entre as múltiplas entidades que compõem determinada fórmula de descentralização implica em um fenômeno de transferência e repartição de funções do Estado a uma pluralidade de entes. É esta uma característica fundamental da descentralização, principalmente quando os entes componentes cumprem seus fins com independência e autonomia, dentro de suas atribuições específicas. Ocorre descentralização quando o ordenamento jurídico confere, em forma regular e permanente, determinadas atribuições a certas entidades.

Enquanto que os serviços centralizados levam a um conjunto único hierárquico e dirigido pelos órgãos superiores do Estado, a descentralização distingue as atividades jurídicas, dando, em sua esfera de atuação, certa liberdade de agir. De acordo com esta interpretação jurídica, a descentralização reconhece a justaposição de centros de decisão relativamente independentes dos órgãos do Estado. A descentralização não é apenas uma figura jurídica, mas também um princípio de ordem política e social necessário à coexistência de grupos que têm suas particularidades, no interior de um conjunto mais vasto que forma a comunidade nacional. Como forma de organização política, a descentralização corresponde a uma variedade de fontes originárias do direito. Ela permite salvaguardar a autonomia das fontes originárias do direito, estimulando sua produtividade, ao mesmo tempo que permite a coordenação no interior da ordem jurídica estatal.

Um dos temas inerentes à descentralização é o seu profundo relacionamento com a teoria democrática, desde que ela constitui um excelente fator para o atendimento de todas as formas de pluralismo. A doutrina dá relevo à dicotomia descentralização política e descentralização administrativa. No que se refere à teoria jurídica pura, a descentralização coloca-se, de certa maneira, igualmente para todas as coletividades políticas, seja o próprio Estado ou os agrupamentos infra ou supra-estatais. A doutrina considera o federalismo como uma aplicação particular da teoria da descentralização. A uma coletividade reconhece-se a competência para editar ela própria, com a cautela de respeitar o quadro de atribuições anteriormente definidas, o exercício de sua atividade normativa. Esta compreensão aplica-se à comuna, à província ou ao Estado-Membro de uma Federação.

A descentralização política encarna o exercício da função governamental. Ocorre quando a coletividade, devido a sua própria organização, tem o direito de participar na formação da vontade estatal, ao mesmo tempo que estabelece regras próprias que não têm outra autoridade a não ser o seu valor jurídico. Essa forma de descentralização realiza-se quando o agrupamento tem, de uma maneira mais ou menos ampla, o exercício de um poder legislativo. Este direito de estabelecer normas é a expressão de uma vontade inicial e incondicionada que dá autonomia a uma certa entidade. Isto ocorre com os Estados-Membros de um Estado federal que exerce o poder legislativo dentro dos limites fixados pela Constituição federal, ao mesmo tempo que participa com seus representantes da formação da vontade legislativa do Estado federal em um conjunto.

Quando a descentralização política consagra a existência do poder local, no seu significado mais amplo, é para apoiar e nutrir esse poder, com o surgimento de uma idéia de direito distinta daquela que serve de fundamento ao Estado central ou à União. É essa sustentação consagrada no exercício desse poder que fornece o conteúdo político à descentralização.

No que diz respeito à descentralização administrativa, parte-se da compreensão de que ela visa exclusivamente aos serviços administrativos. Essa diferenciação consigna a distinção entre descentralização política e descentralização administrativa. Esta compreensão leva-nos a um tipo de federalismo ou simplesmente a uma circunscrição descentralizada de um Estado unitário. Deparamos, constantemente, com a acentuada tendência à centralização em certos sistemas federalistas, onde materialmente a diferença entre a competência de um Estado-Membro da Federação é a mesma da comuna ou da província em um Estado unitário.

Mesmo nos casos de descentralização administrativa, o grupo descentralizado, no quadro de sua competência territorial ou especial, governa os homens e administra as coisas através de atos particulares e concretos, por meio de regras gerais colocadas *a priori*, que têm materialmente o caráter de leis.

As técnicas da descentralização e os processos por ela utilizados variam, de conformidade com sua personalidade jurídica, consagram oficialmente a existência de interesses próprios e específicos do organismo descentralizado. As formas de descentralização, seja a territorial ou regional e a por serviços, apontam peculiaridades em sua formação. A existência de órgãos próprios tem maior importância na descentralização territorial, através da designação de seus representantes.

A autonomia dos organismos da administração local ou especial, diferenciada do poder central, não é autêntica se os seus membros, em todos os níveis, não são eleitos pelos interessados. A eleição é o único procedimento que assegura de fato a autonomia das entidades descentralizadas.

Na descentralização territorial — o Estado-Membro, província, cantão, região, autonomias, condado, departamento, comuna — surge uma coletividade territorialmente delimitada, beneficiada pelo reconhecimento de sua personalidade e de seus agentes. Em sua esfera assim definida, os encargos de poder, devido à totalidade de um grande número de serviços, interessam especialmente aos habitantes da circunscrição. A descentralização por serviços ocorre quando a personalidade é encarregada por um ou vários serviços determinados, que interessam aos habitantes de certa região ou aqueles de todo o país, sendo que os agentes desses serviços têm qualidade para assegurar seu funcionamento com uma certa autonomia, à frente de sua autoridade territorial. O serviço pode ser descentralizado mais em relação às autoridades centrais, do que em relação às autoridades locais. Enquanto que a descentralização territorial intervém nas relações entre o poder central e as autoridades dirigentes dos serviços locais, a descentralização por serviço coloca-se entre os agentes dos serviços e as autoridades centrais ou locais.

Várias são as críticas postuladas contra a distinção dessas duas formas de descentralização, sendo que algumas apontam a sua ilegitimidade.

A descentralização territorial atende às aspirações regionalistas, às pretensões locais, em maior grau do que as exigências estritamente administrativas. Surge quando o Estado reconhece, às coletividades que o englobam, o direito de estabelecer seus próprios interesses, por agentes que surgem de seu meio. Considerada como um centro de interesses distintos, a coletividade, em seu conjunto, é que é descentralizada. A descentralização territorial é susceptível de degraus, sendo que sua consistência decorre da amplitude de poderes dada à noção de assuntos locais. Realiza-se através de um interesse servido por sua respectiva capacidade. O reconhecimento dessas atribuições às autoridades locais, no processo de descentralização, implica na integração de seus poderes na ordem jurídica estatal. O processo descentralizador não isola o grupo, não se incompatibiliza com a coletividade nacional, apenas consagra o direito de certas entidades terem o direito de proceder a sua auto-administração no quadro geral do Estado federal.

As faculdades de *self-administration*, da *autonomia*, do *self-government*, do *selbsterwaltung*, são apontadas para caracterizar os efeitos da descentralização e as distinções sob as quais apresenta. Uma coletividade local apenas descentralizada não tem qualquer título de autonomia, quando a ela não são dadas algumas prerrogativas, destituídas de certo nível de poder próprio.

Em certas condições a descentralização existe sem compor a idéia do federalismo, desde que permanece o caráter unitário do Estado, desde que permaneça a unidade da idéia de direito e de poder. Para BURDEAU, é incorreto identificar descentralização e autonomia. Entende que os termos que caracterizam melhor a situação da coletividade são os de *self-government* ou de *selbsterwaltung*, que significam a faculdade de gerar ela mesma seus próprios negócios, ao mesmo tempo que indicam que esta competência está limitada ao domínio administrativo.

Federalismo e descentralização constituem temas afins; mesmo assim, o traço específico da tendência à centralização sublinha muitos dos sistemas federativos. O relacionamento da ordem jurídica central e uma ordem jurídica local são fontes essenciais de sua definição. A primeira é formada pelas normas centrais válidas em todo o território federal. A segunda assenta-se nas normas locais, que apresentam validade apenas em partes do território nacional. ROSAH RUSSOMANO acentua:

"No Estado federal, portanto, o âmbito material de validade da ordem jurídica está dividido entre uma autoridade central e várias autoridades locais, aumentando a centralização, à medida que se amplia a competência daquela e se restringe a destas, para aumentar a descentralização, à medida que se diminui a competência daquela para dilatar-se a destas" (RUSSOMANO, ROSAH, *O Princípio do Federalismo na Constituição Brasileira*. Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1965, p. 31).

As preocupações em torno da descentralização ocorrem em vários regimes políticos, em nossos dias. JEAN-MARIE DUFFAU mostra que as relações entre o nacional e o local nos Estados Unidos e na França estão em completa mutação, ocorrendo a convergência de preocupações do governo socialista francês e as de um presidente americano conservador a respeito do mesmo tema.

A descentralização permanece como tema constante do federalismo, mesmo em indagações recentes que procuram focalizar a sua persistência ou não no modelo considerado típico, que é o dos Estados Unidos. Para demonstração de suas perspectivas, MAURICE CROISAT e JEAN Tournon propõem análise das relações políticas internas que salientam o desenvolvimento da centralização. Nessas conclusões afirmam que a evolução dos federalismos contemporâneos para a centralização resulta da inadaptação de suas instituições às políticas desenvolvidas pelos governantes modernos. Destacam o esforço conceitual e os vastos estudos comparativos feitos por JEAN ANASTOPOULOS (*Les Aspects Financiers du Fédéralisme*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1979) sobre as finanças federais, onde assinalam:

— a transformação dos federalismos contemporâneos é menos comandada por uma lógica da centralização, do que pelo desenvolvimento de um processo de coordenação;

— essa transformação não coloca em dúvida a eficácia dos fatores da descentralização.

Do exame da experiência americana conclui-se pela plasticidade e vitalidade das fórmulas federativas originais, principalmente o espírito de que são tomadas. Para muitos estudiosos, a evolução dos federalismos internos para uma grande centralização é uma tendência geral que se manifesta nos Estados Unidos, no Canadá ou na Suíça, tomando-se como modelos as três experiências federativas mais que seculares. Apesar de suas particularidades históricas, constitucionais e políticas, esses Estados conhecem, em graus diferentes, dificuldades semelhantes. Assinala-se a inadaptação do esquema dualista da repartição das competências constitucionais aos imperativos e contradições das economias ocidentais. Após a crise econômica de 1930, a luta contra as flutuações cíclicas, as conseqüências da participação na Segunda Guerra Mundial, o segmento das obras políticas "Keynesianas" para assegurar a estabilidade econômica, o bem-estar social e o desenvolvimento das políticas intervencionistas do Estado, lançam dificuldades para uma divisão constitucional de competências entre duas ordens de governo.

A distinção na legislação, entre as matérias que têm importância nacional e aquelas dotadas de dimensão local, entre as atividades inter e intra-estatais, decorre dessa compreensão. Mesmo em Estados ricos, as autoridades federais passaram a ter dificuldades para assegurar suas responsabilidades constitucionais e políticas, em vista da falta de recursos financeiros suficientes. Períodos de crise econômica geraram outros problemas: o aumento das despesas sociais e a diminuição dos rendimentos fiscais. Nesse contexto, surge a tendência para aumentar os rendimentos para acobertar as prestações sociais. A autoridade federal controla instrumentos econômicos importantes em matéria alfandegária, monetária, crédito, impostos diretos, mas não pode, muitas vezes, aplicar uma política nacional de desenvolvimento econômico sem ferir a jurisdição das autoridades federadas.

O desenvolvimento rápido das políticas dos *grants in aid* nos Estados Unidos, as subvenções federais condicionais no Canadá, o federalismo cooperativo na Suíça, apresentam soluções possíveis que repousam sobre os entes

intergovernamentais, mas essas aplicações podem causar espécie quando se trata de examinar os princípios constitucionais do federalismo:

— o financiamento federal das atividades estatais e locais sob condições impõe normas nacionais às autoridades federadas, na elaboração de suas políticas;

— a aceitação de subvenções federais implica em uma contribuição financeira estatal, pelo que parte importante das receitas estatais é afetada pela política federal;

— o controle federal de utilização das subvenções cria uma relação de subordinação, isto é, uma relação de tutela em benefício da autoridade federal;

— o desenvolvimento quantitativo e qualitativo das subvenções federais confere poder legislativo e regulamentar indireto da autoridade federal no domínio da jurisdição dos Estados federados. Disso resulta uma integração das políticas estatais e locais, a partir de critérios nacionais que são definidos apenas pela autoridade federal.

A existência da separação constitucional dos domínios de jurisdição não impede uma centralização no exercício das competências legislativas e regulamentares, que podem afetar, rudemente, o federalismo. O centro federal controla a periferia federativa, possibilitando uma estrutura estatal unitária que se desenvolve, progressivamente, no interior de uma composição constitucional federal.

Os processos de coordenação entre a autoridade federal e as federadas são constantes na evolução do federalismo. Corresponde ao imperativo da repartição, no exercício das mesmas funções, apesar da divisão e separação rígidas das competências legislativas. A distinção entre assuntos de importância nacional e de interesse local não é fácil. Várias matérias de legislação podem corresponder a uma dimensão ora nacional, ora local.

MAURICE CROISAT e JEAN TOURNON destacam três tipos de coordenação:

— coordenação autoritária, consubstanciada em prescrições imperativas que são impostas pelo governo federal aos governos federados. Tal prática contraria o espírito e o entendimento do federalismo;

— coordenação através da transferência de competência, provisória ou definitiva;

— coordenação repousada sobre os entendimentos intergovernamentais, traduzidos por obras de programas comuns e políticos conjuntos. Responde aos processos de coordenação inerentes às exigências funcionais do federalismo contemporâneo. No que diz respeito ao federalismo dualista, repousa sobre a separação de jurisdições e as autonomias definidas pela Constituição, supondo um novo esquema cujas bases são os convênios intergovernamentais, entre os quais os mais importantes são: as subvenções federais condicionais, relativas ao bem-estar social, à educação e ao desenvolvimento urbano. Essa coordenação não contraria os princípios do federalismo, mas modifica o quadro e a

forma das intervenções e das ações das autoridades públicas. A tentativa para institucionalizar e racionalizar esta coordenação encontra pela frente a complexidade de uma sociedade federal e as numerosas interações entre os níveis de governo.

O crescimento das despesas públicas, o intervencionismo e outros fatores têm provocado, mesmo nos modelos federais mais sedimentados, questionamentos sobre o futuro do federalismo, devido a uma tendência continuamente centralista. Reconhece-se, entretanto, que a descentralização não desapareceu, apesar da atividade crescente em nível federal. O federalismo dual levou à delimitação de certas atuações dos Estados, devido ao funcionamento de órgãos federais. Os recursos e os mecanismos a nível federal têm um grande crescimento, sem que isso seja causa de um movimento de centralização, de submissão do conjunto do sistema político americano a uma determinação monolítica.

A tese do envolvimento do governo federal não impede o surgimento de uma pluralidade de atores, bem como as possibilidades do governo local, para uma conciliação entre os processos democráticos inerentes à descentralização e as novas maneiras de intervenção econômica.

Ocorrem várias maneiras de descentralização nas fórmulas políticas contemporâneas. Nos Estados federais existe pluralismo de ordenamentos constitucionais ordinários, com multiplicidade de titulares de autonomia constitucional e a variedade de poderes constituintes, que são, de certa maneira, o poder constituinte central do Estado federal, ao lado dos poderes constituintes locais ou derivados, isto é, os pertencentes aos Estados-Membros. Dessas particularidades emanam a pluralidade de titulares de competências legislativas ordinárias. Nos Estados regionais e autônomos surge um ordenamento constitucional apenas. Daí a existência de um único poder constituinte, porém com pluralidade de fontes legislativas de igual natureza, por seu fundamento e pela eficácia jurídica das normas promulgadas por elas mesmas. Sendo os Estados unitários, aparece um único ordenamento constitucional, ao lado de apenas um titular da autonomia constitucional e um só poder constituinte e uma única fonte criadora das leis formais.

As transformações levadas a efeito no federalismo impeliram DANIEL J. ELAZAR a dizer que o governo americano foi organizado, desde o início, com assento na dispersão estrutural do poder, entre instituições federais, estaduais e locais. Mas no século XX um grau maior de centralização tem modificado esse equilíbrio por motivos políticos e econômicos. Muitos especialistas, nos Estados Unidos, comentam as políticas adotadas pelos últimos presidentes para assegurar os direitos dos governos estaduais e locais, com profundas raízes na teoria e na tradição constitucional daquele Estado.

A configuração da descentralização, tendo em vista as suas particularidades, é de grande significado. JORCE MIRANDA, ao examinar o Estado unitário descentralizado ou regional, afirma que, "se o Estado unitário centralizado não suscita problemas particulares, por definição — pela *simplicidade* ou *plena simplicidade* da sua estrutura —, já o Estado unitário descentralizado ou regional merece uma atenção cuidada" (*Manual de Direito Constitucional*. Tomo III. *Estrutura Constitucional do Estado*, Coimbra Editora, 1983, p. 209).

Demonstrando como o processo de descentralização desenvolve-se por meio de várias maneiras, o publicista português discerne as seguintes categorias: Estado regional integral e Estado regional parcial; Estado regional homogêneo e Estado regional heterogêneo; Estado com regiões de fins gerais e Estado com regiões de fins especiais.

Duas noções, com grande importância no Direito Administrativo, encontram prolongamentos na vida constitucional e política. São fórmulas ou técnicas de administração que se consubstanciam em uma repartição de competências entre o poder central e os agentes ou autoridades locais. A desconcentração de poder consiste na diminuição da concentração que aparece no poder centralizado. A repartição do poder de decisão entre o governo central e os agentes, disseminados nas circunscrições administrativas do território, realiza-se em nome do governo central, mas ao fazermos respeitar as leis e executar as ordens, conservam certas decisões.

A descentralização é uma repartição de poderes de decisão. De um lado está o governo central, de outro os agentes locais, com relativa independência do poder central, pelo que tomam livremente suas decisões. Esse comportamento implica autonomia administrativa e, sobretudo, financeira.

Certos autores tratam federalismo e descentralização como sinônimos. No "Novo Federalismo", nos Estados Unidos, o modelo da pirâmide foi mantido, colocando-se ênfase na descentralização das operações. Reconhece-se que os ajustes regionais dentro do governo federal, a delegação de autoridade aos Estados e localidades, com o objetivo de seguir os padrões federais, deu novo impulso à descentralização. Esse sistema foi organizado como um molde não centralizado, pelo qual os poderes não eram atribuídos por níveis, mas divididos entre diferentes setores: federal, estadual e local (1).

---

(1) ROIG, Charles. *Théorie et Réalité de la Décentralisation*. *Revue Française de Science Politique*. Presses Universitaires de France, Paris, v. XVI, n° 3, junho, 1966, pp. 445/471; BURDEAU, Georges. *Traité de Science Politique*. Tomo II. *L'État*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1949, pp. 331 e ss.; CROISAT, Maurice. *TOURNON, Jean. Persistence du Fédéralisme aux États-Unis? Revue Française de Science Politique*. Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques, Paris, v. 31, n. 4, agosto, 1981, pp. 728 e ss.; BADIÀ, Juan Ferrando. *Teoría y Realidad del Estado Autónomo*, Separata de *Revista de Política Comparada*. Universidad Internacional Menéndez Pelayo, n. III, Inverno, 1980-81, p. 36; EISENMANN, Charles. *Centralisation et Décentralisation. Esquisse d'une Théorie Générale*, Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, Paris, 1948; BARACHO, José Alfredo de Oliveira. "Novos Rumos do Federalismo". *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, n° 56, janeiro, 1983, pp. 97 e ss.; MACHADO, João Baptista. *Participação e Descentralização. Democratização e Neutralidade na Constituição de 1976*. Coimbra, 1982; CADOUX, Charles. *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques. Théorie Générale des Institutions Politiques*. Cujas, Paris, 1980, 2ª ed., p. 43; KATZ, Ellis. *80.000 Governments in the American Intergovernmental System*. Center for the Study of Federalism, Temple University, Philadelphia; DUFFAU, Jean-Marie. *Avant-Propos-Federalisme et Décentralisations. Histoire et Tendances. Relation Nationale locale. Compétences. Financement. Contrôles*. Colloque France—États-Unis. Université d'Indiana, nov., 1981, *Revue Française d'Administration Publique*, Institut International d'Administration Publique, Paris, n. 21, jan./mar., 1982; FRAGA, Gabino. *Derecho Administrativo*. Porrúa, México, 1955, 6ª ed., pp. 295 e ss.

## II — Federação

O Estado federal introduziu modificação profunda nas relações jurídicas entre os seus componentes, com o surgimento de uma nova entidade que é o Estado-Membro. Várias são as teorias que procuram definir os traços característicos desse tipo de organização estatal, com a configuração dos princípios da autonomia e da participação.

Desde as primeiras indagações acerca do federalismo clássico e suas alterações, surgiram as afirmativas de que no fundo a sua realização efetiva-se através de uma descentralização elevada ao máximo. Mas existem indagações que procuram comparar e distinguir as diferenças acentuadas entre o federalismo clássico e o federalismo socialista-marxista, desde que não se apóiam nos mesmos valores. A forma ocidental assenta-se na superposição que une o Estado federal e os Estados federados, por meio de instituições e mecanismos jurídicos-precisos e essenciais, sendo que o princípio da autonomia é privilegiado, à proporção que o objetivo real e final do federalismo clássico é procurar *associar* os Estados. A Constituição soviética de 1977, art. 72, consagrando a concepção socialista-marxista coloca, ao menos formalmente, o princípio da participação efetiva das populações no desenvolvimento do Estado federal, etapa dita como essencial à evolução da sociedade socialista. Esse entendimento nem sempre aponta os dados essenciais inerentes à definição do autêntico federalismo.

O sistema federalista predomina hoje na maioria dos Estados, mesmo com regimes políticos bem diversificados. Existem aqueles que se definem formalmente como federais. Embora sejam estruturalmente unitários, utilizam esquemas de caráter federal para conciliar as várias diferenças que existem em sua comunidade. As diversas aplicações do princípio federal têm origens no sistema americano, primeiro sistema federal moderno. Esse modelo passou por várias fases. Desde 1789 até o término do período da Reconstrução, no ano de 1877, esse federalismo é descrito como a consagração de que a principal função do governo federal era servir aos Estados. Com a modificação ocorrida com a Guerra Civil, o governo federal passou a ter maior importância na definição dos objetivos nacionais comuns, principalmente na esfera dos direitos individuais. Dessa época até o início da Primeira Guerra Mundial, as mudanças surgidas naquele federalismo foram pouco significativas, apesar do atenuado aumento das funções do governo federal. Em 1913, Woodrow Wilson iniciou a era do federalismo cooperativo do século XX. Com essa orientação, o governo federal realiza novos programas cooperativos, para atender às solicitações dos Estados-Membros, bem como para atender às políticas nacionais determinadas pelo Congresso. Os Estados e o Governo federal agem através de programas mistos, para a efetivação de metas comuns.

O federalismo cooperativo teve maior significado com o *New Deal*, ocasião em que Franklin Delano Roosevelt escolheu o conceito de parceria, entretanto com a ampliação da capacidade de iniciativa do governo federal. Essas medidas procuravam a satisfação das reivindicações nacionais, de acordo com manifestação, inclusive, dos próprios Estados.

Na doutrina americana clássica do federalismo, a repartição de competência entre o Estado federal e os Estados-Membros assegura, a um e aos outros,



uma plena autonomia nos domínios que lhes são próprios. O exercício das competências federais não deve restringir o entendimento sobre as competências reservadas aos Estados-Membros. Esse princípio não evita, no entanto, uma interpenetração e interferências, sobretudo em benefício do Estado federal. As exigências de uma economia sem fronteiras, as possibilidades fiscais e o poder financeiro da União permitem o crescimento de sua atuação. Essa evolução, durante longo período, foi contida juridicamente por disposição constitucional, fixada na Emenda número X à Constituição: Os poderes que não são delegados aos Estados Unidos pela Constituição ou que não são recusados a eles pelos Estados, são reservados aos Estados respectivamente ou ao povo.

A interpretação construída pela Corte Suprema, no que diz respeito à Emenda X, impediu a União de utilizar as competências formalmente atribuídas, para regular questões puramente locais. Compreende-se que a definição judiciária de questões puramente locais é imprecisa e variável, conforme decisões célebres: *Hammer v. Dagenhart* (1917), *Schechter Poultry Co. v. United States* (1935).

A partir de 1937, a Suprema Corte reconhece a existência de uma economia nacional, inseparável das economias locais. Aceita a constitucionalidade do *National Labor Relations Act* e da lei sobre regime social. A supremacia federal exprime o caráter "nacional", geral, dos problemas políticos, econômicos e sociais.

PIERRE DABEZIES afirma: a importância do poder federal e dos poderes federados é variável, à proporção que a Constituição enumera as competências do Estado federal.

O tipo de federalismo cooperativo alcançou sua plenitude na década de 1950, aceito na teoria e na prática como o ideal para os americanos.

O aumento da participação federal, nos setores da política econômica, deu saliência ao Governo federal, relegando os Estados a um papel secundário. O papel tido pela "presidência imperial" contribui para esse crescimento do poder central. Entende-se que o impacto da presidência imperial sobre o federalismo foi limitado e misto. O aumento do número e variedade dos processos de ajuda federal tem relevante significado, influenciando em todo o sistema intergovernamental. Os novos programas de ajuda federal revelaram uma atividade direta federal-local, com a diminuição de compromissos estaduais e locais assumidos pelo Governo federal.

Apareceram mecanismos para sistematizar a colaboração intergovernamental, apesar das críticas da teoria convencional. Mesmo assim, são constantes as campanhas pelo fortalecimento dos governos estaduais e locais. A partir de 1947 deu-se o crescimento global do Governo federal, através de certos tipos de controles. A democracia federal é uma grande contribuição para o aprimoramento do pensamento democrático e do governo republicano. A efetivação do regime federativo deve ser mantida, pela consagração de princípios através dos quais os Estados-Membros adquirem a sua autonomia à proporção que têm recursos próprios para organizar seus governos e realizar sua administração. Do mesmo modo, a plenitude federativa adquire-se pela investidura dos governantes através do voto direto do povo.

A natureza competitiva do federalismo pode ser apontada em suas diversas experiências, tendo em vista o inevitável sistema baseado na divisão da autoridade entre os Estados e a Nação ou a União. Essa circunstância tem propiciado constantes litígios sobre a definição da linha divisória entre o poder dos Estados e o federal, em certos campos. Os juristas constitucionais têm focalizado a rivalidade entre os centros de governo, ao tratarem da linha divisória entre as manifestações do pluralismo inerente ao sistema federal. A cooperação tem sido considerada como a característica proeminente da Federação bem estruturada.

A propagação do federalismo ocorreu de maneira diversificada, sendo que ela se desenvolveu dentro das particularidades emergentes dos diversos regimes políticos, bem como das condições culturais, econômicas, territoriais, sociais e políticas.

A quase centenária *Federação Brasileira* reflete tendências que se desenvolveram desde o Império. RUI BARBOSA chegou a dizer:

“Eu era, senhores, federalista, antes de ser republicano. Não me fiz republicano, senão quando a evidência irrefragável dos acontecimentos me convenceu de que a monarquia se encrustara irredutivelmente na resistência à Federação.” (*Comentários à Constituição Federal Brasileira*. Saraiva, 1932, 1<sup>o</sup> v., p. 60).

A prioridade dada à Federação, na evolução das instituições políticas brasileiras, é apontada por inúmeros publicistas:

“O federalismo é, desde 1831, a mais ardente e mais generalizada aspiração do Brasil. Nos trabalhos de reforma constitucional posteriores à revolução do ano citado, chegou a adotá-lo a Câmara temporária e, se não é a resistência da Câmara vitalícia, de há muito vigorava no País. Tão acentuadas eram as tendências reformadoras no sentido da ampla autonomia provincial, que monarquistas sinceros, da ordem de Saraiva e Nabuco, preconizavam os modelos federativos, como sendo condição de salvamento para o Império, nos últimos anos dele.” (ALFREDO VARELA, *Direito Constitucional Brasileiro. Reforma das Instituições Nacionais*. Garnier, Rio de Janeiro, 1902, 2<sup>a</sup> ed., p. 41).

O unitarismo do Estado brasileiro, no período imperial, levou a concessões as idéias federativas, ao lado de pronunciamentos em favor do estabelecimento do princípio federativo. O Manifesto Republicano de 1870 foi pioneiro na conceituação da proposta federativa, ao apontar que a vasta extensão e as variadas regiões levariam ao fenômeno federativo, com severas críticas à forma unitária.

No desenvolvimento do processo democrático brasileiro, dois temas têm grande saliência: República e Federação. ASSIS BRASIL afirmou que a Federação foi a verdadeira causa da República. RUI BARBOSA recusou a pasta de ministro, convidado por Ouro Preto, porque no programa do gabinete não figurava a federalização das províncias.

Na evolução do constitucionalismo brasileiro, destaca-se a autonomia concedida aos Municípios, através da Constituição de 1824, apesar de ser eliminada na regulamentação dos dispositivos constitucionais. O Ato Adicional de 1834 outorgou poderes aos Conselhos Gerais de Províncias. As atribuições con-

feridas eram de natureza federativa, entretanto, foram atenuadas e até elididas, através da Lei de Interpretação do Ato Adicional de 1841:

“Sob o regime representativo, a nossa forma de governo é a república federativa. A Federação fora desejada no próprio sistema monárquico; e o Ato Adicional constitui uma tentativa falha, não direi da Federação, mas de um regime descentralizador.” (AURELINO LEAL. *Teoria e Prática da Constituição Federal Brasileira*, F. Briguiet, Rio de Janeiro, 1925, p. 20).

A Federação, mesmo no Congresso Imperial, teve defensores, mencionando-se até uma monarquia federativa. Pensava-se na federação como instrumento essencial da democracia real. No projeto que o Partido Liberal enviou ao Senado, em 1831, estava inscrito: O Governo do Império do Brasil será uma monarquia federativa.

A bandeira da Federação foi tão aceita que o Gabinete presidido pelo Visconde de Ouro Preto, o último de linha liberal do Império, colocou em seu programa de reformas a adoção do federalismo com monarquia.

O Brasil estava condenado a uma centralização excessiva, com influências negativas para a vida política e administrativa das províncias. O livro de TAVARES BASTOS, *A Província* (Brasília, Editora Nacional, São Paulo, 1937, 2ª ed.), pelos seus ataques ao centralismo, teve grande aceitação. A Federação, envolta com a República, preparou o País para profundas transformações de ordem política. A Federação apareceu associada e inseparável da democracia. Nos debates da Constituição a lição norte-americana era constantemente invocada, para lembrar os aspectos democráticos e autonomistas daquele sistema federativo: Federação, federalismo, ampla autonomia, descentralização administrativa e política, eram palavras constantes.

As Constituições republicanas adotaram o sistema federativo. Apesar da inclinação para a Federação, ela nasceu fraca e possibilitou vários abusos. Mesmo a consagração constitucional do federalismo não possibilitou que houvesse um melhor desenvolvimento e aprimoramento da forma de organização do Estado brasileiro. No Congresso Constituinte de 1890-1891 a preocupação acerca das premissas da Federação foi constante. Essa orientação é constatada pela circunstância de que três das onze emendas que foram aprovadas pelos constituintes, com alteração do projeto do Executivo, tratavam da autonomia estadual e da discriminação de rendas públicas:

“Durante a monarquia, as Províncias brasileiras viveram sempre asfixiadas em suas mais nobres aspirações, principalmente pela escandalosa centralização, que fazia depender do gabinete imperial a medida mais insignificante e o impulso mais leve que o progresso reclamava.”

“A Constituição republicana, é força confessar, acudiu com o remédio para tamanho mal, adotando o sistema de governo, que E. SEAMAN qualifica de *governo dualista*, pois cria para o serviço dos interesses sociais, e a defesa e proteção dos direitos dos cidadãos, dois organismos políticos e vivos, mas independentes e distintos, a saber, um que é o governo federal, e o outro que é o governo dos Estados.” (ARISTIDES A. MILTON. *A Constituição do Brasil. Notícia Histórica*,

Nessa fase de elaboração da Federação brasileira, dentre as inúmeras discussões, convém salientar a que procurou tirar do texto constitucional a palavra indissolúvel, configuradora da união permanente das Províncias do Império. Certas manifestações pela Federação propunham a admissão de que qualquer Estado poderia dissociar-se, unilateralmente, do pacto federativo:

“A expressão perpétua e indissolúvel foi objeto de crítica; pareceu ser inútil ou presunçosa; a União não teria que ficar permanente e afrontar os evos por virtude daquelas palavras, que não poderiam pear a soberania nacional; era uma frase sem efeito prático; também se argüiu que importava em compromisso de natureza absoluta, impróprio de fórmulas políticas e cuja eficácia vinha de logo desmentida pelas revoluções. Emendas apareceram para suprimir tais palavras, mas o Congresso preferiu mantê-las, e fez bem.” (JOÃO BARBALHO. *Constituição Federal Brasileira. Comentários.* F. Briguiet, Rio de Janeiro, 1924, p. 17).

Nos primórdios da vida constitucional brasileira, em 3 de novembro de 1891, Deodoro fechou o Congresso, ocasião em que teve o apoio de 19 governadores. Apenas o Pará repeliu aquela medida. Com a revolta da Armada, Deodoro renunciou à Presidência, ocupando Floriano o seu lugar. Naquela ocasião, os governadores que apoiaram Deodoro foram depostos.

Várias críticas têm sido feitas aos diversos aspectos de nossa prática constitucional e política. AMARO CAVALCANTI (*Regime Federativo e a República Brasileira*, publicado em 1900) aponta atos contrários ao regime federativo.

Desde os primeiros anos, as diferenças inter-regionais agravaram as práticas políticas da Federação, pois certos Estados temiam certos predomínios de ordem regional. Procurou-se, por intermédio da representação política, diminuir certos efeitos contrários ao federalismo implantado: representação igualitária no Senado e representação estadual mínima, de quatro Deputados, na Câmara.

As críticas à Primeira República são inúmeras. A fraude eleitoral, as oligarquias, a má aplicação das idéias federativas, a política dos governadores, constituíam fatos que desestruturavam e negavam a República e a Federação. Retirada deste estado de coisas foi a Mensagem do Presidente Campos Salles ao Congresso Nacional:

“O que querem os Estados, quer a União.”

Os excessos e desacertos da República Velha contribuíram para manifestações muito mais antifederativas, com tendências a um estadualismo deformado. A formação de hegemonias regionais passou a ser criticada, desde que nem sempre foi procurado o equilíbrio das regiões.

A Revolução de 1930, que teve a sua constitucionalização em 1934, de certa maneira, foi uma reação contra as práticas políticas e institucionais da fase anterior do republicanismo. A alternância no poder efetiva-se pela política do “café-com-leite”, desde 1894, com a predominância do Partido Republicano Paulista e do Partido Republicano Mineiro.

A Constituição de 1934 adotou o estilo de 1891, epigrafando o seu Título I, com a denominação Organização Federal:

“Toda organização política, em regime federativo-presidencial, está sujeita, exclusivamente, às normas federais e não centralizadoras, em maneira que os componentes da Federação ou União Nacional, Estados e Municípios, dessas regras se não possam afastar...” (LOPES GONÇALVES. *A Constituição do Brasil*. F. F. Editora, Rio, 1935, p. 69).

A brevidade daquela fase do constitucionalismo desencadeia-se no autoritarismo/centralizador de 1937. Período obscuro e de retrocesso, nos diversos segmentos da evolução constitucional do País. Efetiva-se a concentração total de poderes na União, com a supressão da autonomia dos Estados; era a época dos interventores nomeados. Nesse período os Estados viveram, praticamente, sob o regime de intervenção. A progressiva concentração de poderes da União foi uma constante dessa fase do sistema político nacional.

A ordem constitucional de 1946, apesar da tentativa de revitalização do federalismo, não foi suficiente para estruturar a Federação que permaneceu débil. MÁRIO MARZAGÃO e ATALIBA NOGUEIRA, membros da Comissão de Constituição em 1946, apontam as tendências unitaristas:

“Caminhamos, infelizmente, para uma centralização administrativa tão categórica que nessa marcha, dentro de pouco tempo, os últimos resquícios da federação estarão extintos” (*Anais da Comissão de Constituição*. Publicação da Imprensa Nacional, 1º vol., 1943, p. 242).

O federalismo consagrado na Constituição de 1946, apesar das críticas que lhe são endereçadas, introduziu certas novidades, inclusive no que diz respeito ao percentual de receitas tributárias da União, em favor de uma região, o Nordeste.

Para doutrinadores brasileiros, com a Constituição promulgada em 1946, houve o restabelecimento, pela Constituinte, da Federação.

Com o movimento de 1964, surgiu um regime autocrático, com a União ampliando os seus poderes, perpetração de novas maneiras intervencionistas, com a nomeação de governadores pelo poder central, numa quase recriação dos antigos interventores do Estado Novo. O fortalecimento do papel exercido pela União, no contexto federativo, transborda-se no detrimento dos Estados e Municípios:

“Acentuada tendência centralizadora se verifica a partir do movimento político-militar de 31 de março de 1964.

O Ato Institucional de 9 de abril daquele ano, depois numerado, manteve a Constituição de 1946 com as modificações por ele introduzidas. Essas alterações já indicavam o fortalecimento da União em detrimento das autonomias estaduais. Centralizava-se o poder naquela pessoa de capacidade política ao mesmo tempo que se entregava ao Presidente da República a maior parte do seu exercício.

Seguiram-se, cada vez mais concentrantes, os Atos Institucionais de nºs 2, 3 e 4, cujo teor foi, afinal, incorporado à nova Constituição,

a de 1967. Havendo albergado a filosofia inspiradora do constituinte revolucionário, esta Constituição reduziu sensivelmente a autonomia estadual e, concomitantemente, diminuiu a independência do Poder Legislativo. Pode-se dizer que a fisionomia federal do Estado brasileiro se alterou (comparando-se o regime de 1946 com o de 1967).

Mas o grau elevado de centralização se operou com a edição do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, que, juntamente com outros atos posteriormente editados, passaram a conviver com a nova Constituição que veio a lume em 17 de outubro de 1969” (MICHEL TEMER, *Elementos de Direito Constitucional*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1982, pp. 62/63).

A limitação de atuação dos Estados-Membros, agravada, no Brasil, durante os últimos anos, mostra a importância da repartição de poderes na configuração do tipo de Federação. Em certos modelos a descentralização é mais acentuada, daí que os Estados-Membros têm competências mais amplas. Referindo-se a essas relações, afirma JOSÉ AFFONSO DA SILVA:

“Sob esse aspecto, podemos concluir que a Constituição vigente, desde a redação de 1967, modificou substancialmente as relações entre União e Estados-Membros, importando: a) aumento da competência da União, às expensas, naturalmente, da autonomia dos Estados; b) ampliação dos princípios de organização político-constitucional que devem ser observados pelos Estados; c) supremacia da União em matéria econômico-financeira; d) ampliação dos casos de intervenção federal nos Estados, relacionadas as novas hipóteses a questões de segurança nacional ou econômico-financeiras” (*Curso de Direito Constitucional Brasileiro*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1984, 2ª ed., p. 51).

Com o surgimento do período de abertura política, em fase de estruturação e de definição ainda não completada, apareceram novas perspectivas para o aperfeiçoamento de autênticas instituições democráticas. Elas poderão, ainda, ocasionar uma melhor definição da Federação. Esta demanda a restauração da plenitude dos direitos políticos do povo brasileiro, com a universalização do voto, pela eleição direta, em todos os níveis da Federação.

Como assinala RAUL MACHADO HORTA, apesar das características formais do Estado federal, acolhido pela Constituição, o federalismo brasileiro está esmagado, devido a exacerbação centralizadora de poderes e de competências da União, circunstâncias que converteram o federalismo constitucional em puramente nominal e aparente.

A Federação desfigurada, pela centralização autoritária e absorvente dos poderes federais, deve, imediatamente, levar-nos a uma reconstrução federativa:

“A estrutura federal que a Constituição emendada de 1969 concebeu e projetou no plano constitucional afastou-se da concepção brasileira do federalismo republicano. O caráter conjuntural e episódico das soluções adotadas demonstram a precariedade e evidenciam a fragilidade da estrutura que se erigiu no terreno movediço, das conveniências políticas. A União tornou-se absolutista na sua ambição de poder e, para servir ao autoritarismo do Governo central, a Cons-

tituição cancelou a autonomia do Estado-Membro" (Reconstrução do Federalismo Brasileiro. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, nº 54, janeiro, 1982, p. 80).

Com as perspectivas da adoção de um federalismo autêntico, várias questões passaram a ser ventiladas. As referências a uma reforma tributária, com o objetivo de revitalizar os Estados e a própria Federação, é uma constante. Os Estados encontram-se depauperados financeiramente. A própria Federação não corresponde ao seu conceito essencial e real, trata-se de uma proclamação mais nominal.

O desenvolvimento de uma economia, que é cada vez mais nacional, gera, normalmente, o crescimento dos poderes federais. Muitos serviços, considerados locais, foram transferidos para a União.

Os ideais federativos, em toda a evolução das diversas fases do constitucionalismo brasileiro, estão ligados às liberdades públicas. Com as novas perspectivas do *discurso intervencionista* nas Constituições brasileiras, o tema da Federação toma novas e profundas implicações, pelo que qualquer projeto de sua reforma não pode contentar-se na reforma tributária (WASHINGTON PELUSO ALBINO DE SOUZA. "O discurso intervencionista nas Constituições brasileiras". *Revista de Informação Legislativa*. Senado Federal, jan./mar. 1984, a. 21, n. 81, pp. 323 e ss.).

Nos últimos anos, a Federação foi duramente atingida. É recente a modificação na escolha dos governadores que vinham sendo impostos, segundo critérios adotados pelos regimes unitários. A projeção na teoria e na prática do ideal federativo vem sofrendo desvios que dificultam sua autêntica elaboração. A necessidade de preservar a Federação, desrespeitada pelo poder central e enfraquecida pela desigual distribuição das rendas nacionais, mostra a importância de seu reexame.

Em vários estudos que examinaram a importância e a perspectiva do Estado federal, vêm surgindo novas indagações no que diz respeito ao relacionamento do federalismo com a dimensão regional. Os estudos de PAULO BONAVIDES levam à proposta do federalismo regional. Pretende a criação da autonomia regional, como um meio capaz de cicatrizar a ferida centralizadora e estatizante. Menciona as Regiões Metropolitanas de São Paulo, Belo Horizonte, Porto Alegre, Recife, Salvador, Curitiba, Belém e Fortaleza, criadas pela Lei Complementar nº 14, de 8 de junho de 1973, bem como os entes regionais estabelecidos, nos últimos anos, principalmente a SUDENE, SUDAM, SUFRAMA, SUDECO e SUDESUL, superintendências do desenvolvimento planejado, como manifestações próprias para fixação do federalismo regional. Para elas propõe a institucionalização de nova autonomia no horizonte constitucional. A adoção de Estatuto de Autonomia das Regiões seria a base, para o surgimento de um federalismo de bases regionais.

O federalismo das regiões é tido como um remédio para as tensões regionais e intra-regionais, por intermédio de uma representatividade regional institucionalmente formulada. Esse modelo federativo é proposto tendo em vista o quadro político-econômico. Critica-se a teoria federativa clássica, frente às novas fórmulas de planejamento econômico. Pensa-se conciliar o equilíbrio, coordenação, harmonia, consentimento, pluralismo do federalismo das au-

tonomias, com as regiões. Na sua defesa pela criação de um quarto nível de governo, PAULO BONAVIDES critica a sistemática atual do ICM, no que a sua sistemática acentua o desnível econômico entre os Estados produtores e os Estados regionais, terceiro nível de estabilidade da comunhão federativa. A refermos para os primeiros.

Esta indicação de reforma federativa em bases regionais levanta a possibilidade do surgimento de três entes a compor politicamente uma Federação tridimensional, para substituir o esquema clássico do federalismo dual: Estado-Membro, Estado regional e o Estado federal propriamente dito. Com a elaboração da teoria desse federalismo regional, as regiões se converteriam em Estados regionais, terceiro nível de estabilidade da comunhão federativa. A refederalização do Estado brasileiro teria, como primeiro passo político e jurídico para um federalismo das regiões, a aceitação do Estatuto de Autonomia para o Nordeste, que para esse autor é tão importante quanto a redemocratização plena da sociedade brasileira (PAULO BONAVIDES, *O Planejamento e os Organismos Regionais como Preparação a um Federalismo das Regiões. Reflexões: Política e Direito*. Rio de Janeiro, Forense, 1978, 2ª ed., pp. 78 e ss.).

A reformulação da Federação demandará maior participação dos Estados-Membros e dos Municípios. As questões de índole regional, para maior equilíbrio do todo nacional, dão particularidades ao mesmo problema, em razão da existência de espaços com diferentes estágios de desenvolvimento, que apontam a necessidade da descentralização das decisões, sem prejuízo de um desenvolvimento integrado, devido as desigualdades inter-regionais. O federalismo, que deverá surgir dentro de um clima de plenitude democrática, terá que reduzir as disparidades inter-regionais, através da instituição de adequada discriminação de rendas públicas.

A centralização implantada pelo autoritarismo, no Brasil, nos últimos anos, sem atingir os objetivos de um planejamento que pudesse indicar alguns aspectos das diferenciações entre as diversas regiões, fez com que os Estados-Membros e Municípios vissem agravados os seus problemas, sem possibilidade de resolvê-los.

A democratização da sociedade brasileira depende de importantes transformações que erradiquem o autoritarismo dominante. A estruturação do *novo federalismo brasileiro* exige sua definição por Assembléias Constituintes a nível federal e estadual, com determinação precisa do tipo escolhido. Como fórmula de relacionamento intra-estatal, deverá corrigir o altíssimo grau de centralização atingido pelo Estado brasileiro, para formalizar mecanismos adequados de descentralização. Competência do centro e competências das coletividades-membros deverão ter uma definição constitucional exata. A participação das coletividades menores na revisão da Constituição será um dos elementos fundamentais para a efetivação da Federação.

Torna-se necessária uma interpretação dinâmica do federalismo, através de um processo democrático estável, eficiente e moderno. A organização e estabilidade da República brasileira, sob a forma de Federação, depende da repartição de competências, da harmonia de poderes entre os entes que a compõem, através de um jogo coordenado e normal dessas entidades. A pluralidade que concorre para o estabelecimento de um poder estatal federal congrega certas matérias constitucionais, com o reconhecimento das coletividades particulares. Sua base está nas relações fixadas entre o Estado federal e os Estados-



Membros. Baseado em uma Constituição, e não em um Tratado, deve levar em conta as diferenças específicas de seus componentes. A unidade e a diversidade supõem a sua efetivação.

Como princípio básico da estrutura constitucional do Estado brasileiro, a forma federativa está ligada ao sistema republicano e ao representativo. A Federação deve partir para a definitiva conciliação com a multiplicidade de interesses que têm as unidades territoriais que gozam de autonomia política e administrativa, através da efetiva capacidade de auto-organização, autogoverno e auto-administração. As particularidades inerentes ao atual processo político brasileiro, ao pretender sair de um longo período centralizador, encontra diversas facetas no que diz respeito às transformações do federalismo, particularidades que devem ser observadas na definição do modelo de Federação, própria ao nosso meio:

“Nos principais Estados federais do mundo contemporâneo, nota-se a tendência para a concentração de poderes na União. É consequência de muitas causas políticas e econômicas, sobressaindo ora estas, ora aquelas, conforme o Estado examinado, mas a linha constante é a do crescimento do governo central. Paralelamente a essa tendência, pode afirmar-se que nunca tivemos tanto governo como agora, em quaisquer níveis — federal, estadual ou municipal.” (ORLANDO M. CARVALHO. *Relações financeiras da União com outras órbitas de governo*, em obra coletiva, *Perspectivas do Federalismo Brasileiro*. Estudos Sociais e Políticos, Edições da Revista Brasileira de Estudos Políticos, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 2, p. 79).

Na evolução do processo centralizador dos últimos anos, no Brasil, convém destacar que a prática indiscriminada dos decretos-leis tem sido, também, forma abundante de usurpação de competências estaduais, pela União. A technocracia e o planejamento não democrático são outros propulsores de novas restrições à Federação, que vêm acompanhando, de certa maneira nominalmente, o processo constitucional republicano <sup>(2)</sup>.

(2) BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral do Federalismo*. FUMARC/UCMG, Belo Horizonte, 1982; *idem*, Novos Rumos do Federalismo. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 56, janeiro, 1983, pp. 97 e ss.; *idem*, O Projeto Político Brasileiro e as Eleições Nacionais, n. 57, 1983; HORTA, Raul Machado. *A Autonomia do Estado-Membro no Direito Constitucional Brasileiro*. Belo Horizonte, 1964; *idem*, Problemas do Federalismo Brasileiro. *Digesto Econômico*, n. 140, mar./abr., 1958, pp. 9 e ss.; MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo III. *Estrutura Constitucional do Estado*. Coimbra Editora, 1982, pp. 216 e ss.; MENDONÇA LIMA, Nailê Russomano de. Do Estado Federal: Importância e Perspectiva. *Advogado*. Publicação do IARGS/ Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul, a. I, n. I, jan./mar., 1984, pp. 49 e ss.; SPOTA, Alberto Antonio. *Confederación y Estado Federal*. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1976; FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Poder Constituinte do Estado-Membro*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1979; MELLO, José Luiz de Anhaia. *O Estado Federal e as suas Novas Perspectivas*. Max Limonad, São Paulo, 1960; CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *A Federação no Sistema Constitucional em Estudos sobre a Constituição de 1967 e sua Emenda nº 1*. FGV — Instituto de Documentação, Editora da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 1977, pp. 25 e ss.; BRITO, Luiz Navarro de. Um Estudo sobre a Federação Brasileira. *Revista de Direito Público e Ciência Política*. Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, v. VII, n. 3, set./dez., 1964, pp. 43 e ss.; BARROSO,

(continua)

### III – O Município

A liberdade e a autonomia municipais são condições essenciais para a efetivação do processo democrático descentralizado. A noção do Município, e da sua autonomia, está intimamente ligada à compreensão da Federação. Muitos dos estudos sobre Município, no Brasil, passam sobre o exame das instituições municipais na península ibérica. No Brasil, a história municipal tem início com a Constituição do Império (1824) e a Lei Regulamentar, de 1º de outubro de 1828. Antes, o que havia era o Município português para aqui transplantado, importado da Metrópole, regido por suas leis. A Lei de 1º de outubro de 1828 era considerada como opressora das liberdades municipais. Em 1834, com a votação do *Ato Adicional* à Constituição, pensou-se que as idéias descentralizadoras conduziriam à completa emancipação das Câmaras Municipais:

“De modo que o Ato Adicional foi encarado e discutido (e ainda hoje o é) como um documento de contradição histórica, quando, em verdade, ele constituiu a mais legítima eclosão das tendências federativas, de base provincial, cujos traços mais salientes se encontram nas tentativas anteriores e, muito expressivamente, nos próprios debates da Constituinte dissolvida em 1822.”

“Dominada pelas doutrinas que a revolução americana pusera em circulação, a memorável assembleia de 34 traduziu uma *aspiração brasileira*, deixando em plano secundário, sem todavia hostilizar, a fórmula liberal da tradição portuguesa, que era o municipalismo.” (José

(continuação da nota 2)

Luis Roberto. *Direito Constitucional Brasileiro: O Problema da Federação*. Forense, Rio de Janeiro, 1982; CÂMARA, Maria Helena Ferreira da. O Conceito Moderno de Federação. *Revista de Informação Legislativa*. Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, Brasília, a. 18, n. 71, jul./set., 1981, pp. 23 e ss.; BONAVIDES, Paulo. O Federalismo e a Revisão da Forma de Estado. *Revista Forense*, 1973; BITAR, Orlando. Federalismo e Centralização. *Revista de Direito Administrativo*. Fundação Getúlio Vargas, março, 1974; MENEZES, Djacir. Federalismo e Centralização. *Revista de Ciência Política*. Fundação Getúlio Vargas, março, 1974; DABEZIES, Pierre. *Cours de Droit Constitutionnel et d'Institutions Politiques*. Les Cours de Droit, Paris, 1979-1980, pp. 635/636; MOUSKHELI, M. *La Théorie Juridique de l'Etat Fédéral*. A. Pedone Éditeur, Paris, 1931; SCHWARTZ, Bernard. *Los Poderes del Gobierno. Comentario sobre la Constitución de los Estados Unidos*. I. *Poderes Federales y Estatales*. Trad. de JOSÉ JUAN OLLOQUI LABARTIDA. Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1966, v. I, pp. 101 e ss.; PINTO, Roger. *La Crise de l'Etat aux Etats-Unis*. Librairie Générale de Droit & Jurisprudence, Paris, 1951; SCHWARTZ, Bernard. *American Constitutional Law*. At the University Press, Cambridge, 1955; TEMER, Michel. Considerações sobre o Estado Federal. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*. Centro de Estudos, São Paulo, nº 16, junho, 1980, pp. 289 e ss.; DALLARI, Dalmo de Abreu. *Novos Pólos Administrativos Ajetando a Federação Brasileira*, em *As Tendências Atuais do Direito Público*. Forense, Rio de Janeiro, 1976, pp. 65 e ss.; idem, *Os Estados na Federação Brasileira, de 1891 a 1937*. III Congresso Brasileiro de Direito Constitucional, Belo Horizonte, 1982; AUBERT, Jean-François. Essai sur le Fédéralisme. *Revue de Droit Public et de la Science Politique*, LGDS, Paris, n. 3, mai./jun., 1963, pp. 401 e ss.; BONAVIDES, Paulo. O federalismo e a revisão da forma de Estado. *Revista de Informação Legislativa*. Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, Brasília, n. 37, jan./mar., 1973, pp. 21 e ss.; TAVARES, Ana Lúcia de Lyra. O Estado federal numa visão comparativa. *Revista de Ciência Política*. Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, v. 24, n. 2, maio/ago., 1981, pp. 81 e ss.; BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Natureza Jurídica do Estado Federal*. Publicação da Prefeitura do Município de São Paulo, 1948.

DE CASTRO NUNES. *Do Estado Federal e sua Organização Municipal*. Editores Ribeiro & Maurillo, Rio de Janeiro, 1920, pp. 45-46).

A autonomia do Município é restrita aos assuntos localizados dentro de sua área territorial, dentro de seu exclusivo e único interesse. Essas noções correlatas compreendem a faculdade de se admitir por si, ou autonomia genericamente compreendida, e a delimitação da esfera de ação municipal. A Constituição determinou que os Estados assegurassem aos seus Municípios autonomia em tudo que dissesse ao seu peculiar interesse. Estão eles subordinados, desde a sua criação e organização, às leis do Estado.

Pela Lei de 1º de outubro de 1828, o conceito político da Constituição, no que diz respeito às liberdades municipais, ficou reduzido, transformou as Câmaras em corporações administrativas, por definição da lei regulamentar do preceito constitucional.

A cláusula municipalista na Constituinte, acerca da autonomia municipal, veio do projeto da comissão nomeada pelo Governo provisório. Pelo art. 82, § 2º, dava-se aos Municípios o direito de eleger os funcionários do seu governo ou administração. No que toca à organização dos poderes municipais, a franquia era grande, pois seriam eleitas as autoridades.

A importância do Município para a vida democrática vem assim expressa, em livro escrito em 1883:

“Para convencer que a liberdade municipal é condição elementar de todas as outras, bastaria refletir que, onde não tem o povo a franqueza de reger por si os negócios que mais de perto lhe interessam, falta-lhe também a virilidade precisa para exercer com estímulo qualquer dos outros direitos. Dê-se ao Município a posse de si mesmo, e ele saberá incutir no espírito público o sentimento do dever e da responsabilidade que tornam o civismo espontâneo e resistem a todo o gênero de opressões.” (JOÃO DE AZEVEDO CARNEIRO MAIA. *O Município. Estudos sobre Administração Local*. Tip. de G. Lenzinger & Filhos, Rio de Janeiro, 1883, p. VII).

A liberdade política efetiva-se pela investidura do cidadão em todas as formas de atividades garantidas pela Constituição. Ela deixa de existir, sem a plenitude dos direitos elementares que se resolvem no governo local. Onde existem as regalias locais, como na Inglaterra, na Suíça, no Canadá e nos Estados Unidos, a satisfação dos direitos é a mais ampla. Os centralizados impedem a diversificação, o pluralismo, a espontaneidade e a liberdade.

O municipalismo é uma forma primária de atividade social, que, efetivando-se em larga esfera das relações morais e políticas, contribui para aprimorar as instituições.

O constitucionalismo brasileiro, ao consagrar a Federação, não poderia ficar indiferente à autonomia do Município. A Constituição de 1891 fixou a tese da autonomia municipal:

“Os Estados organizar-se-ão de forma que fique assegurada a autonomia dos Municípios, em tudo quanto respeita ao seu peculiar interesse” (art. 68).

Apesar da aceitação constitucional, no Brasil, o Município não se transformou em uma escola de liberdades democráticas.

Também não faltaram críticas a uma individualidade anatômica do Município ou a uma autonomia completa (TOBIAS BARRETO. *Estudos de Direito. Estado de Sergipe*, v. II, 1926, p. 138; OTO PRAZERES. *As Relações da União com os Estados e os Municípios*. Imprensa Nacional, Rio, 1942, p. 15).

PEDRO LESSA, tratando da autonomia municipal, através da interpretação do art. 68 da Constituição federal, afirma que o texto contém uma regra e uma exceção. A regra está no artigo mencionado. A exceção abre-se no art. 67, combinado com o art. 34, nº 30. Compreende que, em relação aos demais Municípios o princípio constitucional é este: autonomia em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse. Autonomia significa autogoverno (self government). Após promulgada a lei de 1º de outubro de 1828, tentaram alguns políticos do Império criar intendentess ou prefeitos, nomeados ou designados pelo governo central, ou pelos presidentes das Províncias. Em 1856 o Deputado Cândido Borges apresentou um projeto de lei, criando o cargo de administrador municipal, para o exercício das funções executivas municipais, tendo cuidado, devido ao princípio da autonomia, de propor que ele fosse nomeado dentre os vereadores eleitos. Mesmo no Império, não se conseguiu a aprovação de projeto de lei, confiando ao poder central ou aos presidentes das Províncias a nomeação de prefeitos, ou intendentess ou administradores municipais. Entendeu-se a medida contrária aos interesses locais, ao princípio da autonomia municipal, bem como da restrita autonomia municipal da lei de 1828 e do Ato Adicional. Entendia-se que a nomeação pelo governo, dos presidentes das Câmaras e dos agentes executivos falsearia o sistema municipal, com a introdução de agente do poder central. Colocaria as municipalidades na alternativa de um antagonismo entre os eleitos do povo e os agentes do governo, com uma dependência servil para com os últimos. Para PEDRO LESSA, ao Município não interessa apenas a elaboração das leis, sendo-lhe estranha a execução:

“Resta verificar se nas discussões da Assembléia Constituinte algum subsídio se depara aos que sustentam ter querido aquela assembléia mutilar de modo tão surpreendente a autonomia municipal, entregando o Poder Legislativo ao Município e o Executivo aos agentes do presidente do Estado: isto é, dividindo tudo o que respeita ao peculiar interesse do Município, na linguagem do texto constitucional, em duas partes, para confiar a mais relevante aos funcionários nomeados por um poder estranho” (*Reforma Constitucional*, Editora Brasileira Lux, Rio de Janeiro, 1925, pp. 72/73).

Dos *Anais do Congresso Nacional*, vol. 2º, pp. 198 a 219, vê-se que a Constituição promulgada pelo Governo Provisório, no art. 67, dizia:

“Os Estados organizar-se-ão por leis suas, sob o regime municipal, com estas bases: 1º — a autonomia do Município, em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse; 2º — eletividade da administração local.”

A eletividade da administração local e a completa autonomia em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse, é uma constante nessa fase da discussão da Federação.

Não se entende que o Congresso Constituinte tenha eliminado a *eletividade* da administração municipal. Na linguagem jurídica, o que se denominava como

*administração municipal* era principalmente a Câmara Municipal, tida como uma corporação administrativa.

Com a Constituição de 1934, procurou-se assegurar autonomia política aos Municípios, com a eletividade do prefeito e vereadores da Câmara Municipal, permitindo a eleição daquele por essa (art. 13, I); a decretação dos seus impostos e taxas, arrecadação e aplicação de suas rendas (art. 13, II); a organização dos serviços de sua competência (art. 13, III). Nas capitais e estâncias hidrominerais, o prefeito poderia ser de nomeação do Governo. Os Estados podiam criar um órgão de assistência técnica à administração municipal e de fiscalização das finanças. Essas medidas afetam a conceituação de autonomia, desde que essa decorre da organização livre de seu governo: prefeito e Câmara Municipal (ORLANDO M. CARVALHO, *Problemas Fundamentais do Município*, Brasileira, São Paulo, 1937).

Com o texto de 1937, principalmente devido a política decorrente do movimento implantado pelo Estado Novo, a Federação passou por outra séria crise, com profundo sistema autoritário e centralizador. Apesar do procedimento adotado, a Constituição de 10 de novembro determinava:

“Os Municípios serão organizados de forma a ser-lhes assegurada a autonomia em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse, e especialmente: a) à escolha dos vereadores pelo sufrágio direto dos munícipes alistados eleitores na forma da lei; b) à decretação dos impostos e taxas atribuídas à sua competência por esta Constituição e pelas Constituições e leis dos Estados; c) à organização dos serviços públicos de caráter local” (art. 26).

Conservou-se a eletividade dos vereadores, mas a Constituição de 1937 consagrou o princípio da nomeação do prefeito, excluindo as divergências doutrinárias que ocorreram entre os constitucionalistas na primeira república. A tese da constitucionalidade de leis que aceitavam a nomeação dos prefeitos foi admitida por VIVEIROS DE CASTRO, ALCIDES CRUZ, EPITÁCIO PESSOA, MURINHO, COUTO SARAIVA e BOCAIÚVA. Posição contrária, defendendo-lhe a inconstitucionalidade, tomaram PEDRO LESSA, RUI BARBOSA, AMARO CAVALCANTI, BENTO DE FARIA, CARLOS MAXIMILIANO (AGENOR DE ROURE, *A Constituição Republicana*, Imprensa Nacional, 1920, vol. 2).

A Federação ficou assentada, nesse período, apenas, através da proclamação formal do artigo 3º, da Constituição. O Município, devido ao sistema de centralização política e administrativa, sofreu a influência do processo autoritário.

Surgiram, nessa época, zonas econômicas. O artigo 29 da Constituição fixou a matéria:

“Os Municípios da mesma região podem agrupar-se para instalação, exploração e administração de serviços públicos comuns. O agrupamento, assim constituído, será dotado de personalidade jurídica limitada a seus fins.”

Vê-se esboçar, entre o Município e o Estado, nova configuração política, na qual os autores percebem as primeiras imagens da *Região* e das *Áreas Metropolitanas*.

A feição centralizadora dessa Carta, inspirada no intuito de fortalecer o Executivo, refletiu na organização municipal, num verdadeiro regresso ao sistema adotado nas antigas Províncias. O texto de 1937, para satisfazer aos interesses da continuidade do governo pessoal, só foi aplicado em parte. No que diz aos Municípios, também, não vigorou.

O prolongamento do regime autoritário, até a Lei Constitucional nº 9, de 28 de fevereiro de 1945, não permitiu o florescimento da Federação. A Lei Orgânica dos Estados e Municípios, isto é, o Decreto-Lei nº 1.202, de 8 de abril de 1939, alterado pelo Decreto-Lei nº 5.511, de 21 de maio de 1943, continuaram em vigência. A utilização do decreto-lei teve como objetivo manter a centralização. Estados e Municípios perderam as características da autonomia, absorvidas que foram pelo crescimento do Executivo presidencial, com o atrofiamiento das funções legislativas. O Decreto-Lei nº 1.202 do texto constitucional preservou, apenas, a competência tributária dos Municípios e a ineligibilidade dos Prefeitos, transformados em prepostos dos interventores. Não havia propriamente Municípios, compreendidos como entes dotados de governos autônomos. Eram meras autarquias territoriais, obedientes à estrutura centralizadora do governo.

A redemocratização ocorrida com a queda do autoritarismo implantado em 1937 viria colocar a Federação no centro dos debates políticos e constitucionais. A Assembléia Nacional Constituinte de 1946 iria possibilitar a discussão de novas teses: desconcentração do poder político; descentralização do sistema administrativo; retração do Executivo às justas proporções, de acordo com o sistema de harmonia dos poderes coordenados; recuperação, por parte dos Estados-Membros e dos Municípios, de sua legítima competência para a constituição de seus poderes legais.

A Constituição de 1946 é considerada a mais municipalista das Constituições brasileiras. Diversos dispositivos passaram a dar importância à Federação, pelo que essa orientação teria transcendental repercussão na área do Município:

“A Constituição de 1946 é, sem dúvida, a mais municipalista de quantas Constituições já conheceu o Brasil, havendo, por inspiração dos modelos políticos contemporâneos, dado ao Município o relevo que, de fato, merecia.

Havendo revigorado a autonomia dos Estados-Membros, fê-lo, contudo, com enfraquecimento tributário em prol dos Municípios, sobre os quais aqueles já não poderão exercer a mesma faculdade de fiscalização e controle. Aliás, no tocante à organização municipal, não deu a Constituição de 1946 aos Estados-Membros maior liberdade, como o fizera o regime instaurado em 1891.

Pelo art. 7º, inciso VII, letra e, facultou-se à União federal intervir nos Estados, a fim de os compelir a observância do princípio da autonomia municipal.

Assim sendo, restabeleceu-se, em sentido amplo, a autonomia dos Municípios, que se fortaleceram economicamente, através da revisão do regime tributário, em detrimento dos Estados.

A nova Constituição adotou com felicidade critérios úteis de discriminação dos elementos característicos da autonomia municipal. Isso

já se tinha, aliás, concretizado desde 1934, a tal ponto que, desde aquela época, já muitos consideravam a Federação brasileira como uma verdadeira trilogia, constituída da União, dos Estados e dos Municípios" (A. MACHADO PAUPERIO. *O Município e seu Regime Jurídico no Brasil*. Distribuidora Record Editora, Rio de Janeiro, 1959, pp. 69/70).

A crise institucional implantada pelo regime de 1964 desfigurou a Federação, com salientes conseqüências na autonomia do Município. Apesar de permanecer na Constituição de 1967 e na Emenda de 1969, é difícil configurar a Federação, nos últimos anos da evolução do regime político brasileiro. A partir de 1967 ocorreu a perda da autonomia municipal, aguçando-se, especialmente, na distribuição das arrecadações tributárias.

O parágrafo único do art. 8º da Constituição emendada reduziu a competência supletiva dos Estados em legislar sobre vários assuntos, ali mencionados, não prevendo competência supletiva do Município em nenhuma hipótese. Deve ele alicerçar-se na lei federal e na lei estadual, sendo que esta, na maioria das vezes, preenche apenas as lacunas da primeira. A ausência de legislação coloca o Município incapaz de defender os interesses de sua comunidade.

O art. 15, ao definir a autonomia municipal, assegura: a) a eleição direta de prefeito, vice-prefeito e vereadores; b) administração própria, no que se refere ao seu peculiar interesse, mormente quanto à decretação e arrecadação dos tributos de sua competência, à aplicação de suas rendas e à organização dos serviços públicos locais.

Nos últimos anos, várias medidas tiveram como fundamento restringir a autonomia dos Municípios. Nos termos da Constituição de 1967, art. 16, § 1º, alíneas a e b, suprimiram-se as eleições para: a) os prefeitos das Capitais dos Estados e dos Municípios considerados estâncias hidrominerais em lei estadual; b) os prefeitos dos Municípios declarados de interesse da segurança nacional, por iniciativa do Poder Executivo.

O Projeto de Lei nº 13, de 1968, submetido ao Congresso Nacional pelo Poder Executivo, declara de interesse da segurança nacional, nos termos do art. 16, § 1º, alínea b, da Constituição, 68 Municípios, situados uns na "faixa de fronteira" e outros "na orla marítima".

A Emenda Constitucional nº 1, de 1969, apenas deu nova numeração ao *caput*, que passou a ser o artigo 15. Permaneceu, com exceção do inciso I, com a mesma redação. A Emenda Constitucional nº 8, de 1977, deu redação diferente ao item I do artigo 15.

Não se pode falar que a autonomia do Município brasileiro está consagrada, integralmente, pela atual Constituição. Permaneceram as restrições para as estâncias hidrominerais e aos Municípios declarados de interesse da segurança nacional (art. 15, § 1º, alíneas a e b).

A intervenção nos Municípios é medida excepcional, de competência dos Estados-Membros, conforme definição da Constituição do Estado. Os casos de intervenção são taxativamente enumerados na Constituição da República, de conformidade com o disposto no § 3º do artigo 15.

A criação do Município cabe aos Estados-Membros, observados os requisitos mínimos de população, renda e forma de consulta às populações interessadas, estabelecidos por lei complementar federal (Constituição da República, art. 14; Lei Complementar nº 1, de 9-11-1967).

A organização dos Municípios é da competência do Estado-Membro, de conformidade com as normas de uma lei básica, denominada *Lei Orgânica dos Municípios*. Apenas o Rio Grande do Sul adotou o sistema de *Carta Própria*, pela qual cada Município promulga sua lei orgânica. Convém ressaltar que os princípios gerais da organização municipal estão inscritos na respectiva Constituição. Cabe à lei orgânica desenvolvê-los e regular os pormenores da organização.

Os recursos financeiros dos Municípios são originários das seguintes fontes: a) tributos que lhes são constitucionalmente discriminados, compreendendo impostos, taxas e contribuições de melhoria; b) participação em receitas de impostos federais e estaduais; c) rendas de seus bens e serviços, compreendendo preços públicos, preços quase públicos e preços privados.

A Constituição, com a Emenda de 1969, em seus artigos 24 e 18 discrimina os tributos atribuídos aos Municípios: I) impostos sobre: a) propriedade predial e territorial urbana; b) serviços de qualquer natureza não compreendidos na competência tributária da União ou dos Estados, definidos em lei complementar (art. 24); II) taxas, arrecadadas em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização efetiva ou potencial de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados por ele ao contribuinte ou postos à disposição deste (art. 18, nº I); III) contribuição de melhoria, arrecadada dos proprietários de imóveis beneficiados por obras públicas locais, que terá como limite total a despesa realizada (art. 18, nº II, alterado pela Emenda Constitucional nº 23, de 1983).

A participação do Município na receita de impostos da União e do Estado-Membro é determinada pelo artigo 25: a) Fundo de Participação dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios; b) Fundo de Participação dos Municípios; c) Fundo Especial.

Algumas modificações têm ocorrido na sistemática municipalista, no que diz respeito ao planejamento municipal. Este é da competência do Município e deve expressar-se no "Plano Diretor de Desenvolvimento Integrado" (PDDI). Visa definir a política de desenvolvimento do Município, dentro de diretrizes fixadas pelos programas de ação do governo local, através da consolidação de um processo permanente de planejamento municipal: social, econômico, territorial e administrativo.

A insuficiência tributária dos Municípios é uma constante na análise desses temas, desde que se reconhece que o problema da autonomia municipal está ligado, diretamente, ao problema de rendas. Sem meios financeiros adequados é impossível a organização dos serviços de seu peculiar interesse. De há muito, ressalta-se que a percentagem da renda do Município no cômputo da renda geral tem alcançado níveis extremamente baixos. A insuficiência tributária dos Municípios é verificável em todo o curso do regime republicano.



Entendem alguns que, para diminuir os efeitos da redução de competência tributária de Estados e Municípios, procurou-se aprimorar o sistema de rendas partilhadas, com a instituição do Fundo de Participação dos Estados e Municípios. A receita obtida por meio dos Fundos, em parte, tem vinculação direta com certos tipos de gastos, sendo que o Tribunal de Contas da União realiza o seu controle.

Ao integrar o Município na estratégia do desenvolvimento, o I Plano Nacional de Desenvolvimento Econômico (PND), de 1972-1974, possibilitou reflexões sobre a sua posição na Federação, bem como sobre o princípio da autonomia municipal. Como conciliar esses novos mecanismos de intervenção com o direito de se reger por suas próprias leis. No mesmo sentido, o II Plano Nacional de Desenvolvimento pautou a sua conduta (FERNANDO WHITAKER DA CUNHA, *Direito Político Brasileiro. A Estrutura Constitucional*. Forense, Rio de Janeiro, 1978, p. 190).

As relações intergovernamentais que promovem articulações entre o Estado e o Município, ao lado das investigações acerca dos processos entre o Município e o Governo federal, têm grande alcance no que diz respeito aos rumos da Federação.

As modalidades de articulação entre o Governo federal e o Município, para implementação de serviços em benefício da comunidade; a forma como são tomadas as decisões de programas a nível municipal, com o objetivo de verificar em que medida o Município tem influência; a difusão dos programas federais a nível municipal; os instrumentos de formalização utilizados para concretizar a participação das duas esferas de governo; o tipo de atuação predominante, normativa e executiva; em que setores a execução dos serviços resultantes desses programas ainda se encontra centralizada nas mãos do governo federal, são questões que têm detidas meditações.

As modificações ocorridas no sistema político a partir de 1964, ampliadas pela absorção do Governo federal de número crescente de funções, a institucionalização do planejamento como forma de estabelecer e compatibilizar as prioridades nacionais, geraram imensa concentração de poder a nível federal, com acentuadas conseqüências nas relações entre União, Estado-Membro e Município. O esvaziamento dos poderes e funções dos Legislativos federal e estaduais, em benefício do Executivo, levou ao decréscimo da importância dos representantes eleitos pelo povo. O Município perde sua importância no processo decisório federal e estadual. A orientação do Governo federal assenta-se na descentralização da execução, com a transferência das responsabilidades a cargo da esfera federal para outros níveis de governo.

Os Municípios, por não possuírem base econômica para sustentar, com recursos próprios, os gastos locais, tornam-se dependentes das transferências federais. O Governo federal passou a exercer o comando direto da política econômica e a controlar as metas do desenvolvimento econômico, sem a necessidade de consultar outras esferas de poder.

Como peça básica da democracia, o Município não foi assim considerado, em várias fases do sistema constitucional e político brasileiro. A Federação

brasileira, apesar do lugar dado ao Município, no que diz respeito à autonomia política e à discriminação constitucional de competências, não efetivou as características principais de sua implantação. O Município possui poderes enumerados, mas o tratamento especial, que a sistemática constitucional lhe dispensa, traduzido na autonomia municipal, não lhe impediu, efetivamente, de ser um ente subalterno. Faltam-lhe liberdade administrativa e independência econômica.

A plena autonomia deve ser adquirida pelos Municípios. Mais grave ainda é a impossibilidade de parte dos Municípios elegerem seus prefeitos. Esses Municípios, muito mais do que os outros, têm autonomia imperfeita e limitada. A restauração da autonomia política dos Municípios, das capitais dos Estados e de outros mencionados anteriormente, é um imperativo da democratização.

A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº 1, apesar de ampliarem a matéria municipal nos textos apontados, impuseram restrições ao princípio da autonomia municipal.

Com a redemocratização, os temas Federação, Município e descentralização, impregnam os debates políticos e constitucionais. Clama-se por uma revisão da repartição das receitas públicas, ampla e profunda, para que Municípios e Estados saiam da dependência financeira e política da União.

O revigoramento da Federação, o crescimento do dinamismo das administrações municipais, o desenvolvimento regional e local necessitam de novas orientações e práticas. A tendência centralizadora de após 1964 alterou até a distribuição de certas funções governamentais. Serviços tradicionalmente municipais, mediante convênios, foram transferidos para outras esferas de poder, sem qualquer fundamentação legal. Utiliza-se, para batizar o fenômeno, da expressão *desmunicipalização* dos serviços públicos. Níveis supramunicipais de governo aparecem sem fórmulas definidas de institucionalização.

Os Municípios são instrumentos institucionais essenciais ao processo de democratização, possibilitam, pela aproximação, maior vivência coletiva local, com repercussões em outros níveis da estrutura governamental.

É necessário reestudar a repartição de competências, atualmente em vigor para que ocorra maior descentralização. A Constituição federal delimita para os Municípios a área de atuação privativa, com fortes repercussões para o exercício da autonomia municipal. A ampliação da competência municipal não esgota todas as possibilidades da municipalização. A preservação da autonomia não impede o estabelecimento de relações intergovernamentais cooperativas. Por via de convênios podem os Estados e a União obter a participação dos Municípios na execução de obras e na prestação de serviços. No estabelecimento da participação municipal, as esferas de governo ampliam, normalmente, maior participação no processo. Nesse sistema de participação, no Brasil, muitas vezes são os Municípios que transferem recursos para os Estados, para que mantenham serviços de sua competência.

É natural que a municipalização seja instrumento de aproximação entre governo e comunidade. Em certas ocasiões ocorre a desconcentração, de natureza administrativa; em muitos lugares são criadas Regiões Administrativas e até Distrito Regional.

Em sentido de municipalizar, descentralizar implica transferir funções de um dos níveis de Governo para o municipal. Deve-se reconhecer que o Município é uma unidade de descentralização. A falta de recursos financeiros e técnicos dificulta até o cumprimento de exigências legais na área do orçamento, contabilidade e prestação de contas.

Nos últimos tempos, em debates sobre o sistema tributário nacional e a concentração de poder, ressalta-se que a organização político-administrativa do Estado brasileiro está comprometida por uma excessiva centralização de poderes, que fere o princípio federativo, com conseqüências profundas no desenvolvimento econômico, político e social. Devem ocorrer mudanças substanciais nessa orientação, para que ocorra a devolução da autonomia dos Estados-Membros e Municípios. Essa será recuperada pela garantia dada aos Estados e Municípios de uma distribuição adequada de rendas, para satisfação dos encargos e atribuições de cada um desses entes.

*Federação e Regime Tributário* são verificações que ocorrem a todo momento. Sendo que estas levam à compreensão da questão da centralização ou descentralização tributária no Estado federal, que por sua vez depara com a discriminação de competências. A autonomia municipal é tida como fixada, desde que exista longa margem de competência originária no campo tributário. A descentralização é que vai definir essa posição do Município na Federação. É preciso estabelecer, neste sentido, a proporção em número e importância das normas centrais e das locais. A autonomia não pode ser entendida, apenas, em seu aspecto formal. Existe necessidade de que os Estados e Municípios disponham de recursos para o exercício da autonomia assegurada teoricamente. A falta de receita própria para o atendimento das necessidades de obras e serviços é dificultada pela acentuada concentração de recursos na União. Mesmo a transferência de parcelas das receitas para os entes federais, sem a necessária liberdade de aplicação, retrai a possibilidade de autonomia. A carência de recursos, a centralização das decisões, em muitas circunstâncias caminha para a elevação da carga tributária, por meio de majoração de alíquotas e criação de novos tributos.

O estudo da entidade municipal deve ser visto dentro da complexidade que proporciona o seu posicionamento dentro da Federação. GERALDO ATALIBA afirma que o poder tributário pertence à Federação como um todo, mas é repartido, sob a forma de competências tributárias, no Brasil, às pessoas políticas criadas pela Constituição federal.

A Federação brasileira é tema essencial à reformulação institucional de que carece a estrutura política. Não devem ser esquecidos os princípios de que os Estados-Membros e os Municípios somente poderão readquirir a sua autonomia, quando tiverem recursos próprios para organizar seus governos e realizar as suas administrações, sendo que a investidura política dos governantes deve ser sempre obtida através do voto direto do povo, em qualquer dos níveis da estrutura federal.

Essa proposta está aliada às críticas que são feitas à discriminação de rendas, vigente atualmente. Os levantamentos em torno das receitas atribuídas aos Municípios assim discriminam: Impostos: a) predial e territorial urbano (art. 24, I); b) sobre serviços de qualquer natureza, não compreendidos na

competência dos Estados e da União (art. 24, II); c) produto do imposto territorial rural, decretado e arrecadado pela União sobre imóveis situados em cada Município (art. 24, § 1º); d) produto do imposto de renda que arrecadarem como fonte, sobre vencimentos de seus servidores ou juros de seus títulos (art. 24, § 2º); e) quota no rateio do Fundo de Participação dos Municípios, constituído de 16% dos impostos de renda e produtos industrializados (art. 25); f) quota no rateio (juntamente aos Estados) em 60% do imposto sobre combustíveis e lubrificantes, em 60% do imposto sobre energia elétrica e em 90% do imposto sobre minerais do país (art. 26 com alterações da Emenda nº 23, de 1983).

À União, aos Estados, Distrito Federal e Municípios compete, ainda, a cobrança de taxas (art. 18, I) e de contribuições de melhoria (art. 18, II).

A discriminação vigorante, em termos de Estados e Municípios, é tida como uma ameaça às suas respectivas autonomias, pois deixou as entidades relacionadas sem rendas próprias suficientes para execução de suas atividades que são cada vez mais crescentes. A participação nos fundos do imposto sobre a renda e do imposto sobre produtos industrializados fica condicionada a demonstrativos como: programas de aplicação, conforme as diretrizes e prioridades aprovadas pelo Governo federal; vinculação de recursos próprios a esses programas; assunção de encargos da União; o recolhimento dos impostos federais por eles arrecadados e a liquidação de suas dívidas para com o Governo central, tidos como forma de institucionalizar a ingerência da União nos Estados e Municípios, pelo que passam a ser meros executores dos planos federais.

Essas imposições diminuem o direito de cada Município, pois não podem estabelecer quais as necessidades a serem atendidas. As formas constitucionais de participação ampliam o processo de centralização.

Várias são as críticas feitas pelos Municípios, que apontam as injustiças da partilha de rendas, ao não levar em consideração as precariedades e as possibilidades regionais e locais. Como uma das características fundamentais da Federação, a discriminação constitucional de competências é essencial.

Além das críticas que são levantadas contra o tratamento dado aos Municípios em geral, com deficiente participação na discriminação de competências, outras restrições precisam ser levantadas para que possa ser definida a sua verdadeira autonomia: a escolha dos prefeitos das Capitais não deve ser feita mais pelos governadores dos Estados, o mesmo deve ocorrer quanto aos Municípios que são estâncias hidrominerais e os de interesse da segurança nacional, que são escolhidos pelo Presidente da República (art. 15, § 1º, a, e art. 15, § 1º, b).

Existem critérios possíveis de repartição de competências entre os diversos entes autônomos para que se possa caracterizar a existência da Federação. Nesse sentido é que o legislador constituinte deve qualificar e quantificar as atribuições dos órgãos envolvidos para que a Federação não seja comprometida. Essa distribuição pode ser assim determinada: fixação de forma *expressa* das competências dos entes autônomos; definição de forma expressa das competências dos Estados, deixando a competência *remanescente* à União; estabelecer de forma expressa as competências da União, deixando a *residual* aos Estados.

Esses critérios devem ser bem examinados para o melhor atendimento dos princípios inerentes à Federação. No Brasil, a competência dos Estados no sistema constitucional sofre redução, em vista da presença dos Municípios, pois têm participação na divisão das competências, entre os seres federados. Cabe aos mesmos as matérias que dizem respeito ao peculiar interesse, necessário à caracterização do Estado federal, que pressupõe unidades dotadas de autonomia.

Cumpra a elaboração de uma reforma constitucional que solucione de vez o problema da repartição de competência na Federação brasileira, visando uma descentralização por meio da qual sejam melhor aquinhoados os Municípios, para que se torne possível desenvolver uma política municipalista, capaz de reforçar essas células da nacionalidade, tão necessárias à solidificação do processo de democratização.

A Federação autêntica assenta-se no fortalecimento político e financeiro dos Estados e Municípios. É inviável reduzir a ingerência exacerbada da União, no campo da competência tributária, na área de aplicação de recursos que transfere àquelas entidades, com o aumento das receitas estaduais e municipais. Essas deverão ser acompanhadas do fortalecimento político dos entes da Federação. Uma reforma constitucional demanda modificação do sistema tributário, com alterações nas legislações complementar e ordinária.

A Federação é instrumento essencial para a racionalização democrática do poder, ao mesmo tempo que permite reunir em um sistema de cooperação as unidades político-administrativas, com a finalidade de atingir o bem-estar da comunidade nacional. Nas circunstâncias atuais, inúmeros são os pronunciamentos em torno da reformulação de diversos aspectos do processo político brasileiro, com substanciais alterações constitucionais. Qualquer modificação de maior profundidade no texto constitucional, implicará na redefinição de uma Federação autêntica e consubstanciada em seus princípios essenciais <sup>(3)</sup>.

- (3) SILVA, José Afonso da. *O Prefeito e o Município*. Ministério do Interior. Serviço Federal de Habitação e Urbanismo. SERFHAU, Serviço Gráfico do Senado Federal, 1971; DRONI, José Roberto. *Federalismo y Municipio*. Enfoque Jurídico-Administrativo. Editorial Idearium de la Universidad de Mendoza, Mendoza, 1980; FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Manual dos Municípios. Município e Municipalização*. Editora Resenha Universitária, São Paulo, 1975; CARVALHO, Orlando M. *O Município Mineiro em Face das Constituições*. Edição Amigos do Livro, Belo Horizonte, MCMXXXVII; idem, *A Multiplicidade dos Municípios em Minas Gerais*. Biblioteca de Administração Municipal, Instituto Brasileiro de Administração Municipal; idem, *Política do Município*. Agir, Rio, 1946; CARVALHO, Menelick de. *A Revolução de 30 e o Município*. DIP, Rio, 1942; MEDEIROS, Océlio de. *O Governo Municipal no Brasil (Introdução ao Estudo do Municipalismo através das Constituições)*. Rio de Janeiro; *Problemas Jurídicos Atuais dos Municípios* (volumes 18, 19 e 20 da *Revista de Direito Público*, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1972); MEIRELLES, Hely Lopes. *O Regime Municipal Brasileiro*. *Revista de Direito Público*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 11, jan./mar., 1970, pp. 283 e ss.; NOGUEIRA, Ataliba. *Teoria do Município*. *Revista de Direito Público*. N. 6, out./dez., 1968, pp. 7 e ss.; REALE, Miguel. *Política de Ontem e de Hoje*. Saraiva, São Paulo, 1978, pp. 97 e ss.; GRAN, Eros Roberto. *Regiões Metropolitanas e Regime Jurídico*. José Bushatsky, São Paulo, 1974; BRASILEIRO, Ana Maria. *O Federalismo Cooperativo*. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 39, julho, 1974, pp. 83 e ss.; SILVA, José Afonso da. *O Estado-Membro na Constituição Federal*. *Revista de Direito Público*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 16, abr./jun., 1971, pp. 15 e ss.; Pesquisa sobre as relações

(continua)

*Intergovernamentais: o Estado e o Município.* Instituto Brasileiro de Administração Municipal, Rio de Janeiro, IBAM, 1974; *Relações Intergovernamentais: a União e o Município.* Instituto Brasileiro de Administração Municipal, Rio de Janeiro, 1976; FERREIRA, Pinto. *A Autonomia Política dos Municípios.* *Revista de Direito Público.* Revista dos Tribunais, São Paulo, a. II, v. 7, jan./mar., 1969, pp. 157 e ss.; HORTA, Raul Machado. *A posição do Município no Direito Constitucional federal brasileiro.* *Revista de Informação Legislativa.* Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, Brasília, a. 19, n. 75, jul./set., 1982, pp. 107 e ss.; BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *A Câmara Municipal e as Atribuições dos Vereadores.* Publicação da Faculdade de Direito da UFMG, 1980; MELLO, Diogo Lordello de. *O Papel do Vereador e a Câmara Municipal.* Instituto Brasileiro de Administração Municipal, Livros Técnicos e Científicos Editor S.A., Rio de Janeiro, 1981; REALE, Miguel. *O Município na Estrutura do Estado Brasileiro, em Nos Quadrantes do Direito Positivo. (Estudos e Pareceres).* Michallany, São Paulo, 1960, pp. 41 e ss.; MEIRELLES, Hely Lopes. *O Regime Municipal Brasileiro, em Estudos e Pareceres de Direito Público.* RT, 1971; MELLO, Diogo Lordello de. *A Câmara Municipal e o seu papel.* *Revista de Administração Municipal.* N. 150, jan./mar., 1979, pp. 7 e ss.; CARVALHO PINTO, Carlos Alberto A. de. *Contribuição de Melhoria. A lei federal normativa.* (Separata dos volumes 12 e 13 da *Revista de Direito Administrativo*, 1949); GRAN, Eros Roberto. *Planejamento Econômico e Regra Jurídica.* Revista dos Tribunais, São Paulo, 1978; FERREIRA, Pinto. *O Regime dos Estados na Federação Brasileira.* *Revista de Informação Legislativa.* Senado Federal, Serviço de Informação Legislativa, n. I, n. 1, jan./mar., 1964, pp. 12 e ss.; SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Direito Econômico.* Saraiva, 1980; ATALIBA, Geraldo. *Convênios interestaduais do Imposto sobre Circulação de Mercadorias.* *Revista de Informação Legislativa.* Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, Brasília, a. 17, n. 85, jan./mar., 1980, pp. 127 e ss.; DOBROWOLSKI, Sílvio. *A discriminação de rendas tributárias e o federalismo brasileiro.* *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Ceará.* Centro de Estudos e Treinamento, Fortaleza, a. 3, n. 4, jan./jun., 1981, pp. 37 e ss.; ATALIBA, Geraldo. *Apostamentos de Ciência das Finanças, Direito Financeiro e Tributário.* Revista dos Tribunais, São Paulo, 1969; McHENRY, Ferguson. *Participação do Município na Arrecadação da União e do Estado.* *Revista de Direito Público.* N. 9, p. 145; *Estudos sobre o Amanhã — A Desconcentração Econômica no Brasil.* Resenha Universitária, São Paulo, 1978; FORNACIAN JÚNIOR, Clito. *Os Estados Federados e a Discriminação Constitucional de Competências.* *AJURIS, Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul.* Porto Alegre, a. V, n. 12, março, 1978, pp. 142 e ss.; MIRANDA, Pontes de. *Os Fundamentos Atuais do Direito Constitucional.* Empresa de Publicações Técnicas, Rio de Janeiro, 1932, pp. 215 e ss.; PIETRO, Maria Sylvia Ianella di. *As Competências no Estado Federal.* *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo.* Centro de Estudos, São Paulo, n. 13/15, dez. 1978-dez. 1979, pp. 237 e ss.; VIANNA, Oliveira. *O Idealismo da Constituição.* Editora Nacional, São Paulo, 1939, 2ª ed., pp. 285 e ss.; BORGES, José Souto Maior. *Lei Complementar Tributária.* Revista dos Tribunais, São Paulo, 1975; MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Sistema Tributário da Constituição de 1969. Curso de Direito Tributário, v. I.* Revista dos Tribunais, São Paulo, 1973; DERZI, Misabel de Abreu Machado. *COELHO, Sacha Calmon Navarro. Do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana.* Saraiva, São Paulo, 1982; UCKMAR, Victor. *Princípios Comuns de Direito Constitucional Tributário.* São Paulo, 1976, tratado de Marco Aurélio Greco; SIDOU, J. M. *A Natureza Social do Tributo.* Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1960; ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária.* Revista dos Tribunais, São Paulo, 1978, 2ª ed.; MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição Brasileira.* Jacintho Ribeiro dos Santos, Rio de Janeiro, 1923, 2ª ed.; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *A Federação e o Equilíbrio Tributário.* *Descentralização do Poder, Paineis 3*, pp. 151 e ss., em *Congresso Nacional de Advogados Pró-Constituinte* (1 a 4 de agosto de 1983), Ordem dos Advogados do Brasil, São Paulo; MATTA, Emanuel. *A Federação e o Equilíbrio Político, idem,* pp. 158 e ss.; SALDANHA, Nelson. *Formação da Teoria Constitucional.* Forense, 1983, pp. 187 e ss.; *Federalismo. Boletim da Biblioteca da Câmara dos Deputados,* mai./ago., 1965.

# A aplicação extraterritorial de leis nacionais

JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES

Mestre em Direito pela Universidade de  
Yale — Doutor em Direito Internacional  
pela Universidade de São Paulo — Pro-  
fessor Assistente-Doutor da Faculdade de  
Direito da USP

- I — INTRODUÇÃO
- II — COMPETÊNCIA TERRITORIAL
- III — COMPETÊNCIA EXTRATERRITORIAL
  - III.1 — Princípio da nacionalidade
  - III.2 — Princípio da segurança nacional
  - III.3 — Princípio da universalidade
  - III.4 — Princípio da personalidade passiva
  - III.5 — Princípios da territorialidade subjetiva e objetiva
- IV — TEORIA DO IMPACTO TERRITORIAL
- V — APLICAÇÃO EXTRATERRITORIAL DE LEIS ANTIMONO-  
PÓLIO

## I — INTRODUÇÃO

As atividades transnacionais das empresas multinacionais têm levado os Estados a buscar fórmulas jurídicas capazes de lhes dar suporte a suas pretensões de controle e submissão do complexo empresarial, muitas vezes multinacionais. A aplicação extraterritorial das leis antitruste dos Estados Unidos oferece o mais significativo esforço nesse sentido.

Promulgados para manter a pureza do sistema competitivo do mercado americano, o Sherman Act, de 1890, o Federal Commission Act e o Clayton Act, de 1914, tratam de impor sanções penais e civis a práticas comerciais que importem em restrições à competição, à concorrência desleal ou resultem em monopólios de produção ou comercialização de bens, no território de qualquer dos Estados-Membros.

O Sherman Act estabelece, em termos amplos e vagos, a ilegalidade de todo contrato ou acordo em forma de fidúcia (trust) que tem por objetivo ou do qual resultem restrições ao comércio entre os Estados-Membros da União norte-americana, estabelecendo sanções criminais contra aqueles que monopolizem o comércio de produtos e bens entre os Estados ou destes com outros países. Ao lado desse efeito criminal, prevê a lei sanções civis, ao conferir ação aos prejudicados pelas práticas restritivas ou monopolísticas para recobrar perdas e danos (arts. 1, 2, 4 e 7).

O Federal Trade Commission Act declara ilegais quaisquer “métodos desleais de competição no comércio”, coibindo, assim, a concorrência desleal (15 U.S.C., § 45 (2) 1964).

O Clayton Act, por seu turno, torna ilegais as fusões e incorporações de empresas que resultem em diminuição da competição, tendendo a criar uma situação monopolística (Seção 7 do Clayton Act).

Essas três leis constituem as chamadas leis antitruste, interpretadas pelos tribunais americanos de maneira elástica, dados os termos vagos em que se encontram redigidas. Essa interpretação, nem sempre lógica e coerente (1), tem sido feita através de construção jurisprudencial típica do sistema anglo-saxônico do direito comum, em que os tribunais, a partir dos princípios enunciados em leis escritas, passam a adequá-los aos casos concretos, com autonomia muito maior da que possuem os tribunais dos países que adotam o sistema do direito codificado, de tradição romana.

A constante evolução das práticas mercantis e a dinâmica empresarial, que é responsável pelo aparecimento reiterado de formas novas de associação e de exploração industrial ou comercial, tem feito com que a jurisprudência norte-americana sobre atividades monopolísticas apresente flexibilidade muito grande, permitindo ao Juiz e às autoridades encarregadas de zelar pela aplicação das leis antitruste, usar de grande discricão na definição e no enquadramento de fatos no âmbito do ilícito. Isto causa certa perplexidade ao próprio jurista que, nem sempre, se encontra em condições de definir o “estado atual da lei”, ou a amplitude de sua aplicação (2).

O objetivo primordial da legislação antitruste e de sua interpretação dinâmica pelas autoridades e tribunais americanos é o de preservar o sistema

(1) EARL A. SNYDER. Foreign Investment and Trade: Extraterritorial Impact of United States Antitrust Law, in *The Virginia Journal of International Law*, v. 6, p. 3.

(2) GEORGE WINTHROP HAIGHT. International Law and Extraterritorial Application of the Antitrust Law, in *The Yale Law Journal*, v. 63, p. 639 (1954).



competitivo em sua pureza, com a proscrição permanente de práticas desleais de concorrência, o monopólio, os cartéis, as associações e os acordos que resultem, em última análise, na diminuição ou no enfraquecimento das forças vivas da concorrência e da livre competição, premissa básica do sistema econômico americano.

Por causa desse caráter, é que essas leis são encaradas como expressão genuína do sistema americano, sendo descritas oficialmente como "um instrumento americano para assegurar a economia competitiva, na qual repousa em parte a liberdade política e social, sob governo representativo" (3). Posuem, assim, conotação regional, umbilicalmente ligadas ao sistema econômico que visam preservar, ao lado dos demais valores a ele atinentes.

Não obstante objective proteger esses valores dentro do território dos Estados Unidos e no âmbito territorial da aplicabilidade das leis, a legislação antitruste passou a ter efeitos extraterritoriais, ao alcançar acordos, cartéis e associações concertados fora dos Estados Unidos, envolvendo empresas americanas e não americanas em áreas jurisdicionais independentes. Ao persistir no propósito de submeter à política antimonopólio americana os eventos que transcendem os limites da jurisdição territorial dos Estados Unidos, estão as autoridades desse país invadindo competências alheias, dando nascimento a conflitos de competências, com outros países. E, para justificar essa jurisdição extraterritorial, nem sempre os Estados Unidos apresentaram explicações convincentes, capazes de sensibilizar os demais Estados (4).

Na verdade, embora tradicionalmente apegados ao princípio da jurisdição territorial (5), conseqüência possível de seu antigo isolamento geográfico, os EUA passaram a aplicar suas leis antimonopólio a eventos ocorridos no exterior, envolvendo participantes não americanos, mas cujos efeitos, diretos ou indiretos, ocorressem dentro de seu território. Com a expansão dos investimentos internacionais das empresas americanas, sob incentivo inicial do próprio governo, tiveram as autoridades daquele país de enfrentar a questão das práticas e acordos feitos no exterior pelas empresas americanas ou com a sua participação. Ao fazê-lo, não tiveram dúvidas em submeter ao império da lei americana aqueles eventos, tendo em vista o seu caráter saneador contra distorções do sistema da livre competição. A justificativa inicial funda-se na legitimidade da extensão do princípio da jurisdi-

(3) Relatório do "The Attorney General's National Committee to Study Antitrust Laws" (1955) in U. S. Government Printing Office, p. 1 — apud JENNINGS, *Extraterritorial Jurisdiction and The U. S. Antitrust Law*, in *The British Yearbook of International Law* (1957).

(4) RICHARD A. FALK, *International Jurisdiction: Horizontal and Vertical Conceptions of Legal Order*, in *32 Temple Law Quarterly*, p. 295 (1959).

(5) Já em 1812 o Juiz Marshall da Suprema Corte dos EUA, um dos "Founding Fathers" da Independência, deixara expresso, em passagem muito citada da decisão do caso "The Schoones Exchange v. Faddon", que "a jurisdição do país em seu próprio território é necessariamente exclusiva e absoluta e não é suscetível de qualquer limitação não imposta por ele próprio" — Apud BRIGGS, p. 413, *The Law of the Nations*, Appleton Century, 2.ª ed., 1952.

ção extraterritorial, para submeter às leis do país atos praticados no exterior por seus nacionais, ou com a sua participação. Quando não presente essa premissa, o fundamento da extensão passou a recair no efeito territorial, no impacto sofrido dentro do Estado, pelos eventos ocorridos no exterior.

Esse entendimento foi posto em relevo, pela primeira vez na jurisprudência americana, quando da decisão do caso ALCOA, na qual se sustenta que:

“... é lei reconhecida... que todo Estado pode impor responsabilidade, mesmo sobre não súditos, por conduta fora de suas fronteiras, que tenha conseqüências dentro delas, as quais o Estado proíbe e estas responsabilidades outros Estados as reconhecerão normalmente” (6).

Essa conclusão representa sensível alteração nos rumos da jurisprudência norte-americana de respeito ao princípio da jurisdição territorial, firmemente estabelecida já na decisão do não menos conhecido caso American Banana v. United Fruit, em 1909, em que, abordada a questão, a Suprema Corte daquele país firmara doutrina de certa forma rígida de observância à jurisdição alheia.

A decisão do caso ALCOA e a tendência que com ela se fortaleceu de ampliação da competência para aplicar leis antimonopólio, por interferir em outras jurisdições, deu origem a conflitos, com vivos protestos dos Estados afetados por essa prática.

Na realidade, a política antimonopólio não representa padrões de valores universais de acatamento geral.

A diversidade nesse particular é flagrante, existindo Estados que até mesmo incentivam monopólios, com ou sem a participação oficial, como ocorre com os países menos desenvolvidos em geral.

Por outro lado, os conceitos antimonopólio começam a ser aceitos em certas áreas de economia mais ativa, como é o caso do Mercado Comum Europeu, onde se coíbem as práticas monopolísticas com certo rigor. Outros Estados prevêem essa prática como ilegal, sem dar-lhe a importância e a extensão encontrada nos Estados Unidos.

Além disso, mesmo nos Estados que adotam semelhante norma, os critérios de apreciação são diversos, pois, como informa EARL A. SNYDER,

“as leis sobre práticas restritivas (da concorrência) na maioria dos países, exceto nos Estados Unidos, tendem a apreciar a legalidade da conduta nos negócios pelo efeito (desempenho econômico), mais do que pela existência de certa conduta ou forma de agir, que constitui o critério básico da lei antimonopólio dos EUA” (7).

(6) 148 — Fed 2nd 416 a p. 443 — 2nd Circ. 1946.

(7) EARL A. SNYDER, Nota 1, p. 8.

Todos esses fatos levam à consideração do problema da competência para legislar e aplicar leis no âmbito interno e internacional, e sua solução depende do exame das expectativas da comunidade internacional, conjugados com os interesses de cada comunidade nacional. É necessário que se examinem os princípios que informam a competência territorial, como postulados consagrados na ordem internacional e em que medida se justifica a ampliação dessa competência.

## II — COMPETÊNCIA TERRITORIAL

A ordem jurídica internacional caracteriza-se por ser essencialmente descentralizada, detendo cada Estado competência para legislar e aplicar normas de direito dentro de seu território, ao mesmo tempo em que participa ativamente na elaboração das normas de direito internacional<sup>(8)</sup>. Sendo uma ordem preponderantemente horizontal, no sentido de que cada Estado detém igual autoridade no estabelecimento de normas jurídicas, a distribuição de competências passa a ser essencial para a manutenção da ordem internacional. A delimitação da jurisdição — poder-se-ia mesmo dizer a organização da jurisdição — é que constitui a competência legislativa ou judiciária de cada Estado na esfera internacional<sup>(9)</sup>.

Como todos os Estados podem definir livremente sua competência internacional<sup>(10)</sup>, é necessário delimitá-la pela competência e organizá-la de forma a permitir o convívio internacional pacífico.

O primeiro postulado dessa organização de competência consiste exatamente no estabelecimento de alguns princípios básicos e necessários à distribuição das competências.

A jurisdição territorial constitui a premissa básica dessa distribuição. De acordo com esse princípio, os Estados são competentes — e com exclusividade — para legislar, aplicar e executar suas normas de direito, dentro de seus territórios. Se a competência para legislar na ordem internacional é concorrente entre todos os Estados, na ordem interna é universalmente aceito que o Estado detém exclusividade de jurisdição. Qualquer invasão dentro dessa área só é admitida por expresse consentimento do Estado ou pelo acatamento de norma internacional reconhecida por esse mesmo Estado. Em atenção a esse fato é que foi inscrita, no art. 2º da

(8) RICHARD A. FALK. Nota 4, p. 295.

(9) R. Y. JENNINGS. Nota 3, p. 148.

(10) AMILCAR DE CASTRO, *Direito Internacional Privado*, observa que "não há uniformidade de competência legal mantida pelos direitos estatais, e todos estão de acordo em que cada nação pode definir livremente sua competência". E acrescenta que isso ocorre porque "quanto à origem, o poder jurisdicional é invariavelmente autóctone; e cada governo, por competência legislativa também autóctone, trata com inteira independência de dizer em suas leis quais são as causas que devem, ou não, ser julgadas na esfera de sua jurisdição". *Direito Internacional Privado*, 2.ª ed., Rio, Forense, 1968, v. II, p. 223.

Carta das Nações Unidas, a ressalva de que as suas disposições não interferem em matérias que estejam no âmbito da "jurisdição doméstica dos Estados". Não obstante a controvérsia reinante sobre o que constitui "jurisdição doméstica dos Estados", num mundo em que as relações internacionais tornam as fronteiras permeáveis, o fato é que o que se entender por jurisdição doméstica constitui competência privativa e exclusiva do Estado.

Há um consenso geral, por outro lado, de que um Estado não pode, salvo se expressamente permitido, exercer o seu poder e autoridade dentro do território de outro Estado<sup>(11)</sup>, o que é consequência natural da exclusividade da competência territorial.

A esse propósito, merecem ser lembradas as observações feitas pelo professor dinamarquês ALF ROSS<sup>(12)</sup>:

"É um fato histórico o de que os Estados são separados um do outro e delimitados territorialmente.

.....

Os Estados são primariamente uma organização de poder. Cada um pretende, dentro de certo território separado dos demais, o supremo poder em relação aos seus súditos (uma comunidade de governo próprio). O mais simples princípio, matéria de quase um curso, para a individualização e separação desses instrumentos de poder competitivos, é o espacial ou territorial."

Aduz o autor ainda que,

"Em conformidade com isso, a norma legal internacional da distribuição da competência é o de que todo Estado é competente e exclusivamente competente dentro de seu próprio território para estabelecer atos, os quais, efetiva ou potencialmente, consistem no trabalho do aparato compulsório do Estado (a máxima da supremacia territorial)."

Essa noção da supremacia territorial é inerente à organização territorial do Estado e está intimamente ligada aos mesmos fatores que condicionaram o nascimento do Estado, como organização política independente. Advém da afirmação de poder do Estado, acatada pelos demais e que se traduz na determinação de sua própria competência<sup>(13)</sup>. A ordem internacional, denominada de primitiva por KELSEN, está estruturada no sentido horizontal<sup>(14)</sup>, e a coordenação das competências dos sujeitos de direito internacional é a tônica característica<sup>(15)</sup>.

Nessa coordenação de competências, é princípio assente e universalmente consagrado que cada Estado exerce em seu próprio território uma

(11) JENNINGS. Nota 3, p. 149.

(12) ALF ROSS, *Text Book of International Law*, pp. 137-138 (1947).

(13) AMILCAR DE CASTRO. Nota 10, v. 1, p. 19, e v. 2, p. 48.

(14) RICHARD A. FALK. Nota 4, p. 292.

(15) AMILCAR DE CASTRO. Nota 10, v. 1, p. 21.

absoluta e exclusiva jurisdição, aplicando seu direito a todos os eventos ocorridos dentro do território, envolvendo nacionais ou estrangeiros (16).

Assentada essa norma, outros princípios devem ser considerados para abrigar situações em que a competência territorial não é suficiente para solucionar as questões postas na prática. Em verdade, no mundo contemporâneo, a estrita compartimentalização das competências territoriais torna-se de difícil realização prática, dada a multiplicidade de eventos que transcendem as fronteiras dos Estados. Não é nova a ilustração do problema do indivíduo que dispara seu revólver e atinge outro, postado em território de outro Estado.

Aqui a simplicidade do exemplo mostra a complexidade da matéria e a questão posta é a de qual Estado é competente para punir em tal situação: o Estado da vítima, onde o fato produziu efeitos danosos, ou o do agressor, onde a ação se iniciou. Essa questão, de certa forma simples, cresce de dificuldade na medida em que elementos ou eventos transnacionais entram em jogo.

É justamente para fazer face a tais situações que o princípio da competência territorial começa a ser posto em xeque para admitir efeitos extraterritoriais de normas nacionais, vale dizer, da jurisdição nacional.

### III — COMPETÊNCIA EXTRATERRITORIAL

Os efeitos extraterritoriais da jurisdição do Estado decorrem sempre de um vínculo fático do evento com o território e se justifica sempre em razão desse vínculo, seja ele a nacionalidade dos agentes, seja o objeto de determinado negócio ou relação jurídica, quer ainda se refira a valores que direta ou indiretamente afetem o Estado, em seus domínios territoriais.

Essa aplicação extraterritorial de normas nacionais foi reconhecida no direito internacional, de modo claro, na decisão do caso *Lotus*, pela Corte Permanente de Justiça Internacional, que acolheu como legítima a ampliação da jurisdição territorial, desde que circunscrita a regras do direito internacional. Em verdade, enfatizou a Corte,

“tudo o que pode ser exigido de um Estado é que não ultrapasse os limites que o direito internacional impõe a sua jurisdição; dentro desses limites, seu título para exercer jurisdição repousa em sua soberania” (17).

Importa, assim, verificar os limites que o direito internacional impõe à jurisdição dos Estados e quais os princípios norteadores da extensão dessa jurisdição. Sendo a competência dos Estados uma questão direta-

(16) JOHN BASSET MOORE. "Territorial Jurisdiction" — Voto dissidente no julgamento do caso "Lotus" — BRIGGS, *The Law of the Nation*, p. 200 (CPJI — Ser. A — n. 10 (1927), pp. 68-69 e 88. Appleton Century Crofts Inc. — New York — 2.ª ed.

(17) CPJI — Caso S. S. Lotus — Série A, n. 10, p. 19 (1927).

mente ligada à organização internacional e à estrutura da ordem internacional, os princípios que informam a jurisdição extraterritorial não derivam do arbítrio de cada Estado, mas da prática comum. Na verdade, como adverte JENNINGS, é por essa razão que os Estados não se permitem ilimitada discricção no assunto <sup>(18)</sup>, procurando, ao contrário, pautar-se pelos princípios que informam a prática da comunidade internacional. Esses princípios derivam de certas preocupações comuns dos Estados e suficientemente fortes para impor tolerância recíproca na ampliação extraterritorial da jurisdição.

Alguns desses princípios são aceitos quase que universalmente, como o da jurisdição sobre nacionais (nacionalidade), o da universalidade e o da territorialidade objetiva, ou ainda o da segurança do Estado. Outros, como o da personalidade passiva, já não gozam de tanto prestígio, prestado-se a controvérsias. Esses princípios acham-se consagrados no direito interno dos Estados, com maior ou menor uniformidade, consoante conclusões da pesquisa realizada pela Harvard Law School em 1935 <sup>(19)</sup>.

Cada princípio tem sua própria órbita de aplicação, girando em torno de diferentes matérias.

### III.1 — Princípio da nacionalidade

O princípio da nacionalidade permite aos Estados exercer jurisdição sobre seus nacionais no exterior, regulando-lhes as atividades, porém de forma não conflitante com a competência de outros Estados. HILDEBRANDO ACCIOLY distingue o **jus advocandi**, que faculta aos Estados chamar seus nacionais para cumprir determinados encargos impostos pelo Poder Público, do **jus puniendi** que permite ao Estado punir delitos cometidos por seus nacionais no exterior, no momento em que estes retornem ao seu território <sup>(20)</sup>. Quanto a este último, a pesquisa levada a cabo pela Escola de Direito de Harvard em 1935 revelou uniformidade entre os Estados no tratamento da questão, tendo sido proposto, no projeto de Convenção preparado com base nos resultados da pesquisa, o seguinte preceito:

Art. 5º — Jurisdição sobre nacionais — Um Estado tem jurisdição sobre qualquer crime cometido fora de seu território;

a) por pessoa natural que era nacional daquele Estado quando o crime foi cometido ou que é nacional do mesmo Estado quando denunciado ou punido; ou

b) por uma empresa ou outra pessoa jurídica que tinha nacionalidade do Estado quando o crime foi cometido <sup>(21)</sup>.

(18) JENNINGS. *Nota 3*, p. 150.

(19) "Research in International Law under the Auspices of the Harvard Law School, Jurisdiction with respect of Crime" (1935). 29 *AJIL Supp.*

(20) HILDEBRANDO ACCIOLY. *Manual de Direito Internacional Público*. 10.ª ed., São Paulo, Saraiva, 1972, p. 79.

(21) *Nota 19*.

Disso resulta que, não obstante cometido o ato tido como delituoso em território sujeito à jurisdição alheia, o Estado possui competência para processar e punir o seu próprio nacional autor do ato. Condição fundamental, como é curial, é a de que o indivíduo adentre o território de seu Estado, porquanto o princípio da territorialidade prefere ao outro, não sendo admissível a aplicação e execução das leis dentro do território alheio. No direito brasileiro, o princípio é consagrado no art. 5º, nº II, b, do Código Penal, que sujeita à lei brasileira o crime cometido por brasileiro no exterior, condicionando a sua aplicabilidade à entrada do agente no território brasileiro e, dentre outras, a de ser o fato punível também no país em que foi praticado (§ 2º, letra b).

O problema que, desde logo, é levantado é o da nacionalidade da pessoa jurídica, tendo em vista os diversos critérios formais existentes. Não obstante, como observa JENNINGS<sup>(22)</sup>, os testes da sede da pessoa jurídica ou o do local de arquivamento dos atos constitutivos possam ser aplicados para a determinação formal da nacionalidade da pessoa jurídica, nada impede que os tribunais perscrutem as reais vinculações da sociedade, para determinar a nacionalidade dos efetivos detentores do controle e, assim, sobre eles fazer incidir suas leis<sup>(23)</sup>.

Assim, não obstante a pessoa jurídica tenha a nacionalidade formal de um Estado, podem os seus dirigentes, ou, de qualquer forma, os detentores de seu controle ficar sujeitos à legislação de outro. É o que ocorre, sob este aspecto, com a legislação antitruste dos Estados Unidos, aplicada com caráter extraterritorial, quando alcança atos praticados por nacionais no exterior, mesmo que ao abrigo de leis locais<sup>(24)</sup>.

Essa prática faz aflorar um conflito de competências e de qualificações entre os Estados, pois interfere com pessoas jurídicas de outras nacionalidades que estão adstritas a seguir os parâmetros das leis nacionais a que estão sujeitas<sup>(25)</sup>.

### III.2 — Princípio da segurança nacional

De acordo com o princípio da segurança nacional, é lícito ao Estado agir em defesa de sua independência política, integridade territorial, segurança interna ou externa, contra quaisquer pessoas, nacionais ou estrangei-

(22) JENNINGS. Nota 3, p. 154.

(23) JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES — Nacionalidade da Pessoa Jurídica e a Empresa Multinacional. *Rev. Faculdade de Direito* — V. LXIX (Fasc. II), p. 87; *Rev. Forense*, v. 235.

(24) SNYDER, Nota 1, pp. 23 e 32; WILLIAM DWIGHT WHITNEY, "Sources of Conflict Between International Law and the Antitrust Law" in *63 Yale Law Journal*, pp. 655 a 666.

(25) Na verdade, houve evolução na jurisprudência norte-americana no sentido de não considerar passíveis de punição os responsáveis por atos praticados no exterior em cumprimento a determinações oficiais. *US v. Supplied Chemical Industries Ltd.* (105 F. Supp. 215 a 242).

ras, ainda que os atos tenham sido praticados no exterior e lá concebidos. A jurisdição do Estado afetado se estende extraterritorialmente para alcançar tais atos, sob a condição de que os mesmos não tenham sido praticados no exercício regular de um direito reconhecido no Estado onde foi praticado (26).

Essa jurisdição se aplica também quando a moeda, crédito, símbolos públicos, selos, enfim, documentos e papéis que envolvem a credibilidade do Estado, forem objeto de falsificação ou contrafacção (27).

Na verdade, envolvida a segurança nacional, por qualquer forma ou meio, pode surgir até mesmo a responsabilidade internacional do Estado onde os atos são praticados, caso o mesmo não atue no sentido de impedi-los ou de punir seus autores.

É princípio assente que nenhum Estado está autorizado a praticar atos de governo no território de outro Estado, como o de tornar eficazes suas leis ou o próprio direito internacional. Corolário desse princípio é o controle, pelo Estado, da ordem interna e internacional em seu território, evitando-se a prática de atos atentatórios à segurança de terceiros. Se houver convivência das autoridades ou impossibilidade de exercer esse controle, o Estado afetado estará autorizado até mesmo a substituir-se à autoridade do Estado territorial, para pôr termo às atividades contra ele dirigidas. Esse tema, contudo, não está isento de debates, mormente no momento atual, em que os movimentos de guerrilhas baseados no exterior adquirem força contra o próprio Estado territorial onde se encontram. O aprofundamento na discussão dessa questão, contudo, refoge ao espírito deste trabalho (28).

### III.3 — Princípio da universalidade

O fundamento desse princípio é a colaboração recíproca dos Estados em reprimir crimes e atos atentatórios aos princípios éticos da própria humanidade. O crime, onde quer que seja cometido, desde que o ato assim qualificado tenha a mesma consideração em todos os demais Estados, justifica a ampliação da competência para alcançá-lo, ainda quando praticado em locais não sujeitos à autoridade de nenhum Estado. A pirataria, o tráfico de mulheres ou crianças, o tráfico de escravos e, modernamente, o genocídio, constituem crimes caracterizados como atos contra a humanidade e, assim, sujeitos à jurisdição de todos os Estados.

(26) Art. 7.º do Projeto de Convenção de Harvard. Nota 19.

(27) Art. 8.º do Projeto de Convenção de Harvard. Nota 19.

(28) O tema é tratado, sob diferentes enfoques em JIMENES DE ARECHAGA, *International Responsibility*, in *Manual of Public International Law*, editado por Sorensen, 1968, a p. 533; DEREK BOWET, *Reprisals Involving Recourse to Armed Force*, in *AJIL*, v. 66, p. 26; HENRY MEYROWITZ, *Guerilla et Le Droit de Guerre*, in *Revue Belge de Droit International*, p. 56; H. LAUPERTACHT, *Revolutionary Activities by Private Persons Against Foreign States*, in *AJIL*, v. 22, p. 105.



O que justifica a extraterritorialidade da competência do Estado é, assim, a definição do ato como criminoso não apenas no Estado que pretende submetê-lo à sua autoridade, como também no local onde foi praticado. As nuances de diferenças de gradação das penas são resolvidas através de limitações impostas pelos próprios Estados interessados. O Brasil, por exemplo, apenas concede extradição de estrangeiros se os atos pelos quais estes foram ou estão sendo processados no exterior são também definidos como crime no Brasil, condicionando, entretanto, a entrega do extraditando ao compromisso formal do Estado requerente de que a pena a ser imposta não ultrapasse ao limite máximo previsto para o mesmo ato na legislação brasileira (29).

### III. 4 — Princípio da personalidade passiva

Alguns Estados ampliam sua competência para fora dos limites territoriais para alcançar eventos ocorridos em outras paragens, nos quais estejam envolvidos, como participantes passivos, nacionais do Estado. Vale dizer, se o evento resulta em lesão criminosa ao seu nacional, o Estado está autorizado a submeter à sua jurisdição os autores, responsáveis pelo resultado danoso. Essa pretensão, contudo, não é de aceitação pacífica entre os Estados, havendo dentre eles, como os que adotam a "common law" como sistema jurídico, que não a reconhecem como justificativa legítima para a ampliação da competência. A jurisprudência internacional, por sua vez, já examinou a questão na decisão do caso *Lotus*, em que a pretensão turca de submeter a julgamento os responsáveis pelos eventos que resultaram em ferimentos e morte de tripulantes turcos, na colisão de barco turco com navio francês, se fundou, parcialmente, no fato de serem turcas as vítimas, o que justificaria a competência da Turquia em processar e julgar os franceses responsáveis. Os fatos desse caso são relatados mais adiante.

### III. 5 — Princípio da territorialidade subjetiva e objetiva

Os princípios até aqui enumerados tratam especialmente de eventos ocorridos no exterior, para os quais o Estado estende sua autoridade, além de suas fronteiras, para trazê-los à sua órbita de competência. Há, assim, exceções ao princípio da territorialidade; é ele abandonado em face da relevância do próprio evento, envolvendo outros valores que interessam ao Estado, ou seja, o controle de seu nacional, a defesa de sua segurança, afetada por atos praticados no exterior, a perseguição de fatos universalmente definidos como contrários ao direito ou a proteção do nacional, quando alvo de delito cometido no exterior.

Em todos, a territorialidade estrita da competência é substituída por outro critério. No princípio da territorialidade subjetiva ou objetiva, contudo, os Estados passam a largar o próprio conceito de território para con-

(29) Lei n.º 6.815, de 19 de agosto de 1980.

siderar produzido dentro dele o evento ocorrido parcialmente no exterior, para, assim, submetê-lo à competência territorial. O princípio da territorialidade objetiva estabelece uma relação de causa e efeito no evento ocorrido parcialmente no exterior e parcialmente dentro do Estado, o que confere aos Estados envolvidos, em igualdade de condições, competência para regular o evento, bem assim, seus participantes. A justificativa, aqui, é a ocorrência parcial do fato no território e, por via de consequência, do impacto social que o mesmo causou. O Estado mais afetado pela ocorrência tem, preponderantemente, maior interesse em submetê-la à sua competência territorial. E é a maior ou menor intensidade do impacto no território dos Estados envolvidos que serve de elemento definidor das competências.

De acordo com o critério subjetivista, o Estado possui competência judiciária sobre participantes de eventos iniciados no Estado, mas consumados no exterior, desde que estes adentrem o seu território. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal, em decisão freqüentemente citada na doutrina, deixou assente a jurisdição penal brasileira para processar os responsáveis pela explosão de um navio inglês, "The Hennyson", ocorrida em alto mar, os quais colocaram explosivo no navio, em portos brasileiros (30). O critério objetivista, ao contrário, permite ao Estado afirmar sua competência sobre eventos iniciados fora, mas consumados dentro do território do Estado. O Juiz JOHN BASSET MOORE, em passagem sempre repetida e que se tornou clássica, ao comentar a decisão do não menos conhecido caso Cutting, expressou esse critério nos seguintes termos:

"O princípio segundo o qual um homem que, intencionalmente, põe em movimento, fora do território de um país, uma força destinada a produzir efeitos dentro dele, é responsável no lugar onde o mal é produzido, é reconhecido na jurisprudência criminal de todas as nações" (31).

A decisão do caso Cutting constitui importante desenvolvimento do princípio, com conseqüências na sua evolução para a teoria do impacto territorial, no qual se fundamenta a doutrina e jurisprudência norte-americanas para aplicar suas leis antimonopólio com efeitos extraterritoriais. Os fatos desse caso podem ser assim resumidos: Cutting, um cidadão norte-americano residente no México, publicou um artigo injurioso contra um cidadão mexicano, Emigdio Medina, em jornal de circulação local. Levado o caso a juízo Cutting comprometeu-se a retratar-se, com a publicação da retratação no mesmo jornal, o que cumpriu apenas em parte, ao estampar sua manifestação em tipos minúsculos e com erros de redação que tornaram quase ininteligível o texto. Além disso, no mesmo dia, Cutting publicou na cidade de El Paso, no Texas, no jornal **Sunday Herald** outro artigo, no qual ratificou as injúrias e calúnias assacadas contra o mexicano. Este voltou a juízo e processou Cutting por calúnia e difamação, sob o funda-

(30) BRIGGS, Nota 16, p. 576.

(31) JOHN BASSET MOORE, Report in Territorial Crime and the Cutting Case, 1827, p. 23; BRIGGS, Nota 16, p. 576; JENNINGS, Nota 3, pp. 156-157.

mento de que, não obstante publicado em território norte-americano, o jornal entrou no México, onde teve larga circulação. Ao decidir a questão, o Juiz mexicano, dentre os fundamentos que o levaram a condenar Cutting e a afirmar a competência do México para conhecer do evento, ratificou a aplicação do princípio da territorialidade objetiva, pois o fato fora praticado no exterior, em território norte-americano, mas seus efeitos principais ocorreram no México. Diz a sentença, em certo trecho:

“Que, mesmo supondo, sem que se aceite o fato, que a ofensa penal de difamação foi cometida no território do Texas, a circunstância de ter o jornal, **El Paso Sunday Herald**, circulado nesta cidade, fato do qual Medina queixou-se e que foi o fundamento da ordem de apreensão dos exemplares que puderam ser encontrados no escritório de Cutting, nesta mesma cidade, constituiu a consumação do crime, em conformidade com o art. 644, do Código Penal” (32).

Como se percebe, o fundamento para afirmar a competência mexicana sobre o evento ocorrido no exterior, praticado por estrangeiro, sob as leis de outro país, não foi a extensão da competência territorial, mas a própria competência territorial. O Juiz considerou o crime cometido ou consumado em território mexicano, pelo fato de lá ter circulado o jornal que publicou o artigo considerado calunioso. Essa territorialidade objetiva, não aceita inicialmente pelos Estados Unidos que, a propósito, vigorosamente se opuseram à sentença, em nível diplomático, encontrou também na jurisprudência internacional o seu suporte, com a decisão do caso *Lotus*, pela Corte Permanente de Justiça Internacional.

Os fatos são os seguintes: em uma colisão em alto mar, entre um navio francês, *Lotus*, e um navio turco, *Boz Kourt*, este afundou e pereceram 8 de seus tripulantes. Graças ao socorro do navio francês, foram os sobreviventes levados a Constantinopla, onde as autoridades turcas prenderam o oficial de serviço francês, *Demons*, e o processaram por negligência, considerada como causa do acidente. Com o protesto da França, o caso foi levado à Corte Permanente de Justiça Internacional que, após tecer considerações sobre o problema da jurisdição territorial — cerne da divergência no caso — afirmou, como uma das razões que a levaram a justificar a competência da Turquia que:

“uma vez que é admitido que os efeitos da ofensa se produziram no navio turco, torna-se impossível sustentar que existe uma regra de direito internacional que proíbe a Turquia de processar o *Tenente Demons* pelo fato de que o autor da ofensa estava a bordo de navio francês” (33).

O efeito do ato, tendo-se produzido em território assimilado à Turquia, justificou, assim, a competência territorial, sob o critério objetivista.

(32) BRIGGS, *The Cutting Case*, Nota 16, p. 574.

(33) Repertório da Corte Permanente de Justiça Internacional, Série A, n.º 10.

A pedra de toque desse princípio são os efeitos diretos do evento dentro do território do Estado que, por isso mesmo, fica em posição legítima para conduzir a questão, dentro de sua esfera de competência. É necessário, entretanto, que parte material do evento tenha-se realizado efetivamente dentro do país. De acordo com o princípio subjetivo, o início, a preparação, a realização do ato, cujos efeitos se produzem fora, fundamenta a competência. Pelo princípio objetivo, é o local da consumação, onde os efeitos danosos se fazem sentir, que justifica a asserção da competência.

#### IV — TEORIA DO IMPACTO TERRITORIAL

A partir dos princípios que defluem da competência territorial objetiva, desenvolveu-se, na jurisprudência e doutrina norte-americanas, a teoria conhecida como "impacto territorial", segundo a qual, o Estado possui competência para legislar e conhecer de eventos ocorridos, ainda que integralmente no exterior, envolvendo participantes também não nacionais, desde que tais eventos venham a produzir impacto e a ter efeitos dentro do território do Estado.

O ponto central dessa doutrina é o de que, embora o evento ocorra no exterior, em área internacional ou dentro de outro Estado, se tal evento produz importante consequência no território do Estado, este pode legitimamente aplicar quaisquer meios legais para submeter a seu controle, vale dizer, a sua competência legislativa e judiciária, os autores do evento, a fim de proteger seus interesses ameaçados. Isto é, o requisito de que parte do evento ocorra efetiva e fisicamente dentro do território, como propugnado pelo princípio da territorialidade subjetiva ou objetiva, é substituído pelo requisito dos resultados ou das consequências do fato dentro do território.

A construção da jurisprudência norte-americana, para chegar a esse resultado conceitual, é lenta, mas firme, partindo da consideração inicial de que os efeitos do ato danoso carregam consigo os seus autores. Assim, praticados embora fisicamente no exterior os agentes são considerados como que presentes no local onde os efeitos do ato se produzem. Não há, por isso, uma extensão da competência territorial, mas sim o exercício normal dessa competência no próprio território, onde os participantes imputáveis do resultado danoso são considerados como que presentes, pelos efeitos de seus atos. Os autores são responsáveis não pelo que fizeram no exterior, sob outras leis e jurisdições, mas pelos resultados de seus atos no território do Estado, os quais atraem a presença dos mesmos para o local da consumação desses atos (34).

(34) Em algumas decisões sobre conflitos de leis entre Estados-Membros da União norte-americana, essa fundamentação aparece vigorosa, para justificar a competência de um Estado para julgar sobre evento praticado em outro, como ocorreu no caso *People v. Adams*, em que se diz: "O réu pode ter violado a lei de Ohio pelo que ele fez lá, mas com isto não temos nenhuma preocupação... Ele foi pronunciado pelo que fez aqui e por si próprio. É verdade que o réu não estava pessoalmente dentro do Estado, mas ele estava em propósito e intento e agiu por seus agentes autorizados... Aqui o crime foi cometido, dentro deste Estado, e sobre o qual nossas Cortes têm indubitavelmente jurisdição". 1846, 3 Den. N.Y. (190); JENNINGS, Nota 3, p. 158.

Com base nessa teoria, os Estados Unidos justificam a aplicação de suas leis antimonopólio e seus regulamentos sobre mercado de capitais, disciplinadas pelo Securities Exchange Commission, a fatos ocorridos no exterior, para ter efeito no exterior, com ou sem a participação de nacionais, mas que, direta ou indiretamente, venham a afetar o comércio interno ou internacional dos Estados Unidos, influndo nos preços, na produção ou de qualquer forma afetando o mercado americano.

## V — APLICAÇÃO EXTRATERRITORIAL DE LEIS ANTIMONOPÓLIO

A aplicação da teoria do impacto territorial na política antimonopólio, ainda que sob as vestes do exercício da competência territorial objetiva, com esse desenvolvimento, traz como consequência inevitável a aplicação de leis nacionais em território alheio, para regular fatos sob outras jurisdições.

A justificativa encontrada para aplicação de tal teoria em área tão controversa, quanto à da política antimonopólio, são sempre os efeitos negativos que, dentro do território norte-americano, podem ter os acordos e contratos feitos no exterior.

Os efeitos no território, traduzidos por interferência no comportamento de preços, na restrição de importações ou exportações, enfim, na economia americana e, mais do que isso, nos princípios que governam o sistema competitivo daquele país servem de fundamento para que, em defesa disso tudo, seus tribunais submetam os seus responsáveis às leis locais.

Essa orientação, firmemente estabelecida a partir da decisão do caso *United States v. American Tobacco Co.* e consagrada com inusitada ampliação no caso *ALCOA v. United States*, alterou profundamente os rumos da jurisprudência norte-americana do início do século, de respeito a jurisdições alheias e corporificadas de modo admirável na decisão do clássico caso *American Banana v. United Fruit*, cujos fatos merecem ser repetidos para dar idéia da evolução da jurisprudência sobre o assunto. A empresa *American Banana*, de origem norte-americana, ingressou com ação contra *United Fruit Co.*, nos Estados Unidos, alegando ter sua concorrente elaborado e posto em execução um plano para assegurar-se do monopólio da plantação de banana na América Central: sob sua inspiração o governo da Costa Rica determinara a apreensão de plantações e equipamentos de cultura que *American Banana* possuía naquele país, retirando-lhe a ligação ferroviária com a costa e impedindo-a, assim, de continuar suas atividades.

Com a subsequente alienação compulsória das plantações a terceiro, motivada pelos atos governamentais, *United Fruit* consolidou seu monopólio do comércio do produto na região, especialmente de sua exportação para os Estados Unidos. A existência desse monopólio e a forma como foi conseguido importariam em flagrante violação do *Sherman Act* com reflexos dentro do país. A suprema Corte dos Estados Unidos, ao decidir a questão, declarou expressamente que o que ocorrera na Costa Rica dependia exclu-

sivamente do governo local, descabendo interferência externa. A Corte chegou a manifestar estranheza em ver-lhe submetido o conhecimento de fatos "causadores de danos, praticados fora da jurisdição dos Estados Unidos e dentro da área de competência de outros Estados". Essa decisão, a propósito, oferece a base para a teoria do "Act of State", desenvolvido posteriormente no caso *Sabbatino*, em que se reconheceu a incompetência dos tribunais nacionais para apreciar atos de natureza política, ou atos de império de outros países <sup>(35)</sup>.

A importância desse caso reside no fato de se tratar de questão envolvendo práticas monopolísticas, levadas a efeito por empresa norte-americana, fora do território dos Estados Unidos, tendo a Suprema Corte se pautado estritamente pelo princípio da territorialidade da jurisdição, respeitando a jurisdição e competências alheias.

Mas, dessa orientação logo se afastou, ao examinar outros casos, sob o fundamento de não aplicabilidade da regra estabelecida naquela decisão a hipóteses diversas, mas com fundamentos similares, tendo firmado orientação totalmente distinta, com repercussão internacional negativa.

Essa nova postura foi adotada na decisão do caso *ALCOA v. UNITED STATES*.

A ação teve por objeto o ajuste, na Suíça, de cartel entre empresas não americanas, com a constituição de uma sociedade denominada *ALLIANCE*. O objetivo do cartel era a delimitação de produção de lingotes de alumínio fabricados pelos participantes do acordo, pela imposição de quotas proporcionais às ações que cada sócio havia subscrito. Em 1936, o acordo foi alterado e complementado, estabelecendo-se que o participante que desrespeitasse o limite de produção de sua quota deveria pagar regalias à sociedade sobre o excesso produzido. Essas regalias deveriam ser distribuídas entre todos os membros de *ALLIANCE*. Ajustou-se também que as exportações para os Estados Unidos deveriam ser incluídas nas quotas estabelecidas.

Esse acordo perdurou até 1938, quando constatou-se que não mais servia aos interesses das partes. Não obstante, *ALLIANCE* jamais foi dissolvida ou liquidada, continuando a ter personalidade jurídica, mesmo no período de após guerra.

*ALCOA*, pessoa jurídica americana, com sede nos Estados Unidos, não era parte no cartel, nem sócia de *ALLIANCE*, embora seus acionistas americanos tivessem participação majoritária na *Aluminium Limited*, empresa constituída no Canadá, onde tinha sua sede, e participe do Acordo.

O cartel — como forma privada de regular o mercado internacional de determinado produto <sup>(36)</sup> — contrariava as leis antitruste americanas, nota-

(35) FRANÇOIS RIGAUX. *Droit Public et Droit Privé dans les Relations Internationales*. Paris, Pédone, 1977, p. 339.

(36) Cf. HENRICH KRONSTEIN. *The Law International Cartels*. Cornell Univ. Press, 1973, p. 39.

damente a Seção I do Sherman Act. Portanto, seria ilegal se realizado no território dos Estados Unidos.

O ajuste, contudo, foi firmado na Suíça, entre sociedades não americanas e de acordo com as leis locais. Tratava-se, portanto, de contrato de objeto lícito perante a legislação do país onde foi celebrado.

Não obstante, o governo americano promoveu ação antitruste contra ALCOA e ALUMINIUM LIMITED que, embora canadense, possuía importante escritório nos Estados Unidos, tornando-a sujeita à jurisdição territorial americana.

A Corte que processou a ação decidiu que a conduta fora do território americano poderia ficar sujeita às leis dos Estados Unidos, se se constatasse que tal conduta tivesse produzido reflexos dentro do país. Pelo acordo de 1936 as exportações de lingotes de alumínio para os Estados Unidos estavam sujeitas às limitações das quotas de produção, o que afetava o comércio internacional e a indústria americana.

As objeções opostas por Aluminium Limited de que se tratava de acordo firmado na Europa, entre sociedades não americanas e com obediência às leis da Suíça, não sensibilizaram a Corte, que considerou os efeitos do acordo no território dos Estados Unidos como fundamento suficiente para o exercício da jurisdição americana para regular todas as relações decorrentes do cartel.

As reações contra essa competência extraterritorial logo fizeram-se sentir, não faltando, entretanto, quem a defendesse com entusiasmo, como o Prof. MYRES MCDOUGLAS, em pronunciamento na Associação de Direito Internacional:

“Quando a Suíça ou Canadá ou qualquer outro país emprega seu aparato governamental para proteger empresários, em atividades que prejudiquem o funcionamento sadio do processo comunitário dentro dos Estados Unidos, eles estão interferindo com os negócios internos e domésticos dos Estados Unidos, tanto quanto os Estados Unidos podem estar interferindo com os negócios de outros países, ao aplicar suas leis antitruste às atividades causadoras de danos. Acordos feitos por empresários privados na Suíça e no Canadá, ostensivamente protegidos pelas leis desses países, podem afetar ou determinar os preços que eu devo pagar, dentro dos Estados Unidos, pelo alumínio ou relógios. Num mundo interdependente, a interferência recíproca dos Estados no processo comunitário, inclusive nas questões econômicas, é inevitável. A questão é por que princípios e procedimentos tal interferência pode ser moderada e reciprocamente tolerada na manutenção e expansão da economia internacional” (37).

(37) Relatório da 51.ª Conferência da Associação de Direito Internacional em Tóquio (1965) — Apud STEINER e VAGTZ — *Transnational Legal Problems*, pp. 928-929.

Outras decisões seguiram-se, adotando a mesma linha de raciocínio: a conduta fora do território do Estado, desde que cause efeitos internos, está sujeita à competência territorial desse Estado. O impacto territorial do evento justificaria a competência.

Essa doutrina reflete, na verdade, a pretensão do Estado de regular, através de leis nacionais, atos e fatos que possuem caráter nitidamente internacional.

Põe ela em evidência a necessidade de reestruturação da ordem internacional, face a fenômenos novos que transcendem aos limites territoriais de cada Estado. A competência territorial e os princípios que governam a competência extraterritorial do direito internacional clássico não se ajustam a essa nova problemática e exige enfoque diverso.

GEORGE SCHELLE já dizia que o Poder Judiciário de cada Estado exerce funções judicantes internacionais e constitui órgão da comunidade internacional descentralizada, competente para decidir questões de caráter internacional no seio do Estado. Essa concepção, cada vez mais, tende a criar raízes, na medida em que a disciplinação de eventos transnacionais não se ajustam a critérios estritos da territorialidade objetiva ou subjetiva do Estado. A jurisdição deve ser exercida em função dos interesses mais elevados da comunidade internacional e o Judiciário deve ser sensível a essa modificação da estrutura do direito internacional, compreendendo que, cada vez mais, as relações transnacionais dominam ou tendem a predominar no quadro interno.

Por isso que o exercício da competência extraterritorial a eventos ocorridos no exterior, amparados por leis locais, somente se justifica se princípio internacionalmente aceito for violado. Ou seja, se o Estado, com a aplicação de suas leis, persegue objetivo colimado pela comunidade internacional, sua competência pode estar justificada, pois está atuando como órgão descentralizado dessa mesma comunidade. No caso das leis antimonopólio, contudo, não se pode dizer que haja consenso universal quanto à aceitação dos princípios nela contidos. Estados Unidos e Comunidade Econômica Européia constituem áreas em que a política antitruste se avizinha, embora não coincida. Outros países distanciam-se ainda mais, como é o caso do Brasil, em que o monopólio estatal e os incentivos governamentais de fusão e incorporação de empresas, a prática de reserva de mercado para indústrias nacionais, em determinados setores produtivos, contrariam frontalmente o princípio da livre competição que norteia a política anti-monopólio.

Além do mais, a interferência com a competência alheia é ineficaz se seus efeitos tiverem de ser produzidos no território do país atingido com a invasão legislativa ou judiciária. O princípio da territorialidade da jurisdição, prevalecendo sobre os demais, traz como consequência a necessidade de o Estado territorial aquiescer, através da homologação da sentença estrangeira, com o ato extraterritorial.



Quando isso não ocorre, a sentença é ineficaz e desprovida de executividade. Foi o que ocorreu no caso envolvendo Imperial Chemical Industries e Dupont de Nemours (United States v. I.C.I.) decidido nos Estados Unidos. Essas empresas haviam firmado acordos pelos quais a primeira cedia à segunda direitos de exploração de patentes nos Estados Unidos, enquanto que esta conferia àquela os mesmos direitos na Inglaterra. Imperial Chemical Industries (I.C.I.) tinha sede na Grã-Bretanha e passaria, por força desse acordo, a produzir fibra de nylon com exclusividade na Europa, enquanto que Dupont, constituída em Delaware, Estados Unidos, passaria, com as patentes em seu poder, a dominar o mercado americano. Ambas as sociedades associaram-se na América Latina, atuando conjuntamente. Com isso, dividiram-se os mercados, eliminando a concorrência entre os dois grupos empresariais.

As autoridades federais, cientes desses acordos, ingressaram com ação antitruste, objetivando anulá-los e restaurar a livre competição entre as empresas no mercado interno e internacional. A Corte determinou à I.C.I. a restituição à Dupont das patentes a ela cedidas na Inglaterra em contrapartida à determinação dirigida à Dupont para que fizesse o mesmo nos Estados Unidos, relativamente às patentes a ela cedidas por I.C.I. e que lhe conferiam monopólio na exploração dos produtos respectivos. Todavia, antes do trânsito em julgado da sentença americana, British Nylon Spinners, concessionária das patentes transferidas à I.C.I., da qual era subsidiária, com sede na Inglaterra, ingressou no Judiciário inglês com ação em que pleiteava o não cumprimento daquela decisão e o reconhecimento da legitimidade dos direitos a ela transferidos livremente por Dupont. Na verdade, o que pretendeu foi provocar a manifestação do Judiciário da Inglaterra sobre o efeito e eficácia extraterritorial da sentença americana ao determinar providência na esfera de competência de outro país. A seguinte passagem da decisão inglesa é ilustrativa da posição adotada:

“Este é um direito, ou, em outras palavras, uma espécie de propriedade (visto, particularmente, que é relacionado a patentes) que tem o caráter inglês e sujeito à jurisdição dos tribunais ingleses. Parece-me que a companhia autora tem a seu favor um caso “prima facie” para dizer que os tribunais dos Estados Unidos ou de qualquer outro país não são competentes para interferir com aqueles direitos ou para expedir ordens cuja observância por nossos tribunais exigiriam que estes não exercessem a jurisdição que possuem e que têm o dever de exercer relativamente a tais direitos.”

Mais adiante, acrescenta a decisão:

“E, certamente, a propósito das patentes, parece-me, com todo respeito ao julgamento do “district judge” (americano), que se trata de aplicação de uma jurisdição extraterritorial em que não reconhecemos aos tribunais americanos a autoridade para dar or-

dens que destruiriam ou qualificariam aqueles direitos pertencentes a um nacional inglês, que não é sujeito à jurisdição dos tribunais americanos.”

Essa decisão põe em relevo a falta de efetividade da sentença americana, destinada a ser cumprida no país afetado pela extraterritorialidade e competente para apreciar, segundo suas leis, o fato jurídico questionado. Aqui, não se cogita do princípio do impacto territorial, pois os fatos ocorreram no território americano, embora parcialmente apenas. Ao pretender a Corte discipliná-los em conjunto, como um todo, deparou com a barreira da competência alheia, à qual teve de se render.

Isto é, embora os eventos tenham uma única origem — divisão de mercados, com restrição à livre concorrência — sua qualificação jurídica fica subordinada à lei do Estado que deve dar efetividade à sentença. Prevalece, portanto, a competência territorial que serve de limite à aplicação de leis ou sentenças estrangeiras. Daí as reações anotadas por STEINER e VAGTZ<sup>(38)</sup> de diversos países contra a tendência dos tribunais americanos em estender para o exterior os efeitos das leis antitruste, que caracterizam o sistema econômico americano, mas que não pode ser erigido em princípio internacionalmente aceito. Daí também os reflexos positivos na recusa inglesa em reconhecer efetividade à decisão no caso ICI e Dupont.

Essas reações sublinham as dificuldades em se regular questões internacionais, mediante leis nacionais. Se, no território do Estado, suas leis gozam de eficácia, esse resultado pode não ocorrer no âmbito externo. As diferenças de ideologias político-econômicas, sem se considerar outros componentes, como religião, costumes e graus de desenvolvimento, impedem que cada Estado, por si só, estabeleça padrões de conduta internacional.

Daí que as atividades transnacionais das empresas voltadas para a produção ou o comércio internacional de bens não podem ser validamente reguladas por leis nacionais. A aprovação de código de conduta pela Organização Econômica de Cooperação e Desenvolvimento (OECD), que congrega os países desenvolvidos do Ocidente, mais o Japão, reflete, de certa forma, o reconhecimento de que somente por normas internacionais se conseguirá regular tais atividades.

A aplicação de leis nacionais com efeitos extraterritoriais, não obstante bem definidas no direito internacional e amparadas por princípios precisos, não se ajusta a esse fenômeno recente que é o da transnacionalização das relações internacionais.

---

(38) *Materials on Transnational Legal Problems*. Foundation Press, p. 955.

# O controle legislativo dos atos internacionais

ANTÔNIO PAULO CACHAPUZ DE MEDEIROS

Professor da Faculdade de Direito da PUC-RS e do Centro de Ciências Jurídicas da UNISINOS. Diretor do Departamento de Direito Internacional Público do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul.

## SUMARIO

1. INTRODUÇÃO
2. A REFERENDA DO LEGISLATIVO COMO CONDIÇÃO PARA A VALIDADE DOS ATOS INTERNACIONAIS, SEGUNDO O DIREITO CONSTITUCIONAL E A PRÁTICA DO BRASIL
  - 2.1 *O Presidente da República e as relações exteriores*
  - 2.2 *Normas constitucionais e processualística da participação do Congresso Nacional na celebração de tratados*
  - 2.3 *A tramitação interna dos atos internacionais na prática: cooperação e conflito entre o Executivo e o Legislativo*
  - 2.4 *O Poder Judiciário e a constitucionalidade extrínseca dos tratados internacionais*
3. A REFERENDA DO LEGISLATIVO COMO CONDIÇÃO PARA A VALIDADE DOS ATOS INTERNACIONAIS, SEGUNDO O DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO
  - 3.1 *Posições doutrinárias*
  - 3.2 *Codificação do direito dos tratados: Convenções de Havana (1928) e de Viena (1969)*
  - 3.3 *A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados e o sistema brasileiro de celebração de atos internacionais*
4. CONCLUSÕES

## 1. INTRODUÇÃO

O movimento constitucionalista, irrompido em fins do século XVIII e que prosseguiu em triunfal expansão, derrubando as "cabeças coroadas" ou compelindo os monarcas absolutos, um após outro, a se sujeitarem ao império do direito, procura estabelecer, em todos os países, regimes democráticos e representativos, com governos limitados em seus poderes, submetidos a Constituições escritas.

Tese apresentada pelo autor e aprovada na X Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, realizada no Centro de Convenções de Pernambuco, de 30 de setembro a 4 de outubro de 1984.

Essas leis fundamentais incluem, entre outros, os princípios da *divisão funcional do poder* ("separação de poderes", como se diz tradicionalmente) e dos *freios e contrapesos*.

A "separação de poderes" reparte entre as autoridades públicas as diferentes funções do Estado — executiva, legislativa e judiciária — limitando o poder de cada uma respectivamente pelo poder das autoridades vizinhas, de tal maneira que nenhuma possa jamais lograr poder excessivo.

Os "freios e contrapesos" consistem nos dispositivos especiais da Constituição que garantem a aludida separação de poderes, como, por exemplo, o veto do Executivo (e a faculdade do Legislativo de rejeitá-lo), o controle jurisdicional da constitucionalidade das leis e a obrigação do Executivo de submeter à referenda do Legislativo os tratados internacionais.

Esse último tipo de "freio e contrapeso" do exercício dos Poderes Públicos em Estados democráticos é o tema do presente estudo.

A exigência do assentimento das Câmaras Legislativas tem como propósito principal possibilitar formação democrática aos acordos internacionais. Sendo o povo o verdadeiro titular da soberania estatal, só faz sentido que o Estado assumira, através do Poder Executivo, compromissos perante nações estrangeiras, por disposição da vontade popular, expressa através da representação nacional, isto é, pelos Parlamentos, eleitos pelo povo.

Outrossim, nada mais prudente do que associar o Corpo Legislativo ao Chefe do Poder Executivo na conclusão dos tratados internacionais, para que interesses tão delicados como os pertinentes aos compromissos externos, não fiquem confiados a um só homem.

A partir do século XVIII, nas Cartas constitucionais democráticas, a aprovação do Poder Legislativo, requisito do âmbito interno dos Estados e, por conseguinte, executado depois da negociação e assinatura dos tratados por agentes designados pelo Chefe do Poder Executivo, e antes de sua ratificação definitiva, passou a condicionar a confirmação da vontade do Estado em cumprir qualquer ajuste internacional.

O descumprimento eventual pelo Executivo do mencionado trâmite, quando a letra expressa da Constituição o impõe, coloca em relevo a questão da inconstitucionalidade extrínseca dos tratados, quer dizer, da nulidade dos acordos concluídos irregularmente.

Dai a importância da análise da participação do Parlamento na celebração dos tratados internacionais, já que os ajustes não submetidos à referenda do Legislativo podem estar viciados de inconstitucionalidade.

Primeiramente pretendo abordar o assunto do ângulo do direito constitucional — atendo-me às peculiaridades de governo do tipo presidencial e à realidade do atual sistema brasileiro — e, depois, do ângulo do direito internacional público.

## 2. A REFERENDA DO LEGISLATIVO COMO CONDIÇÃO PARA A VALIDADE DOS ATOS INTERNACIONAIS, SEGUNDO O DIREITO CONSTITUCIONAL E A PRÁTICA DO BRASIL

### 2.1 *O Presidente da República e as relações exteriores*

Qualquer Estado que adote o sistema presidencial como forma de governo tem, oficialmente, apenas um Presidente. Porém, na realidade, este exerce duas presidências: uma relativa à política interna, outra pertinente à política externa do País.

MONTESQUIEU, no clássico *Espírito das Leis*, já vislumbrou dois Poderes Executivos nos Estados: "o das coisas que dependem do direito das gentes e o das que dependem do direito civil". LOCKE distinguiu do Poder Executivo um certo "Poder Federativo", "faculdade de dirigir as relações com o exterior". Mas, apesar de diferentes, o Executivo e o Federativo, dizia o filósofo inglês, devem estar reunidos num só órgão ou poder em concreto, porque a separação do exercício pode acarretar inconvenientes, desordens e a ruína do Estado.

Praticamente, em todas as Constituições modernas o Chefe do Poder Executivo figura como o órgão principal das relações internacionais.

No Brasil, dispõe o texto constitucional vigente, seguindo o modelo das Cartas republicanas anteriores, que "compete à União manter relações com Estados estrangeiros e com eles celebrar tratados e convenções; participar de organizações internacionais" (artigo 8º, I) e que "compete privativamente ao Presidente da República manter relações com os Estados estrangeiros" (artigo 81, IX).

Tais dispositivos asseguram ao Presidente a faculdade de que apenas ele pode se comunicar com governos estrangeiros e, ao mesmo tempo, impõem limitações, nesta área, aos demais Poderes do Estado.

É claro que o Presidente é o chefe da máquina administrativa do Estado, contando com milhares de funcionários, muitos dos quais estão envolvidos com as relações exteriores, e, certamente, várias decisões governamentais e ações praticadas na política externa são, hoje, deliberadas sem a participação direta do titular do Poder Executivo.

Contudo, refiro-me ao Presidente como ocupando função individual, porque é assim que as normas constitucionais a ele se referem e, em última instância, mesmo que o propulsor das relações exteriores seja o Ministério respectivo, este nada mais é do que órgão auxiliar da Presidência.

Destarte, a atribuição privativa de "manter relações com os Estados estrangeiros" faz do Presidente, em sentido figurado, a voz, os olhos e os ouvidos do País.

No exercício dessas importantes funções, o Chefe da Nação pode reconhecer (ou não) Estados e governos estrangeiros; estabelecer (ou não) relações diplomáticas com eles; suspender ou romper as mesmas relações, determinando a volta de nossos agentes diplomáticos e a saída dos representantes

alienígenas; criar e manter canais de comunicação e convivência com outros países e organizações internacionais, cambiando informações, idéias e pontos de vista; instruir nossas missões diplomáticas e consulares, bem como receber seus relatórios, consultas e recomendações; receber Chefes de Estado ou de Governo, Chanceleres ou Enviados Especiais estrangeiros; protestar e exigir reparações quando nossos direitos no plano internacional forem violados por outro Estado; proteger os cidadãos brasileiros quando forem vítimas de prejuízos ou cerceamentos ilícitos no exterior; responder às reclamações e reivindicações de governos estrangeiros.

De modo que o Presidente orienta e decide nossa política externa, expressando aos demais Estados as intenções e atitudes do Brasil, sem esquecer que ele também declara o entendimento do País em assuntos que concernem a outras nações, quando nossa opinião for solicitada ou se fizer necessária.

O Presidente da República, para a prática dos atos acima mencionados, prescinde de autorização ou referência do Congresso Nacional, ficando, apenas, sujeito ao poder fiscalizador genérico de que trata o artigo 45 da Carta.

Este dispositivo prevê que "a lei regulará o processo de fiscalização, pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, dos atos do Poder Executivo, inclusive os da Administração Indireta".

Inexiste, todavia, lei regulamentando o artigo 45 quanto à fiscalização dos aludidos atos do Executivo em matéria de política internacional. Por isso, é recomendável que, no Congresso, sejam tomadas iniciativas nesse sentido, a fim de que tão vasto campo de atuação do Executivo possa ser melhor vigiado pelos representantes do povo brasileiro (1).

Entretanto, a falta de lei específica obviamente não significa que o Legislativo não esteja habilitado a fiscalizar os atos do Executivo, pois tal poder é conquista histórica do Parlamento, há muito consagrada.

Segundo as regras constitucionais vigentes, compete ainda ao Presidente da República declarar guerra, permitir que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente e fazer a paz (artigo 81, XI, XII e XIII).

(1) Já estão tramitando, no Congresso Nacional, alguns projetos de leis com o propósito de tornar mais seguro e completo o controle do Legislativo sobre os atos internacionais. Entre outros, existem projetos de leis do Senador Itamar Franco sobre disciplinamento da expedição de credenciais, plenos poderes ou qualquer outro instrumento que habilite agente diplomático em nome do País; envio regular de informações a respeito da evolução da política externa; prévia aprovação legislativa de toda transação ou acordo visando solucionar litígio entre a administração pública e pessoa física ou jurídica estrangeira; apresentação de relatório ao Congresso Nacional após realização de visita a país estrangeiro pelo Ministro das Relações Exteriores; apresentação de relatório circunstanciado ao Congresso quando o Presidente ou o Vice-Presidente da República se ausentarem do País. Do Senador Humberto Lucena, exigindo a remessa de documentos complementares dos tratados, convenções e atos internacionais ao Congresso Nacional, para acompanhamento de sua fiel execução. E projeto de resolução do Senador Marco Maciel, disciplinando a apreciação da escolha dos Chefes de Missões Diplomáticas de caráter permanente.

Nos casos de declaração de guerra ou da citada permissão a forças alienígenas, faz-se necessária a autorização do Congresso Nacional, isto é, licença preliminar do Legislativo para que o Presidente realize o ato (artigo 44, II), dispensada somente se ocorrer agressão estrangeira no intervalo das sessões legislativas.

Na hipótese de estabelecimento da paz, o ato pode ser praticado pelo Chefe do Executivo depois de autorizado pelo Congresso, ou *ad referendum* do mesmo, quer dizer, condicionado à aprovação posterior do Legislativo (artigos 81, XII e 44, II).

Enfim, compete privativamente ao Presidente celebrar tratados, convenções e atos internacionais, *ad referendum* do Congresso Nacional, como preceitua o artigo 81, inciso X.

## 2.2. Normas constitucionais e processualística da participação do Congresso Nacional na celebração de tratados

A Constituição de 1891, primeira Carta republicana do Brasil, estabeleceu, no artigo 34, nº 12, ser da competência privativa do Congresso Nacional “resolver definitivamente sobre os tratados e convenções com as nações estrangeiras” e, no artigo 48, nº 16, ser da competência privativa do Presidente da República “entabular negociações internacionais, celebrar ajustes, convenções e tratados, sempre *ad referendum* do Congresso”.

Nossos constituintes inspiraram-se na doutrina vinda da Convenção de Filadélfia de 1787 e da Assembléia Nacional da Revolução francesa de 1789, que salientou serem os tratados internacionais tão importantes quanto as leis, pois, juridicamente, obrigam o Estado e, por via de consequência, obrigam os cidadãos. Criando deveres e encargos para os indivíduos, tais compromissos externos são, obviamente, do interesse não apenas dos governantes, mas também dos governados. Logo, os atos internacionais que impliquem em obrigações, ônus, deveres ou encargos para o País devem ser negociados pelo Chefe do Poder Executivo com os Governos estrangeiros, mas não são obrigatórios, executórios, antes que o Presidente os ratifique, o que só pode ser efetuado após o assentimento do Legislativo.

Todas as Constituições brasileiras posteriores preceituaram, com pequenas variações nos termos empregados, que compete ao Poder Legislativo resolver definitivamente sobre os tratados com as nações estrangeiras.

O texto atual (Emenda nº 1, de 1969) dispõe ser da competência exclusiva do Congresso Nacional “resolver definitivamente sobre os tratados, convenções e atos internacionais celebrados pelo Presidente da República” (artigo 44, I).

A expressão “resolver definitivamente”, que vem da Carta de 1891, não é das mais felizes, posto que a decisão verdadeiramente definitiva incumbe ao Presidente, que pode ou não ratificar os tratados, depois de estes terem sido aprovados pelo Congresso.

A ratificação é ato do Chefe do Executivo, pelo qual este confirma às outras partes, em caráter definitivo, a disposição do Estado de cumprir um tratado internacional.

Assim, a aprovação dada pelo Poder Legislativo não torna os tratados obrigatórios, pois o Executivo tem ainda a liberdade de ratificá-los ou não.

Essa regra é universal, sendo entendimento unânime que a decisão de ratificar cabe ao mesmo Poder em nome do qual foram negociados e assinados os tratados.

O Congresso só decide definitivamente sobre atos internacionais quando os rejeita, impedindo o Presidente de ratificá-los.

A expressão "atos internacionais", aparecida na Constituição de 1967 e conservada na Emenda nº 1, de 1969, também tem merecido algumas críticas, principalmente porque seria demasiado ampla, podendo abranger, numa interpretação lata, certos atos unilaterais do Estado que produzem efeitos no plano externo, como os protestos, notificações, renúncias e reconhecimentos, entre outros. Esses não são submetidos ao controle do Legislativo em nenhum País, porque o Executivo ficaria demasiadamente limitado e não poderia conduzir as relações externas.

Todavia, na prática brasileira, "atos internacionais" é expressão tida como sinônimo de tratados. Isto se depreende, por exemplo, da existência, desde 1927, de publicação periódica do Itamarati denominada "Coleção de Atos Internacionais", que reúne somente o texto de acordos internacionais; do fato de que o setor do Ministério das Relações Exteriores encarregado de preparar os instrumentos relativos aos tratados a serem celebrados pelo Brasil chama-se "Divisão de Atos Internacionais"; das repetidas vezes com que a expressão aparece, sempre com o citado sentido, nos relatórios anuais da Chancelaria brasileira.

Logo, o que parece ter desejado o constituinte ao falar redundantemente em "tratados, convenções e atos internacionais", tanto no artigo 44, inciso I, como no 81, inciso X, foi frisar que qualquer acordo bilateral ou multilateral que importe criação de direitos e obrigações para o Brasil na órbita internacional deve ser submetido à aprovação do Congresso Nacional, pois só depois dessa formalidade pode o Presidente ratificá-lo.

No sistema vigente, a processualística da participação do Legislativo na celebração dos tratados inicia com a chegada ao Congresso de Mensagem Presidencial, acompanhada de Exposição de Motivos, que o Ministro das Relações Exteriores anexa ao projeto de acordo internacional, ao encaminhá-lo para o Presidente da República.

A apreciação da matéria começa na Câmara dos Deputados, sendo a Mensagem do Executivo encaminhada, pelo Presidente deste órgão, com a Exposição de Motivos e a cópia do respectivo tratado, em primeiro lugar, para a Comissão de Relações Exteriores.

O projeto tramita em regime de urgência e é apresentado ao plenário, com pareceres das Comissões, na forma de decreto legislativo (ato pelo qual o Congresso decide sobre matérias de sua competência exclusiva), que se for aprovado, o que ocorre por maioria de votos, presente a maioria dos membros da Câmara, é enviado ao Senado Federal, quer aprove, total ou parcialmente, quer rejeite o ato internacional.



No Senado, o processo segue caminho semelhante ao da Câmara dos Deputados, passando pelas Comissões, em especial pela de Relações Exteriores, para receber pareceres.

Indo ao plenário para votação, se o projeto receber emendas, em sentido contrário à proposição da Câmara dos Deputados, volta a este órgão, que delibera, então, definitivamente, sobre as emendas apresentadas.

Neste caso, ou na hipótese de ser aprovado ou rejeitado nos termos em que foi proposto na Câmara, o projeto é transformado em decreto legislativo e promulgado pelo Presidente do Senado.

O decreto legislativo é publicado no *Diário do Congresso*, acompanhado do texto do acordo internacional, e no *Diário Oficial da União*, encerrando, assim, a participação do Poder Legislativo.

Convém enfatizar, mais uma vez, que o Presidente do Senado promulga apenas a aprovação do Legislativo ao ato internacional, pois a promulgação deste, incorporando-o à nossa legislação interna, cabe ao Presidente da República, através de decreto, já que um ato aprovado pelo Parlamento pode nunca entrar em vigor, pois se a aprovação legislativa condiciona a ratificação pelo Executivo, não a torna obrigatória.

Concluindo o presente tópico, oportuno recordar que o ordenamento constitucional em vigor no Brasil ainda estabelece ser da competência privativa do Senado Federal aprovar, previamente, por voto secreto, a escolha dos Chefes de Missões Diplomáticas de caráter permanente, e autorizar empréstimos, operações ou acordos externos, de qualquer natureza, de interesse dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, ouvido o Poder Executivo federal (artigo 42, III, *in fine*, e IV da Emenda nº 1, de 1969).

A condução da política externa, num regime federativo, pertence à União. Por isso, quaisquer acordos com Estados estrangeiros ou organismos internacionais que possam vir a ser firmados por Estados-Membros da Federação brasileira, pelo Distrito Federal ou por Municípios, necessitam ser previamente autorizados pelo Senado da República, tido como a Câmara dos representantes dos Estados.

Os empréstimos e operações financeiras, no exterior, das mesmas entidades, igualmente precisam da citada autorização.

### 2.3. *A tramitação interna dos atos internacionais na prática: cooperação e conflito entre o Executivo e o Legislativo*

No dia 18 de agosto de 1891, poucos meses após entrar em vigor a Constituição republicana, o Congresso Nacional demonstrou que não hesitaria em fazer valer sua prerrogativa de rejeitar acordos internacionais negociados pelo Executivo.

Por 142 votos contra 5, desaprovou importante convênio ajustado, a 25 de janeiro de 1890, com a Argentina, fixando nossos limites com este País na região das Missões.

A atitude enérgica do Legislativo forçou o Governo a revisar seu posicionamento e a antiga pendência com a Argentina foi solucionada de maneira diversa, bem mais satisfatória.

Depois deste episódio, a história política do Brasil não registra outras decisões semelhantes do Congresso.

Entre 1946 e 1981, período de trinta e cinco anos, que assinala grande aumento do número de tratados, em decorrência da intensificação das relações internacionais, o Congresso rejeitou apenas a Convenção nº 90, da Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho. Nesta oportunidade, todavia, o ato já foi encaminhado com Mensagem Presidencial praticamente recomendando sua rejeição. Logo, o Legislativo nada mais fez do que acatar a orientação do Governo.

Poucas vezes, resolveu o Parlamento aprovar atos internacionais opondo-lhes reservas ou introduzindo-lhes emendas.

O caso mais rumoroso deste tipo foi o do Acordo de Garantia de Investimentos, celebrado a 6 de fevereiro de 1965, entre o Brasil e os Estados Unidos da América, aprovado com ressalva do que se entenderia por "denegação de justiça".

Já no Acordo de Comércio e Pagamentos entre o Brasil e a Tchecoslováquia, firmado a 24 de junho de 1960, decidiu o Legislativo aprovar com emendas.

Nestas duas ocasiões, o Executivo precisou consultar os países com os quais ajustara os acordos, para saber se concordavam com as modificações do Parlamento brasileiro. Em face de respostas afirmativas, os atos foram ratificados, nos termos deliberados pelo Congresso.

Excluindo estes e alguns outros casos sem maior importância, o Poder Legislativo não tem, no Brasil, criado dificuldades para o Executivo, no que tange à aprovação de tratados.

Entre 1946 e 1981, por exemplo, o Congresso Nacional aprovou, integralmente, 693 atos internacionais; com reservas, sete acordos, mas em quatro destes seguindo recomendação do Executivo; com emendas, apenas um. Rejeitou somente a mencionada Convenção nº 90, da OIT<sup>(2)</sup>.

No entanto, inobstante essa expressiva cooperação congressual, o Executivo tem escamoteado certos atos internacionais do controle do Parlamento, especialmente nas últimas décadas.

Tal comportamento, de graves conseqüências, ensejou controvérsias no campo da doutrina jurídica e reações no Congresso.

Até entrar em vigor a Constituição de 1946, nenhum jurista jamais admitiu, no Brasil, que certos atos internacionais fiquem dispensados de aprovação legislativa, exceção feita, unicamente, aos pactos transitórios, ou de

(2) Ver classificação pormenorizada desses atos internacionais em MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. *O Poder Legislativo e os Tratados Internacionais*. Porto Alegre, L & PM Editores/Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul, 1983, 203 pp.

curta duração, que, pela força das circunstâncias, os comandantes de exércitos podem acordar com o inimigo.

A Carta de 1891 era claríssima, sem deixar margem a dúvidas, pois aludindo a negociações, ajustes, convenções e tratados, de qualquer espécie, submetendo-os, sempre, à referenda do Congresso, esgotou no seu texto todas as formas possíveis de atos internacionais.

Destarte, JOÃO BARBALHO, ARISTIDES A. MILTON, PAULO DE LACERDA, HENRIQUE COELHO, CARLOS MAXIMILIANO, CLÓVIS BEVILAQUA, entre outros, pronunciaram-se pela compulsoriedade absoluta da deliberação do Legislativo acerca de todo e qualquer acordo internacional ajustado pelo Executivo.

Porém, com o início da vigência da Constituição de 1946, restabelecido o Estado de Direito e devolvidos ao Parlamento os poderes que lhe tinham sido tomados durante a ditadura de Vargas (1937-1945), surgiu, pela primeira vez em nosso País, manifestação favorável à tese de que nem todos os atos internacionais necessitam de aprovação legislativa.

O entendimento foi expressado por um de nossos mais ilustres especialistas em direito internacional público, o embaixador HILDEBRANDO ACCIOLY, que, discordando da opinião divulgada por PONTES DE MIRANDA, favorável à obrigatoriedade da aprovação pelo Legislativo de todos os acordos de que o Brasil for parte, sustentou que nosso País pode ser parte em atos internacionais que não dependam da aprovação do Congresso Nacional.

A evolução dos acontecimentos viria a demonstrar que ACCIOLY, desempenhando, na época, relevantes funções no Ministério das Relações Exteriores, não estava manifestando ponto de vista estritamente pessoal, mas o pensamento do próprio Itamarati, pois este, na prática, adotou a interpretação da-quele jurista.

A tese, sustentada por HILDEBRANDO ACCIOLY, em síntese, é a da validade dos *acordos em forma simplificada* no sistema brasileiro de celebração de tratados.

Tal denominação é dada, na prática internacional, aos acordos que, dispensando a aprovação do Legislativo e a ratificação, entram em vigor no momento em que forem assinados, ou, então, se processam por troca de notas diplomáticas, protocolos de entendimento, declarações conjuntas, memorandos etc.

Diferenciam-se, assim, dos *acordos em devida forma*, sujeitos à tramitação regular.

Certos países admitem explicitamente os acordos em forma simplificada, ou "acordos executivos" como também são conhecidos, porque suas Constituições enumeram estritamente os tratados que precisam da aprovação parlamentar, deixando alguma margem de atuação independente para o Executivo (por exemplo, Bélgica, França, Espanha, Portugal).

Nos Estados Unidos da América, os *executive agreements*, mesmo não sendo expressamente autorizados pela Constituição, têm sido tolerados, mediante o entendimento de que esta só fala na necessidade de aprovação do Senado para os "tratados", e os acordos executivos não teriam a solenidade

ou a importância destes. Outrossim, o Presidente seria competente para concluir determinados acordos, no exercício das funções de "comandante-em-chefe das Forças Armadas" e "único órgão para as relações exteriores".

Porém, apesar do emprego constante dos aludidos ajustes, desde a presidência de George Washington, a falta de autorização constitucional clara e inequívoca tem motivado veementes críticas aos mesmos por políticos e juristas norte-americanos.

No Brasil, segundo o parecer de ACCIOLY, admitir-se-iam acordos em forma simplificada nos casos seguintes:

a) ajustes sobre assuntos que sejam da competência privativa do Poder Executivo;

b) os concluídos por agentes ou funcionários que tenham competência para isso, sobre questões de interesse local ou de importância restrita;

c) os que consignam simplesmente a interpretação de cláusulas de um tratado já vigente;

d) os que decorrem, lógica e necessariamente, de algum tratado vigente e são como que o seu complemento;

e) os de *modus vivendi*, quando têm em vista apenas deixar as coisas no estado em que se encontram ou estabelecer simples bases para negociações futuras;

f) os de ajuste para a prorrogação de tratado, antes que este expire;

g) as chamadas "declarações de extradição", isto é, as promessas de reciprocidade, em matéria de extradição (3).

Essa argumentação, entretanto, foi contestada pelo eminente Professor HAROLDO VALLADÃO, que, no cargo de Consultor-Geral da República, recebeu consulta do Ministro das Relações Exteriores, ordenada pelo próprio Presidente, sobre a necessidade ou não de ser submetido ao Congresso um determinado Acordo de Pagamentos entre o Brasil e a França, feito por troca de notas diplomáticas, "convênio meramente administrativo, que o Governo pode celebrar por sua própria autoridade".

Respondeu VALLADÃO que não olharam nossos constituintes republicanos a matéria ou a importância dos ajustes internacionais, mas quiseram subordinar o Executivo ao Legislativo, não admitindo assumam o Brasil quaisquer responsabilidades, na ordem internacional, sem o consentimento do Congresso.

Destarte, opinou pela necessidade de aprovação pelo Congresso Nacional de quaisquer ajustes internacionais feitos pelo Brasil e pela inaplicabilidade, no direito pátrio, dos acordos executivos (4).

(3) ACCIOLY, Hildebrando. A Ratificação e a Promulgação dos Tratados em face da Constituição Federal Brasileira. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*. Rio de Janeiro, n. 7, jan./jun., 1948, pp. 5-11.

(4) VALLADÃO, Haroldo. Necessidade de aprovação pelo Congresso Nacional de quaisquer ajustes internacionais feitos pelo Brasil. Inaplicabilidade, no direito pátrio, de doutrinas aceitas no direito de nações européias e dos Estados Unidos. Histórico e exegese dos preceitos constitucionais brasileiros sobre celebração e aprovação de tratados e convenções. *Pareceres do Consultor-Geral da República*. Rio de Janeiro, vol. IV (set. 1949/mar. 1950), 1950, pp. 413-427.

No campo da doutrina jurídica, a posição de ACCIOLY foi apoiada por LEVI CARNEIRO, GERALDO EULÁLIO DO NASCIMENTO E SILVA, JOÃO HERMES PEREIRA DE ARAÚJO, AUGUSTO DE REZENDE ROCHA e CELSO DE ALBUQUERQUE MELLO, enquanto na linha de VALLADÃO manifestaram-se AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO, THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, FRANCISCO SÁ FILHO, VICENTE MAROTTA RANGEL e MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, além do próprio PONTES DE MIRANDA.

Na prática, em que pese às doutes opiniões contrárias, inclusive do Consultor-Geral da República, o Itamarati manteve o entendimento defendido por ACCIOLY e tem concluído vários atos internacionais em forma simplificada, enquadráveis nas categorias preconizadas por este jurista.

Em pesquisa publicada recentemente<sup>(5)</sup>, constatei, através de exame da "Coleção de Atos Internacionais", do Ministério das Relações Exteriores, no período que vai de 1946 a 1981, a sugestiva quantidade de 317 acordos em forma simplificada celebrados pelo Governo brasileiro, sem aprovação expressa e específica do Legislativo.

Note-se que esse número representa apenas uma amostra dos referidos atos, pois a "Coleção" publica expressivo volume, mas não a totalidade, dos ajustes internacionais do Brasil.

Identifiquei, por exemplo, acordos em forma simplificada sobre assuntos administrativos, como o "Acordo sobre a Utilização, Conservação e Vigilância da Ponte Internacional sobre o Rio Paraná", concluído por troca de notas diplomáticas, com o Paraguai, a 27 de março de 1965; ajustes versando questões de importância restrita, como o "Acordo Administrativo para Troca de Correspondência em Malas Diplomáticas", concluído, por troca de notas, com Honduras, a 3 de março de 1952; acordos consignando interpretação de cláusulas de tratado já vigente, como o "Ajuste Interpretativo do Artigo VII do Convênio de Intercâmbio Cultural de 29 de março de 1958", concluído com a Bolívia, por troca de notas, a 10 de julho de 1973; acordos que complementam tratados vigentes, como o "Ajuste Complementar ao Convênio de Cooperação Social de 11 de agosto de 1964", celebrado com a Espanha, por troca de notas, a 25 de abril de 1969; outros, que prorrogam tratados, como o "Acordo para a Prorrogação das Disposições do Tratado de Comércio e Navegação de 1º de março de 1943", concluído com o Chile, por troca de notas, a 24 de dezembro de 1960.

Igualmente, existem acordos que consagram *modus vivendi*, como o "Acordo para a Manutenção das Facilidades de Intercâmbio entre o Brasil e o Chile, assinado, por troca de notas, a 5 de julho de 1961", e outros que dispõem sobre simples bases para negociação futura, como o "Convênio sobre Bases para Cooperação Econômica e Técnica entre o Brasil e a Colômbia, assinado em Bogotá, a 28 de maio de 1958".

(5) MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. *O Poder Legislativo e os Tratados Internacionais*. Porto Alegre, L & PM Editores/Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul, 1983, 203 pp.

Alguns acordos executivos provocaram forte impacto na opinião pública brasileira e no Congresso Nacional, como os chamados Acordos de Roboré, entre o Brasil e a Bolívia, firmados durante visita do Chanceler José Carlos de Macedo Soares a La Paz, em 29 de março de 1958.

Nessa oportunidade, simplesmente foram assinadas vinte notas reversais com o Governo boliviano, apenas uma das quais foi submetida ao Congresso Nacional e, assim mesmo, dez anos depois de estar produzindo efeitos (sobre "Demarcação de Limites").

As notas versavam matérias de alta relevância: construção de estrada de ferro, tráfego mútuo, pesquisa e lavra de petróleo boliviano, estudos técnicos para o abastecimento em hidrocarbonetos do mercado brasileiro, instalação em território brasileiro de entrepostos de depósito franco, utilização da Zona Franca de Manaus etc.

Mas, de todos os argumentos apresentados para justificar a validade dos acordos em forma simplificada no direito pátrio, nenhum parece-me mais subversivo dos princípios constitucionais, do que a divisão que o Ministério das Relações Exteriores insiste em fazer entre *acordos do tipo quadro* e *acordos de execução*, conforme sua própria terminologia.

Atos internacionais do "tipo quadro" são acordos genéricos que "consubs-tanciam as grandes bases políticas que plasmam as convergências entre os países" e, "dado seu caráter normativo geral, não contemplam a indicação pormenorizada das formas operacionais e executivas de que se revestirá a coope-ração bilateral".

Atos internacionais de "execução" são ajustes complementares que "defi-nem, de acordo com o espírito e a letra do acordo-quadro, ato jurídico maior, as condições específicas para a cooperação bilateral".

Pensa o Itamarati que, com essa divisão, configura-se um "conjunto de instrumentos jurídicos de categorias diversas, harmonicamente concebidos para concretizar, de forma mutuamente proveitosa, as perspectivas abertas à coope-ração entre os Estados".

Assim, ao acordo-quadro, "ato internacional de alta relevância política, submetido à apreciação do Legislativo", mais tarde somam-se "instrumentos subsidiários, pelos quais se acordam os aspectos práticos da cooperação pla-nejada", os quais não se enquadram nas categorias de atos que devam ser aprovados pelo Congresso Nacional (6).

Tal raciocínio, à primeira vista, é lógico e coerente, pois parece inconveniente perda de tempo submeter ao Congresso ajustes complementares, ou em execução, de outros anteriormente aprovados.

Entretanto, na verdade, assim como o Executivo pode celebrar acordos de execução de tratados já aprovados, que nada acrescentem às obrigações

(6) As definições de acordo-quadro e acordo de execução foram tiradas das respostas do Ministério das Relações Exteriores aos quesitos do Requerimento de Informa-ções nº 44, de 1981, apresentado pelo Senador Itamar Franco, por ocasião do exame, no Senado Federal, do "Acordo de Cooperação entre o Brasil e a Argen-tina para o Desenvolvimento dos Usos Pacíficos da Energia Nuclear".

do Estado, pode, igualmente, concluir ajustes que, sem o conhecimento nem a autorização do Congresso, levem o País a perigosos cursos de ação.

Interessante exemplo temos no "Ajuste para a Instalação de Posto de Controle de Teleguiados em Fernando de Noronha", celebrado entre o Brasil e os Estados Unidos, em 1956.

O Governo não submeteu este convênio ao Congresso, entendendo que se tratava de mero ato de execução do "Acordo de Assistência Militar entre o Brasil e os Estados Unidos", de 1952, aprovado pelo Legislativo, o qual proclamava, no artigo I, parágrafo primeiro, que "essa assistência se destina a promover a defesa do Hemisfério Ocidental em conformidade com os planos que determinem a participação de ambos os governos em missões relevantes para a defesa do mesmo Hemisfério. . . Os dois governos negociarão, periodicamente, ajustes pormenorizados, por troca de notas, para aplicar o disposto neste parágrafo" (o grifo é meu).

Ora, salta aos olhos de qualquer pessoa que essa cláusula contém previsões pouquíssimo determinadas sobre planos vagamente indicados.

Por isso, ao aprová-la, no contexto do Acordo de Assistência Militar de 1952, o Legislativo não poderia supor que viria a ser executada através de ajuste específico, prevendo a instalação de posto norte-americano de controle de mísseis teleguiados, no território nacional, pois tal ato não guarda estreita conexão ou proximidade, nem correspondência rigorosa, com os preceitos imprecisos do acordo-quadro.

Assim, pretender que o citado ajuste complementar está dispensado da aprovação congressual, por seu caráter executório, liberalmente definido, é atribuir elasticidade de fato inexistente aos dispositivos constitucionais, que exigem o consentimento do Legislativo para os atos internacionais e não fazem distinção, sequer remotamente, entre acordos-quadros e acordos de execução.

Contudo, mesmo enfrentando críticas e objeções exaltadas de membros do Parlamento, o Executivo teimou em implementar o acordo, e os norte-americanos instalaram-se no arquipélago de Fernando de Noronha, de onde saíram somente quando o progresso da tecnologia dos mísseis balísticos superou a necessidade de bases para rastreamento (7).

A partir de 1973, talvez despertado pelo fato de que os tratados negociados pelo Itamarati, que chegavam para ser apreciados, incluíam, cada vez com maior frequência, disposição no sentido de que os mesmos poderiam ser complementados ou modificados, por simples "troca de notas diplomáticas", o Congresso Nacional começou a adotar medidas concretas para impedir tais ajustes.

As providências consistem em fazer constar, nos decretos legislativos, dispositivo expresso, proclamando que quaisquer atos de que possam resultar

---

(7) MONIZ BANDEIRA. *Presença dos Estados Unidos no Brasil (Dois Séculos de História)*. 2ª ed. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1978, p. 399.

revisão, modificação ou reforma dos acordos aprovados ficam sujeitos ao consentimento do Congresso.

Os pareceres das Comissões Técnicas do Parlamento, proferidos nestes casos, asseveram, peremptoriamente, que “à luz do texto constitucional se revela irregular qualquer procedimento tendente a excluir da apreciação legislativa os atos internacionais firmados em nome do País” (8).

Já foram aprovados, com a aludida ressalva, vários ajustes, como o “Acordo sobre Cooperação Cultural entre o Brasil e a República de Gana”, de 1972; o “Acordo sobre Transporte e Navegação Marítima entre o Brasil e Portugal”, de 1978; o “Acordo que estabelece a Comunidade da Pimenta-do-Reino”, de 1971; o “Acordo Básico de Cooperação entre o Brasil e a Líbia”, de 1978; o “Acordo entre o Brasil e a Nigéria sobre Serviços Aéreos”, de 1979; entre outros.

Todavia, não obstante inúmeros pronunciamentos emanados do Congresso Nacional, o Executivo continua celebrando acordos em forma simplificada e insiste em mandar ao Legislativo tratados genéricos, com execução prevista através de “troca de notas”, quem sabe na esperança de que nossos congressistas “cochilem” e os deixem passar sem a condição mencionada acima.

De outro lado, recentemente, ao chegar no Legislativo Mensagem Presidencial submetendo à aprovação dos parlamentares o “Acordo de Cooperação entre o Brasil e a Argentina para o Desenvolvimento e Aplicação dos Usos Pacíficos da Energia Nuclear”, assinado em 1980, causou estranheza a existência, no texto, de cláusula determinando a “aplicação provisória” do ato internacional, antes mesmo de ser efetivada a competente ratificação.

Solicitadas informações ao Executivo pelo relator da matéria, eminente Senador Itamar Franco, respondeu o Itamarati que “a aplicação provisória do acordo-quadro, no limite de competência das autoridades responsáveis, permite atender ao caráter dinâmico que caracteriza as relações entre Estados, sobretudo no campo científico e tecnológico. Obviamente, a aplicação provisória não pressupõe o resultado do processo interno de aprovação do ato internacional pelos poderes competentes. *Esta cláusula, que cada dia ganha mais aceitação no contexto das relações internacionais face ao dinamismo que tem caracterizado o intercâmbio entre as nações nas últimas décadas, não é considerada como infringente do preceito contido no artigo 44, inciso I, da Constituição federal, já que limita a área de aplicação imediata do acordo àquela compreendida nos limites de competência própria dos órgãos do Poder Executivo, incumbidos da implantação do ato internacional*” (sic). (Os grifos são meus.)

Ora, como declarou o Senador Itamar Franco, “parece estar imperando grande dose de confusão no que toca à juridicidade dos assuntos tratados na Casa de Rio Branco” (9), porque é evidente e indiscutível, até para um não jurista, que atribuir vigência provisória a um tratado desde a data da assinatura, pode atender ao dinamismo das relações internacionais contemporâneas, mas, certamente, não atende ao que determina o texto constitucional em vigor no Brasil.

(8) *Diário do Congresso Nacional* (Seção II), de 10 de novembro de 1979, p. 5.823.

(9) Discurso publicado no *Diário do Congresso Nacional* (Seção II), de 19 de agosto de 1981, p. 3.697.



Essa controvertida questão do relacionamento entre o Executivo e o Legislativo no processo de celebração dos acordos internacionais, como acabamos de ver, vem evoluindo há muitos anos, sem que os Poderes envolvidos cheguem a solução definitiva.

Porém, ultimamente, o assunto passou a merecer redobrada atenção do Parlamento, em face de certos atos internacionais do Governo brasileiro que, pelos seus numerosos e imediatos efeitos internos, despertaram o interesse de toda a Nação.

Trata-se dos atos visando o ajustamento do balanço de pagamentos do País, a partir de setembro de 1982, especialmente os compromissos assumidos com o Fundo Monetário Internacional, através de sucessivas "Cartas de Intenções" e "Memorandos Técnicos de Entendimentos", e os contratos ajustados com consórcios de bancos privados estrangeiros, conhecidos como "Projetos 1, 2, 3, e 4".

Nos debates travados no Senado Federal, foi argüida a nulidade dos acordos firmados com o FMI, por não terem sido submetidos ao Congresso para a referenda prevista na constituição.

Defendeu-se o Governo, através de seus líderes, argumentando que:

1) os atos internacionais que dêem curso a acordos anteriores aprovados pelo Congresso Nacional não precisam da referenda parlamentar (as Cartas de Intenção seriam meros atos de execução do Convênio Constitutivo do FMI, aprovado pelo Legislativo);

2) os atos praticados foram simples empréstimos, operações de crédito externo, que o Poder Executivo está autorizado a concretizar através de leis e decretos-leis aprovados pelo Congresso;

3) a Constituição exige a aprovação do Congresso apenas para os tratados, convenções e atos internacionais celebrados pelo Presidente da República. No caso em foco, os atos internacionais foram celebrados pelo Presidente do Banco Central e pelos Ministros da área econômica, e garantidos pelo Tesouro Nacional;

4) as Cartas de Intenções ao FMI têm natureza diversa da dos acordos internacionais pois significam, somente, intenção unilateral de cumprir alguma coisa.

Contestaram vários parlamentares, alegando que:

1) todos os atos internacionais que venham a comprometer o País precisam ser aprovados pelo Congresso Nacional;

2) os atos praticados pelo Governo não foram simples empréstimos, mas compromissos assumidos para concessão de empréstimos, que implicam em mudanças de leis aprovadas pelo Congresso;

3) é elementar que os Ministros de Estado, ao assinar atos internacionais, agem como representantes do Presidente da República. Logo, os acordos celebrados por aqueles é como se o fossem por este e, portanto, igualmente devem ser referendados pelo Congresso;

4) as Cartas de Intenções ao FMI são acordos, demoradamente negociados pelo Governo com este organismo internacional, que invadem a seara da soberania nacional e envolvem matéria nitidamente política, como critérios de correção salarial, contenção de gastos públicos, redução do déficit orçamentário etc.

No início de abril de 1983, o Deputado Airton Soares apresentou Indicação (nº 2/1983), sugerindo que a "Comissão de Relações Exteriores, no uso de suas atribuições previstas no artigo 28, § 13, alínea *τ*, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, elabore projeto de decreto legislativo, aprovando ou rejeitando os termos dos acordos financeiros efetivados pelo Poder Executivo e o Fundo Monetário Internacional, e consubstanciados na Carta de Intenção e Memorando Técnico de Entendimentos".

Justificou a proposta lembrando os termos do artigo 81, inciso X, da Constituição federal, segundo o qual compete, privativamente, ao Presidente da República "celebrar tratados, convenções e atos internacionais, *ad referendum* do Congresso Nacional". E apesar dos jornais noticiarem os acordos firmados com o FMI, o Congresso não foi chamado a referendar tais negociações. Assim, como se inclui na competência da Comissão de Relações Exteriores da Câmara o exame da matéria, julga cabível a indicação.

A matéria foi apreciada na sessão de 14 de setembro de 1983 da referida Comissão (10).

O relator, Deputado Edison Lobão, argumentou que ao submeter ao FMI pedido de acesso aos seus recursos financeiros, o Governo brasileiro estava obrigado, na forma do Convênio Constitutivo daquela Organização Internacional, aprovado pelo Legislativo, a apresentar proposta de ajustamento interno da economia. Não fez mais, portanto, que executar o que subscreveu, por um ato que, a toda evidência, só compete ao Poder Executivo realizar, dentro de suas atribuições constitucionais específicas.

Não se compreende, destarte, o documento em exame, na expressão genérica "ato internacional", de que tratam os artigos 81, inciso X, e 44, inciso I, da Constituição, pois não há como incluir entre as atribuições do Congresso Nacional a apreciação de atos apenas concernentes à execução de um tratado já aprovado. "Seria como que apreciar cada caso de concessão de bolsa de estudos decorrente de um acordo cultural. O Acordo, sim, é apreciado pelo Congresso Nacional; a sua execução é mero corolário" (*sic!*).

Outrossim, "a Carta de Intenção endereçada pelo Governo brasileiro à direção do Fundo é um documento unilateral, não vinculativo, cujo descumprimento ocasiona tão-somente a suspensão por parte do Fundo dos desembolsos ainda não efetivados".

Por esses motivos, opinou pela "rejeição da Indicação na forma proposta".

Depois de intensos debates, o Deputado Freitas Nobre emitiu seu voto, sustentando que as Cartas de Intenção dirigidas ao FMI não são atos unilaterais, mas uma forma de contrato, apenas com outro nome, constituindo

(10) *Diário do Congresso Nacional* (Seção I), de 22 de setembro de 1983, pp. 9.554-9.556.

verdadeiros atos adicionais ao Convênio Constitutivo do Fundo, pois prevêem penalidades novas pelo não cumprimento de seus dispositivos.

Há evidente envolvimento de duas partes: O Brasil se compromete a cumprir algumas determinações do FMI, em troca de recursos, e submete-se à penalidade de suspensão do recebimento das parcelas ainda não efetivadas.

Quanto à ponderação de que as Cartas seriam meros atos de execução de tratado aprovado pelo Legislativo, *in casu* o Convênio Constitutivo do FMI, alegou o Deputado Freitas Nobre que os documentos firmados recentemente com este organismo implicam em transformações na política econômica interna, que devem ser objeto de controle do Congresso. E não foi por outra razão que o Governo baixou o Decreto-Lei nº 2.045, invocando, inclusive, segurança nacional.

Seria estranho, completou, que “o próprio Parlamento procurasse restringir seus poderes, excluindo competências como a de manifestar-se a respeito de tratados, convenções ou atos internacionais, especialmente quando, em casos como o presente, as implicações internas e externas sejam tão relevantes e de conseqüências tão nocivas ao País e à sociedade brasileira”.

Por essas razões, manifestou-se pela aceitação do requerimento do Deputado Aírton Soares, e propôs decreto legislativo rejeitando os acordos do Governo brasileiro com o Fundo Monetário Internacional.

O voto do Deputado Freitas Nobre foi aprovado, por unanimidade, pela Comissão de Relações Exteriores.

Assim, ficou aprovado, naquela Comissão, projeto de decreto legislativo rejeitando os “acordos firmados pelo Governo brasileiro com o Fundo Monetário Internacional, consubstanciados na Carta de Intenção e Memorando Técnico de Entendimentos, objeto dos recentes atos denominados Projetos I, II, III e IV”.

O projeto foi enviado para a Comissão de Constituição e Justiça, onde ainda se encontra (31-7-84).

A preocupação dos parlamentares em disciplinar, de forma conclusiva, o processo interno de formação dos compromissos externos, elidindo, definitivamente, as falsas interpretações quanto à compulsoriedade da submissão ao Congresso Nacional dos acordos internacionais, ficou bem evidenciada no momento em que o Legislativo se mobilizou com o fim de oferecer emendas adicionais à “Proposta de Emenda à Constituição nº 11”, apresentada pelo Presidente da República (Mensagem nº 100/84), a 16 de abril de 1984, porém retirada antes da deliberação final do Congresso.

Várias emendas pretenderam alterar o artigo 44, inciso I, do texto constitucional vigente, que dispõe ser da competência exclusiva do Congresso Nacional “resolver definitivamente sobre os tratados, convenções e atos internacionais celebrados pelo Presidente da República”, para, por exemplo, “resolver definitivamente sobre tratados, convenções, ajustes e demais atos internacionais que, direta ou indiretamente, obriguem a União” (Emenda nº 1); “resolver definitivamente sobre os tratados, convenções e atos internacionais celebrados pelo Presidente da República bem como, na forma e nos limites

fixados em Decreto Legislativo, sobre todos os atos internacionais que impliquem compromissos de qualquer espécie para o País" (Emenda nº 24); ou "resolver definitivamente sobre os tratados, convenções e atos internacionais celebrados pelo Presidente da República, bem como sobre todos e quaisquer acordos, convenções, protocolos ou contratos efetivados por entidades públicas nacionais, com países ou instituições estrangeiras, que possam influir, sob qualquer aspecto, na economia nacional" (Emenda nº 57).

A Emenda nº 68 sugeriu o acréscimo de mais um inciso ao artigo 44, preceituando ser também da competência exclusiva do Congresso "autorizar empréstimos, operações ou acordos externos que importem ônus para o Tesouro Nacional" (11).

Vemos, assim, através de todas estas manifestações, o que pensam os representantes do povo brasileiro sobre a participação do Poder Legislativo no processo de celebração dos atos internacionais.

#### 2.4. *O Poder Judiciário e a constitucionalidade extrínseca dos tratados internacionais*

Não encontrei, na jurisprudência brasileira, casos de declaração de inconstitucionalidade de tratado internacional por causa de inobservância das formalidades constitucionais para sua celebração, em especial pela falta de submissão ao Poder Legislativo.

Existe um acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 14 de junho de 1905, referente à extradição, que permitiu entrever a opinião do Pretório Excelso sobre a obrigatoriedade de apreciação dos tratados pelo Legislativo, ao proclamar estarem "abolidas, por contrárias à Constituição federal, quer a extradição pela simples vontade do Poder Executivo, quer a que se fundamente em promessa de reciprocidade, em acordo mediante notas reversais, pois, nos precisos termos dos artigos 34, nº 12 e 48, nº 16, quaisquer ajustes, convenções, ou tratados dependem, para resolução definitiva, do Congresso Nacional" (12). (O grifo é meu.)

Teria havido excelente oportunidade para que nossa mais alta Corte de Justiça se manifestasse sobre o tema caso o Procurador-Geral da República tivesse encaminhado representação, solicitada pelo egrégio Conselho Federal da OAB, a 23 de agosto de 1983, com fins de obter a declaração de inconstitucionalidade do acordo normativo denominado "Projeto 2".

O requerimento, assinado pelo emérito Presidente do Conselho Federal, Doutor Mário Sérgio Duarte Garcia, entre outras razões, alegou que "O Projeto Dois, ou quaisquer outros integrativos da renegociação da dívida externa, quer porque firmado por autarquia (no Brasil, pessoa jurídica de direito público, integrante da administração pública), quer porque garantido formalmente pela República Federativa do Brasil, deveria ser submetido — o que não aconteceu — à aprovação do Congresso Nacional" (13).

(11) Diário do Congresso Nacional, suplemento ao nº 55, de 26 de maio de 1984.

(12) In VALLADÃO, Haroldo. *Pareceres do Consultor-Geral da República*, op. cit., p. 416.

(13) OAB — Secretaria-Geral, Circular nº 2/83.

Porém, o Procurador-Geral preferiu arquivar o pedido da OAB, usando da prerrogativa que o texto constitucional lhe confere, de ser o único a ter legitimação ativa para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (artigo 119, I, I).

### 3. A REFERENDA DO LEGISLATIVO COMO CONDIÇÃO PARA A VALIDADE DOS ATOS INTERNACIONAIS, SEGUNDO O DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO

#### 3.1. *Posições doutrinárias*

Como enfatizei na introdução do presente trabalho, muitas Constituições, a partir do século XVIII, passaram a condicionar a confirmação da vontade do Estado em cumprir os tratados internacionais à aprovação prévia destes pelo Poder Legislativo.

Até que ponto a inobservância desta limitação constitucional influi, em direito internacional público, na validade do consentimento em obrigar-se por um tratado, é questão que tem preocupado eminentes jusinternacionalistas.

As opiniões sobre o tema são divergentes e podem ser separadas em três grupos:

1º) Alguns juristas sustentam que o direito das gentes deixa ao direito interno de cada Estado a determinação dos órgãos e dos procedimentos pelos quais se forma a vontade de assumir obrigações internacionais.

Para saber se um ato internacional obriga efetivamente ao Estado, sempre há de se ter em conta as normas constitucionais que disciplinam a formação e a declaração de seu consentimento.

Conforme tal parecer, as disposições do direito interno, que limitam os poderes dos órgãos estatais para acordar tratados, são consideradas como parte do direito internacional, pois surtem o efeito de anular, ou, ao menos, tornar anulável, todo consentimento em obrigar-se por tratado que tenha sido manifestado, no plano internacional, fazendo delas caso omissis.

2º) Outros estudiosos aceitam, igualmente, a incorporação das limitações constitucionais pelo direito internacional, mas consideram essencial restringir, de certo modo, essa doutrina, para que não se deprecie a segurança dos tratados. Para eles, a boa fé exige que sejam consideradas somente as violações constitucionais manifestas.

Segundo este raciocínio, o Estado que impugnar a validade de um tratado, por razões constitucionais, pode invocar somente violação de disposições notórias e inequívocas de sua Constituição.

3º) O último grupo de juristas opina que o direito internacional público não incorpora as limitações constitucionais para a celebração de tratados. Apenas determina os procedimentos e as condições pelas quais, no plano internacional, os Estados expressam seu consentimento em obrigar-se por tratados,

assim como fixa os termos em que reconhece competência aos representantes dos Estados para a prática de atos oficiais.

Logo, quando um representante, que segundo o direito internacional for competente para comprometer o Estado, expressar, por qualquer dos procedimentos estabelecidos pelas regras internacionais, o consentimento do Estado em obrigar-se por um tratado, considera-se, em direito internacional, que o Estado fica obrigado por este tratado.

O descumprimento dos requisitos internos pode ensejar a nulidade do tratado no plano doméstico, porém não afeta sua validade no plano do direito internacional, desde que o representante do Estado tenha atuado conforme suas faculdades, reconhecidas pelas regras internacionais.

Entretanto, alguns doutrinadores entendem que esta norma não é tão rigorosa quando o outro Estado que participa do acordo tem conhecimento que não foi observado o direito interno, ou quando a falta de poderes constitucionais por parte do representante de um Estado é tão manifesta que há de se presumir que o outro não poderia ignorá-la.

### 3.2. *Codificação do direito dos tratados: Convenções de Havana (1928) e de Viena (1969)*

A codificação do direito das gentes, isto é, a transformação das normas consuetudinárias em normas escritas, convencionais, vem evoluindo desde as últimas décadas do século passado.

O Continente americano desempenhou importante papel, nesta área, e o Brasil destacou-se muito, formulando várias propostas, como, por exemplo, os projetos de códigos de direito internacional público (organizado por Eptácio Pessoa) e de direito internacional privado (preparado por Lafayette Rodrigues Pereira), apresentados à Comissão Internacional de Jurisconsultos, em 1912.

Os projetos inspiraram doze tratados, aprovados na 6ª Conferência Internacional Americana, realizada na cidade de Havana, em 1928, entre os quais a "Convenção sobre Tratados", ratificada pelo Brasil, Equador, Peru, Honduras, Nicarágua, Panamá, República Dominicana e Haiti.

Essa convenção, no que tange à formação e declaração do consentimento do Estado em obrigar-se por tratados, dispôs, no artigo 1º, que "os tratados serão celebrados pelos poderes competentes dos Estados ou pelos seus representantes, segundo o seu direito interno respectivo" (artigo 197 do Projeto de Eptácio Pessoa) e, no artigo 5º, que "os tratados não são obrigatórios senão depois de ratificados pelos Estados contratantes, ainda que esta cláusula não conste nos plenos poderes dos negociadores, nem figure no próprio tratado" (artigo 203 do Projeto).

Assim, a Convenção de Havana sobre Tratados, de 1928, da qual o Brasil é parte, adotou a posição doutrinária que sustenta ser o direito interno quem decide a determinação dos órgãos e processos pelos quais se forma a vontade do Estado de assumir obrigações internacionais. Se os procedimentos domésticos não forem observados, o tratado será nulo.

Igualmente, proclamou a necessidade de ratificação para a vigência dos tratados, no plano internacional, quer dizer, os ajustes, concluídos por plenipotenciários designados pelo Chefe do Poder Executivo não se tornam obrigatórios, antes que este os ratifique, o que só pode ser efetuado após o assentimento do Poder Legislativo.

Por sua vez, a Organização das Nações Unidas, apoiada em estudos e projetos de sua Comissão de Direito Internacional, tem feito consideráveis esforços para codificar partes do direito internacional público, concentrando-se, especialmente, no direito do mar, direito diplomático, direito consular e direito dos tratados.

Em 1966, a Comissão de Direito Internacional submeteu um "Projeto de Artigos sobre o Direito dos Tratados" à consideração da Assembléia Geral da ONU, que decidiu, pela Resolução nº 2.166 (XXI), de 5 de dezembro daquele ano, convocar uma conferência internacional em Viena, para os anos de 1968 e 1969, a fim de examiná-lo e adotar convenção sobre o assunto.

No primeiro período de sessões da "Conferência das Nações Unidas sobre o Direito dos Tratados" (1968), fizeram-se representar 103 Estados, e no segundo (1969), compareceram 110 delegações.

O Brasil participou de ambos. Nossa delegação foi chefiada, respectivamente, pelos embaixadores Gilberto Amado, em 1968, e Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva, no ano seguinte.

No final do segundo período de sessões, a Conferência aprovou, por 79 votos favoráveis (inclusive do Brasil), 1 contrário (França) e 19 abstenções (União Soviética, Polônia, Suíça, Austrália, Tchecoslováquia, Hungria, entre outros), a "Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados", formada de 85 artigos e um anexo.

Este importante ato internacional, apesar de ter sido aprovado e assinado por nossos representantes, não está em vigor para o Brasil, pois, até o presente momento, nem sequer foi submetido ao Congresso Nacional.

Porém, mesmo não ratificada pelo Brasil, a Convenção desperta o maior interesse, porque, como salientou o chefe da delegação brasileira ao segundo período de sessões, G. E. do Nascimento e Silva, a partir de sua aprovação, a doutrina e a prática internacionais poderão indicá-la como consolidação do direito internacional em matéria de tratados e passará a constituir a principal fonte a respeito, até para os Estados a ela não vinculados (14).

### 3.3. *A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 e o sistema brasileiro de celebração de atos internacionais*

Em primeiro lugar, é importante salientar que a Convenção de Viena resolveu que a distinção entre "tratados em devida forma" e "acordos em forma simplificada" não tem relevância jurídica no âmbito do direito interna-

(14) NASCIMENTO E SILVA, G. E. do. *Conferência de Viena sobre o Direito dos Tratados*. Brasília, Ministério das Relações Exteriores, 1971, p. 56.

cional público, isto é, quaisquer ajustes internacionais, independente da forma pela qual forem concluídos ou do nome que receberem, têm caráter obrigatório.

No artigo 2º, inciso 1, letra *a*, afirma que:

“Tratado significa um acordo internacional celebrado por escrito entre Estados e regido pelo direito internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica.”

Segundo os comentários da Comissão de Direito Internacional da ONU, as normas internacionais relativas à validade, eficácia, execução, interpretação e extinção dos tratados aplicam-se a todas as classes de acordos, tanto em “devida forma”, como em “forma simplificada” (15).

No artigo 11, a Convenção dispõe que:

“o consentimento de um Estado em obrigar-se por um tratado pode manifestar-se pela assinatura, troca de instrumentos constitutivos do tratado, ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, ou por quaisquer outros meios, se assim for acordado.”

A ratificação ficou, destarte, considerada como uma das formas, entre muitas outras, pelas quais os Estados podem expressar sua disposição em obrigar-se por tratados, ao contrário do que estabelece a Convenção de Havana de 1928, no artigo 5º, quer dizer, a absoluta necessidade de ratificação para todos os tratados, sem qualquer exceção.

O artigo 12, inciso 1, da Convenção de Viena, assevera que:

“o consentimento de um Estado em obrigar-se por um tratado manifesta-se pela *assinatura* do representante desse Estado:

- a) quando o tratado dispõe que a assinatura terá esse efeito;
- b) quando se estabeleça, de outra forma, que os Estados negociadores acordaram em dar à assinatura esse efeito; ou
- c) quando a intenção do Estado interessado em dar esse efeito à assinatura decorra dos plenos poderes de seu representante ou tenha sido manifestada durante a negociação”.

Se associarmos este dispositivo com o que dispõe o artigo 7º, inciso 2, ao afirmar que “em virtude de suas funções e independentemente da apresentação de plenos poderes, são considerados representantes de seu Estado: *a*) os Chefes de Estado, os Chefes de Governo e os Ministros de Relações Exteriores, para os atos relativos à conclusão de um tratado; *b*) os Chefes de Missão Diplomática, para a adoção do texto de um tratado entre o Estado acreditante e o Estado acreditado; ...”, vemos que a Convenção estabelece que os acordos apenas assinados pelas aludidas autoridades podem, explícita ou implicitamente, obrigar de imediato os respectivos Estados, independente do cumprimento das exigências do direito interno (aprovação do Poder Legislativo).

(15) *Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados. Documentos Oficiales. Documentos de la Conferencia. Naciones Unidas, Nueva York, 1971, p. 8.*



Assim, neste ponto, a Convenção de Viena torna-se manifestamente incompatível com os preceitos do texto constitucional vigente no Brasil e afasta-se, radicalmente, da Convenção de Havana sobre Tratados.

Aprofundando ainda mais a oposição com o direito brasileiro, a Convenção de Viena, no artigo 14, inciso 1, atribui caráter restrito e excepcional à ratificação, dispondo que:

“o consentimento de um Estado em obrigar-se por um tratado manifesta-se pela ratificação:

- a) quando o tratado assim disponha expressamente;
- b) quando, por outra forma, se estabeleça que os Estados negociadores convencionaram a necessidade da ratificação;
- c) quando o representante do Estado assine o tratado sob reserva de ratificação; ou
- d) quando a intenção do Estado de assinar o tratado sob reserva de ratificação decorra dos plenos poderes de seu representante ou tenha sido manifestada durante a negociação”.

O Professor HAROLDO VALLADÃO, consultado pelo Itamarati sobre o “Projeto de Artigos sobre o Direito dos Tratados” da Comissão de Direito Internacional da ONU, antes mesmo da realização da Conferência e conseqüente adoção da Convenção de Viena, opinou que os recém-mencionados dispositivos, “além de contrariar o direito brasileiro e o pan-americano, criarão problemas delicadíssimos de interpretação, suscitarão grandes controvérsias, em assunto que deve ser simples, claro e indiscutível, da vigência, da existência, dos tratados”, expressando preferência pelos artigos 1º e 5º da Convenção de Havana (16).

Durante a conferência da Capital austríaca, na ocasião em que os artigos 11, 12 e 14 foram discutidos, nove delegações latino-americanas procuraram conciliá-los com suas Constituições, ao propor emenda à Convenção, preceituando que, no caso de falta de indicação da intenção dos Estados interessados, o consentimento em obrigar-se por um tratado se expressa mediante a ratificação.

O representante do Brasil, Embaixador Gilberto Amado, não se alinhou ao lado de seus colegas de região, afirmando, conforme as atas resumidas das sessões plenárias da Conferência, que:

“Na época contemporânea é necessário agir rapidamente e as formas de manifestação do consentimento são tantas que a ratificação, essa respeitável instituição do século passado, eclipsou-se um pouco. *A opinião dos mais eminentes juristas do mundo não pode prevalecer sobre a realidade*” (sic) (O grifo é meu).

(16) VALLADÃO, Haroldo. Projeto de Convenção sobre o Direito dos Tratados. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*. Rio de Janeiro, n. 47/48, jan./dez. 1968, p. 154.

E concluiu:

"A Constituição do Brasil exige a ratificação, mas o País respeitará essa exigência inserindo uma disposição expressa a esse respeito nos tratados que celebrar" (17).

A Emenda dos nove países latino-americanos foi rejeitada, com a abstenção do Brasil.

Outrossim, além dos já citados, existem mais dois dispositivos da Convenção de Viena, os artigos 25 e 46, respectivamente, que se chocam com as regras constitucionais brasileiras e os preceitos da Convenção de Havana sobre Tratados, ratificada pelo Brasil.

O artigo 25, inciso I, dispõe que:

"Um tratado ou uma parte dele se aplicará provisoriamente antes de sua entrada em vigor:

a) se o próprio tratado assim dispuser; ou

b) se os Estados negociadores convencionaram isto por outra forma."

Ora, a aplicação provisória de tratados, antes da aprovação do Poder Legislativo, atinge em cheio o que prescrevem os artigos 44, I, e 81, X, da Emenda Constitucional nº 1, de 1969.

O artigo 46 da Convenção, por sua vez, preceitua que:

"1. Um Estado não pode invocar o fato de seu consentimento em obrigar-se por um tratado ter sido manifestado em violação de uma disposição de seu direito interno sobre competência para concluir tratados, como causa de nulidade de seu consentimento, a não ser que essa violação seja manifesta e diga respeito a uma regra de seu direito interno de importância fundamental.

2. Uma violação é manifesta se for objetivamente evidente para qualquer Estado que proceda, na matéria, de conformidade com a prática normal e a boa fé."

Assim, vemos que a Convenção de Viena adota a posição doutrinária do terceiro grupo de juristas, mencionada no item 3.1 do presente estudo, ao contrário da Convenção de Havana, que aceita o entendimento do primeiro grupo.

A Comissão de Direito Internacional da ONU, comentando o artigo 46, deixa isto bem claro, ao afirmar que "a inobservância de uma disposição do direito interno sobre a competência para celebrar tratados não afeta a validade do consentimento manifestado por representante do Estado que, conforme as regras internacionais, seja competente para a prática de atos oficiais".

Entretanto, entende que "é admissível fazer exceção aos casos em que a infração do direito interno seja absolutamente evidente", mas, para sublinhar

(17) *Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados. Documentos Oficiales. Primer Período de Sesiones. Naciones Unidas. New York, 1971, p. 98.*

o caráter excepcional dos casos em que se pode alegar tal causa de nulidade, o artigo 46 ainda foi enunciado de forma negativa <sup>(18)</sup>.

HAROLDO VALLADÃO, no parecer citado, raciocinando na linha do primeiro grupo de juristas e da Convenção de Havana, asseverou que o preceito do artigo 46 não pode ser aceito, pois não há necessidade de adjetivação. Basta a existência de violação do direito interno no que tange à competência para celebrar tratados para que estes sejam nulos <sup>(19)</sup>.

Todavia, não foi essa a posição do representante do Brasil em Viena, pois o Embaixador Gilberto Amado apoiou emenda proposta pelo Japão e pelo Paquistão, sugerindo que fosse suprimida do artigo 46 a referência à violação manifesta, pois tal exceção pode suscitar dificuldades práticas, já que não é fácil determinar os casos em que a violação do direito interno de um Estado em matéria de competência para celebrar tratados seja evidente <sup>(20)</sup>.

O chefe da delegação brasileira, deste modo, foi favorável à posição radical de que um Estado não pode alegar violação de disposição de seu direito interno sobre competência para celebrar tratados (falta de aprovação do Poder Legislativo) como causa de nulidade de seu consentimento em obrigar-se por um tratado.

#### 4. CONCLUSÕES

1ª) É o Presidente da República quem decide e orienta a política externa, expressando aos demais Estados e às Organizações Internacionais as intenções e atitudes do Brasil.

A atribuição constitucional privativa de "manter relações com os Estados estrangeiros" faz do Presidente, em sentido figurado, a voz, os olhos e os ouvidos do País.

No desempenho dessas importantes funções, o Chefe do Poder Executivo, independentemente de autorização ou referenda do Congresso Nacional, pode praticar uma série de atos políticos e jurídicos, enumerados no item 2.1 deste estudo, ficando, apenas, sujeito ao poder fiscalizador genérico do Legislativo, de que trata o artigo 45 do texto constitucional vigente.

2ª) Como não existe lei regulamentando o artigo 45, quanto à fiscalização dos aludidos atos do Governo em matéria de política internacional, é recomendável que, no Congresso, sejam tomadas iniciativas nessa área, a fim de que tão vasto campo de atuação do Executivo possa ser melhor vigiado pelos representantes do povo brasileiro.

3ª) No entanto, a prerrogativa básica do Poder Legislativo no que concerne ao controle das relações exteriores reside em sua faculdade constitucional de

(18) *Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados. Documentos Oficiales.* Documentos de la Conferencia. Naciones Unidas, New York, 1971, p. 66.

(19) VALLADÃO, Haroldo. Projeto de Convenção sobre o Direito dos Tratados. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional.* Rio de Janeiro, ns. 47/48, jan./dez. 1968, p. 154.

(20) *Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados. Documentos Oficiales.* Primer Período de Sesiones. Naciones Unidas, New York, 1971, p. 271.

apreciar os tratados internacionais negociados pelo Presidente, antes de sua ratificação definitiva.

Em outras palavras, os atos que impliquem em obrigações, ônus, deveres ou encargos para o País são celebrados pelo Poder Executivo com Estados estrangeiros ou Organizações Internacionais, mas não são obrigatórios, executórios, antes que o Presidente da República os ratifique, o que só pode ser feito após a aprovação do Congresso Nacional.

4ª) A correta exegese dos preceitos dos artigos 44, inciso I, e 81, inciso X, do ordenamento constitucional em vigor no Brasil (Emenda nº 1, de 1969), mencionando redundantemente "tratados, convenções e atos internacionais", e submetendo-os à referenda congressual, é que o constituinte desejou frisar que qualquer acordo bilateral ou multilateral que importe criação de direitos e obrigações para o Brasil na órbita internacional deve ser submetido à aprovação do Congresso Nacional, pois só depois de obter o assentimento deste, pode o Presidente efetuar a ratificação.

5ª) Na prática, porém, o Executivo tem escamoteado certos atos internacionais do controle do Parlamento, dando como fundamento dessa sua atitude a opinião manifestada por alguns juristas brasileiros de que nosso País pode ser parte em acordos que não dependem da aprovação do Congresso Nacional.

6ª) Este parecer foi contestado pelo Consultor-Geral da República e por destacadas personalidades de nossas letras jurídicas, que se declararam em favor da necessidade de aprovação pelo Congresso Nacional de quaisquer ajustes internacionais feitos pelo Brasil, mas o Governo não desabitou-se do uso dos "acordos em forma simplificada" ou "acordos executivos", subtraídos do controle legislativo.

7ª) Outrossim, pareceres de Comissões Técnicas do Congresso Nacional têm asseverado, peremptoriamente, que "à luz do texto constitucional se revela irregular qualquer procedimento tendente a excluir da apreciação legislativa os atos internacionais firmados em nome do País".

8ª) Entre todos os argumentos apresentados para justificar a validade dos "acordos em forma simplificada" no direito pátrio, nenhum é mais subversivo dos princípios constitucionais, do que a divisão dos atos internacionais em "acordos-quadros" e "acordos de execução".

A denominação de "acordos-quadros" é dada a ajustes genéricos, que substanciam grandes bases políticas e não contemplam a indicação pormenorizada das formas operacionais de que se revestirá a cooperação entre as partes.

"Acordos de execução" são instrumentos subsidiários, complementares, pelos quais se acordam os aspectos práticos da cooperação planejada.

Pensa o Executivo que os atos do primeiro tipo precisam ser submetidos ao Congresso, enquanto os do segundo estão dispensados dessa formalidade.

Tal raciocínio, à primeira vista, é lógico e coerente, pois parece inconveniente perda de tempo submeter ao Congresso ajustes complementares, ou em execução, de outros anteriormente aprovados.

Mas, na verdade, assim como o Governo pode celebrar acordos de execução de tratados já aprovados, que nada acrescentem às obrigações do Estado, pode,

igualmente, concluir ajustes que, sem o conhecimento nem a aprovação do Congresso, levem o País a perigosos cursos de ação.

Destarte, pretender que acordos complementares de outros estão dispensados da aprovação legislativa, por seu caráter executório, liberalmente definido, é atribuir elasticidade de fato inexistente aos dispositivos constitucionais, que exigem o consentimento do Legislativo para os atos internacionais e não fazem distinção, sequer remotamente, entre “acordos-quadros” e “acordos de execução”.

É certo que muitos tratados são executados através de numerosos atos complementares, todos fiéis à letra e ao espírito do ato jurídico maior, não implicando em novos encargos para o País.

Entretanto, se o Congresso não fez uma regulamentação legal destes acordos, discriminando-os e dispensando alguns da aprovação legislativa, não cabe ao Executivo tal poder discriminativo, somente em função de princípios doutrinários.

9ª) Teria havido excelente oportunidade para que o Supremo Tribunal Federal se manifestasse sobre o tema caso o Procurador-Geral da República tivesse encaminhado representação, solicitada pelo egrégio Conselho Federal da OAB, a 23 de agosto de 1983, com fins de obter a declaração de inconstitucionalidade de acordo normativo denominado “Projeto 2”, integrante da renegociação da dívida externa brasileira.

Na petição, entre outras razões, alegou a OAB que o “Projeto 2” deveria ser submetido — o que não aconteceu — à aprovação do Congresso Nacional.

Porém, o Procurador-Geral preferiu arquivar o pedido da Ordem, usando da prerrogativa que o texto constitucional lhe confere, de ser o único a ter legitimação ativa para propositura da ação direta de inconstitucionalidade.

10ª) No campo do direito internacional público, a Convenção de Havana sobre Tratados, de 1928, celebrada por inspiração de projeto de Epiácio Pessoa, ratificada pelo Brasil e mais sete Países latino-americanos, adota a doutrina que sustenta ser o direito interno quem decide a determinação dos órgãos e processos pelos quais se forma a vontade do Estado de assumir obrigações internacionais. Se os procedimentos domésticos não forem observados, o tratado será nulo.

Igualmente proclama a absoluta necessidade de ratificação, para todos os tratados, sem qualquer exceção, o que garante formação democrática aos compromissos internacionais, pois permite novo ato de consentimento do Estado, posterior à aprovação pelo Poder Legislativo.

11ª) A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, não ratificada pelo Brasil, ainda nem sequer submetida ao Congresso Nacional, mas de cujas negociações o Governo brasileiro participou, mostra-se, em alguns pontos, claramente incompatível com dispositivos da Convenção de Havana e com princípios e normas constitucionais de nosso País.

Entende, por exemplo, que a inobservância de disposição do direito interno sobre competência para celebrar tratados (não submissão do ato inter-

nacional ao Poder Legislativo) não afeta a validade do consentimento expresso por representante do Estado que, conforme o direito internacional, esteja habilitado para a prática de atos oficiais, a menos que a infração seja absolutamente manifesta e diga respeito a regra do direito interno de importância fundamental.

Considera a ratificação como uma das formas, entre muitas outras, pelas quais os Estados podem manifestar sua disposição em obrigar-se por tratados, e, ademais, lhe atribui caráter restrito e excepcional.

Estabelece que os acordos internacionais apenas assinados por Chefes de Estado ou de Governo e Ministros de Relações Exteriores, bem como por outras autoridades que enumera, podem, explícita ou implicitamente, obrigar de imediato os respectivos Estados, independente do cumprimento das exigências do direito interno (aprovação do Poder Legislativo).

Prevê a aplicação provisória de tratados, antes da aprovação do Parlamento.

Considerando que a delegação brasileira que participou das negociações votou favoravelmente à adoção da Convenção de Viena, e como existem indícios de que o Itamarati se inspira na mesma, apesar de não ter sido ratificada, como, por exemplo, no caso do "Acordo de Cooperação Nuclear Brasil - Argentina", de 1980, aplicado provisoriamente, antes de ser aprovado pelo Legislativo e efetivada a respectiva ratificação, convém instar o Ministério das Relações Exteriores a que explique por que não recomenda ao Presidente da República que submeta a aludida Convenção à apreciação do Congresso Nacional.

12ª) A institucionalização democrática do Brasil só se concretizará com nova Constituição federal, elaborada mediante o exercício do poder constituinte popular.

Essa Carta, que todos desejamos, precisa resolver a controvérsia quanto à imperiosidade ou não de todos os acordos internacionais serem submetidos ao Poder Legislativo.

O sistema que melhor corresponderia à prática brasileira e às características das relações internacionais contemporâneas, deixando bem garantido o controle da representação nacional e da opinião pública sobre os compromissos externos, seria aquele que enumerasse claramente os atos internacionais para os quais a aprovação do Legislativo é obrigatória, deixando margem de atuação independente para o Executivo na conclusão de atos rotineiros e de importância não transcendente.

Entretanto, mesmo esses acordos dispensados da aprovação prévia do Congresso teriam que ser comunicados ao Legislativo, tão logo fossem celebrados.

Com essa medida, o País estaria dando importante passo no sentido do bom relacionamento e equilíbrio entre os Poderes do Estado, garantias básicas das instituições democráticas.

# Iniciativa de lei complementar de normas gerais de direito tributário

GERALDO ATALIBA

Professor das Faculdades de Direito  
da Universidade de São Paulo e da  
Universidade Católica de São Paulo

## a) NATUREZA DA LEI COMPLEMENTAR EM MATÉRIA FINANCEIRA

As leis complementares de normas gerais de direito tributário (art. 18, § 1º, CF) não são leis sobre matéria financeira. Como leis complementares, "completam" a Constituição (VICTOR NUNES, **RDA**, VII, pp. 379 e segs.), "tendo por objeto regular o modo e a ação das instituições...", como já dizia FREI DOMINGOS VIEIRA (**Grande Dicionário Português**, 3º vol., p. 1.289). Corresponde ao previsto no art. 34, incisos 33 e 34, da Constituição de 1891, segundo os quais, cabia ao Congresso Nacional "decretar as leis e resoluções necessárias ao exercício dos poderes que pertencem à União" e "decretar as leis orgânicas para a execução completa da Constituição". É, pois, "legislação aplicativa" da Constituição (RUI BARBOSA, **Comentários...**, vol. II, p. 477).

A lei complementar tributária é em regra "lei sobre leis", como dizia PONTES DE MIRANDA; é "norma jurídica sobre norma jurídica", na ensinância de SOUTO BORGES. É "lei dirigida ao legislador", como assinala JOSÉ AFFONSO DA SILVA. Sua **matéria** é constitucional e não administrativa, financeira, comercial, civil etc.

Deveras, se a lei complementar tributária é explicitatória de princípios e regras contidas na Constituição (GERALDO ATALIBA, **RDP**, 10/48); se desdobra o conteúdo de preceitos constitucionais e se o Texto Magno não contém preceitos de direito econômico, civil, comercial etc., mas — constitucionalizando-os a todos de que trata — só matéria constitucional, porque encampa e absorve a todos. Como Midas, transforma em matéria constitucional, tudo em que toca.

Por isso a lei complementar — de modo geral —, especialmente a de normas gerais de direito tributário, deduzindo os comandos já contidos na Constituição, desdobrando-lhe os preceitos, também não pode ser considerada "lei tributária" (designação própria da lei ordinária, que exprime competência tributária), mas sim lei de conteúdo rigorosamente igual ao do mandamento completado.

Não se confunde com a lei ordinária, porque tem funções e objetivos diversos, como salientado por SOUTO BORGES no seu magistral livro **Lei Complementar Tributária** (S.P., RT, 1975, pp. 24 e 76).

Como "lei integrativa da Constituição" (JOSÉ AFFONSO DA SILVA, **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**, S.P., RT, 1966, p. 235), tem conteúdo jurídico, que se não pode entender como próprio de nenhum dos **ramos**, em que se convencionou didaticamente repartir o direito.

Daí que as normas gerais de direito tributário sejam "normas sobre tributação e não, a rigor, normas tributárias" (SOUTO, **op. cit.**, p. 187). Por isso PONTES DE MIRANDA ditou esta arguta lição, do alto de sua cátedra doutrinária: "Não se trata de lei de tributação, mas, sim, de lei sobre leis de tributação" (**Comentários...** 1/69, 2ª ed., S.P., 1970, t. II, p. 383).

Em conclusão, parece ser lícito distinguir lei ordinária financeira ou tributária, de lei complementar integrativa da Constituição, que cuida de conflitos de competência (legislativa) tributária ou limitações à competência (legislativa) tributária.

Um são leis ordinárias, classificáveis por seu conteúdo (direito financeiro ou tributário); outras, pelo regime de elaboração (art. 50, CF), e



pela finalidade: complementar a Constituição, onde o Texto Magno o requeira (VICTOR NUNES, *op. cit.*).

## b) INICIATIVA DE LEIS COMPLEMENTARES

Preceituando o art. 57 do Texto Constitucional vigente que é da competência exclusiva do Presidente da República a iniciativa de leis que "disponham sobre matéria financeira", à primeira vista pode parecer que os parlamentares ficam impedidos de apresentar projeto de alteração de normas gerais de direito tributário.

Diversas ordens de razões, entretanto, conduzem a conclusão oposta. Na verdade, como se trata de "completar a Constituição", dispoendo medidas para assegurar sua eficácia, não teria sentido que só o Executivo pudesse desenvolver o processo legislativo conducente a tal fim. Deveras, desdobrando o argumento, vemos que a regra geral é que "a iniciativa das leis cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal..." (art. 56).

Daí decorre que a norma restritiva do art. 57, I, configura nítida exceção a tal regra.

Efetivamente, "as normas excepcionais caracterizam-se por colidirem com princípios fundamentais da ordenação jurídica" (EMILIO BETTI. *Interpretazione della legge e degli Atti Giuridici*. Milão, Giuffré, 1949, pp. 88-89). Por isso, "a ratio de uma norma de direito excepcional não é obviamente um princípio geral" (NORBERTO BOBBIO. *Nuovissimo Digesto Italiano*. UTET, t. XIII, p. 890, note 3). Daí a invocabilidade do brocardo: **exceptiones sunt strictissimae interpretationis**.

Ora, interpretar estritamente o inciso I do art. 57 é considerar objetivamente a literalidade do texto: a exclusão dos congressistas só cabe quando a matéria seja financeira; logo, não se aplica quando seja constitucional (no sentido de própria de leis integrativas da Constituição), nem constitucional-tributária (dado que a sistemática da Lei Magna discerne matéria financeira de tributária).

Deveras, o que seja norma geral — por se tratar de "norma sobre norma" — também aí não se inclui. Onde, a iniciativa para projetos de normas gerais é comum a Executivo e Legislativo.

Doutro lado, é importante considerar que o Texto Magno distingue nitidamente — com fidelidade a pressupostos didáticos coerentes e rigo-

rosos — matéria financeira de matéria tributária. Discerne as respectivas normas gerais (art. 8º, XVII, c em contraste com art. 18, § 1º), quanto ao veículo (lei ordinária no primeiro caso e lei complementar, no segundo) e quanto ao conteúdo, ao mencionar “orçamento, despesa e gestão patrimonial e financeira de natureza pública” (art. 8º, XVII, c), além de cuidar do orçamento (arts. 60 a 66), empréstimos (arts. 67 e 69), disponibilidade de numerário pelo Congresso (art. 68) e fiscalização financeira e orçamentária (arts. 70 a 72), em Capítulo separado (VI) do dedicado à matéria tributária (Capítulo V), de que se ocupam os arts. 18 a 24. E — o que é mais expressivo — fixa, relativamente aos tributos, o princípio da “estrita legalidade” (arts. 19, I, e 153, § 29), em contraste com a legalidade administrativa geral (que comporta a criação de competências administrativas discricionárias e vinculadas, o que, em direito tributário, a Carta Magna não consente).

Por último, e decisivamente, se a lei complementar — **único instrumento constitucionalmente** previsto para veicular normas gerais de direito tributário — integra, desdobra e completa a Constituição, a sua matéria só pode ser regulação de competências ou fixação de critérios de evitação de conflitos de competências legislativas (art. 18, § 1º, CF), jamais matéria tributária, própria e típica da lei ordinária. Por isso a lei complementar tributária é norma que — sem criar relações tributárias — se dirige ao legislador ordinário, configurando o que PONTES DE MIRANDA designou de **sobredireito** (norma sobre norma, de SOUTO BORGES). De tudo isso resulta natural concluir pela competência comum — segundo a regra geral — para a iniciativa de projeto de norma geral de direito tributário.

Aceitando-se, porém, **ad argumentandum**, que tais argumentos fossem insuficientes, ainda assim a interpretação da locução “matéria financeira”, no item I do art. 57 do Texto Magno, se restritivamente considerado, não conduz necessariamente a abranger matéria tributária. A tudo que se ponderou cabe acrescentar a consideração de que o item I do art. 57 está ao lado do item IV, que se refere explicitamente a “matéria tributária” duas vezes, tornando forçoso entender que, no mesmo artigo, o conteúdo e alcance dos preceitos é diverso.

E, neste segundo caso (item IV), a referência restritiva é só a projetos concernentes ao Distrito Federal ou aos Territórios. Não abrange projetos concernentes à União, nem a normas gerais.

Em conseqüência, a restrição do art. 57, I, da Constituição não se aplica a projetos de lei complementar de normas gerais de direito tributário. A regra geral do art. 56 é a aplicável ao caso.

# História e sistema em Teixeira de Freitas

NELSON SALDANHA

Do Instituto Brasileiro de Filosofia;  
da Faculdade de Direito da Universi-  
dade Federal de Pernambuco

## SUMÁRIO

- 1 — *Considerações preliminares*
- 2 — *História e sistema*
- 3 — *Historização e sistematização*
- 4 — *Teixeira de Freitas e a ciência jurídica do século XIX*
- 5 — *Método, sistema e material histórico na "Consolidação" e no "Esboço"*
- 6 — *Observações complementares*

### 1 — *Considerações preliminares*

O interesse pelas grandes obras, ou pelo pensamento dos autores passados, corresponde ao cultivo de uma imagem de sua relevância. Esta relevância, que é uma forma de exemplaridade, envolve a um tempo o reconhecimento de sua situação no pretérito e a aquiescência à sua presença "atual", no sentido da observação feita por JAN KOTT, segundo a qual os clássicos ou estão mortos ou são contemporâneos (1).

Este tipo de anotação pode ser utilizado a propósito de TEIXEIRA DE FREITAS, como figura da ciência jurídica brasileira do século dezanove. De sua obra disse LAFAYETTE PEREIRA, um dos principais civilistas da ge-

(1) Cf. *Eco* (Revista de la Cultura de Occidente), Bogotá, julho de 1969, tomo XIX, n. 3. Cf. também nosso estudo sobre os clássicos e a exemplaridade: *A Tradução Humanística*, Recife, 1981, cap. 10, p. 112.

ração que se seguiu à sua, que competia com as melhores do estrangeiro, “pela audácia do pensamento e pela riqueza da erudição” (2). MIGUEL REALE, por sua vez, fazendo um balanço da evolução da cultura jurídica brasileira, reconhece em TEIXEIRA DE FREITAS uma “altíssima contribuição” (3). Não esqueçamos também as expressões de PONTES DE MIRANDA, sempre tão exigente, tanto no livro sobre as *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*, quanto no volume inicial de seu vasto *Tratado*, qualificando TEIXEIRA DE FREITAS nada menos de que como “genial” (4).

No presente estudo, pretendemos focalizar o conjunto do pensamento jurídico de FREITAS em relação com dois elementos fundamentais: a história e o sistema. Dizemos dois elementos, como poderíamos dizer duas dimensões ou duas perspectivas; por outro lado, teremos em vista o modo de trabalhar do próprio FREITAS, estudando seus textos doutrinários mais representativos e também a estrutura de seus trabalhos codificadores. Com estas duas perspectivas complementares — que equivalem às duas *vias* de que pode dispor o trabalho intelectual em qualquer ciência, mormente nas ciências sociais —, poderemos tentar um “cerco” completo (embora sintético) para a compreensão da obra do notável civilista.

Ao lidar com estas duas perspectivas, nos deparamos com um pequeno paradoxo: por um lado, o cunho “sistemático” do direito como ordem, correlato do ideal sistematizante do saber jurídico, parece em si estranho ao tratamento histórico; por outro lado, a identificação de qualquer jurista com o saber jurídico de épocas passadas, ou com a “experiência jurídica” de qualquer época o autoriza a sentir no enfoque histórico um aliado, um sulco de apoio. Deste modo, a própria distinção entre os *modos* assumidos pelo saber jurídico torna a um tempo precária e necessária a separação epistemo-metodológica entre o conhecimento histórico do direito e o conhecimento dito “específico” do mesmo.

RICARDO ORESTANO, em sua magnífica *Introdução ao Estudo Histórico do Direito Romano*, abordou em diversos passos — e sempre de forma magistral — o tema das relações entre o aspecto histórico e o aspecto sistemático do saber jurídico, situando inclusive a questão da origem da distinção entre o conhecimento “científico” e o conhecimento “histórico” do direito. Para ORESTANO, não se encontra esta distinção, ao menos nitidamente posta, na primeira metade do oitocentos; pois mesmo com a Escola Histórica o que se teve foi a visão de dois métodos ou dois procedimentos, por igual necessários ao integral conhecimento do

(2) LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA. *Direitos de Família*, nova edição, Rio de Janeiro, 1930, p. 19, nota. SÁ VIANNA, em *Augusto Teixeira de Freitas. Traços Biográficos* (Rio de Janeiro, 1905, pp. 13-14) cita provavelmente a primeira edição.

(3) MIGUEL REALE. *Cem anos de Ciência do Direito no Brasil*, São Paulo, 1973, p. 5.

(4) *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*, Rio de Janeiro, 1928, § 43 (pp. 104 ss.); *Tratado de Direito Privado*, Parte Geral, tomo I (Rio de Janeiro, 1954), Prefácio, p. XXII.

direito. E foi por conta das extensas discussões sobre o saber histórico, que os juristas posteriores a PUCHTA e a SAVIGNY começaram a destacar daquele saber o seu saber, e a distinguir do conhecimento histórico o conhecimento "científico" do direito (5).

## 2 — História e sistema

Detenhamo-nos mais um pouco sobre a problemática teórica das relações (e da distinção) entre história e sistema. Cada uma destas duas dimensões conota uma diferente ordem de problemas, e, entretanto, sabemos que são dimensões de um saber — tanto quanto de uma experiência — que sempre espera pela compreensão integral para obter sua plenitude.

É importante evitar a tentação de fazer uma das duas dimensões subsumir-se na outra, embora seja válido atribuir à idéia de sistema um condicionamento histórico, bem como enxergar na própria história traços sistemáticos. Ou, como fez ORTEGA em ensaio famoso, considerar a história como "ciência sistemática da realidade radical" que é a própria vida humana (6). Ao atribuir à idéia de sistema um condicionamento histórico, estamos fazendo depender de motivações culturais específicas o desenvolvimento da "construtividade" e do sentido de sistematicidade no trato dos problemas.

Vários autores têm buscado a origem da noção de sistema, tal qual ela entrou para o mundo jurídico, na Grécia e em Roma: COING por exemplo a encontra mais naquela do que nesta (7). Vários outros têm procurado a gênese do conceito contemporâneo de sistema, situando-a alguns no próprio processo de formação das chamadas "ciências do espírito", e, portanto (aparente paradoxo), de formação da moderna idéia de história (8). De qualquer modo, é perceptível que a

(5) RICCARDO ORESTANO. *Introduzione allo Studio Storico del Diritto Romano*. Torino, 1963 (ristampa), cap. II, pp. 272 ss. O próprio ORESTANO abordou também o tema no estudo sobre "Teoria e storia dei diritti soggettivi", onde inclusive afirma que o jurista jamais pode, seja qual for a construção que realiza, "prescindir da existência do dado histórico da norma" (em *Il Diritto Privato nella Società Moderna*, saggi a cura di STEFANO RODOTA, Bologna, 1971, p. 93). Cf. ainda BRUNO PARADISI. *Apologia della Storia Giuridica*. Bologna, 1973, *passim*. E também nosso *O Problema da História na Ciência Jurídica Contemporânea*, 2ª edição, Porto Alegre, 1979, §§ 6 e 8.

(6) J. ORTEGA Y GASSET, *História como Sistema*, junto com *Mirabeau ou o Político* (Trad. J. A. GILI SOBRINHO e ELIZABETH H. C. COSTA), Brasília, 1982, p. 51.

(7) HELMUT COING, *História y Significado de la Idea del Sistema en la Jurisprudencia*, junto com *El Sentido del Derecho* (trad. R. HARTMANN e J. L. GONZALEZ), México, 1959, p. 28. Para um repasse histórico mais extenso, MARIO LOSANO, *Sistema e Struttura nel Diritto*, vol. I: *Dalle Origini alla Scuola Storica*, Torino, 1968. Cf. também STIG STROEMHOLM, "Lo sviluppo storico dell'idea di sistema", em *Riv. Internazionale di Fil. del Diritto*, jul./set., 1975 (série IV, n. 3).

(8) LOSANO, *op. cit.*, parte II, *passim*. Sobre a correlação histórica entre o advento da lingüística e o da ciência jurídica alemã contemporânea, SALVATORE PUGLIATTI, *Grammatica e Diritto*, Milano, 1978, cap. I, princ. p. 5. Cf. também ANTONIO HERNANDEZ. *Problemas Epistemológicos de la Ciencia Jurídica*. Madrid, 1976, p. 18; *idem*, *La Ciencia Jurídica Tradicional y su Transformación*, Madrid, 1981, p. 27 (Sobre os conceitos de "sistema" e "ordenamento", p. 130).

tomada de consciência desta duplicidade de vias, ou de perspectivas, tem sido mais freqüente e mais intensa nas *Methodenstreiten* dos dois últimos séculos, ao longo dos debates sobre os alicerces e os lineamentos das ciências humanas.

A tentação de subsumir a história no sistema, com base no caráter lógico de todo saber científico, ou de embutir o sistema na história, sob a alegação de que são concretamente históricas as formas da experiência e do pensar, pode ser contornada (não sei se "superada") com a consideração de um "convergir": a perspectiva histórica, necessária como visão dos processos concretos, converge para a sistemática, meta da própria linguagem e destinação ideal dos significados. Em HEGEL, embora com o predomínio do lado "sistema" sobre o lado "história" na imagem geral de seu legado (de seu sistema), a tendência foi de certo modo a de — em correlação com o próprio pressuposto da racionalidade do real — encontrar na história a confirmação, senão o alimento mesmo do sistema<sup>(9)</sup>. Embora o momento maior da afirmação da "necessidade" filosófica do sistema se tenha encontrado em KANT<sup>(10)</sup>, faltou no filósofo de Königsberg a dimensão da historicidade como teste, contraponto ou contracanto para aquela afirmação. Com isso se colocaria o tema do caráter *moderno* da noção de sistema, tema empostado por LOSANO<sup>(11)</sup>, e correlato da pugna entre dogmatismo e criticismo, desdobrada como opção entre o logicismo e o concretismo.

O assunto é interminável, e neste estudo devemos tocar apenas em alguns rasgos essenciais. Preferiremos assinalar a própria contingencialidade *histórica* do problema, que equivale à própria variação dos padrões nacionais através das épocas<sup>(12)</sup>, e acentuar que, no trabalho de elaboração das ciências humanas, a história e o sistema não são coisas antagônicas entre si, ou inconciliáveis, como duas setas de indicação oposta. O próprio PUCHTA já o percebera<sup>(13)</sup>. Aquela contin-

(9) Para HEGEL, inclusive, a construção do sistema teria sido um modo de *unir-se à sua época*, como observa K. PAPAIOANNOU (*Hegel*, trad. A. M. PATACHO, Lisboa, 1964, p. 17). O racional, em HEGEL, apresentava um "dinamismo" intrínseco, correlato da dialeticidade, que era sua e do real, e que integrava o momento da negação como componente efetivo das transformações. Sobre o sistema em HEGEL, v. ainda LOSANO, *op. cit.*, pp. 1 ss., 9 ss.

(10) LOSANO, *op. cit.*, pp. 83 ss. V. também UMBERTO CERRONI, *Kant e la Fondazione della Categoria Giuridica*. Milano, 1972.

(11) LOSANO, *op. cit.*, pp. 24, 31 ss., sobre "espírito dogmático e espírito crítico no sistema jurídico", pp. 163 ss.

(12) Cf. nosso artigo *History, Reason and Law* (*Archiv fuer Rechts-und Sozialphilosophie*, Bd. LXI/1, Wiesbaden, 1975, pp. 57 ss.).

(13) "... assim a ciência do direito tem dois lados, o sistemático e o histórico, consistindo o verdadeiro saber jurídico na plenitude dos dois" — apud R. ORESTANO, *Introduzione*, cit., p. 273. Caberia completar com duas frases de CAPOGRASSI: "mesmo o sistema, o imprescindível sistema ao qual obedece mesmo a mais humilde exegese, demonstra que a abstração não recorta imagens ou fragmentos de sua fantasia, mas segue (...) o princípio de vida que rege o mundo do direito"; e mais, "a ciência não é documentação literária, mas tradição viva que nasce da experiência" (*Il Problemas della Scienza del Diritto*, Milano, 1962, pp. 179 e 222).

gencialidade, longe de significar uma separação absoluta entre as duas dimensões, as vincula, embora mantendo-as distintas: não por acaso, elas podem ser tomadas como dimensões, e cada dimensão é sempre algo necessário mas parcial.

No pensamento ocidental moderno, com a consolidação do racionalismo cartesiano, a busca ostensiva da sistematicidade veio primeiro do que a da historicidade. O saber dos juristas, trabalhado pela escolástica e tendendo desde o medievo a um *modus* específico<sup>(14)</sup>, não se modificou muito em sua ordenação interna ao atravessar as polêmicas do humanismo e ingressar no alto racionalismo pré-iluminista. Com LEIBNIZ, veio a revisão da classificação dos direitos, ponto sempre citado da *Nova Methodus*<sup>(15)</sup>; com o racionalismo de PUFFENDORF e THOMASIVS, a tentativa de reter em termos específicos as classificações ligadas ao novo entendimento do direito<sup>(16)</sup>. Com o século dezenove e o grande crescimento da "Ciência do Direito", redimensionou-se a questão da alternativa entre historicidade e sistematicidade: já com a problemática das codificações<sup>(17)</sup>, já com os diferentes ângulos de influência da Escola Histórica, já com o impacto do hegelianismo e dos evolucionismos. A renovação da romanística na época romântica, prolongada após o meado do século, produziu com IHERING a intenção

- (14) Cf. OTTO BRUSIIN, *El Pensamiento Jurídico* (trad. J. P. BRUTAU), Buenos Aires, 1959, princ. cap. IV. Cf. também F. WIEACKER, *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna* (trad. F. F. JARDON), ed. Aguilar, Madrid, 1957, e mais recentemente ADRIANO CAVANNA, *Storia del Diritto Moderno in Europa*, vol. I, Milano, 1979, parte I. Sobre as origens jusnaturalistas e romanísticas da dogmática jurídica européia contemporânea, JEAN GAUDEMET, in *Diritto Romano, Codificazioni e Sistema Giuridico Latino-Americano* (a cura de Sandro Schipani), *Studi Sassaresi*, vol. V (Milão, 1981), pp. 484 ss., 488 ss. Cf. também CAVANNA, *op. cit.*, parte III.
- (15) Cf. A. CAVANNA, *Storia*, cit., parte II, cap. VI, p. 343; WIEACKER, *Historia*, cit., *passim*. TEIXEIRA DE FREITAS se referiu várias vezes a LEIBNIZ — ao qual provavelmente não leu diretamente —, chamando-o pelos mais referentes adjetivos: veja-se a propósito o penetrante estudo de SANDRO SCHIPANI, "Il 'methodo didactico' di A. Teixeira de Freitas. Prime osservazioni" (texto mimeografado, Rio de Janeiro, 1983, pp. 6-7). No Brasil do meado de oitocentos circularam textos jurídicos de FRANCIS BACON, inclusive divulgados por CANDIDO MENDES DE ALMEIDA (*Legum Leges*, sive Francisci Baconi, *Tractatus de Fontibus Universi Juris: per aphorismos*, in *Auxiliar Jurídico*. Servindo de apêndice à décima quarta edição do *Código Philipino, ou Ordenações do Reino de Portugal*, Rio de Janeiro, 1869).
- (16) Cf. CAVANNA, loc. cit., WIEACKER, *idem*. CAVANNA destaca o *geometrismo* jurídico de LEIBNIZ e de WOLF (sem o comparar com o conceito pascalliano de "esprit de géométrie", o que seria interessante), frisando o sentido de sistema perseguido por Leibniz.
- (17) J. VANDERLINDEN, *Le Concept de Code en Europe Occidentale du XIII au XIX<sup>e</sup> Siècle*. Bruxelas, 1964; G. TARELLO, *Storia della Cultura Giuridica Moderna. I: Assolutismo e Codificazioni del Diritto*, Bologna, 1975. Cf. também CSABA VARGA, *Utopias of rationality in the development of the idea of codification*. *Riv. Internazionale di Filosofia del Diritto*, IV serie, ano LV, março, 1978.

de encontrar, através de um vasto panorama, o “espírito” — algo a um tempo histórico e sistemático — do direito romano (18).

Segundo observa COING, a idéia de sistema, que se baseia na “ilimitada fé na razão humana”, foi construída no século XIX dentro dos marcos do direito privado (19). E foi dentro destes marcos, vale aqui acrescentar, que se preparou a futura identificação entre a sistematização da ciência jurídica (durante longo tempo entendida em correlação com a do direito mesmo) e a figura epistemológica da “dogmática”, que CALASSO em frase famosa chamaria *infelice parola* (20) e que se vincularia, também — passando-se aqui num *glissando* para o plano metodológico —, com a idéia de “construção” jurídica (21).

A idéia de construção, rica na mesma medida de sua ambigüidade, conota a imagem de um padrão ou modelo formal, a ser seguido, e a figura dos “materiais” sobre os quais se *elabora* alguma coisa; e com isso se tem a confluência (ou o convergir, como ficou dito atrás) de dois planos, de duas perspectivas, que implicam uma base e um trabalho, um modo e um conteúdo. O jurista *constrói* quando legisla, ou *codifica*, como quando interpreta e quando compara para conceituar. Retomaremos o tema, adiante, em face do trabalho de TEIXEIRA DE FREITAS, inegavelmente “construtor” e reconstrutor.

### 3 — *Historização e sistematização*

Não seria difícil, fixando por um momento as duas noções como algo distinto e objetivo, dizer — apelando para uma terminologia que teve recente voga nas ciências sociais — que a ótica do *sistema* é sincrônica e a da *história* é diacrônica. Afirmção possível, mas talvez sem maior alcance, um tanto porque óbvia e um tanto porque o ponto de partida para ambos os termos é cronológico e faz a distinção depender de uma

(18) R. VON IHERING, *L'Esprit du Droit Romain dans les Diverses Phases de son Développement*. Trad. O. MEULENAERE. 4 vols., Paris, 1886. Sobre IHERING, DINO PASINI, *Ensayo sobre Ihering*. Trad. A. BLANCHI. Buenos Aires, 1962; GIORGIO LAZZARO, *Storia e Teoria della Costruzione Giuridica*. Torino, 1966, princ. cap. I; WALTER WILHELM, *Metodologia Giuridica nel Secolo XIX*. Trad. P. LUCHINI. Milano, 1974, cap. III; KARL LARENZ, *Metodologia de la Ciencia del Derecho*. Trad. E. G. ORDEIG. Barcelona, 1966, cap. II. Sobre o relacionamento pessoal entre IHERING e GERBER, cf. M. FIORAVANTI, em *Quaderni Fiorentini* (Per la storia del pensiero giuridico moderno), Milano, n. 7, 1978, pp. 545 ss.

(19) HELMUT COING, loc. cit., p. 33.

(20) F. CALASSO, *Storicità del Diritto*. Milano, 1966, p. 180.

(21) Cf. G. LAZZARO, *op. cit.* Sobre o aspecto lógico do termo *sistema*, COING, loc. cit. Basicamente as derivações são duas: o sistema como “padrão” ou “tipo” de direito, visto em correlação com uma área cultural (sistema islâmico, sistema continental-europeu), ou como “modo” (sistemático) de ser do próprio direito ou do ordenamento jurídico. Ou ainda: sistema como arquitetônica institucional (do ordenamento), e como tendência — quase como *entelequia* — do chamado “trabalho do jurista”; e neste caso se dá o encontro com a noção de dogmática jurídica, cujo monumento maior ficou sendo, no Ocidente contemporâneo, a chamada pandectística.



exclusão: o sistema seria o histórico menos a historicidade (22). Na verdade, este fato nos confirma a dificuldade de pensar o histórico inteiramente despojado do sistemático; e vice-versa.

Em vez, portanto, de penetrar na análise de cada um dos conceitos, para confirmar sua irredutibilidade recíproca, valerá mais reter a idéia de que ambos são perspectivas, e como tal dependem de ênfases que se distribuem: ênfase sobre a ordenação "lógica" das matérias ou sobre sua sucessão temporal. Deste modo, temos a história e o sistema em conexão com posições do espírito, com atos cognoscitivos que se projetam sobre a caracterização dos resultados: o sistema em conexão com a sistematização, a história com a historização. História e sistema, portanto, devem ser valorizados com referência a diferentes processos do conhecer, e não como configurações objetivas dadas e situadas *a priori*. Do mesmo modo, caberia distinguir entre o sistema, enquanto "modelo" ideal, da *sistematicidade* como tendência para o sistema ou qualidade deste, e da *sistemática*, como ostensiva representação dos resultados do sistematizar (23). Por outro lado, a *história*, condição genérica das experiências (incluindo a experiência da gestação dos conceitos) pode-se distinguir da historicidade, marca do concreto e da duração, presente nos objetos, e nas experiências também. A experiência jurídica apresenta um aspecto sistemático, o direito apresenta-se como sistema, a criação e a aplicação do direito envolvem processos sistematizadores; por outra parte, o direito existe como (e na) história, e daí a historicidade da experiência jurídica; daí também a parte de historização dos temas jurídicos, doutrinariamente necessária à compreensão deles.

Ocorrerá, ao situar estes problemas, falar de *tipos* e de *estruturas* — PARADISI alude a isto em seu conhecido ensaio sobre história e dogma (24) —, tipos e estruturas que como configurações têm cunho siste-

(22) Isto é: seria histórico porque todas as coisas o são, mas seria considerado no seu lado específico, de onde se excluiria aquela marca genérica. Sob outro ângulo, o tema se conduziria para o lado das relações entre o "diferente", que se dá como histórico, e o "repetido", inteligível como configuração e, portanto, sistema. A observação se aprofundará com o livro de GILES DELEUZE, *La Différence et la Répétition*, Paris, PUF, 1968.

(23) Uma triplíce divisão das acepções de "sistema" se encontra no extenso estudo de LELIO LANTELLA, "Il lavoro sistematico nel discorso giuridico romano", in F. BONA e outros, *Prospettive Sistematiche nel Diritto Romano* (Torino, 1976). Seria cabível aludir, de passagem ao menos, às idéias de THEODOR VIEHWECK, que opôs o problema ao sistema, em nome da tópica clássica (*Topica e Giurisprudenza*. Trad. A. CRIFÓ. Milano, 1962); e também às observações do sociólogo NIKLAS LUHMANN, que menciona a passagem "do pensamento jurídico de sistemas-de-conceitos e sistemas-de-ações" (*Sistema Giuridico e Dogmatica Giuridica*. Trad. A. FEBBRAJO. Bologna, 1978, cap. I, p. 37).

(24) BRUNO PARADISI. "Storia e dogma di fronte alla storiografia giuridica", em *Apologia della Storia Giuridica*, cit., pp. 262-263. Para outros aspectos, JOSE LUIS DE LOS MOZOS, *Metodología y Ciencia en el Derecho Privado Moderno*, Madrid, 1977, caps. III e IV. A alusão à relação entre história e dogma é de certo modo encontrável na obra clássica de E. BETTI, sob a forma de distinção entre a "função histórica" e a "interpretação normativa" (cf. *Teoria Generale dell'Interpretazione*, Milano, 1955, Tomo II, cap. V, *passim*).

mático mas que correspondem a realidades dadas na (e como) história. As ênfases, a que aludíamos há pouco, correspondem ao destaque de diferentes *ordens de problemas*, que provêm de alternativas temáticas ou de opções metodológicas<sup>(25)</sup>. Destas opções podem resultar reducionismos e unilateralismos, como vem ocorrendo com os formalismos, com os sociologismos e outros *ismos*.

#### 4 — TEIXEIRA DE FREITAS e a ciência jurídica do século XIX

O impacto da obra de SAVIGNY e dos seus companheiros de Escola, o desenvolvimento dos estudos de direito romano, alimentados por descobertas históricas e por refinamentos filológicos, a conversão do generalizante racionalismo iluminista em pesquisa concreta de instituições e Institutos, tudo isso, com as grandes linhas temáticas do saber jurídico europeu da primeira metade do século XIX, chega à América Latina como um legado positivo. Um legado altamente positivo que se acrescenta aos legados coloniais e aos fermentos doutrinários da época da independência, que ocorreu em marcos históricos mais ou menos correlatos na maioria dos países do continente. O vocabulário jacobino e rousseauiano cede um pouco de espaço à terminologia dos juristas, aos tópicos dos exegetas e dos romanistas. Começa-se a ler SAVIGNY (sobretudo as edições francesas do *Direito Romano* e do *Tratado da Posse*); retoma-se o POTHIER; estuda-se ORTOLAN, cuja *Explication Historique des Instituts de l'Empereur Justinien*, aparecida em 1827, incluía a famosa "Généralisation du Droit Romain" que teve larga influência<sup>(26)</sup>.

O movimento codificador nas diversas nações latino-americanas, que como no velho mundo se seguiu ao *essor* das Constituições escritas, revelou em diversos países figuras notáveis de juristas, em cujas obras tem sido possível encontrar a marca de leituras características<sup>(27)</sup>. Não tínhamos ainda — se se permite uma rápida digressão sociológica — uma

(25) Nas alternativas "temáticas", tanto quanto nas opções metodológicas, se infiltram evidentemente inclinações ideológicas; há, porém, que distinguir entre o componente especificamente ideológico e as estratégias metodológicas em sua objetividade instrumental. Com referência à expressão "ordem de problemas", designamos com ela um pleco de temas que se tornam vigentes em uma dada época e que perdem o atrativo em seguida, ou que são cultivados como algo essencial por um grupo ou um tipo de estudiosos por conta de um *penchant* doutrinário ou de um condicionamento institucional. Há nesta noção algo dos *basculements* a que alude MICHEL FOUCAULT em *Les Mots et les Choses* (Paris, 1966); L. HUSSON menciona algo semelhante em certo passo dos *Nouvelles Études sur la Pensée Juridique* (Paris, Dalloz, 1974, p. 27).

(26) *Explication Historique des Instituts de l'Empereur Justinien*, précédée de l'Histoire de la Legislation Romaine et de la Généralisation du Droit Romain, par M. ORTOLAN (7ª ed., rev. e aum., Paris, Plon, 1863), tomo I. No Prefácio, ORTOLAN declarava haver escrito o livro sob o domínio de uma idéia: a da "introdução da história no estudo do direito" (p. V).

(27) Cf. SANDRO SCHIPANI, "Nota Introduttiva", em *Diritto Romano, Codificazioni e Sistema etc.* (op. cit.). Cf. também, no mesmo volume, os diversos estudos sobre a obra de ANDRÉS BELLO, TEIXEIRA DE FREITAS e DALMÁCIO VELEZ SANSFIELD.

“sociedade civil” como a então constituída pela burguesia nas principais nações européias; mas as elites, nos países latino-americanos, formavam sua cultura nas fontes européias, de modo que os juristas do meado do século XIX, nestes países, eram (e não podiam deixar de ser) juristas europeizados<sup>(28)</sup>. Se na literatura, ou na historiografia política, era possível a tentativa de fugir parcialmente aos modelos europeus, ou de inventar temas e figuras especificamente locais, na ciência jurídica era quase impossível afastar-se da terminologia e dos problemas oriundos da Europa, ao menos no nível das explanações gerais; e tanto mais que, na ausência de estudos filosóficos mais difundidos e de ciências sociais outras, era o saber jurídico o campo onde principalmente se cumpriam as exercitações conceituais e onde o binômio teoria/prática mais nitidamente se ostentava. Aquilo que FOUCAULT denominou de *epistème* ocidental<sup>(29)</sup>, com sua trama de formações verbais e orientações temáticas, incluía a ciência do direito como algo muito característico; e de dentro desta ciência a privatística, construída a partir do tema das fontes e das “classificações” tornadas clássicas, foi admiravelmente assimilada pelos juristas latino-americanos. Nossos publicistas não acompanharam integralmente os meandros da temática européia do direito público; somente na segunda metade do século XIX ou já na virada para o vinte surgiria — no Brasil isso foi típico — uma geração identificada com a bibliografia inglesa e com alguns autores alemães; mas nossos privatistas apreenderam no mais essencial os problemas de método e de doutrina do direito civil europeu da primeira metade do oitocentos<sup>(30)</sup>.

No caso de TELXEIRA DE FREITAS, cuja formação básica decorreu *grosso modo* entre 1835 e 1855, tivemos um espírito bastante dotado para a especulação, sem embargo da vocação para a prática, por um lado, bem como, por outro, da carência de uma formação filosófica que fosse

(28) Consideramos como um dado entre outros, e não como indicador decisivo ou exclusivo, a alusão à relação entre o saber jurídico, sobretudo o privatístico, do oitocentos e o “padrão” cultural burguês; um dado muito importante, contudo. Sobre o assunto haveria vários títulos a citar. No momento, entretanto, deixamos apenas apontada esta questão: a civilística, de SAVIGNY em diante, e sem perder o sentido da racionalidade do direito (agora expressada como *sistematicidade*), sofreu a gradual penetração da ótica histórica; seria próprio da mentalidade burguesa essa peculiar junção entre história e sistema, chegada ao século XX e hoje posta em crise?

(29) Cf. *Les Mots et les Choses*, cit.

(30) Um interessante paralelo, embora discutível, da formação do direito público e do direito privado no Brasil, esboçou-o JOSÉ PEDRO GALVAO DE SOUSA, no artigo “A crise brasileira e alguns contrastes da nossa formação jurídica”, em *Digesto Económico*, n. 176, abril, 1964. Para outros aspectos, PONTES DE MIRANDA, *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*, op. cit. Em 1902, SILVIO ROMERO, como Relator do Parecer da Comissão Especial da Câmara dos Deputados sobre o Projeto Bevilacqua, fez um exame histórico da cultura jurídica brasileira, no qual combateu duramente o apego ao direito romano, herdado, segundo ele, dos professores de Coimbra pelos nossos juristas e, segundo ele, causador do atraso metodológico que, inclusive como o excesso de metafísica e a demasiada veneração pelos clássicos, dominava o estudo das ciências jurídicas no País até seu tempo. Cf. transcrição integral do parecer em MARTINHO GARCEZ, *Da Theoria Geral do Direito segundo o Projecto de Código Civil Brasileiro*, Rio de Janeiro, 1914, pp. 329 ss.

além de mínima<sup>(31)</sup>. Conhecia bem o latim e o direito romano; conhecia igualmente o francês e os autores franceses; leu alguns autores alemães em francês, e muito pouco citava os italianos<sup>(32)</sup>. O pouco contato que teve com a filosofia foi porém suficiente para definir em FREITAS uma nítida tendência positivista e antimetafísica, que teria sido fundamento de um conseqüente juspositivismo se o autor do *Esboço* tivesse tido maiores preocupações e maiores leituras neste campo<sup>(33)</sup>. Terá sido FREITAS, deste modo, um exemplo do *homo juridicus*, totalmente identificado com a dimensão especificamente jurídica da vida, e com a linguagem do direito como expressão por excelência dos problemas relacionais dos homens.

(31) Sobre FREITAS, SA VIANNA, *op. cit.*; SÍLVIO MEIRA, *Teixeira de Freitas, o Jurisconsulto do Império* (Rio de Janeiro, 1978), livro realmente exaustivo. Sobre FREITAS a bibliografia brasileira deveria ser mais extensa, mas peca principalmente pela escassez de análises sistemáticas. Uma das primeiras destas foi a de MATOS PEIXOTO, "A codificação de Teixeira de Freitas" (cf. *Revista Forense*, fascículo 427, janeiro de 1939). Em 1918, CLOVIS BEVILAQUA havia estampado, na *Revista de la Universidad de Córdoba*, então dirigida por Martinez Paz (ano IV, n. 1), um artigo sobre FREITAS, no qual a apologia termina por diluir a análise. Há também um discurso de NELSON S. SAMPAIO, cujo título é pragmático: *Teixeira de Freitas. Elogio do Jurista* (Bahia, 1943), e um hiperbólico estudo de HAROLDO VALLADÃO, "Teixeira de Freitas, jurista excelso do Brasil, da América, do mundo", em *Arquivos do Ministério da Justiça* (n. 76, dezembro, 1960). Em 1927, nas *Pandectas Brasileiras* (volume III), publicou A. MARQUES DOS REIS um artigo sobre "A Bahia na formação do Direito Civil Brasileiro" (pp. 161 ss.), com interessantes e ponderáveis observações sobre FREITAS.

(32) *Verbi gratia*, na *Nova Apostilla à Censura do Senhor Alberto de Moraes Carvalho sobre o Projeto do Código Civil Portuguez* (Rio de Janeiro, 1859), a alusão preferencial aos "escriptores franceses e alemães" a propósito da divisão entre direito público e direito privado. Em passagem famosa da Introdução da *Consolidação*, menciona a Alemanha como "país da meditação, onde a sciencia do direito, associando-se à história e à philologia, tem alcançado os mais brilhantes triumphos" (p. XXVII da *Consolidação das Leis Civis*, 1ª edição, Rio de Janeiro, 1858). Anote-se que a imagem da Alemanha como "país da meditação" foi um dos *common places* dos intelectuais brasileiros do século passado — inclusive os poetas. Naquela mesma Introdução, contudo, há algumas críticas aos alemães (por ex. p. CXLV, nota 1). No *Esboço*, julgou necessário em certo passo esclarecer sobre a proximidade de seu pensamento com os "escriptores alemães", sobretudo SAVIGNY, e entretanto suas diferenças diante deles, particularmente sobre o problema dos direitos pessoais (*Código Civil. Esboço*, por A. TEIXEIRA DE FREITAS, ed. do Ministério da Justiça, 1952, vol. I, pp. 18-19).

(33) Cf., por exemplo, em *Nova Apostilla*, cit., p. 47 (onde, aliás, se se permite a digressão, aparece a expressão "tipo ideal"). Nesta mesma página FREITAS exprime a identificação, vigente entre certos autores de seu tempo, entre o Direito Natural e a Filosofia do Direito. A p. 6 da mesma obra encontramos uma espécie de antecipação do monismo epistemológico que seria professado em nosso século, por exemplo, pelo "Círculo de Viena". Na verdade o "excesso de doutrina", enxergado no *Esboço* por LISANDRO SEGOVIA (cf. SA VIANNA, *op. cit.*, p. 243), terá correspondido ao freqüente contraponto, na obra, entre os artigos, ou seja, os textos normativos, e os comentários do próprio FREITAS, jamais à demasia de fundamentação. — BEVILAQUA, no artigo citado, anota, em frase muito peculiar, que FREITAS não teve "os vãos de pensamento que a visão filosófica inspira", e que "substituiu a orientação sociológica por uma excepcional agudeza de sentido jurídico" (p. 57). Em outros termos, pode-se dizer que em FREITAS existiu — a par de outros — o contraste entre uma epistemologia singela e uma enorme capacidade de análise conceitual. Sobre o assunto, v. também o estudo de S. ROMERO, citado à nota 30.

Não conheceu, embora tendo vivido até 1883, certas produções do pensamento jurídico alemão que teriam fortalecido sua pretensão de *construir* um arcabouço jurídico fundado em categorias próprias, e que de resto somente com certa demora chegaram a ser conhecidas no Brasil: refiro-me sobretudo às obras de LABAND, de SEYDEL e de GERBER, que se orientaram no sentido do formalismo metodológico, chegando à tendência privatizadora do próprio direito público<sup>(34)</sup>. FREITAS repensou continuamente os textos romanos, as classificações maiores, os conceitos de SAVIGNY e de mais alguns grandes mestres, complementando-os com o conhecimento de autores “menores”, mas conservando-os à mão para reexames constantes. A partir de um certo tempo já não acompanhou as novidades européias; concentrou-se na revisão de suas obras, na reconstrução de sua vida profissional, no reexame dos problemas de sempre.

Terá sido um jurista juristizante, bacharelista menos que juricista (no sentido da distinção formulada por AFONSO ARINOS): o famoso caso da discussão sobre os filhos da escrava, no Instituto dos Advogados, demonstra, a par do “romantismo” que já ao tempo lhe foi atribuído, uma tendência ao *jus strictum* e ao legalismo.

#### 5 — *Método, sistema e material histórico na “Consolidação” e no “Esboço”*

Apesar de sua precária formação filosófica, e das lacunas de sua formação jurídica (esta, sem embargo disto, admirável), teve TEIXEIRA DE FREITAS um ponderável gosto pela teoria, e um certo instinto sistematizador, aliando inclusive a capacidade de síntese com a paciência analítica, que o fazia rever detidamente as conceituações. A “genialidade”, que tantos têm apontado em sua obra, correspondeu a esta visão “orgânica” que possuiu para a imagem do direito legislado como um todo — não apenas do direito civil —, em época onde ainda não se dispunha do conceito de *ordenamento*; correspondeu também à sua extrema acuidade crítica, que era correlata de sua independência doutrinária, limítrofe da irreverência e congênere da “audácia” mencionada por SÍLVIO MEIRA<sup>(35)</sup>.

Detenhamo-nos sobre o aspecto *sistemático* do pensamento de FREITAS, para confrontá-lo com o problema da *história* em sua obra.

(34) Cf. supra, nota 18. Sobre a formação pessoal de FREITAS, v. ainda as ponderações de JOSÉ CAMARA, *Subsídios para a História do Direito Pátrio* (Rio de Janeiro, 1966), tomo III, pp. 131 e 139. Ver também SÍLVIO MEIRA, O pensamento criador de T. Freitas, em *Rev. do Instituto dos Advogados Brasileiros*, ano V, nn. 13/14, 1971, princ. p. 264. Diversas vezes aludiu o autor do *Esboço* ao problema das relações entre direito público e direito privado: além dos textos da *Introdução à Consolidação*, e das passagens da *Nova Apostilla*, convém lembrar, no *Esboço* (vol. I, p. 175 da ed. citada), ao pé do artigo 289, suas interessantes anotações sobre o Estado (em seguida às quais vem, entretanto, a estranha inclusão do “direito criminal” no direito privado, já presente nas obras anteriores).

(35) SÍLVIO MEIRA, Teixeira de Freitas e Pontes de Miranda — a audácia do pensamento. *Rev. de Direito Civil*. São Paulo, n. 16, abr./jun., 1981.

Poderemos tomar como ponto de referência o ideal de equilíbrio entre sistematização e historização, mencionado linhas acima; e também as grandes formações sistemáticas, dadas na história do saber jurídico: por exemplo, as *Institutas* de GAIO<sup>(36)</sup>, de que tornaremos a falar, ou ainda o racionalismo pré-iluminista do século XVII, ou ainda a obra de SAVIGNY<sup>(37)</sup>. Podemos, por outro lado, adotar como ponto de partida o conhecido texto do próprio TEIXEIRA DE FREITAS, inserido na Introdução à *Consolidação*, no qual diz:

“Examinar as leis em seus próprios textos sem influência de alheias opiniões, comparar atentamente as leis novas com as antigas, medir com precisão o alcance e conseqüências de umas e outras, eis o laborioso processo, que empregado temos para conhecer a substância viva da legislação”<sup>(38)</sup>.

Certamente que a linguagem reflete muito certos vícios do século XIX. Poderíamos contudo detectar, ali, a influência do método comparativo, ao qual com efeito FREITAS recorreu *com freqüência*<sup>(39)</sup> e que de certo modo representa uma confluência do *histórico* e do *sistemático*. Poderíamos confrontar esta “comparação” das leis novas com as antigas com a comparação propriamente dita, e também indagar sobre se o exame das leis “em seus próprios textos” e sem interferência de opiniões alheias seria realmente viável num trabalho levado a cabo em campo totalmente ocupado por doutrinas européias e por conceitos presos a matrizes européias, tornadas “universais” pelo poder de expansão da cultura ocidental.

No momento acentuaremos — e é um enfoque um pouco distinto — o afã codificador de FREITAS, como uma necessidade de *construção* que não era apenas legislativa (ou de política do direito), mas também

(36) Citadas por TEIXEIRA DE FREITAS desde as análises iniciais da *Introdução* e confrontadas com a crítica de LEIBNIZ.

(37) As alusões de FREITAS a SAVIGNY são constantes em toda a sua obra, particularmente na *Consolidação* (tanto na Introdução como nas notas) e no *Esboço*. Entretanto, seu conhecimento da obra do mestre de Frankfurt era pouco extenso. Sobre SAVIGNY cf. os números 18-19 (1978-1979) dos *Anales de la Cátedra Francisco Suarez* (Univ. de Granada) (onde se inclui um estudo de W. FIKENTSCHER sobre história e sistema em SAVIGNY), e também o número 14 (tomos I e II) da *Rev. de Ciencias Sociales* da Univ. de Valparaíso, 1979, com farto e excelente material.

(38) *Consolidação*, 1ª edição, p. X. Continuamos a ter como base esta edição, embora tendo em mira outras edições, marcadamente a terceira (Rio de Janeiro, 1976) e a quinta (Rio de Janeiro, 1915). Talvez conviesse relacionar a metáfora de “substância viva” da legislação com certos *endroits* onde FREITAS repetia que o direito “quer a vida real” (por ex. *Nova Apostilla* p. 46), e, com esse vitalismo implícito, relacionar sua opinião (cf. *Esboço*, nota ao art. 17) segundo a qual o direito não necessita de ficções (contudo, escreveu que “as chamadas ficções do direito romano são verdades do nosso porvir jurídico”: cf. *Regras de Direito*, Rio de Janeiro, 1882, p. 247). Ainda a propósito do tópico de FREITAS citado em nosso texto, vale repetir a observação de SANDRO SCHIPANI, segundo a qual a *Consolidação*, para seu autor, se entendia “como conhecimento do passado e do presente, e não como especulação de racionalismo puro” (in *Direito e Integração*, Ed. da Univ. de Brasília, 1981, p. 47).

(39) *Introdução*, passim; *Nova Apostilla*, por exemplo p. 47.

doutrinária em larga medida<sup>(40)</sup>. As alusões que fez, na Introdução à *Consolidação*, à “imensa teia das leis extravagantes” e à falta de obras nacionais que tivessem oportunamente suplementado as *Ordenações*, dão idéia de sua preocupação com a *simetria* a ser obtida na *Consolidação*; suas referências ao âmbito do direito civil dão, por outro lado, a medida dos pesados escrúpulos conceituais presentes em seu trabalho. Ao tratar dos limites do direito civil, ora FREITAS tendia a restringir sua área — como quando falava em tomá-lo “em sua acepção mais estrita”<sup>(41)</sup> —, ora parecia encará-lo como sendo o próprio direito, o direito *tout court*; e esta inclinação, paralela à noção de uma teoria do direito tratada como teoria do direito civil, se consolidou quando, em meio à elaboração do monumental *Esboço*, concebeu a idéia de um “Código Geral”. Evidentemente ele sabia da divisão do direito em público e privado — que por sinal questionou em termos curiosos na *Nova Apostilla* <sup>(42)</sup> —, mas sua base era de fato a privatística, e através dela encarou as categorias fundamentais e as *relações jurídicas*<sup>(43)</sup>.

Poucas alusões há, nos textos doutrinários de TELXEIRA DE FREITAS, à palavra *sistema*. Na *Nova Apostilla*, redigida ao tempo em que começava a trabalhar no *Esboço*, há algumas passagens em que ela aparece, inclusive nas primeiras páginas, mencionando o “sistema do projeto” do Código Português elaborado por ANTÔNIO SEABRA. Nestas passagens o termo designa em geral a ordem (ou distribuição) das matérias seguida pelo codificador português<sup>(44)</sup>. Há também frases onde FREITAS falava de *método*<sup>(45)</sup>.

Na Introdução à *Consolidação*, FREITAS alude por exemplo ao “atual sistema do direito civil”, sempre referindo-se ao problema da divi-

(40) Cf. estudos de BEVILAQUA, MATOS PEIXOTO e VALLADÃO, citados. Cf. também S. MEIRA, “O pensamento criador”, cit. Ver também CRISTINO CASTELO BRANCO, “Telxeira de Freitas, só jurista, mas jurista integral e máximo”, em *Escritos de Vário Assunto*, Rio de Janeiro, 1968.

(41) *Nova Apostilla*, pp. 12 e 13. Cf. supra, nota 34.

(42) Com efeito, foi preocupação basilar de FREITAS a definição dos “limites” do direito civil. Velho e constante problema da própria doutrina européia (Cf. JUAN M. PASCUAL QUINTANA, *En torno al concepto de Derecho Civil*, Salamanca, 1959, com bastante material histórico). As vezes temos a impressão de que, para FREITAS, o direito civil seria o próprio direito *tout court*, a ponto de saírem dele os problemas e as categorias mais essenciais do conhecimento jurídico — relações, direitos etc. —, outras vemo-lo distinguir entre direito civil e direito privado. Sua recusa diante da idéia de um código comercial teve como complemento a imagem de um *Código Geral* (já na fase de superação pessoal do esquema do *Esboço*), constante de dispositivos definitórios e de normas concernentes à aplicação das leis em sentido o mais amplo, irredutível ao âmbito normativo das leis especificamente *civis*.

(43) *Nova Apostilla*, pp. 6 ss., 9, 11, 26 (“queríeis um sistema, queríeis, portanto, uma classificação, uma divisão primária”) e outras.

(44) Por exemplo, página 9. A palavra aparece também no texto da *Introdução*.

(45) Nestas páginas — como nas divergências perante SAVIGNY, por exemplo — se constata a grande independência de juízo de Freitas. Para as reservas às classificações romanas, v. *Consolidação*, Introdução, 1ª edição, pp. XIII e XIV (nesta, a atribuição de falta de *nexo* e de *método* ao Código e ao Digesto).

são e classificação das matérias, e o mesmo ocorre nas páginas onde discute a ordenação das matérias das *Institutas* de GAIO<sup>(46)</sup>. Por outro lado, apesar de cômico da relativa flexibilidade da noção de consolidação<sup>(47)</sup>, atormentava-o o ideal da simetria global, além das classificações específicas.

Certamente FREITAS estava, portanto, penetrado do demônio do *sistema* quando embrenhou-se no trabalho de consolidar, bem como (se não mais ainda) quando no de codificar. Apesar de seu enorme respeito por SAVIGNY, não aderiu à idéia do autor do *Von Beruf* no sentido de adiar as codificações; de resto, não faltou a SAVIGNY e à Escola Histórica, como se sabe, o *penchant* pelo Sistema. Ao trabalhar em plano sistemático, FREITAS estava integrado com o mesmo padrão codificador que vinha vigorando em vários outros países latino-americanos — e ele próprio menciona o Código do Chile na Introdução da *Consolidação* —, um padrão que se alimentava do racionalismo consolidado no mundo jurídico europeu.

Por outro lado, ao trabalhar com fins sistemáticos, FREITAS não se poderia evidentemente furtar à utilização de *materiais* existentes na *história*, materiais caracterizados como *história* e disponíveis no próprio acervo de conhecimentos do jurista moderno. No caso, desde logo o direito romano, que ele conhecia bastante e que — sem embargo da pugna entre romanistas e germanistas que ocorreu na Alemanha dentro da Escola Histórica e que não repercutiu no Brasil — constituía para os juristas latino-americanos um patrimônio de exemplaridades fundamentais<sup>(48)</sup>. Certamente que os códigos sempre foram e são *sistema*, e neste sentido foram e são *razão*: mas o conhecimento dos codificadores, e o caso do *Code* francês é típico<sup>(49)</sup>, não pode deixar de incluir componentes históricos. Voltaremos ao tema.

(46) Sobre a noção de *Consolidação*, a que o próprio FREITAS fez menção no início da Introdução (“trabalho de simplificação”, o qual “mal aspira o merecimento de uma codificação provisória”), veja-se S. SCHIPANI, “Dal Diritto Romano alle codificazioni latinoamericane: l’opera di Teixeira de Freitas”, em *Studi Sassaresi*, V, Milano, 1981 (onde alude inclusive ao papel sistemático do conceito de *fato*). Sobre a intensa preocupação de FREITAS com a *sistematização*, entendida como “estrutura geral”, SILVIO MEIRA, *Teixeira de Freitas, o Jurisconsulto do Império*, cit., p. 203.

(47) Observa JOSÉ CAMARA que TEIXEIRA DE FREITAS trabalhou, na *Consolidação*, em sua parte dispositiva, preso ao “que existia até então” e sem poder desprezar o “elemento tradicional”, apesar de suas tendências inovadoras e originais (*Subsídios*, cit., p. 134).

(48) Cf. o conhecido livro de ANDRÉ-JEAN ARNAUD, *Les Origines Doctrinales du Code Civil Français* (Paris, LGDJ, 1969).

(49) *Consolidação*, Introdução, p. XCIX (continuamos citando segundo a primeira edição). Para outras referências, pp. CVI, CLXIV, CXXXVI, CXLV. Na *Novo Apostilla*, p. 10, ainda enfatiza a “grande distinção” entre direitos pessoais e direitos reais, a qual “estava latente em todos os códigos e legislações, manifestava-se variadamente por expressões dúbias, achava-se, e persistirá eternamente, no pensamento analítico e sintético do direito”. Para o elogio da divisão em causa, cf. A. MARQUES DOS REIS, artigo citado, p. 163; e também JOSÉ CAMARA, *op. cit.*, p. 140. Entre outros.



O mais intenso esforço sistematizador de FREITAS correspondeu certamente à sua classificação dos *direitos*. Neste aspecto já encontramos um elemento histórico: sua reflexão sobre o assunto, na *Consolidação*, passa por um reexame crítico de GAIO e do modelo das *Institutas*, tomando a crítica de LEIBNIZ como informação relevante mas não se detendo nela. É necessário mencionar este problema posto que ele se achou diante de FREITAS todo o tempo, com dramática constância. Na *Consolidação*, FREITAS construiu uma Parte Geral, que em dois títulos tratava das *pessoas* e das *coisas*, e que precedia à Parte Especial. Esta também se dividiu em dois livros, concernentes aos direitos *pessoais* e aos direitos *reais*. Justificava a dicotomia observando que pessoas e coisas são “os elementos constitutivos de todas as relações jurídicas” (50).

Antecipando impressionantemente a idéia de alguns pensadores do século vinte, segundo a qual a norma jurídica “incide” sobre o mundo dos fatos destacando os que precisam ser caracterizados para formarem tipos e perfazerem o objeto das normas, FREITAS dizia (embora num texto confuso e questionável) que, pondo-se de parte os fatos “necessários”, e descartados os ilícitos, somente os atos *lícitos* precisam ser regulados, com o que se têm os “atos jurídicos” e com o que, também, “a matéria dos fatos deixa de ser geral” (51).

Como se sabe, FREITAS reviu posteriormente a sua classificação, re-considerando o que dispusera na *Consolidação*. Às pessoas e às coisas agregou os *fatos*, em torno de cujo conceito desdobrou a noção dos *atos*: e chegou a dizer que aquele ponto, onde se situava a ordenação dos

---

(50) *Consolidação*, p. CVII. Outro ponto, no qual também podemos entrever uma antecipação de FREITAS, é no tocante à distinção entre a linguagem normativa e a linguagem doutrinária, que somente se tornaria definitivamente formulada no século XX, com a diferenciação feita por HANS KELSEN entre *Rechtsnorm* e *Rechtssatz*. Frequentemente encontramos formas definitórias nos dispositivos legais construídos por FREITAS; mas ele próprio, ao refletir sobre a relação entre o “código geral” e os outros códigos, pensou em colocar naquele *as leis que ensinam*, e nestas *as leis que mandam* (cf. A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Carta de 20 de setembro de 1867 ao Ministro da Justiça*, ed. do Min. da Justiça, Arquivo Nacional, Rio, 1977, p. 9; cf. também a transcrição integral em SÁ VIANNA, *op. cit.*, p. 179). Tratava-se, como se percebe, do caráter fundante das normas básicas, que, no caso de um código geral, seriam normas definitórias, referentes às categorias genéricas. Há outro trecho de FREITAS, no qual se entrevê, implícita, a diferença entre norma e proposição: na Introdução da *Consolidação*, a parte referente ao “Actual systema do Direito Civil” (pp. XIII ss.) começa assim: “Como se fosse possível dar força de lei a proposição científica, vê-se escrito nas *Pandectas* que todo o direito refere-se às pessoas, cousas e ações. *Omne jus vel ad personam pertinet, vel ad res, vel ad actiones*”.

(51) Cf. *Esboço*, cit., vol. I, p. 230. Aduzia FREITAS que “os fatos, causa produtora dos direitos, podem ser atos humanos e podem ser também fatos exteriores em que a vontade não tem parte” (p. 231). Preferia o termo *fatos exteriores* à expressão “fatos naturais” e à denominação “fatos acidentais” (idem).

fatos como “causa criadora” dos direitos, e dos atos que eram uma espécie deles, era a parte *mais delicada* de seu trabalho<sup>(52)</sup>.

Ao lado das alusões aos direitos, cuja classificação o preocupou durante toda a vida, FREITAS usou com ponderável insistência o termo *relações* (genericamente ou com o adjetivo “jurídicas”). Na *Nova Apostilla* o termo surge desde o início: declara, por exemplo — ao comparar seu trabalho com o projeto português de SEABRA —, ter-se elevado à “região dos princípios, [nós] para podermos bem distinguir as relações de uma vida real”; noutra parte, em uma profissão de fé objetivista, afirma que “há uma realidade de coisas com as suas relações apreciáveis”<sup>(53)</sup>.

Entretanto, a cada passo repensava a imagem das relações sob o crivo da vida real (hoje se falaria em “concreteza”), e então tratava, na *Nova Apostilla*, da correção aplicada por TRACY a MONTESQUIEU, asseverando que as leis *não* são relações, mas as leis naturais são o “princípio das relações”, sendo então “as leis positivas seu resultado necessário”<sup>(54)</sup>. Sua visão da positividade do direito levava-o a colocar problemas como o da distinção entre moral, direito e legislação<sup>(55)</sup>, ou o da dependência que vincula a legislação civil à “organização política”<sup>(56)</sup>. Estes problemas obviamente tinham uma pulsação histórica, e revelavam, junto com o apelo aos conceitos romanos e aos juristas antigos, a parte de consciência histórica existente no pensamento de FREITAS. Aquele “comparar atentamente as leis novas com as antigas” não se cingia ao direito nacional, mas abria-se, como visão histórica, para os dados da historiografia disponíveis ao tempo; e esta visão histórica era de certo modo uma visão “de sistemas”, e era “para o sistema”, posta que estava a serviço de um trabalho sistematizador.

---

(52) Também na Introdução da *Consolidação* aparece o tema das relações em ligação com o embasamento da divisão do direito (cf. pp. XL e CXXXXVI). Na *Nova Apostilla* as principais alusões se acham às pp. 6, 7, 10, 14, 46 e ss. Provavelmente cabe vincular à influência de SAVIGNY a presença da noção de relações no cerne do pensamento de FREITAS. O próprio CLOVIS BEVILAQUA também adotou tal noção como ponto de partida para a classificação dos direitos: *Em Defesa do Projecto do Código Civil Brasileiro*, Rio de Janeiro, 1906, p. 49. Allás BEVILAQUA considerava que “um código é principalmente uma classificação de preceitos, que adquirem maior nitidez de forma e maior energia de império pelo simples efeito da sistematização” (p. 47). Essa correlação entre classificar e sistematizar já havia sido assumida, uma geração antes, por Freitas.

(53) *Nova Apostilla*, pp. 54-55.

(54) *Idem*, p. 55.

(55) Trata-se, aqui, da célebre passagem da Introdução da *Consolidação*, que assim prossegue: “Uma legislação moldada para uma monarchia absoluta, sob o predomínio de outras idéias, deve em muitos casos repugnar às condições do systema representativo. Quantas leis entre nós não incorrerão desde logo em virtual e necessária revogação, por se tornarem incompatíveis com as bases da Carta Constitucional” (p. VIII). No trecho, obviamente, a expressão de uma perspectiva histórica.

(56) Sobre a sistemática freiteana dos fatos, cf. SCHIPANI, artigo cit. à nota 47 (“Dal Diritto Romano...”).

Repassemos conclusivamente certos tópicos.

Posto, já durante a penosa redação do *Esboço*, diante do problema da “parte geral”, FREITAS alterou a classificação que defendera na *Consolidação* — e que aludia a *Pessoas e Coisas* —, acrescentando-lhes os *Fatos*: parecia-lhe, agora, que a articulação mais genérica da matéria teria de atender a estes, no que certamente atuou a maturação da noção de relação, tão mencionada por ele na *Nova Apostilla* <sup>(57)</sup>.

Com repensar sua classificação, FREITAS reexaminou paralelamente o problema dos *direitos*, sempre refletindo sobre a questão da sua natureza. Na *Consolidação*, havia dito que “os direitos do homem” são sempre naturais, pois “constituem a natureza humana”, sendo ao mesmo tempo individuais, privados, civis e públicos <sup>(58)</sup>. No *Nova Apostilla*, distingue habilmente entre os direitos naturais, que são os “idênticos para todos”, e os adquiridos, que são “diversos para cada indivíduo” <sup>(59)</sup>. No *Esboço*, comentando o artigo 16 (com que se iniciava o Livro Primeiro da Parte Geral), identificou os direitos como faculdades, chamando-os de “individuais, primitivos ou originários” e definindo-os como “liberdade regulada pelas leis” <sup>(60)</sup>.

Esta terminologia, a que falta por certo um pouco de clareza, nos põe diante do problema da atitude de FREITAS em face do *direito natural*.

(57) *Consolidação*, pp. CXV-CXVI, nota. Cumpre anotar que logo em seguida (p. CXIX, nota), FREITAS aludia polemicamente a PIMENTA BUENO, que publicara em 1857 o seu notável *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império* (§§ 533, 611 e 640: cf. edição do Min. da Justiça, 1958, pp. 379 e ss.). Nesta passagem, pondo expressamente de lado as “falsas idéias” provindas inclusive das “tradições do direito romano”, e, portanto, pondo de lado uma tradição histórica, FREITAS tentou montar uma breve teoria do ordenamento (*avant la lettre*), acusando PIMENTA BUENO de confundir o direito civil com o “direito positivo em geral”, e mencionando a Constituição como “primeira lei, de onde todas as outras devem dimanar”. No Brasil já existia evidentemente um conceito de Constituição entendida como lei superior às outras (FREI CANECA por exemplo tinha esposado em 1824 uma teoria do poder constituinte análoga à de SIEYÈS), mas entre os privatistas o tema ainda não tinha maior curso. De qualquer modo a crítica de FREITAS, penetrante por certo e de certo modo procedente, desconsiderava que PIMENTA BUENO entendia os direitos políticos, enquanto algo dependente dos textos constitucionais, mais contingentes do que os civis, básica e abrangentemente situados nas disposições gerais da ordem jurídica.

(58) *Nova Apostilla*, p. 47.

(59) *Esboço*, cit., tomo I, p. 18. Cf. também p. 41.

(60) *Consolidação*, p. XXXIX. FREITAS chegava a desaprovejar que, no ensino da “legislação codificada”, se alterasse a ordem das matérias, como havia feito com o Código de Processo Criminal um professor paulista (loc. cit., nota). Podemos dizer que um dos paradoxos de FREITAS terá consistido nisto, em ter sido por formação um dogmata, sem um direito positivo para aplicar sobre ele a sua exegese; em ter sido, justamente, encarregado de elaborar este direito positivo, transformando ou desdobrando seu exegetismo em atitude de política legislativa. No desempenho daquele encargo, a história terá entrado como *pendant* da dogmática, e o sistema como um denominador comum entre sua *forma mentis* e o futuro ordenamento.

Realmente se afirmava juspositivista ao escrever que os "direitos adquiridos (não os naturais, leia-se) são o objeto da ciência do direito"; e que "a teoria, em matérias de direito positivo, nunca deve contrariar o pensamento legislativo, deve somente explicá-lo"<sup>(61)</sup>. Entretanto, falava em direitos naturais, e com frequência usou — embora sem lhe precisar o sentido — a expressão "natureza das coisas"<sup>(62)</sup>.

São fruto de seu afã sistematizador os desdobramentos que deu à classificação básica dos direitos, em reais e pessoais, antes ou depois de acrescentar a parte dos fatos: por exemplo, a divisão dos direitos em absolutos e relativos<sup>(63)</sup>. Igualmente o constante realce que dá ao problema das obrigações, cerne talvez de sua visão de civilista: desde as cogitações iniciais, externadas na *Consolidação*, até as da *Nova Apostilla* <sup>(64)</sup>. Há, entretanto, na famosa *Carta* que FREITAS dirigiu em 1867 ao Ministro da Justiça, uma frase que definitivamente manifesta seu pendor sistematizante: "sem definir, sem distinguir, sem dividir, nunca me foi possível formular a parte imperativa das matérias"<sup>(65)</sup>.

\* \* \*

Definir, distinguir e dividir: eis três afazeres muito próprios do jurista, desde os romanos, senão mesmo antes deles (e sem embargo do pouco teoreticismo dos juristas romanos), afazeres que se entendem em função da racionalidade do saber jurídico. Esta racionalidade, entendida como algo irredutivelmente distinto do lado histórico desse saber, pode dar-se no sistema como no "problema", e nisto pouco importam as objeções de VIEHWEG (para quem o verdadeiro sentido do saber jurídico se dá no problema), porquanto somente em função do sistema os problemas adquirem sentido.

---

(61) *Consolidação*, pp. LXXXIX e XC; *Nova Apostilla*, pp. 10 ("fechamos os livros e interrogamos a natureza das cousas") e 208 ("em balde se luta com a natureza das cousas"), entre outras. Sobre o problema dos direitos inatos no pensamento de Freitas, cf. MUNIR KARAM, *Teixeira de Freitas e o Processo de Codificação do Direito Civil Brasileiro*, ed. mimeografada, Maringá, 1983, p. 14. Outro ponto em que os textos de FREITAS oscilam é o referente à identificação entre *homem* e *pessoa*: no *Esboço* "todo homem é pessoa, ainda mesmo em um país de escravos" (I, p. 19, nota ao art. 17). Na *Consolidação*, nem tanto.

(62) *Consolidação*, pp. XL ss. Sobre o assunto, JOSÉ CÂMARA, *op. cit.*, p. 135.

(63) *Nova Apostilla*, por ex., p. 46. Toda a meditação de Freitas sobre o tema gira, entretanto, em torno dos *direitos*, com seu objeto, e com seus sujeitos ativo e passivo, entre os quais se intercala a noção de obrigação (pp. 43 ss.).

(64) *Carta*, cit. (cf. nota 51), p. 6.

(65) FILIPPO GALLO, "La storia in Gaio", e NEVIO SCAPINI, "I riferimenti alla ratio nelle Istituzioni de Gaio", em *Il Modello di Gaio nella Formazione del Giurista*. Atti del Convegno Torinese, maggio 1978, in onore del prof. Silvio Romano, Milano, 1981. A partir destes estudos vislumbramos o direito romano como arquétipo (ou como *praeceptor*) do direito ocidental e do saber respectivo; e a obra de Gaio como modelo pedagógico do direito romano.

Estudando acuradamente o modelo de GAIO, cujas *Institutas* (sem embargo de ter sido tardia a sua “descoberta” para o Ocidente contemporâneo) ficaram como algo exemplar e pedagógico para a experiência ocidental do direito, alguns mestres italianos, em recente colóquio, puseram em relevo certos aspectos nucleares de seu legado. Entre tais aspectos, a dimensão histórica e a presença da *ratio*, ambas tratadas em função da “modelaridade” da obra de GAIO e de sua projeção didática. GIOVANNI PUGLIESE destaca inclusive aquilo que denomina “o paradoxo de GAIO”, integrado por vários aspectos (66).

Valeria a pena, aqui, determo-nos por um pouco a contemplar — ainda que sem maiores aprofundamentos — a figura de GAIO, com seus aspectos ainda questionados e sua obra tornada exemplar (no sentido de clássica) (67). Contemplar, nesta mesma obra, a presença de uma dimensão histórica, correspondente às suas relações com o direito anterior, e uma dimensão sistemática, expressada inclusive na valorização hermenêutica da *ratio* e na obtenção de simetrias conceituais tornadas modelares. De certa forma, contemplaremos com isso a gênese do *modus essendi* do saber jurídico ocidental, distinto por exemplo do indu e do árabe, e desenvolvido a partir da metodologia medieval com os glosadores e comentaristas; à parte o caso inglês, mantido imune aos racionalismos teóricos e aos impulsos codificadores (apesar de BENTHAM), o qual parece ter ficado precisamente para servir de permanente contraste dentro do próprio mundo ocidental e em face do chamado “sistema continental-europeu”. Consideraremos ainda o advento do alto racionalismo jusnaturalista, contraditado pela Escola Histórica, mas não de todo, eis que desta mesma e de seus epígonos saiu um novo e substancial revigoramento para a idéia de sistema. É certo que hoje se fala na crise da idéia de sistema (68); mas isto significa, entre outras coisas, que o jurista sabe que o direito e sua ciência tendem ao sistema, sabendo

---

(66) G. PUGLIESE, “Gaio e la formazione del giurista”, em *Il Modello di Gaio*, cit., pp. 3 ss. Sobre a figura histórica de GAIO, e de sua obra, ver também de ZULUETA, *The Institutes of Gaius*, Part II, Commentary (Oxford 1975).

(67) Sobre a sistemática de GAIO, v. ainda FERDINANDO BONA, em F. BONA e outros, *Prospettive Sistematiche nel Diritto Romano*, cit. pp. 409 ss. No mesmo volume, um estudo de N. SCAPINI trata da influência da história e da tradição sobre a sistemática clássica e justiniãnea (pp. 383 ss.). Sobre o lado histórico e o sistemático da influência romanística sobre os privatistas modernos, especialmente italianos, cf. CALASSO, *Storicità del Diritto*, cit. pp. 166 ss.

(68) A idéia tem sido exposta em conexão com a de “descodificação”, que considera a existência, em nosso tempo, de exigências distintas das que presidiram racionalisticamente as codificações liberais. Cf. E. ZULUETA PUCEIRO, *Paradigma Dogmático y Ciencia del Derecho* (Madrid, 1981); NATALINO IRTI, *L'Età della Decodificazione*, Milano, 1979. Para PUCEIRO, contudo, o modelo dogmático persiste como paradigma, no sentido hoje utilizado na teoria da ciência a partir de KUHN. Para IRTI, o surgimento de novos condicionantes históricos provoca a aparição de diversos micro-sistemas, que não destroem o sistema, mas modificam sua “lógica” e seu significado.

por outro lado, cada vez mais, que esta tendência é historicamente contingente. O jurista sabe que, se os grandes conceitos da ciência jurídica sofrem, com a história, refrações e alterações, é por meio de um reconhecimento histórico que eles podem ser reentendidos e reaproveitados.

A ciência jurídica, durante o século dezenove, montou ao mesmo tempo a temática da interpretação e das fontes, se é que não tratou daquela primeiro; quando, de um ponto de vista lógico, primeiro caberia dispor o tema das fontes e depois o da interpretação. A problemática das relações entre história e sistema, tão expressiva atualmente no pensamento dos grandes centros de estudos jurídicos, tem-se voltado para o reexame do papel da “dogmática” e para a fundamentação da hermenêutica como história e como sistema; será necessário, à base das mesmas pontuações que norteiam este reexame, rever o tema das fontes, este também passível de uma dupla ótica, a histórica e a sistemática.

O saber jurídico europeu do século XIX, tal como aportou à América Latina ao tempo das codificações — ao tempo de BELLO, de FREITAS, de SARFIELD —, se achava marcado por algumas ambigüidades, entre as quais a presença do legalismo francês ao lado da influência historiizante de SAVIGNY; ou então a presença de SAVIGNY em tematizações dirigidas ao trabalho de codificar. Não se explicitou maiormente o problema das relações entre Sistema e História, como não se explicitou o das conexões entre ordem e hermenêutica, entre fontes e interpretação; algumas dicotomias eram tematizadas sem maior clareza, como aquela, tão antiga, do direito público e do privado, à qual TEIXEIRA DE FREITAS dedicou algumas frases extremamente interessantes, sem embargo de parcialmente equivocadas.

Em TEIXEIRA DE FREITAS a idéia de sistema carregava e implicava uma preocupação implícita com o “todo” do direito privado positivo, mas faltou a essa preocupação um correlato conceitual preciso, canalizando-se aquela idéia para o tema, na verdade intra-sistemático, senão subsistemático, da divisão fundamental dos direitos; ou para o das “partes” em que se dividiria, segundo os direitos, o material legislativo. Quanto à sua idéia de história, difusa e informulada, manifestou-se como crença no mérito substancial dos textos romanos e nos progressos críticos obtidos pelo saber positivo dos juristas através da sucessão das épocas. Para ele, codificar — tanto como “consolidar” — era obviamente trabalho sistemático, montagem de partes, encaixe de peças, visão do todo; mas um trabalho que se faria melhor, se melhor fosse o aproveitamento das lições passadas — o que era também óbvio, mas talvez um pouco menos.

E diante do trabalho do próprio FREITAS podemos concluir que os progressos do direito e de sua ciência se dão geralmente em forma sistemática; mas a questão de saber se (e em que) são realmente progressos, esta é uma questão histórica.

# Teixeira de Freitas e a autonomia das partes no direito internacional privado latino-americano

JÜRGEN SAMTLEBEN

Instituto Max Planck de Direito Privado  
Estrangeiro e Internacional, Hamburgo.

A autonomia das partes é um dos temas mais famosos na história do direito internacional privado. Em que medida podem as partes derrogar as normas de conflito e definir elas mesmas o direito aplicável às suas relações mútuas? Este tema tem especial interesse para o direito internacional privado dos Estados latino-americanos onde até hoje dominam as tendências territorialistas<sup>(1)</sup>. É por isso que escolhemos esse tema para esta homenagem ao centenário do insigne jurista brasileiro TEIXEIRA DE FREITAS. A nossa pesquisa tem por fim revelar as suas idéias sobre essa matéria e a sua projeção no direito latino-americano. Com isso queremos contribuir também para a aclaração e evolução do assunto no direito atual.

## I — Os antecessores

Não se pode definir o lugar que TEIXEIRA DE FREITAS ocupa na história do direito internacional privado latino-americano sem ter em conta a obra dos seus antecessores. Quando FREITAS escreveu o seu **Esboço**, já uma geração antes dois famosos juristas do continente americano — BELLO no Sul e STORY no Norte — tinham publicado as suas obras que iriam influenciar profundamente o direito internacional privado latino-americano. Todavia, a obra de FREITAS não mostra muitos pontos comuns com estes

(1) J. SAMTLEBEN, *Derecho Internacional Privado en América Latina*. Trad. C. BUENO-GUZMAN, I. Buenos Aires, 1983, pp. 4 ss., 275 ss. Idem, *El territorialismo de leyes en América Latina. Primer Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado*. México, 1979, pp. 171 ss.

antecessores, antes toma nessa matéria como fundamento as idéias de SAVIGNY e seu tratado de direito romano que tinha aparecido pouco antes na Alemanha. Vamos estudar a seguir o pensamento destes três internacionalistas para depois elucidar como em FREITAS triunfa a influência européia sobre a tradição americana.

## 1 — Bello

As idéias de ANDRÉS BELLO sobre o direito internacional privado se encontram assentadas no seu livro **Principios de Derecho de Gentes**, publicado no ano de 1832 em Santiago do Chile. Não quero expor aqui as razões que levaram BELLO ao princípio da estrita territorialidade das leis, tema que tratei mais detalhadamente noutro lugar (2). Para BELLO as leis de cada Estado regem todos os assuntos que se desenvolvem no seu território. Mas a sua obrigatoriedade se estende também aos atos realizados no estrangeiro, sempre que exista alguma conexão pessoal ou territorial com o próprio Estado.

Em matéria de contratos, BELLO segue a teoria da incorporação. Um contrato deve ajustar-se em todos os seus aspectos à legislação do lugar da sua celebração, e as leis deste país supõem-se incorporadas no mesmo contrato. Porém, se o contrato tem que ser cumprido num outro Estado, este aplicará as suas leis respectivas (3). Em consonância com isso, o Código Civil chileno de 1855, magnífica obra pessoal de BELLO, reconhece no seu artigo 16, segunda parte, o valor dos contratos validamente celebrados em país estrangeiro. Mas os seus efeitos devem ajustar-se às leis chilenas, sempre que no Chile se encontre o lugar da sua execução.

Em nenhuma passagem da obra de BELLO aparece a idéia de terem as partes a faculdade de escolher a lei aplicável ao contrato. É verdade que BELLO escreve no seu livro que os tribunais têm que julgar sobre as obrigações recíprocas das partes "conforme as cláusulas expressas do contrato e as leis incorporadas nele" (4). E no seu Código Civil, artigo 1.545, acolheu a norma do **Code de Napoléon**, segundo o qual o contrato é considerado como lei entre as partes (5). Mas aqui trata-se somente da faculdade de as partes definirem elas mesmas as condições materiais do contrato dentro dum sistema jurídico determinado ou da autonomia de direito privado. É mais tarde que se desenvolve dessa norma a idéia duma autonomia mais ampla que inclui a possibilidade da escolha da legislação competente pelas próprias partes.

## 2 — Story

No ano de 1834, dois anos depois do livro de BELLO, aparece nos Estados Unidos a obra de JOSEPH STORY **Commentaries on the Conflict of**

(2) J. SAMTLEBEN. La relación entre derecho internacional público y privado en Andrés Bello. *Revista Española de Derecho Internacional*, 34, 1982, pp. 399 ss.

(3) A. BELLO. *Principios de Derecho de Gentes*. Santiago, 1832, p. 44.

(4) *Ibidem*.

(5) V. art. 1.134. Código Civil francés.



**Laws**, que na matéria de contratos mostra certa semelhança com as idéias do grande internacionalista chileno (6). Na sua introdução histórica, STORY começa com uma interpretação dos textos do **Corpus Iuris** (7). Cita a **lex si fundus** (D. 21, 2, 6) que lhe parece subordinar os contratos à lei do lugar da celebração. Por seu lado, a lei do lugar da execução do contrato encontraria apoio noutros textos do direito romano, especialmente na **lex contraxisse** (D. 44, 7, 21). STORY comenta estes fragmentos e as várias tentativas dos juristas europeus de reconciliá-los numa interpretação moderna (8).

Quanto às regras do **common law**, STORY postula o império da **lex loci contractus** sobre os contratos, cuja validade, interpretação e resolução se regem pela lei do lugar da sua celebração. Esta regra funda-se, segundo STORY, na necessidade do comércio entre as nações que já os romanos reconheceram no **ius gentium** (9). Mas esta regra supõe que o contrato também deva ser executado no lugar da celebração ou que não tenha lugar específico para sua execução. Todavia, se o contrato se fez para ser executado num outro país, aplicam-se as leis desse lugar, em conformidade com os textos romanos citados (10).

Qual é o papel da vontade das partes nessa matéria de contratos que STORY vê dominada pela lei do lugar da celebração ou da execução do contrato? O próprio STORY parece admitir que a razão tanto da **lex loci celebrationis** como da **lex loci executionis** se encontra no consenso tácito ou implícito das partes (11). Contudo, deixa bem claro que não se trata duma verdadeira submissão a essa lei, mas antes dum efeito da soberania territorial que se impõe ao contrato independentemente de toda vontade das partes (12). Assim fica excluída por completo a noção da autonomia da vontade ou da eleição da lei aplicável que só no meio do século reaparece na doutrina européia.

### 3 — Savigny

Em 1849 apareceu na Alemanha o oitavo tomo do **Sistema do Direito Romano Atual**, de CARL FRIEDRICH VON SAVIGNY. Este tomo, que se

---

(6) H. VALLADÃO. The influence of Joseph Story on Latin-American rules of conflict of laws. *American Journal of Comparative Law*, 3, 1954, pp. 27 ss.

(7) J. STORY. *Commentaries on the Conflict of Laws*. Boston, 1834, § 233.

(8) *Op. cit.*, § 234 ss.

(9) *Op. cit.*, § 241 ss.

(10) *Op. cit.*, § 280.

(11) *Op. cit.*, §§ 261, 280.

(12) *Op. cit.*, § 261: "It would be more correct to say that the law of the place of the contract acts upon it, independently of any volition of the parties, in virtue of the general sovereignty possessed by every nation to regulate all persons, property, and transactions within its own territory."

ocupa com os limites no espaço e tempo do império das regras de direito sobre as relações jurídicas, significou uma revolução copernicana para o direito internacional privado europeu<sup>(13)</sup>. Vamos expor a seguir os pontos essenciais da sua teoria e especialmente a sua doutrina na matéria dos contratos.

#### a) O lugar da relação jurídica

No seu livro SAVIGNY parte de uma visão histórica do assunto<sup>(14)</sup>. Faz lembrar como os direitos germânicos se sobrepunham ao direito romano, estabelecendo-se o sistema da vigência pessoal dos respectivos direitos. Mais tarde, no tempo medieval, ganhavam importância os estatutos particulares das cidades italianas, surgindo o problema da delimitação territorial destes estatutos. Aqui nasceu a teoria dos **statuta personalia, realia, mixta**, que pretendia definir com esta divisão o âmbito da aplicação das respectivas leis.

Também para SAVIGNY, no tempo moderno, esta delimitação territorial das legislações forma o núcleo do problema. A sua fórmula, porém, com a qual tenta descrever esse problema, é nova e auspiciosa. Em vez de definir o âmbito de aplicação para as diferentes classes de leis, SAVIGNY procura para cada relação jurídica o "lugar" ao qual pertence. Assim indica como finalidade do direito internacional privado

"determinar para cada relação jurídica o lugar de direito ao qual esta relação jurídica, conforme a sua natureza própria, pertence ou está submetida"<sup>(15)</sup>.

Este lugar se refere igualmente aos territórios dos diferentes Estados como, dentro de cada Estado, às divisões territoriais que têm um direito particular. Noutra parte do seu livro, SAVIGNY identifica este lugar de direito (*rechtsgebiet*) com a "sede" (*Sitz*) da relação jurídica<sup>(16)</sup>. É esta expressão que depois teve grande repercussão na evolução do direito internacional privado europeu.

#### b) A lei da obrigação contratual

Qual é o "lugar" do contrato nessa concepção ideal de SAVIGNY? Procurando o lugar da obrigação, SAVIGNY identifica-o com o foro competente para decidir dela. Pergunta então: "Onde está a sede da obrigação? Onde está o foro especial dela? Onde encontramos a lei territorial que lhe é aplicável? A primeira destas três questões é de natureza teórica e serve unicamente de base à solução das outras; por isso deve ser tratada junto com a segunda"<sup>(17)</sup>. SAVIGNY vê claramente que este método leva à divisão

(13) P. H. NEUHAUS. *Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts*. Tübingen, 1976, p. 94.

(14) C. F. v. SAVIGNY. *System des Heutigen Römischen Rechts*, VIII. Berlin, 1849, pp. 19 ss.

(15) *Op. cit.*, p. 28.

(16) *Op. cit.*, p. 108.

(17) *Op. cit.*, pp. 205 ss.

do contrato, que muitas vezes contém duas obrigações recíprocas, e que tal divisão pode, especialmente quanto ao direito aplicável, "suscitar dúvidas e acarretar complicações". Mas nem por isso o princípio deixaria de ser certo (18).

Neste sentido, o "lugar" do contrato não coincide necessariamente com o lugar da sua celebração. Antes é preciso definir para cada obrigação o seu foro especial que está no lugar da sua execução. Para isso SAVIGNY se baseia nas fontes do direito romano (19), especialmente na *lex 21 de obl. et act.* (D. 44, 7): *Contraxisse unusquisque in eo loco intellegitur, in quo ut solveret se obligavit*. Mas como definir este lugar, se as partes não estipularam nada sobre isso, e se este lugar não resulta claramente da natureza da obrigação? Neste caso, segundo SAVIGNY, o lugar da execução define-se subsidiariamente: pelo centro da atividade do devedor ou pelo seu domicílio se nele se celebrou o contrato; pelo lugar da celebração do contrato fora do domicílio do devedor se pelas circunstâncias neste lugar deveria ser cumprido; e ultimamente pelo domicílio atual do devedor (20). Por estes mesmos lugares determina-se o direito aplicável a cada obrigação (21).

### c) A vontade das partes

Mas a questão principal da presente investigação é a seguinte: Podem as partes livremente escolher o direito aplicável ao contrato e definir assim o "lugar" da obrigação? Aqui o texto de SAVIGNY é suscetível de diferentes interpretações. Diz ele textualmente: "O direito territorial aplicável a cada relação jurídica está fortemente influenciado pela livre vontade das pessoas interessadas ou pela submissão voluntária a um lugar determinado de direito, embora esta influência não seja ilimitada. A mesma submissão voluntária também tem a sua importância quanto ao foro competente para as diversas relações jurídicas. A submissão voluntária a um direito territorial aparece em diferentes formas e graus. As vezes escolhe-se livremente o conteúdo de um direito territorial determinado em vez de outro conteúdo possível; assim acontece especialmente nos contratos do direito das obrigações, podendo considerar-se o direito territorial livremente escolhido quase uma parte integrante do próprio contrato" (22).

Uma parte da doutrina considera que essa submissão voluntária na concepção de SAVIGNY se refere unicamente à escolha do lugar de execução (23). Conforme esta interpretação, as partes podem livremente eleger o lugar da execução se a isso não se opõe a natureza do contrato. Porém, uma vez determinado o lugar da execução e com isso a legislação territorial

(18) *Op. cit.*, p. 202 (b).

(19) *Op. cit.*, pp. 208 ss., 251 ss.

(20) *Op. cit.*, pp. 211 ss., 266 ss.

(21) *Op. cit.*, pp. 203, 246 ss.

(22) *Op. cit.*, p. 110.

(23) K. NEUMANN. *Vertragsgültigkeit und Parteiwille in Lehre und Rechtsprechung des Internationalen Schuldrechts*. Heidelberg, 1930, pp. 29 ss.; R. MOSER. *Vertragsabschluss, Vertragsgültigkeit und Parteiwille im Internationalen Obligationenrecht*. St. Gallen, 1948, pp. 142 ss.; A. WICKI. *Zur Dogmengeschichte der Parteiautonomie im Internationalen Privatrecht*. Winterthur, 1965, pp. 32 ss.

aplicável, as partes já não se podem afastar do conteúdo dela a não ser na medida em que seja permitido pela mesma legislação. Esta interpretação que somente concede às partes a faculdade de eleger indiretamente a legislação aplicável e reconhece apenas a autonomia de direito privado no âmbito dessa legislação, também se reflete na evolução posterior do direito internacional privado latino-americano (24).

Mas alguns trechos da obra de SAVIGNY justificam a impressão de que ele já teve a visão de uma autonomia (25) mais ampla que engloba também a faculdade das partes de eleger diretamente o direito territorial aplicável como "parte integrante do próprio contrato", seja ela ou não a lei do lugar da execução do contrato. Assim diz sobre o foro do contrato: "É sempre o lugar da execução que determina o foro especial, seja fixado por declaração expressa ou por aceitação tácita. Em ambos os casos trata-se duma submissão voluntária a este foro, a não ser que seja excluído por declaração expressa em sentido contrário" (26). E igualmente sobre o direito aplicável, depois de enumerar as diversas maneiras de determinar o lugar da execução pela vontade expressa ou implícita das partes, conclui: "Este direito territorial deixa também de ser aplicável, se à presunção da submissão voluntária se opõe uma declaração expressa em sentido contrário" (27). Para isto baseia-se ainda num texto do direito romano (D. 5, 1, 19 § 2): *nisi alio loco, ut defenderet, convenit*. . . É verdade que SAVIGNY admite esta eleição do direito aplicável somente "na medida em que as disposições do direito territorial podem ser modificadas pelas partes" (28). Mas parece que aqui se refere às normas absolutas que pouco antes menciona como limites de qualquer submissão voluntária e que correspondem hoje em dia às leis de ordem pública internacional.

É essa visão da autonomia das partes na eleição do direito aplicável que prosperou depois na doutrina europeia e domina o direito internacional privado moderno. Segundo esta concepção, as partes podem livremente escolher a lei do contrato e assim derrogar não só as normas dispositivas mas também as disposições obrigatórias da lei normalmente aplicável, sendo o único limite a ordem pública da *lex fori*. Vamos ver em seguida como a obra de SAVIGNY influenciou profundamente o pensamento de TEIXEIRA DE FREITAS e determinou sua posição no assunto.

## II — A obra de Teixeira de Freitas

Para o pensamento de TEIXEIRA DE FREITAS referimo-nos em primeiro lugar a seu **Esboço** de Código Civil, publicado entre 1860 e 1865.

(24) V. *infra*, III.

(25) As críticas de v. SAVIGNY, *op. cit.* (supra n.º 14), pp. 112 ss., contra esta expressão, que ele queria reservar para os privilégios da nobreza, são somente de caráter terminológico.

(26) *Op. cit.*, pp. 227 ss.

(27) *Op. cit.*, pp. 248 ss.

(28) *Op. cit.*, 249 (c). Nessa nota baseia-se a opinião de que SAVIGNY admitia só a autonomia de direito privado no âmbito do direito dispositivo; NEUMANN, *op. cit.* (supra n.º 23), p. 30; este autor, *ibidem* pp. 31 ss., destrói o seu próprio argumento citando um exemplo de SAVIGNY.

É verdade que não se pode imaginar esta obra sem o seu antecessor, a **Consolidação das Leis Cíveis**, aparecido pouco antes de 1857<sup>(29)</sup>. Mas para conhecer as idéias próprias de TEIXEIRA DE FREITAS e para avaliar a sua originalidade é preciso partir do **Esboço** que contém o cúmulo do seu pensamento jurídico. Somente nesse quadro da nossa exposição recorreremos também à **Consolidação** para sublinhar a evolução da doutrina de FREITAS no campo do direito internacional privado.

## 1 — O lugar dos objetos jurídicos

A influência de SAVIGNY em TEIXEIRA DE FREITAS já se mostra claramente no Título preliminar do **Esboço**, Capítulo I: "O lugar". Aqui encontramos todas as idéias nas quais SAVIGNY fundamentou a sua teoria de direito internacional privado. Na nota a esse capítulo, também FREITAS rejeita a teoria dos estatutos: "A velha distinção entre estatutos pessoais, estatutos reais, e estatutos mistos, craveira artificial, em vão manejada por tantos escritores, para dirimir questões de conflito de leis privadas, não tem a menor importância, só tem valor histórico". Em vez desta distinção é preciso "determinar a sede" de cada um dos objetos jurídicos que são as pessoas, coisas, fatos e direitos, ou o "lugar" deles<sup>(30)</sup>.

Sobre este "lugar", o **Esboço** de FREITAS contém nos artigos 3º e 4º as regras seguintes:

"Art. 3º — Distinguir-se-á o **lugar**, para os efeitos declarados neste Código, pelos territórios diversos de cada país em relação ao território do Império; e, dentro do Império, pelas divisões territoriais de sua organização judiciária."

"Art. 4º — Os efeitos do **lugar** são:

1º) Determinar a legislação civil aplicável, ou deste Código, ou de país estrangeiro;

2º) Determinar em geral a jurisdição das autoridades judiciais do Império;

3º) Determinar a competência das autoridades judiciais do Império entre si."

Aqui aparece o mesmo significado do lugar tanto em relação aos territórios dos diferentes Estados como em relação às divisões territoriais dentro dum Estado. E se destaca como efeito do lugar a determinação da lei aplicável e igualmente do foro competente. Comparado com as idéias de SAVIGNY, a semelhança é evidente.

(29) Sobre a relação entre consolidação e codificação do direito, v. S. SCHIPANI, *Dal diritto romano alle codificazioni latino-americane: l'opera di A. Teixeira de Freitas. Studi Sarsaresi*, III, v. 5, 1977-78 (1981), pp. 589 ss., 598.

(30) A. T. DE FREITAS. *Código Civil, Esboço*. Rio de Janeiro, 1860, pp. 1 ss., 4.

## 2 — A lei do contrato

Na matéria dos contratos, TEIXEIRA DE FREITAS partiu das normas do velho direito português e do direito imperial, que recolheu na **Consolidação**. No **Esboço**, então, mostra-se claramente a influência das idéias de SAVIGNY, que sofrem, porém, uma modificação importante. Vê-se nessa evolução a madureza e a originalidade do pensamento de FREITAS.

### a) Os contratos na Consolidação

A legislação portuguesa aplicável no Brasil continha nas **Ordenações** para os contratos o princípio do **locus regit actum** (Ord. 3, 59, 1). No Império, o Regulamento nº 737, de 1850, sobre o processo comercial, acrescentou algumas regras, explicando e generalizando as normas dispersas do Código Comercial de 1850. Para os contratos ajustados em país estrangeiro o art. 3º, § 2º, reproduz a regra **locus regit actum**, excetuando-se os contratos celebrados ante um cônsul brasileiro. Porém, os contratos comerciais, ajustados em país estrangeiro, mas exequíveis no Império, regulam-se pela legislação comercial do Brasil (art. 4º). Igualmente, as dívidas contraídas entre brasileiros em país estrangeiro presumem-se sujeitas à legislação brasileira (art. 5º). Não é difícil notar a semelhança destas regras, que significam nos casos mencionados uma exceção unilateral em favor do direito brasileiro, com as idéias de ANDRÉS BELLO antes expostas<sup>(31)</sup>.

FREITAS incluiu estas regras na sua **Consolidação**, arts. 406-410, mas no seu comentário estendeu a sua vigência no sentido bilateral. Assim, a regra **locus regit actum** que tem aplicação aos contratos ajustados em país estrangeiro encontra-se no art. 406, com a ressalva no art. 407 para os contratos celebrados ante cônsules brasileiros. Igualmente, aplicação da lei brasileira aos contratos exequíveis no Brasil, ou contraídos entre brasileiros, é confirmada nos arts. 409 e 410. Porém, FREITAS interpreta estas normas no sentido de que tanto a regra **locus regit actum** como a exceção para os contratos entre brasileiros somente se referem à celebração do contrato. Por seu lado, os efeitos dos contratos regulam-se em qualquer caso pela lei do lugar da execução, seja este no Brasil ou em país estrangeiro<sup>(32)</sup>. Não há dúvida que se mostra aqui a influência direta das idéias de SAVIGNY

### b) Os contratos no Esboço

Estas idéias se refletem mais claramente nas regras do **Esboço** sobre os contratos. Para a forma dos contratos encontramos também aqui a regra **locus regit actum** (arts. 1.935 e ss.), com certas aclarações a respeito do lugar da celebração no caso de uma forma especial ou dum contrato entre ausentes, que lembram com algumas modificações as idéias de SAVIGNY sobre este ponto<sup>(33)</sup>. Porém, para os efeitos dos contratos, o que rege é a lei

(31) *Supra*, I, 1.

(32) A. T. DE FREITAS. *Consolidação das Leis Civis*. Rio de Janeiro, 1896, pp. 283 ss., notas 101 ss.

(33) Cf. C. F. v. SAVIGNY, *Op. cit.* (*supra* n.º 14), pp. 234 ss., 256 ss., 348 ss., 354.

do lugar de cumprimento, ficando este no Império ou em país estrangeiro (art. 1.962). E, para definir este lugar do cumprimento, FREITAS segue quase literalmente os critérios de conexão que já SAVIGNY enumerava: o lugar designado para o cumprimento do contrato ou que resulte da natureza da obrigação, o domicílio do devedor se nele se celebrou o contrato, o lugar da celebração do contrato fora do domicílio do devedor se pelas circunstâncias neste lugar deveria ser cumprida, e subsidiariamente o domicílio atual do devedor (art. 1.963)

Todavia, enquanto SAVIGNY tratava somente do lugar da execução para cada obrigação particular, FREITAS em princípio tenta definir o lugar do cumprimento do próprio contrato, evitando assim as "dúvidas e complicações" que resultam da aplicação de diferentes leis às obrigações recíprocas<sup>(34)</sup>. Assim supõe implicitamente que o lugar de cumprimento designado pelas partes ou resultante das circunstâncias é o centro das obrigações contratuais, justificando a aplicação da respectiva legislação ao contrato inteiro. Com isso corresponde a regra do art. 1.963, nº 5, do **Esboço**, conforme a qual no caso de vários lugares de cumprimento designados ou em caso de dúvida sobre o lugar de celebração ou o domicílio do devedor, é decisivo o lugar "cujas leis forem mais favoráveis à plenitude da intenção das partes contratantes". Somente os contratos celebrados entre ausentes, e "não havendo lugar designado para seu cumprimento", se regem em relação a cada uma das partes pelas leis de seu domicílio (art. 1.964), mantendo-se neste caso o sistema de divisão do contrato.

Contudo, as regras do **Esboço** sobre os contratos expressam uma idéia bem moderna que nessa forma não se encontra na obra de SAVIGNY. Enquanto este procura, em primeiro lugar, o foro especial e a respectiva lei territorial para cada obrigação contratual, FREITAS vê claramente que o decisivo é a lei do contrato. É esta idéia que o leva conseqüentemente a reconhecer a autonomia das partes na determinação dessa lei

### 3 — A autonomia das partes

Determinar a lei do contrato resulta difícil quando este tem contatos com vários países, isto é, nos contratos internacionais. Eis aqui a razão por que as partes, na prática, incluem cláusulas nos mesmos contratos que designam não só o foro do contrato mas também a lei que será aplicável às relações contratuais. TEIXEIRA DE FREITAS reconhece esta prática na sua obra, dando assim pleno valor à autonomia das partes nesta área do direito internacional privado.

#### a) O domicílio eleito

Já na Consolidação, art. 393, FREITAS mencionou as cláusulas da eleição do foro, baseando-se nas regras das **Ordenações** e do Regulamento

(34) V. supra, I, 3, b.

nº 737 sobre processo comercial<sup>(35)</sup>. No seu comentário deixa bem claro que este foro eleito não coincide com o lugar da execução, mas resulta da faculdade de as partes fixarem autonomamente o foro de contrato. "Há foro do contrato, ou a parte assim estipule, ou se obrigue a pagar em certo lugar. O lugar do pagamento é o lugar em que o credor pode demandá-lo, a não haver estipulação expressa em contrário<sup>(36)</sup>. No **Esboço** encontramos este foro do contrato no art. 1.968, exigindo forma escrita para esta cláusula e restringindo o seu âmbito à eleição do foro dentro do Império.

Mas desse foro do contrato desenvolve-se no **Esboço** outra idéia que é o domicílio eleito. O domicílio para FREITAS determina o "lugar" das pessoas no sentido em que ele usa esta expressão no art. 4º do **Esboço**<sup>(37)</sup>. Assim a definição do domicílio no art. 30 do **Esboço** abrange tanto a noção da legislação aplicável às pessoas a respeito da sua capacidade "e mais casos que forem neste Código designados", como a competência das autoridades judiciais do Império entre si. Da eleição desse domicílio pelas partes trata o art. 32:

"O domicílio especial será o que as partes elegerem por contrato em relação a certo e determinado negócio, para um ou outro dos efeitos do art. 30, nos casos, e pela forma, que se determinar na legislação deste Código sobre contratos."

No seu comentário FREITAS explica que isso é o que se costuma chamar "domicílio eleito" ou "foro do contrato". E continua: "O nosso artigo contém uma outra idéia, além da do domicílio eleito para foro do contrato; indicando também o domicílio eleito para o fim de se aplicar ao caso uma legislação determinada. A conservação do domicílio, com os dois efeitos do art. 30, é voluntária, pois que não se deve tolher a liberdade das partes, sempre que o exercício dela não for incompatível com a ordem pública. O que se quer é a certeza de um lugar, como indicador da legislação aplicável; e esta certeza existe, quando as partes convencionam que o seu contrato será regido e julgado pelas leis de um país determinado<sup>(38)</sup>.

Aqui aparece claramente a idéia da autonomia das partes que têm plena faculdade de escolher a lei do contrato. O comentário de FREITAS não deixa dúvida de que as partes podem livremente escolher o "lugar" do contrato sujeitando-o à legislação dum país determinado. Esta liberdade encontra seu único limite na ordem pública.

### b) O enigma do art. 1.965

O art. 32 do **Esboço** remete-nos, para as particularidades do domicílio eleito, à regulação "que se determinar na legislação deste Código sobre

(35) Ord. 3, 6, 2 e 3, 11, 1; Regulamento n.º 737, arts. 62 e 64.

(36) A. T. DE FREITAS. *Consolidação cit.* (supra n.º 32), p. 274, nota 85.

(37) V. supra, II, 1.

(38) A. T. DE FREITAS. *Esboço cit.* (supra n.º 30), p. 39.



contratos". E no capítulo sobre os contratos encontramos no art. 1.965 a disposição correspondente ao assunto. Diz esta norma com certa ênfase:

"Não prevalece o disposto nos arts. 1.936 e 1.937:

1º) Quando as partes nos respectivos instrumentos, ou em instrumento posterior, houverem convencionado que o contrato seja julgado pelas leis do Império ou pelas de um país estrangeiro determinado (art. 32).

2º) Quando as partes nos respectivos instrumentos, ou em instrumento posterior, se tiverem obrigado a responder pelo contrato no Império, ou num país estrangeiro determinado (art. 32)."

Esta disposição refere-se diretamente à norma do art. 32, reconhecendo tanto a eleição da lei do contrato como a escolha do foro do contrato no âmbito internacional. É verdade que o art. 32 estabelece o domicílio eleito somente com os efeitos do art. 30, isto é, quanto à legislação aplicável e à competência territorial dentro do Império. Por seu lado, o art. 1.965 estende esta faculdade das partes também à eleição do foro competente no nível internacional.

Todavia, o que suscita dúvida sobre o verdadeiro alcance do art. 1.965 é a primeira parte do preceito que se refere aos arts. 1.936 e 1.937. O art. 1.936 trata da lei aplicável à forma dos contratos entre ausentes, e o art. 1.937 contém uma regra de direito substantivo sobre a prova dos contratos. Agora, o texto do art. 1.965 exclui meramente a aplicação destes dois artigos, no caso de as partes elegerem, ou no contrato ou por um acordo posterior, a lei do contrato ou o foro contratual. Parece assim que a referência aos arts. 1.936 e s. restringe o efeito desta eleição a pormenores sem maior importância.

Porém, esta interpretação literal do art. 1.965 levanta uma série de questões cuja solução parece enigmática. Como se combina este efeito restringido do art. 1.965 com a ampla noção do domicílio eleito no art. 32 e a interpretação de FREITAS sobre esta disposição? Se o alcance do art. 1.965 atinge somente a forma e a prova dos contratos, por que não figura esta norma nas respectivas seções do **Esboço**, mas na seção que trata dos efeitos dos contratos? E se o conteúdo do art. 1.965 se refere claramente à questão da legislação aplicável ou ao direito internacional privado, que sentido pode ter a referência a uma norma de direito substantivo? O texto do art. 1.965 deixa-nos sem solução, e para esta parte do **Esboço** não existe comentário de FREITAS que nos poderia elucidar o assunto.

### c) A solução

A seguir vamos apresentar uma solução do problema que pode parecer um pouco ousada ou talvez demasiado simples, conforme o ponto de vista, e que certamente contém um elemento de especulação. Para isso partimos da suposição que o texto citado do art. 1.965 é o original como se encontra no vol. 3º do **Esboço** publicado em 1865. Não nos foi possível examinar esta edição da obra, mas todas as publicações ulteriores que tivemos à dis-

posição reproduzem este texto na mesma forma <sup>(39)</sup>, o que nos permite excluir a possibilidade duma alteração posterior do texto. O que pensamos, porém, é que o texto do art. 1.965 já foi alterado na edição de 1.865 e que não correspondeu à verdadeira intenção de FREITAS.

Isso é fácil imaginar quando nos lembramos das circunstâncias em que FREITAS terminou o seu trabalho no **Esboço** <sup>(40)</sup>. Já pelo aspecto exterior se nota certa diferença entre as primeiras partes do **Esboço** com seu comentário detalhado e as partes posteriores que se limitam à simples reprodução dos textos de disposições. A última parte do **Esboço** nem chegou a ser publicada. Estes fatos já mostram claramente as dificuldades que FREITAS tinha que vencer para prosseguir com a publicação da obra. Não será provável que neste esforço podia ocorrer facilmente um erro de imprensa sem ser notado? E não sabemos todos que um autor mesmo com o maior cuidado não pode evitar tais erros?

Somos por isso da opinião que a primeira parte do art. 1.965 deve dizer assim: "Não prevalece o disposto nos arts. 1.963 e 1.964...". O primeiro destes dois artigos contém a enumeração dos critérios de conexão para definir o lugar de cumprimento, e o segundo trata da divisão do contrato celebrado entre ausentes. Para evitar as dificuldades a que podiam levar a definição do lugar de cumprimento do contrato ou a divisão das obrigações recíprocas, FREITAS queria abrir no art. 1.965 a possibilidade das partes definirem num acordo comum a lei do contrato. Talvez tenha escrito: "Não prevalece o disposto nos arts. 1.963, e s. . .", o que por erro tipográfico se converteu em "arts. 1.936 e s.", depois corrigido em "arts. 1.936 e 1.937". Assim se explicaria o texto publicado do art. 1.965.

Não sabemos se a nossa hipótese é convincente para todos. Seja como for, da leitura das passagens de FREITAS antes citadas, pode-se deduzir claramente que ele já reconheceu a autonomia das partes na forma mais ampla sem fixar para ela outro limite que a ordem pública. Com isso TEIXEIRA DE FREITAS alinha-se entre os precursores da teoria moderna da autonomia de vontade que só neste século chegou a dominar na teoria do direito internacional privado. Optando entre esta visão de FREITAS que aparece inequivocamente na sua obra e o texto dum artigo evidentemente mutilado inclinamo-nos sem hesitar pela visão do gênio e contra o texto literal.

### III — A projeção de FREITAS no direito internacional privado latino-americano

O princípio da autonomia da vontade das partes para definir a lei aplicável ao contrato é hoje em dia amplamente reconhecido no direito interna-

(39) A. T. DE FREITAS, *Código Civil: Obra Fundamental del Código Civil Argentino* (trad. castellana), I. Buenos Aires, 1909, pp. 657 ss.; H. VALLADÃO, *O direito internacional privado no Esboço de Teixeira de Freitas. Revista Jurídica da Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil*, 8, 1944-1945, pp. 335 ss., 385 s.; *Idem, Material de Classe de Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro, 1980, pp. 254 ss.

(40) Cf. S. MEIRA, *Teixeira de Freitas: o Jurisconsulto do Império*, Rio de Janeiro, 1979, pp. 218, 228 ss., 368 ss.

cional privado europeu. Outra foi a evolução do assunto no âmbito latino-americano onde as tendências territorialistas nunca admitiram uma influência real das partes na escolha do direito aplicável. Assim as idéias de FREITAS, prematuras e visionárias no seu tempo, perderam-se na corrente poderosa do territorialismo que parece corresponder às exigências político-sociais do subcontinente.

## 1 — Brasil

No Brasil, as idéias de FREITAS nunca chegaram a converter-se em lei. O Código Civil de 1916, na sua Introdução, mantinha a tradição do direito antigo a respeito dos contratos internacionais, deixando pouco lugar à autonomia das partes. A nova Lei de Introdução de 1942, mais rígida no assunto, parece descartar esta possibilidade por completo.

### a) A Introdução de 1916

O autor do Código Civil de 1916, CLÓVIS BEVILÁQUA, ainda foi mais liberal no seu projeto. Baseando-se no art. 4º do Código Comercial português de 1888, queria regular os contratos em sua substância e efeitos pela lei do lugar da celebração, admitindo expressamente uma estipulação em contrário, e a sua execução pela lei do lugar do cumprimento<sup>(41)</sup>. Esta concepção, porém, foi modificada no processo parlamentar. Dizia o art. 13, Intr., na sua redação final:

“Regulará, salvo estipulação em contrário, quanto à substância e aos efeitos das obrigações, a lei do lugar onde foram contraídas.

Parágrafo único — Mas sempre se regerão pela lei brasileira:

I — os contratos ajustados em países estrangeiros, quando exequíveis no Brasil;

II — as obrigações contraídas entre brasileiros em país estrangeiro;

III — os atos relativos a imóveis situados no Brasil;

IV — os atos relativos ao regime hipotecário brasileiro.”

Este texto estava inspirado pelas regras do direito brasileiro antigo que também FREITAS tinha acolhido na sua Consolidação; mas a lei não aceitou a sua interpretação bilateral. Ao contrário, a ressalva em favor do direito brasileiro aqui ficou ainda mais estendida. A jurisprudência baseou-se nesta disposição para aplicar quase sempre o direito brasileiro aos contratos internacionais<sup>(42)</sup>.

Contudo, o art. 13 previa, em princípio, também uma estipulação das partes sobre o direito aplicável. Porém, esta possibilidade foi interpretada

(41) V. art. 35 do projeto Clóvis Beviláqua, reproduzido por J. L. ALVES. *Código Civil da República dos Estados Unidos do Brasil anotado*. Rio de Janeiro, 1926, p. 18.

(42) V. jurisprudência citada por P. G. GARLAND. *American-Brazilian Private International Law*. New York, 1959, pp. 52 ss.

pela doutrina brasileira no sentido de se referir somente ao direito dispositivo<sup>(43)</sup>. E o art. 13 excluía tal eleição da lei aplicável quando se tratava de contratos exequíveis no Brasil. Assim, o Supremo Tribunal Federal, num caso em que as partes convencionaram a aplicação do direito da Luisiânia ao seu contrato, sentenciou "que tal cláusula, sendo ofensiva do direito nacional, reputa-se não escrita e inexistente"<sup>(44)</sup>. Com isso, a autonomia das partes neste âmbito ficou terminantemente proibida.

#### b) A Lei de Introdução de 1942

Adveio a nova Lei de Introdução de 1942 que trouxe para as obrigações no seu art. 9º, a seguinte regra:

"Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.

§ 1º — Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma especial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato.

§ 2º — A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente."

Reaparece aqui a velha regra da *lex loci contractus*, modificada em certa forma em favor da lei brasileira quando esta é a *lex loci executionis*. Não queremos entrar em detalhes sobre a origem e a interpretação desta disposição<sup>(45)</sup>. Parece certo que o texto queria intencionalmente excluir a determinação da lei do contrato pelas partes. A doutrina está dividida no assunto, não admitindo a eleição da lei aplicável ou somente na medida em que tal eleição seja permitida pela lei competente<sup>(46)</sup>. Também se indica a possibilidade duma eleição indireta da lei do contrato pela determinação do lugar da celebração, valendo-se da regra do art. 9º, § 2º, da Lei de Introdução<sup>(47)</sup>. A jurisprudência dos tribunais segue na sua tendência tradicional de aplicar o direito brasileiro aos contratos internacionais sem admitir uma eleição do direito estrangeiro<sup>(48)</sup>. E o Supremo Tribunal Federal, numa

(43) V. doutrina citada por H. VALLADÃO. *Direito Internacional Privado*, I. Rio de Janeiro—São Paulo, 1980, p. 366; I. STRENGER. *Da Autonomia da Vontade em Direito Internacional Privado*. São Paulo, 1967, pp. 194 ss.

(44) Supremo Tribunal Federal, Ac. 13-12-1924, Agravo de petição n.º 3.927, "Estado do Ceará c. Bayley & Cia.". *Revista do Supremo Tribunal Federal*, 91, 1925, pp. 45 ss., 50.

(45) V. sobre a origem J. SAMTLEBEN. *Derecho cit.* (supra n.º 1), p. 248, nota 22, e, para a interpretação, as notas seguintes.

(46) V. autores citados por I. STRENGER. *Op. cit.* (supra n.º 43), pp. 201 ss.

(47) A. DE CARVALHO. Contrato por correspondência com firma estrangeira. *Revista Forense*, 155, 1954, pp. 103 ss.; A. WALD. Da validade das convenções sobre foro do contrato e da aplicação da lei estrangeira às convenções celebradas no Brasil. *Revista dos Tribunais*, 345, 1964, pp. 58 ss., 64 ss.; L. G. P. DE BARROS LEAES. Arbitragem comercial internacional. *Revista Forense*, 221, 1968, pp. 421 ss.

(48) V. jurisprudência citada por G. GARLAND. *Op. cit.* (supra n.º 42), pp. 54 ss.

decisão recente, declarou que não nega vigência ao art. 9º da Lei de Introdução a sentença que aplicou a lei portuguesa como *lex loci celebrationis* sem reparar numa cláusula contratual em favor do direito inglês (49).

### c) O anteprojeto de 1964/70

Ante este panorama, as idéias de FREITAS refletem-se unicamente no anteprojeto da Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas de 1964, revisado em 1970, que admite no seu art. 51 a autonomia da vontade para os contratos, baseando-se expressamente nas regras do **Esboço**, arts. 32 e 1. 965. Porém, o art. 52 do mesmo anteprojeto declara obrigatória a aplicação da lei brasileira aos contratos exequíveis no Brasil, porque "corresponde a uma regra tradicional do direito pátrio, em defesa de nossos interesses morais, econômicos e sociais, e por isto, aparecida em forma unilateral e imperativa" (50). Assim a influência de FREITAS também aqui fica relegada ao segundo plano pela velha tradição do direito brasileiro.

## 2 — Outros países

Se no próprio país natal de FREITAS as suas idéias não prosperaram, não se pode esperar uma maior influência nos países vizinhos. Não é possível dar aqui um panorama geral do problema da autonomia da vontade nos países latino-americanos. Por isso limitamo-nos a alguns exemplos para demonstrar como, nestes países, a concepção territorialista de BELLO e STORY triunfou sobre a posição voluntarista de SAVIGNY e FREITAS.

### a) O grupo chileno

Na primeira parte deste trabalho já aludimos à norma do art. 16 do Código Civil chileno de 1855 que reflete as idéias de BELLO sobre o direito aplicável aos contratos. É a lei do lugar da celebração que rege o contrato, respeitado o direito chileno quando este é a lei do lugar da execução. A jurisprudência entendeu que esta ressalva em favor da lei chilena somente opera de maneira unilateral, e sujeita os contratos celebrados no Chile à lei chilena, mesmo se o lugar da execução se encontrar no estrangeiro (51).

Na doutrina chilena discute-se a possibilidade duma autonomia das partes para determinar a lei do contrato. Para isso os autores baseiam-se na disposição do art. 1.545 do Código Civil que considera o contrato como

(49) SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ac. 17-12-1981, Recurso Extraordinário n.º 93.131, "Champallaud c. Banco do Brasil S/A e outros". *Revista Trimestral de Jurisprudência*, 101, 1982, pp. 1.149 ss., 1.167 s.

(50) H. VALLADÃO. *Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas, Anteprojeto Oficial*. Rio de Janeiro, 1964, pp. 25, 90 ss., 93; a versão revisada do Projeto de 1970 encontra-se em H. VALLADÃO, *Material cit.* (supra n.º 39), pp. 159 ss., 171.

(51) CORTE SUPREMA, Sent. 9-12-1930, "Banco de Tacna c. Espada y Donoso Hnos." *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales*, 28, 1931, 2.ª parte, sec. 1, pp. 409 ss., 416.

lei entre as partes <sup>(52)</sup>. Também na jurisprudência se encontram alguns julgados que se inclinam neste sentido, especialmente quando as partes elegeram a lei chilena. Porém, na prática domina a tendência territorialista, aplicando-se o direito chileno mesmo contra uma declaração expressa das partes <sup>(53)</sup>.

A mesma situação encontramos nos países que seguem o modelo do Código Civil chileno. Assim, no Equador uma parte da doutrina reconhece uma certa autonomia das partes baseando-se na aludida norma do Código Civil, enquanto que a Corte Suprema não admite a eleição da lei do contrato pelas partes, quando este se firmou no Equador <sup>(54)</sup>. Igualmente na Colômbia a idéia da autonomia das partes não encontrou apoio na prática <sup>(55)</sup>. Somente na Venezuela, cujo Código Civil se afastou do modelo chileno pelas modificações posteriores, mas mantinha a regra mencionada sobre o contrato como lei entre as partes, a jurisprudência tem admitido expressamente a eleição da lei do contrato, sendo esta, nos casos citados, a lei venezuelana <sup>(56)</sup>. E o projeto venezuelano de 1965 reconhece abertamente a autonomia das partes no sentido moderno, relembrando assim as idéias que TEIXEIRA DE FREITAS desenvolveu no Brasil precisamente cem anos antes do seu **Esboço** <sup>(57)</sup>.

## b) Argentina

Consideração especial merece o Código Civil argentino de 1869, que se elaborou pela maior parte justamente em base do **Esboço** de TEIXEIRA DE FREITAS <sup>(58)</sup>. O autor do Código Civil, DALMACIO VÉLEZ SARSFIELD, que estava em contato direto com o seu grande contemporâneo brasileiro,

- (52) F. ALBONICO VALENZUELA. *Manual de Derecho Internacional Privado*, II. Santiago de Chile, 1950, pp. 97 ss.; M. RAMÍREZ NECOCHEA, *Síntesis del Derecho Internacional Privado Chileno*, I. Santiago de Chile, 1965, pp. 21 ss., 25; E. HAMILTON, *Solución de Conflictos de Leyes y Jurisdicción en Chile*. Santiago de Chile, 1966, pp. 295 ss.
- (53) V. jurisprudência citada por A. ETCHEBERRY O. *American-Chilean Private International Law*. New York, 1960, pp. 58 ss. Sobre a eleição da lei chilena pelas partes v. CORTE SUPREMA, Sent. 31-10-1918, "Ramos c. Cia. de Azúcar de Chichlayo". *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales*, 16, 1919, 2.<sup>a</sup> parte, sec. 1, pp. 365 ss., 401 ss., 404.
- (54) J. I. LARREA HOLGUÍN. *Manual de Derecho Internacional Privado*. Quito, 1962, pp. 212 y 320.
- (55) C. BUENO-GUZMÁN. *El derecho internacional privado interno en Colombia*. Universitat, *Ciencias jurídicas y Socioeconómicas*, 51, 1976, pp. 159 ss., 189 s.; PH. J. EDER. *American-Colombian Private International Law*. New York, 1956, pp. 57 ss.
- (56) V. jurisprudência citada por J. SAMTLEBEN. *La aplicación del Código Bustamante en Venezuela. Libro Homenaje a la Memoria de Joaquim Sánchez-Covisa*. Caracas, 1975, pp. 319 ss., 337.
- (57) **Exposición de motivos y proyecto de ley de normas de derecho internacional privado**, Caracas, 1965, pp. 8, 17, arts. 29, 31 ss.
- (58) S. MEIRA. *Op. cit.* (supra n.º 40), pp. 292 ss., 305 ss.; *Idem*. *Direito brasileiro e direito argentino, Códigos comercial e civil: Influência do "Esboço" de Teixeira de Freitas ao Projeto de Vélez Sarsfield*. *Studi Sassaresi*, III, v. 5, 1977-78 (1981), pp. 201 ss., 228 ss.

deixava também inspirar-se, na matéria do direito internacional privado, pelas idéias de JOSEPH STORY. O resultado é uma mistura de concepções divergentes que causa para a doutrina argentina problemas árduos de interpretação<sup>(59)</sup>. Assim, na parte sobre os contratos, VÉLEZ SARSFIELD copiou nos arts. 1.209-1.216 quase literalmente os arts. 1.962 e ss. do **Esboço** de FREITAS. Porém, os precedentes arts. 1.205-1.208 do Código Civil correspondem exatamente às passagens respectivas do livro de JOSEPH STORY<sup>(60)</sup>.

Seguindo o pensamento de STORY, o art. 1.205 sujeita os contratos feitos fora do território argentino às leis do lugar da celebração. Porém, para os contratos celebrados no território argentino ou fora dele para ter sua execução na Argentina, ou celebrados na Argentina para serem executados fora dela, os arts. 1.209 e 1.210 declaram aplicável a lei do lugar da execução, seguindo o modelo do art. 1.962 do **Esboço**. Para conciliar estas disposições, a doutrina argentina inventou construções complicadas, limitando o âmbito do art. 1.205 aos contratos sem pontos de conexão com o território argentino. Porém, outros autores consideram sempre aplicável a lei do lugar da execução do contrato, se este não coincide com o lugar da celebração, unindo assim o pensamento de STORY com as idéias de FREITAS<sup>(61)</sup>.

No entanto, VÉLEZ SARSFIELD no seu Código Civil não copiou os arts. 32 e 1.965 do **Esboço** sobre a eleição da lei do contrato pelas partes. Como ele seguiu quase literalmente todas as demais regras do **Esboço** sobre os contratos, esta omissão parece ser o resultado duma decisão consciente contra a autonomia das partes, influenciada pelo pensamento de JOSEPH STORY. Não faltam na Argentina as tentativas de reconhecer esta autonomia no direito internacional privado, baseando-se na norma do art. 1.197 do Código Civil, que considera os contratos lei entre as partes<sup>(62)</sup>, ou no direito consuetudinário<sup>(63)</sup>. Porém, a doutrina tradicional nega-se a reconhecer a autonomia das partes como direito vigente e a conceder aos arts.

(59) V. sobre isso J. SAMTLEBEN. Der Territorialitätsgrundsatz im Internationalen Privatrecht Lateinamerikas. *Rebels Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht*, 35, 1971, pp. 72 ss., 97 s.

(60) H. VALLADÃO. *The Influence* cit. (supra n.º 6), pp. 37 s.

(61) V. sobre as diferentes opiniões H. GRIGERA NAÓN. Les contrats internationaux en Argentine. *Droit et Pratique du Commerce International*, 7, 1981, pp. 427 ss.

(62) M. ARGÚAS — C. A. LAZCANO. *Tratado de Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires, 1926, pp. 274 ss.; B. KALLER DE ORCHANSKY. Régimen de los contratos en derecho internacional privado argentino. *Revista Española de Derecho Internacional*, 19, 1966, pp. 519 ss., 524, 529 s.

(63) W. GOLDSCHMIDT. *Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires, 1982, pp. 191 ss., 198 ss., 393; A. BOGGIANO. *Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires, 1978, pp. 458 ss.; *Idem*. International contracts in Argentina. *Rebels Zeitschrift für Ausländisches Internationales Privatrecht*, 47, 1983, pp. 431, 433 s. 459 ss., referindo-se à prática do Estado argentino de aceitar nos contratos internacionais de empréstimo cláusulas sobre eleição do foro e da lei aplicável. V., porém, sobre a recente decisão dum juiz de Río Gallegos contra esta prática, J. SAMTLEBEN, "Der Kampf ums Forum": Ein Gefecht in Patagonien. *Rebels Zeitschrift*, *ibidem*, pp. 738 ss.

1.205 e ss. mero valor subsidiário (64). Conseqüentemente, segundo estas normas, as partes no direito internacional privado argentino somente dispõem duma autonomia indireta através da escolha do lugar de execução (65).

### 3 — Os tratados

Para finalizar este estudo, vamos dar um breve resumo dos tratados latino-americanos no âmbito do direito internacional privado e das soluções que apresentam para os problemas dos contratos internacionais. Sem determo-nos com os vários tratados do século XIX que contêm cláusulas expressas sobre este assunto (66), limitamo-nos aqui aos grandes tratados multilaterais hoje em vigor, que são os Tratados de Montevidéu e o Código Bustamante, e aos trabalhos atuais da Organização dos Estados Americanos.

#### a) Os Tratados de Montevidéu

Os Tratados de Montevidéu de 1889, que foram ratificados pela Argentina, Bolívia, Paraguai, Peru, Uruguai e depois Colômbia, baseiam-se no pensamento de STORY e SAVIGNY e também no Código Civil argentino de 1869 (67). Por isso podemos averiguar certa semelhança com as idéias de TEIXEIRA DE FREITAS, as quais por esta via indireta influenciaram especialmente as regras do Tratado de Direito Civil Internacional de 1889. Assim, na matéria dos contratos internacionais, os arts. 32 e 33 declaram aplicável a lei do lugar da execução do contrato. Seguindo o modelo do Código Civil argentino inspirado por FREITAS — e contrariando o pensamento de SAVIGNY — este lugar de execução é considerado como centro do contrato inteiro, evitando assim a divisão nas várias obrigações contratuais. Esta concepção unitária do Tratado, que contém regras especiais para a determinação desse lugar nos seus arts. 34 e ss., é também confirmada pela jurisprudência (68).

Porém, o Tratado de Montevidéu de 1889, como já o Código Civil argentino, afasta-se do pensamento de FREITAS, não admitindo a autonomia da vontade das partes na determinação da lei do contrato (69). Isto resulta

(64) V. a resolução das "Sextas Jornadas de Derecho Civil" de 1977, citada por M. A. CIURO CALDANI. Algunas consideraciones acerca de las VI Jornadas de Derecho Civil y el derecho internacional privado. *La Ley*, 1978, B, pp. 820-ss.; criticamente W. GOLDSCHMIDT. El derecho internacional privado en las Sextas Jornadas de Derecho Civil. *El Derecho*, 75, 1978, pp. 781 ss., 783.

(65) H. GRIGERA NAÓN. *Op. cit.* (supra n.º 61), pp. 429, 432 s.

(66) V. sobre estes tratados J. SAMTLEBEN, *Derecho cit.* (supra n.º 1), 7 ss., notas 28 y 94.

(67) V. *ibidem*, pp. 15 ss., 284 s., 293 s.

(68) Juzgado Comercial de la Capital, Sent. 29-4-1964, "Banco de Montevideo c. Cia. Azucarera Tucumana", *Jurisprudencia Argentina*, 1964, VI, pp. 240 ss., 244: "La determinación de una ley única... es lógica si se advierte que se debe aplicar para un solo contrato una sola regulación legal para evitar distinción de trato entre las partes en igualdad de situaciones en una misma relación".

(69) Cf. *Actas de las sesiones del Congreso Sud-Americano de Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires, 1894, pp. 492 ss.



do caráter obrigatório das suas normas e é confirmado pela doutrina <sup>(70)</sup> e jurisprudência <sup>(71)</sup>. Na revisão dos Tratados de Montevideu em 1939/40, esta questão foi discutida, mas resolvida em sentido negativo <sup>(72)</sup>. Assim o Protocolo Adicional aos Tratados de 1940, vigente entre Argentina, Paraguai e Uruguai, declara no seu art. 5º expressamente:

“La jurisdicción y la ley aplicable según los respectivos Tratados, no pueden ser modificadas por voluntad de las partes, salvo en la medida en que lo autorice dicha ley.”

Esta norma, que depois foi copiada no art. 2.403 do Código Civil do Uruguai, exclui terminantemente a livre eleição da lei aplicável pelas partes, somente reconhecendo a autonomia substantiva das partes no âmbito do direito dispositivo <sup>(73)</sup>.

### b) O Código Bustamante

O Código Bustamante, votado pela Sexta Conferência Internacional Americana de Havana em 1928, está vigente entre quinze nações latino-americanas, sendo aplicado também em relação a Estados não-contratantes <sup>(74)</sup>. O seu autor, o jurista cubano ANTONIO SANCHEZ DE BUSTAMANTE y SIRVÉN, estava influenciado pela doutrina manciniana da Escola Italiana do século XIX. Reconhecendo a liberdade das partes, à qual ele chamava “autarquía personal”, admitiu a eleição da lei do contrato, embora a restringisse ao âmbito do direito dispositivo segundo os conceitos da *lex fori* <sup>(75)</sup>. No Código Bustamante, essa sua opinião encontrou expressão defeituosa no art. 166:

“As obrigações que nascem dos contratos têm força de lei entre as partes contratantes e devem cumprir-se segundo o teor dos mesmos, salvo as limitações estabelecidas neste Código.”

Esta norma, que corresponde ao art. 1.091 do Código Civil espanhol e cubano, e que se encontra na mesma forma em quase todos os Códigos latino-americanos, não teve muita influência no direito internacional privado dos Estados contratantes. Foi considerada como uma regra de direito substantivo e como tal aplicada na jurisprudência brasileira <sup>(76)</sup>. Somente nos

(70) W. GOLDSCHMIDT. *Derecho cit.* (supra n.º 63), pp. 197, 392; Q. ALFONSIN. *Régimen Internacional de los Contratos*. Montevideo, 1950, pp. 31 s.

(71) Cf. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA NACIONAL. Sent. 28-9-1931, “Molins y Cia. c. Ferrocarril Central de Buenos Aires”. *Jurisprudencia Argentina*. 36, 1931, p. 839, em relação ao Tratado de Direito Comercial Internacional de 1889.

(72) J. L. BUSTAMANTE I RIVERO. *El Tratado de Derecho Civil Internacional de 1940*. Montevideo, 1942, pp. 109 s., 165 ss.

(73) Esta concepção do Tratado é contrariada por W. GOLDSCHMIDT. *Derecho cit.* (supra n.º 63), p. 392, que admite a livre eleição da lei aplicável através dum *renvoi* do direito nacional.

(74) J. SAMTLEBEN. *Derecho cit.* (supra n.º 1), pp. 64 ss., 177 ss.

(76) JUÍZO DA 4.ª VARA CÍVEL DO DISTRITO FEDERAL, sent. 21-11-1931, “Blolchini c. Caldeira Brant.” *Archivo Judiciario*, 21, 1932, p. 80 (91); *Revista Forense*, 58, 1932, p. 324 (334), sobre a validade duma cláusula valor-ouro.

Estados onde já a respectiva norma do Código Civil fora discutida no direito internacional privado, também o art. 166 do Código Bustamante foi mencionado neste contexto. Assim uma sentença chilena se baseou nele para convalidar uma cláusula contratual em favor do direito norte-americano, mas foi anulado por via de apelação<sup>(77)</sup>. Na jurisprudência venezuelana, porém, o art. 166 foi citado para justificar a aplicação do direito venezuelano que as partes tinham escolhido no seu contrato, sendo este argumento reprovado na instância superior<sup>(78)</sup>.

### c) Os trabalhos da OEA

A Organização dos Estados Americanos (OEA) desde a sua fundação tem-se ocupado com "o desenvolvimento e a codificação do direito internacional privado". A Carta da OEA de 1948 previa no seu art. 67 que o Conselho Interamericano de Jurisconsultos trataria do assunto. A Comissão permanente deste Conselho, o Comitê Jurídico Interamericano, publicou no ano de 1966 um projeto de reforma do Código Bustamante, combinando este com as regras dos Tratados de Montevideú. Na matéria dos contratos, o projeto abandona o critério do Código Bustamante e segue as conexões objetivas dos Tratados de Montevideú, sem dar margem à autonomia da vontade das partes<sup>(79)</sup>.

Estes trabalhos de reforma encontraram sua continuação nas Conferências Especializadas Interamericanas sobre Direito Internacional Privado. Porém, as primeiras conferências do Panamá, em 1975, e de Montevideú, em 1979, não trataram da lei aplicável aos contratos internacionais<sup>(80)</sup>. Este assunto tampouco aparece na agenda da Terceira Conferência Especializada, prevista para 1984. Entretanto, na Europa a Convenção de Roma de 1980 empreendeu a unificação do direito internacional privado dos contratos no âmbito das Comunidades Europeias. É de esperar que nas futuras Conferências Interamericanas esta matéria também encontre seu tratamento apropriado. Para isso não é preciso seguir o modelo europeu. Antes, uma futura convenção interamericana pode basear-se na própria tradição do continente, relembrando os ensinamentos do grande jurista brasileiro AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS.

---

(77) CORTE DEL TRABAJO. Sent. 29-3-1962, embargos de terceiro nos autos "Caja de Empleados Particulares c. Sociedad de Transportes Aéreos ALA". *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales*, 59, 1962, 2ª parte, sec. 1, p. 261.

(78) V. as decisões citadas por J. SAMTLEBEN. *La Aplicación* cit. (supra n.º 56), p. 337.

(79) *Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado. Trabajos Realizados por el Comité Jurídico Interamericano durante su Período Ordinario de Sesiones (Julio-Octubre de 1966)*. Unión Panamericana, Washington D. C., 1966, pp. 16 ss., 38, arts. 122 ss.

(80) V. sobre estas conferências J. SAMTLEBEN. *Derecho* cit. (supra n.º 1), pp. 41 ss., e os estudos ali citados; *Idem*. *Die Interamerikanischen Spezialkonferenzen für Internationales Privatrecht. Rabels Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht*, 44, 1980, pp. 257 ss., 367 ss.

# Função social da propriedade

WELLINGTON DOS MENDES LOPES

Membro do Serviço Jurídico da União.  
Membro fundador do Instituto de Direito Agrário de Brasília e do Instituto Maranhense de Direito Agrário e Estudos Rurais. Diretor responsável da Revista de Direito Agrário.

## SUMÁRIO

1. *Introdução*
2. *Direito de propriedade*
3. *Sistemas sociais: suas concepções*
4. *Coletivismo*
5. *Socialistas agrários*
6. *Doutrina social da Igreja*
7. *Límites da propriedade: morais, sociais e jurídicos*
8. *Função social da propriedade*
9. *Função social da propriedade: finalidade real*
10. *A justiça social como um dos alicerces do jus-agrarismo*
11. *O verdadeiro papel da empresa agrária*
12. *A função social da propriedade nas Constituições*
13. *Doutrina agrarista na América Latina*
14. *Legislação agrária e função social da propriedade*
15. *Advertência*
16. *Sanções*
17. *Conclusão*

1. Não deixa de ser temerário, diante dos grandes vultos da filosofia, da sociologia, da economia, do direito, que adentraram neste campo complexo, falar sobre a função social da propriedade. Porém, apesar

da doutrina, das obras existentes, o tema ainda motiva discussões, controvérsias, e isso se explica porque o seu escopo final é o homem. O ser humano integral.

Inexoravelmente, para que possamos dizer alguma coisa sobre a função social da propriedade, é de fundamental importância, de início, que façamos algumas considerações quanto ao direito de propriedade, sua evolução, as concepções filosóficas e sociológicas, para, afinal, examiná-la sob o prisma do nosso direito positivo.

2. VAREILLES-SOMMIÈRES tem a definição de direito de propriedade, que entendemos a mais precisa, dentre tantas outras de eminentes doutrinadores. É evidente que tem as suas falhas. Diz ele: é o direito em virtude do qual uma pessoa pode, em princípio, tirar de uma coisa todos os seus serviços (1). O critério básico de sua definição encontra-se na palavra "em princípio", cujo sentido é de que a propriedade é um direito de retirar de uma coisa todos os seus serviços sem exceção; não é o direito de fazer de uma coisa absolutamente tudo quanto se quiser.

Dificuldades que envolvem a uma definição clara e precisa do direito de propriedade são demonstradas, por exemplo, ao examinarmos alguns códigos civis. Depreende-se a existência de dois critérios. Alguns definem a propriedade. Outros limitam-se a descrever-lhe o conteúdo. No primeiro grupo: os códigos civis francês (art. 544); português (art. 2.167) e o austríaco (art. 354). No segundo grupo: o suíço (art. 641) e o brasileiro (art. 524).

No caso do nosso Código Civil leia-se o art. 524: "A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua."

Um direito de propriedade absoluto não existe, afirma V. SOMMIÈRES, nem pode existir, por assim o proibirem as leis naturais, as quais vedam ou permitem um certo número de atos sobre todas as coisas suscetíveis de legitimamente incidirem sob o nosso poder.

Apenas, para assinalar, para que não nos alonguemos mais, é possível estabelecer no movimento histórico-evolutivo da propriedade, as seguintes fases: período pré-histórico; romano, germânico, a influência do Cristianismo e a concepção moderna.

3. Um dos mais respeitados escritores do direito natural, A. CASTELEIN, no seu apreciado livro *Droit Naturel* (2), assim classifica os sistemas sociais, quanto ao direito de propriedade:

1) sistema que nega o direito de propriedade privada: comunismo;

(1) VAREILLES-SOMMIÈRES. De la Définition et de la Notion Juridique de la Propriété. *Rev. Trim.*, 1905, pp. 443 e segs.

(2) A. CASTELEIN. *Droit Naturel*. Paris, Lethielleux, 1903, pp. 257 e segs.

- 2) sistemas que alteram o direito de propriedade: socialismo e coletivismo;
- 3) sistema que admite a propriedade como direito positivo: GRÓCIO, PUFFENDORFF, BENTHAM e MONTESQUIEU;
- 4) sistema que reconhece o direito de propriedade como direito natural: S. TOMÁS, SUAREZ, STO. ALBERTO etc. e Escola Tradicionalista.

Com base nessa classificação, meramente para efeito didático e melhor compreensão, chega-se ao estabelecimento de duas concepções: uma, negativa, onde estariam comunistas, socialistas e coletivistas; outra, onde encontraríamos contratualistas, da lei civil, positivistas e a doutrina social católica, que chamaríamos de afirmativa.

4. Entre aquelas concepções negativistas ao direito de propriedade, chamamos atenção para o coletivismo que, para Ch. ANTOINE (3), é o sistema de economia social que visa passar os meios de produção para a propriedade coletiva nacional, a fim de que a riqueza seja repartida pelo Estado. Em outras palavras, o coletivismo visa a substituição da propriedade comunista (tudo a todos) e da propriedade privada, pela coletiva (alguma coisa a todos).

Os principais representantes dessa corrente são HENRY GEORGE, LORIA e LAVELEYE. Várias são as formas do coletivismo: o agrário que defende a socialização da terra; o industrial, pela socialização dos meios e instrumentos de produção etc.

E. LAVELEYE traz as seguintes conclusões (4):

- a) a humanidade e propriedade evoluíram dum modo uniforme;
- b) quando a terra deixou de ser bem comum, a propriedade passou à forma coletiva;
- c) para que desapareçam as injustiças sociais é preciso repartir as terras.

O primeiro argumento de LAVELEYE parece-nos de nenhuma fundamentação científica. Afinal, todas as ciências que estudam as raças humanas e sua evolução atestam-nos que as civilizações evoluíram consoante vários fatores: clima, raça, altitude e, assim, enquanto uns eram agricultores, outros eram pastores.

A segunda argumentação — quando a terra deixou de ser bem comum, a propriedade passou à forma coletiva. L. GARRIGUET (5) observa: deve-

(3) Ch. ANTOINE. *Cours d'Économie Sociale*. Paris, Alcan, 1921, p. 221.

(4) E. LAVELEYE. *De la Propriété et de ses Formes Primitives*. Paris, Alcan, 1891.

(5) L. GARRIGUET. *Régime de la Propriété*. Paris, Bloud & Cie., 1907, pp. 1 e segs.

ria LAVELEYE ter perscrutado civilizações mais antigas do que as que mencionou; deveria ir aos judeus, aos egípcios, aos assírios, pois, em todos estes povos, a propriedade privada existiu desde tempos imemoriais. No Pentateuco, Deuteronomio, V, lê-se: "Não deveis desejar a mulher do próximo, o seu campo, a sua casa." E mais adiante, XVII: "Amaldiçoado seja aquele que alterar os limites, as divisas da herança do próximo" — é o testemunho mais antigo, mais remoto, da idéia de propriedade privada.

O mesmo se vai encontrar nos estudos de FUSTEL DE COULANGES e ELLIOT SMITH.

Quanto ao terceiro argumento de LAVELEYE — para que desapareçam as injustiças sociais é preciso repartir as terras —, não nos satisfaz à razão e à experiência; não demonstrou ser o mais eficaz e melhor adaptado à natureza humana. Considerando-se a diversidade das aptidões e das faculdades humanas, mesmo com a repartição de terras, em breve, acentuar-se-iam as desigualdades e voltaríamos à situação anterior.

5. Os socialistas agrários acrescentam outros argumentos. Dizem: o trabalho justifica a propriedade; o solo, não sendo o produto do trabalho, deve ser de todos. Na realidade, tais argumentos se chocam, se contradizem, pois o primeiro reconhece tão-só o trabalho como causa da propriedade; o segundo, que, independentemente do trabalho, o solo é de todos.

O trabalho, afirma RENARD, é um modo normal da aquisição da propriedade, mas, não o seu último fundamento <sup>(6)</sup>. O trabalho, em verdade, é consequência da natureza racional do homem: tanto material como o espiritual.

6. Dentre as concepções afirmativas do direito de propriedade, façamos algumas digressões acerca da doutrina social da Igreja.

A doutrina social católica estuda o indivíduo, a família, os grupos em todas as suas manifestações: vida familiar, cívica, profissional, econômica, internacional, em todos os seus aspectos, em toda a sua complexidade e realidade.

Com referência à ordem social, temos quatro grandes monumentos de sabedoria: as Encíclicas *Rerum Novarum*, de LEÃO XIII (15-5-1891); *Quadragesimo Anno*, de PIO XI (15-5-1931); *Mater et Magistra*, de JOÃO XXIII (15-5-1961); e *Laborem Exercens*, de JOÃO PAULO II (14-9-1981). Basta lê-las e aplicá-las, sem desvios, pois são bastante claras.

A doutrina social católica admite a lei material, descoberta pela razão, que inspira e dirige a atividade moral, social e jurídica dos povos. Cabe à propriedade a função de promover o bem comum. Tanto

(6) RENARD E TRÓTABAS. *La Function Sociale de la Propriété Privée*. Paris, Sirey, 1930, p. 13.

o liberalismo e o socialismo são condenados, porque ela é social, mas não socialista, mantendo-se num prudente meio termo, e procurando sempre espelhar a realidade social.

Essa doutrina tem grandes expositores, dos quais salientamos Sto. TOMÁS DE AQUINO. Na *Suma Teológica*, 2,2, q. 66, expõe sua doutrina. No art. 1º demonstra que a posse dos bens exteriores é natural ao homem; no art. 2º, que é permitido ao homem possuir alguma coisa como sua.

JACQUES MARITAIN diz que, para Sto. TOMÁS (7), a questão da propriedade comporta três momentos sucessivos: no primeiro, o homem, ser livre, com o direito de apropriação dos bens materiais; no segundo, esta apropriação personaliza-se: este domínio sobre os bens materiais implica no direito de administrá-los, de utilizá-los com exclusão de outros, não *ut proprias*, mas *ut communes*, porque é a razão material que assim o diz, para que possa reinar a harmonia entre os homens; no terceiro, refere-se às modalidades particulares da propriedade, cujo uso deve ser regulado consoante as exigências.

Os pontos de vista de Sto. ALBERTO MAGNO e Sto. TOMÁS DE AQUINO, sobre a propriedade, preponderaram decisivamente na Encíclica *Rerum Novarum*: "A propriedade individual é conforme a natureza." Explicando o enunciado, LEÃO XIII lecionou:

"O homem, como abrange pela sua inteligência uma infinidade de objetos, e às coisas presentes acrescenta e prende as coisas futuras, e como além disso é senhor das suas ações, por isto, sob a direção da lei externa e sob o governo universal da Providência divina, ele é também para si a sua lei e a sua providência; com direito, portanto, de escolher as coisas que julgar mais aptas não só para provar ao presente, mas ainda ao futuro.

Donde se segue que deve ter sob o seu domínio não só os produtos da terra, mas ainda a própria terra, que, pela sua fecundidade, ele vê estar destinada a ser a sua fornecedora no futuro."

LEÃO XIII, peremptoriamente, recusa a interferência do Estado: não se apela para a providência do Estado, porque o Estado é posterior ao homem, e antes que ele se pudesse formar já o homem tinha recebido da natureza o direito de viver e proteger a sua existência. Mas acentua: quem não tem os campos, supre-os pelo trabalho, de maneira que se pode afirmar, com toda a verdade, que o trabalho é o meio universal de prover às necessidades da vida.

(7) JACQUES MARITAIN. *Du Régime Temporel et de la Liberté*. Paris, Desclée de Bronwer, pp. 229 e segs.

A *Quadragesimo Anno* explicita quanto ao caráter individual e social da propriedade (veja-se o estudo de G. RADBRUCH <sup>(8)</sup>), que a essas duas funções denomina-as concepção estática e dinâmica):

“Primeiramente, tenha-se por certo que nem LEÃO XIII, nem os teólogos, que ensinaram seguindo a doutrina e direção da Igreja, negaram jamais ou puseram em dúvida a dupla espécie de domínio, que chamam individual e social, segundo diz respeito aos particulares ou ao bem comum; pelo contrário, foram unânimes em afirmar que a natureza ou o próprio Criador deram ao homem o direito do domínio particular, não só para ele prover às necessidades próprias e da família, mas para que sirvam verdadeiramente no seu fim os bens destinados pelo Criador a toda a família humana: ora nada disto se pode obter, se não se observa uma ordem certa e bem determinada”... (§ 45, p. 18).

E, alerta PIO XI:

“Deve, portanto, evitar-se cuidadosamente um duplo erro, em que se pode cair. Pois, como negar ou cercear o direito de propriedade social e pública precipita no chamado “individualismo” ou dele muito aproxima, assim, também, rejeitar ou atenuar o direito de propriedade privada ou individual leva rapidamente ao “coletivismo”, ou pelo menos à necessidade de admitir-lhe os princípios...” (§ 46, p. 19).

Diante das dúvidas lançadas sobre quanto à propriedade privada ser de direito natural, JOÃO XXIII reafirma o direito de propriedade em sua Encíclica *Mater et Magistra*:

“Essa dúvida não tem razão de ser. O direito de propriedade privada, mesmo sobre bens produtivos, tem valor permanente, pela simples razão de ser um direito natural fundado sobre a prioridade ontológica e final de cada ser humano em relação à sociedade. Seria aliás inútil insistir na livre disposição dos meios indispensáveis para se afirmar. Além disso, a história e a experiência provam que, nos regimes políticos que não reconhecem o direito de propriedade privada sobre os bens produtivos, são oprimidas ou sufocadas as expressões fundamentais da liberdade; é legítimo, portanto, concluir que estas encontram naquele direito garantia e incentivo...” (§ 106, p. 26).

JOÃO XXIII deixa bem claro que a função social é intrinsecamente inerente ao direito de propriedade privada.

JOÃO PAULO II, em sua peregrinação pelo Brasil, disse que “a terra é um dom de Deus a todos os seres humanos”, e que “o direito de pro-

(8) G. RADBRUCH. *Filosofia do Direito*. São Paulo, Livraria Acadêmica, 1934, p. 197.



priedade, em si mesmo legítimo, deve, numa visão cristã do mundo, cumprir a sua função e observar a sua finalidade social" (9). E, acrescentou: "no uso dos bens possuídos, a destinação geral que Deus lhes deu e as exigências do bem comum prevalecem sobre vantagens, comodidades e, por vezes, mesmo necessidades não primárias de origem privada" (10).

Afinal, "sobre toda a propriedade privada pesa uma hipoteca social" (11).

O princípio da propriedade privada da Igreja diverge radicalmente do programa coletivista, proclamado pelo marxismo, porém, João PAULO II, diante do programa capitalista, tal como foi posto em prática pelo liberalismo, diante da diferença existente sobre a maneira de entender, de forma precisa, o direito de propriedade, ensina: "A tradição cristã nunca defendeu tal direito como algo absoluto e intocável; pelo contrário, sempre o entendeu no contexto mais vasto do direito comum de todos a utilizarem os bens da criação inteira: o direito à propriedade privada está subordinado ao direito ao uso comum, subordinado à destinação universal dos bens" (Encíclica *Laborem Exercens*).

E ressalva JOÃO PAULO II:

"O simples fato de os meios de produção passarem para a propriedade do Estado, no sistema coletivista, não significa só por si, certamente, a "socialização" desta propriedade. Poder-se-á falar de socialização somente quando ficar assegurada a subjetividade da sociedade, quer dizer, quando cada um dos que a compõem, com base no próximo trabalho, tiver garantido o pleno direito a considerar-se co-proprietário do grande "banco" de trabalho em que se empenha juntamente com todos os demais."

Nesses trechos de encíclicas papais, têm-se alguns aspectos da doutrina social da Igreja que, ao mesmo tempo em que defende o direito de propriedade privada, exige da propriedade que ela cumpra a sua função social.

7. A propriedade tem seus limites morais, sociais e jurídicos.

O que inspira e dirige a atividade humana, na vida social, é o fator moral. É a moral que informa todas as outras ciências sociais.

Sabidamente, frisa LEÃO XIII, na *Rerum Novarum*, nº 19, que se deve fazer a distinção entre a justa proporção das riquezas e seu uso legítimo.

As diversas correntes sociológicas, que negam ou restringem o direito de propriedade, têm os seus limites imprecisos, como imprecisas, aliás, são essas correntes.

(9) JOÃO PAULO II. Discurso aos índios e camponeses. México, 29-1-79.

(10) *Idem*. Homília da missa celebrada em Recife, 8-7-80.

(11) *Idem*. Evangelização do Presente e do Futuro da América Latina. Conferência de Puebla. México, Paulinas, 1979, p. 162.

Exsurge, daí, a necessidade que tenhamos uma medida de valor, embasada num critério seguro e estável. E, sem dúvida, só a encontramos na moral social católica. Dentro desta concepção, os limites da propriedade devem ser determinados, levando-se em conta a satisfação dos interesses individual e social, objetivando à realização do bem comum, isto porque homem e sociedade, frente aos seus interesses, devem cumprir a limitação do direito de propriedade e de seu uso, o que permitirá o necessário equilíbrio e harmonia que devam existir nas relações sociais.

A lei positiva fixa os limites jurídicos do direito de propriedade. Como consequência dos limites morais e sociais, a lei positiva estabelece restrições à propriedade e ao seu uso.

RIPPERT escreve <sup>(12)</sup>:

“Quando uma lei limita, para todos, o exercício de certo direito, não deve ser considerada como contrária à igualdade e não há melhor exemplo desta limitação dos direitos individuais do que o da propriedade imobiliária.”

Os limites jurídicos da propriedade têm por meta atender não só o interesse individual, como o interesse da sociedade, à medida que impõem restrições à propriedade e ao seu uso. Impondo, quando necessário, sanções (exemplos: tributação rigorosa, usucapião, desapropriação). Ou como preconiza ORLANDO GOMES: A propriedade está hoje convertida em um “interesse legítimo”, caracterizado por um direito-dever. Não apenas uma prerrogativa jurídica, mas também obrigações sócio-normativas.

8. Para OSWALDO OPITZ e SILVIA OPITZ, “o sentido histórico da expressão (função social de propriedade), embora não na forma atual, é muito antigo, pois vamos encontrá-lo no conceito de economia rural dado pelos fisiocratas” <sup>(13)</sup>. Contudo, MARIA SUSANA TABORDA CARO entende que a concepção da propriedade como uma função social encontramos, incipiente, na obra de AUGUSTO COMTE, *Sistema de Política Positiva*, de 1850 <sup>(14)</sup>. Outros, ainda, diante da exposição de SANTO TOMÁS DE AQUINO que, ao narrar sua concepção filosófica da propriedade privada, distinguindo taxativamente seus dois elementos, o individual e o social, o consideram como o autor da teoria da função social da propriedade.

Estão todos de acordo que foi LÉON DUGUIT quem desenvolveu de forma mais ampla a questão da função social da propriedade.

---

(12) RIPPERT. *Le Régime Démocratique et le Droit Civil Moderne*. Paris, Lib. Générale, 1936, pp. 209-210.

(13) OSWALDO OPITZ e SILVIA OPITZ. *Direito Agrário Brasileiro*. Saraiva, 1980, p. 172.

(14) MARIA SUSANA TABORDA CARO. *Derecho Agrario*. Plus Ultra, 1977, p. 76.

Consoante o pensamento de DUGUIT: "La propriété n'est pas un droit; elle est une fonction sociale" (15). A propriedade não é um direito, senão uma função social. O homem não tem direitos; a coletividade tampouco os tem; o que há é que todo indivíduo tem na sociedade uma função a desempenhar, uma tarefa a cumprir, porque de seu alheamento resultará uma desordem ou quando menos um prejuízo social. Por outra parte, todos os atos contrários a essa função serão reprimidos socialmente, e, ao contrário, serão socialmente garantidos e protegidos todos aqueles que executem em ordem esta função social.

Para DUGUIT, a propriedade é uma instituição jurídica formada para cobrir necessidades e urgências econômicas como, segundo sua concepção, todas as demais instituições jurídicas.

O que há de característico na concepção de DUGUIT, portanto, a respeito de propriedade-função social, consiste fundamentalmente na obrigação de o proprietário se utilizar da coisa de sua propriedade.

MORIN e RIPPERT estão acordes em que a fórmula de DUGUIT sintetiza uma doutrina confusa, confusa antes de tudo entre os processos de aquisição de bens e a concepção jurídica do direito.

CASTÁN conclui que a propriedade tem uma função social, como também tem uma função individual ou humana e uma função familiar; para ele, não cabe nenhuma dúvida de que a propriedade é um direito subjetivo vinculado aos fins naturais e pessoais do homem, porém ao qual está ligada, não circunstancial, senão necessariamente, uma função social de conteúdo muito complexo, constituída em essência por deveres negativos e positivos, que o vigor social e o bem comum impõem ao proprietário em benefício da comunidade (16).

9. OSWALDO e SILVIA OPITZ asseveram que "essa doutrina da "função social da propriedade" não tem outro fim senão o de dar sentido mais amplo ao concerto econômico da propriedade, encarando-a como uma riqueza que se destina à produção de bens que satisfaçam as necessidades sociais" (17). Não concordamos com essa afirmativa, pela sua visão unilateral e arbitrária com que examina a função social da propriedade. Antes de qualquer coisa, são os limites morais que obrigam que o direito de propriedade tenha limites, com objetivo do bem comum.

10. Ao analisar as variantes da teoria da função social apresentada por DUGUIT, RAYMUNDO LARANJEIRA, eminente mestre do nosso direito agrário, examina a função social da posse, sob os pontos de vista de SAVIGNY e IHERING, e escreve:

"Seja qual for, porém, o valor teórico e prático que ainda possa mostrar a excelência de uma concepção sobre a outra, o certo é que, em ambas, seremos capazes de descobrir os germes

(15) LÉON DUGUIT. *Les Transformations Générales du Droit depuis le Code Napoléon*. Paris, Enciclopedia Sociale, 1912.

(16) CASTÁN TOBEÑAS. *La Propiedad y sus Problemas Actuales*. Madrid, 1963, p. 84.

(17) *Ob. cit.* — pp. 174-175.

daqueles elementos que compõem, modernamente, o conceito de função social da terra: a produtividade e a justiça distributiva, que são o alicerce do jusagrarismo" (18).

Façamos um reparo. À primeira vista, acompanhamos o Mestre quanto ao problema da produtividade. Todavia, em vez da justiça distributiva, somos favorável a que se assinale a justiça social. Ela é, a nosso ver, a mais perfeita, pois, compreendendo em seu conceito os princípios das justiças comutativa, distributiva e legal, tem maior extensão do que aquelas, porque mais proximamente visa à realização do bem social e do bem comum.

11. Concordamos com RAYMUNDO LARANJEIRA em suas críticas a GIAN-GASTONE BOLLA e BALLARIN MARCIAL, entre outros, por entenderem que o ordenamento jurídico agrário esteja embasado, mais de perto, pelas teorias sobre a empresa-instituição (influência das doutrinas de HAVRIOU e de SANTI ROMANO).

Diz ele:

"Quer-nos parecer, antes, que, se a empresa foi e tem sido um elemento importante na formação e impulsão do direito agrário, como instrumento de ativação racional das explorações da terra, de outro modo, porém, não se poderá erigi-la em instituto independente, que se haja despregado do conceito de propriedade, de maneira que nela se apanhe a noção de função social, "a largo e além da função social da propriedade", como disse BALLARIN.

Isto porque a empresa nada mais é, em verdade, do que mera projeção do próprio direito de propriedade, sendo objeto de direito; ou porque, conforme repara EVARISTO DE MORAES FILHO, se, na doutrina institucionalista, os agrupamentos sociais podem-se dispor de tal sorte que provoquem o fenômeno da personificação, integrando-se os fatores organização e comunhão de interesse, assim com a família, a Igreja, o exército, a nação, os clubes, já com a empresa, ao contrário, e pelo "atual regime de produção econômica, os valores da comunhão são utópicos e quase místicos" (19).

12. A função social da propriedade no constitucionalismo foi pela primeira vez inserida na Constituição mexicana de 1917 (art. 27). Após, na Constituição da Alemanha, de 1919 (art. 153). A Constituição da Iugoslávia, de 1921 (art. 37). A irlandesa de 1927. Na América: Constituição do Chile, de 1925 (art. 10); Panamá (art. 29), em 1933; Uruguai, de 1938 (art. 32). Em seguida, ao término da Segunda Guerra Mundial: constituições do Japão, Albânia e Portugal; Bolívia (art. 17); Colômbia (art. 30) — nesta foi reproduzido o ensinamento de DUGUIT; Equador

(18) RAYMUNDO LARANJEIRA. *Propeďeutica do Direito Agrário*. Ltr., 1981.

(19) *Ob. cit.*

(art. 183); Paraguai (art. 21); Venezuela (art. 65); Guatemala (art. 90); Panamá (art. 45); Cuba (art. 42) e Argentina (art. 38).

No Brasil, as Constituições sempre garantiram o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por utilidade ou necessidade pública. O reconhecimento ao princípio da função social surgiu com a Constituição de 1934 (art. 113, nº 17), onde era garantido o direito de propriedade, que não poderia ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinasse. Com a Constituição de 1937, retrocedeu-se, em virtude da eliminação dessa disposição.

Em 1946, com a nova Constituição, voltou a ser inserido, no art. 141, § 16, que a propriedade estava condicionada ao interesse social, inclusive com a possibilidade de o imóvel ser desapropriado por interesse social.

A Constituição de 1967 manteve estes princípios e, ademais, se referiu expressamente à função social da propriedade em seu art. 157, item II. E a Emenda Constitucional nº 1, 16-10-69, em nada os alterou, estando a figura da função social consignada no art. 160, item III.

Oportuna a lição de PONTES DE MIRANDA, quando comenta o art. 160, item III, da Constituição federal:

“Bem-estar social é conceito mais vasto que o de vizinhança, ou de proximidade. Cumpre, porém, advertir-se em que esse conceito não dá arbítrio ao legislador. Não é ele quem, a seu talante, enuncia julgamentos de valor, para que, invocando o bem-estar social, limite o uso da propriedade. O art. 160, III, não disse que a lei poderia limitar o uso do direito de propriedade, o que se havia de entender se estivesse escrito: “O uso da propriedade é garantido dentro da lei.” Fixado o conteúdo do direito de propriedade, sabe-se até onde vai a sua usabilidade. O que se há de tirar do art. 160, III, é que o uso da propriedade há de ser compossível com o bem-estar social; se é contra o bem-estar social, tem de ser desaprovado. Mas a regra jurídica não é somente programática. Quem quer que sofra prejuízo por exercer alguém o *usus*, ferindo ou ameaçando o bem-estar social, pode invocar o art. 160, III, inclusive para as ações cominatórias.”

E continua, “a intervenção do Estado é subordinada à condição de existir, de fato, ainda que *in abstracto*, dano ao bem-estar social. A fundamentação da lei pode mostrá-lo. Se não no mostra, tem-se de procurar-lhe a *ratio*. Seja como for, pode a Justiça indagar do que é que o legislador considerou ofensa ao bem-estar social e da suficiência dessa alegação para a legitimidade da edição de regras jurídicas. O conceito de bem-estar social é assaz largo, porém serve de pauta constitucional à obra legislativa e está implícito no de “função social da propriedade” (20).

(20) PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967. Com a Emenda n. 1, de 1969*, pp. 46-47.

13. Antes de mencionarmos a legislação agrária, ou seja, a aplicação do direito positivo quanto à função social da propriedade, devemos mencionar alguns doutrinadores latino-americanos que têm aceitado esse princípio.

RODOLFO CARRERA concebe a função social em termos de produtividade (21).

ANTONINO VIVANCO considera que o domínio da terra não pode ser absoluto para o proprietário por razões de interesse social. Este autor admite que uma das principais características da terra é que tem uma função social a cumprir. Este direito de propriedade não pode ser absoluto nem perpétuo; só poderá ser exclusivo, exclusividade que se refere somente para poder deter o direito com exclusão de outro (22).

No Brasil, entre dezenas de autores, chamamos a atenção para FERNANDO PEREIRA SODERO, LINHARES DE LACERDA, PAULO BITTENCOURT, PAULO TORMINN BORGES e RAYMUNDO LARANJEIRA.

14. A legislação agrária, na América Latina, em geral, tem adotado o princípio da função social da propriedade: Bolívia, o Decreto-Lei nº 3.464, art. 2º; Lei da Reforma Agrária venezuelana, art. 2º; Paraguai, Lei nº 854, de 29-3-63, art. 1º; Panamá, Lei 37, de 21-9-62, modificada pelo Decreto-Lei nº 11, de 2-6-64, art. 3º; no mesmo sentido, mas utilizando-se do termo "interesse social", o Decreto-Lei nº 17.716, de agosto de 1970, do Peru; de igual modo, as Leis colombianas nº 135, de 1961 e primeira (1ª), de 26-1-68.

É indiscutível que a Emenda Constitucional nº 10, de 10-11-64, abriu o caminho para edição em 30-11-64, da Lei nº 4.504, Estatuto da Terra.

O art. 2º, § 1º, desta lei, preceitua:

"A propriedade da terra desempenha integralmente a sua função social quando, simultaneamente:

a) favorece o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores que nela habitam, assim como de suas famílias;

b) mantém níveis satisfatórios de produtividade;

c) assegura a conservação de recursos naturais;

d) observa as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que a possuem e a cultivam."

(21) RODOLFO CARRERA. *Derecho Agrario para Desarrollo*. Buenos Aires, Depalma, 1978.

(22) ANTONINO VIVANCO. *Propiedad Agraria*. *Enciclopedia Jurídica OMEBA*. Ed. Ancale S.A., 1976, T. XXIII, pp. 450-503.

Entenda-se o bem-estar social como o bem comum: "a todo direito deve corresponder uma finalidade altruística, porque nada se faz sem objetivo algum e nada se deve fazer com objetivos egoístas".

Escreve M. LINHARES DE LACERDA:

"Terra rural que não é utilizada para a produção de bens rurais, quando a humanidade necessita sempre e cada vez mais desses bens, é terra usada em desacordo com o bem-estar social ou bem comum. O exercício do direito de propriedade, do uso ou posse da terra, contrário às suas finalidades, as quais são evidentemente altruístas, porque consideram a humanidade antes dos países e as nações antes dos indivíduos, não se considera exercício legítimo do direito. Se o proprietário, assim, emprega a terra para outros fins egoístas (recreação ou comodidade individual), ou conserva a terra ociosa para fins de mera valorização (o que também é um uso econômico), ele ofende duplamente o bem comum: a) porque não produz; e b) não permite que outros produzam no seu lugar."

Adiante, diz LINHARES DE LACERDA:

"Preenchida essa condição relativa à finalidade, duas outras, estas incluídas nos incisos b e c do § 1º acima, dizem respeito a aspectos econômicos: produção em níveis satisfatórios, o que é óbvio, e conservação de recursos naturais (águas, florestas, caça, pesca, substância do solo etc.).

Tudo o mais (letra d do § 1º) refere-se às relações de trabalho, que resultam, igualmente, da lei proveniente da vontade do povo e integrante da ORDEM, como expressão democrática do bem comum autêntico" (23).

Verifica-se do exame do § 1º, do art. 2º do Estatuto da Terra, que a lei maior agrária não define a função social da propriedade, apenas emprega um método descritivo demonstrando como se cumpre essa função. Enumera a série de requisitos ou de elementos aos quais deve ajustar-se a propriedade para que se possa dizer que está cumprindo sua função social. Além do § 1º do art. 2º, o princípio da função social da propriedade está referido no art. 2º, alínea b, arts. 2º e 13, art. 18, alínea a, art. 47, inciso I.

Encontramos no § 1º do art. 2º do Estatuto da Terra, portanto, os elementos que integram o conceito de função social da propriedade, simultaneamente: social, econômico, conservacionista e jurídico-trabalhista.

15. Ao elaborar-se um conceito de função social, é conveniente ter-se presente que, nesta matéria, fixar de forma taxativa todos os casos em

(23) M. LINHARES DE LACERDA. *Tratado das Terras do Brasil*. 5º vol. Ed. Alba Ltda., pp. 71-72.

que a propriedade agrária cumpre ou não sua função social é quase impraticável, para não dizer impossível. Razão pela qual a discricionariedade dos órgãos encarregados pela obediência às leis agrárias e seu sentido de compromisso perante ao indivíduo, à sociedade, adquirem uma importância muito especial.

Ademais, este é um tema que proíbe ser dogmático ou excludente, e não é possível conceber as categorias positivas ou negativas da função social como imutáveis e perfeitas.

16. As principais sanções previstas na legislação agrária brasileira para aqueles que não cumprem a função social da propriedade são: tributação alta, desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária e, agora, a usucapião especial, além de poderem ser arrendadas, como bem vago, pelo Poder Público, as terras rurais que durante 3 (três) anos permaneçam abandonadas, para que tenham destinação devida.

17. Não é a lei que cria e institui o direito de propriedade. Mas, porque o direito de propriedade tem conteúdo moral, não sendo apenas uma "relação material do homem com a coisa (que pode existir anteriormente ao proprietário ou ser criada por outro)", a lei deve refletir o equilíbrio indispensável às relações sociais.

O direito, por conseguinte, tem como princípio fundamental, como ciência que é, a liberdade normatizada, dentro de uma acepção jurídico-sociológica; em outras palavras, a liberdade é o nível do direito. No direito encontramos dois elementos: estático e dinâmico.

O direito é estático em seus fundamentos básicos de proteção e defesa da sociedade humana, coordenando-a à consecução do bem comum; entretanto, por outro lado, é dinâmico e sensível às mutações do corpo social e tangido pelo idealismo dialético dos povos. Direito dinâmico afinado com as realidades de nossa época e do futuro que desponta numa antecipação histórica.

Deve o advogado ter uma visão prospectiva da realidade social.

Dentro deste contexto, entendemos que a função social da propriedade é uma institucionalização das determinantes básicas da produção macroessencial (produção da terra), do trabalho, do capital e da natureza.

Em suma, de tudo o que foi exposto, temos a convicção de que direito de propriedade advém do direito natural. E de que cabe a cada um de nós, como indivíduo, e ao Estado, fazer com que a propriedade cumpra, efetivamente, a sua função social. Chega de boas intenções, de meras palavras. Passemos à ação. Afinal, a organização social está a serviço do homem, e não ao contrário.



# A usucapião especial no Brasil: evolução ou descaracterização de um instituto jurídico romano?

ANNA MARIA VILLELA

Professora da Universidade de Brasília.  
Assessora do Senado Federal.

Ao intitular assim, de maneira um tanto provocativa, este estudo, não nos anima, nem o desejo de empalidecer os méritos notórios da Lei nº 6.969/81 (1), nem o propósito de contestar a filiação de nosso direito ao sistema jurídico romanista.

Reconhecemos os efeitos positivos da recente legislação sobre a usucapião especial que, tentando minorar os problemas crônicos da propriedade fundiária no Brasil, oferece mecanismos e normas que, no dizer do Professor MIGUEL REALE (2), são "um exemplo de compreensão do Direito como concreção ou como experiência", vez que armou-se de tal cunho operacional que "conseguiu afastar, um a um, todos os óbices que emperravam as antigas ações de usucapião."

Tampouco queremos negar o fato de que para o enquadramento de um país na família jurídica romanista necessário não é que, no conteúdo e nos detalhes de suas normas jurídicas, apresente notórias importações romanas e total fidelidade a esta antiga construção normativa.

Sabe-se que a formulação do conceito de "sistema jurídico" é para os juscomparatistas, um achado de ordem meramente formal ou estru-

---

(1) Lei nº 6.969, de 10 de dezembro de 1981, que dispõe sobre a aquisição, por usucapião especial, de imóveis rurais, altera a redação do § 2.º do art. 589 do Código Civil, e dá outras providências.

(2) REALE, M. O sentido social da usucapião especial. *Revista do Serviço Público*. Brasília, a. 39, v. 110, n. 1, jan./mar., 1982, p. 25.

tural e, sempre advogamos para o nosso Brasil uma posição de romanista "à part totale" e não nos convence a sua inserção, como membro espúrio, num suposto subgrupo de países que, embora inspirando-se da tradição romanista, a teriam desnaturado, mesclando de outras fontes a herança latina.

Contudo, pensamos que cabe ao estudioso destacar um ou outro detalhe ou elemento de conteúdo de nossa legislação para testar se a romanização ou não, deste ou daquele conceito, não é meramente um problema de fachada.

Em artigo publicado nesta Revista<sup>(3)</sup>, tivemos ocasião de mostrar que a Convenção da UNCITRAL/ONU, sobre os contratos de compra e venda internacional de mercadorias, mudara injustificavelmente o rótulo de um instituto, que mantivera tal qual na sua essência romana, mas alterando-lhe a denominação. Ao invés de utilizar a expressão conhecida como "vícios redibitórios", que é de difícil compreensão para os práticos homens de negócio, introduziu a categoria dos "defeitos de conformidade da coisa".

Atitudes semelhantes a estas encontram-se já nas compilações medievais da época de BEAUMANOIR e o comparatista está habituado a estas alterações de superfície.

Acontece que, em nosso País, a situação tem sido sempre invertida, isto é, muitas vezes denominamos "à romana" instituições procedentes de outras fontes.

Na verdade, sempre que pensamos introduzir, entre nós, o **trust** anglo-saxônico, vamos buscar um invólucro romanista para encobrir a novidade: fideicomisso entre vivos, propriedade fiduciária, alienação fiduciária em garantia etc.

Em matéria de sucessões, eis um outro exemplo: substituímos sempre a velha e germânica noção de **saisine** pelos conceitos romanos de propriedade e de posse, à custa, todos sabemos, de quanto esforço para a doutrina<sup>(4)</sup>.

Chega agora até nós, e começa a ser divulgado, um novo conceito romano, na forma da usucapião especial.

Sua introdução foi tão espetacular que não passou despercebida à ironia do poeta, pois assim expressou-se CARLOS DRUMMOND DE ANDRADE:

"A usucapião está sendo proclamada com tanta ênfase e banda de música que dá para desconfiar. Até bem pouco têm-

(3) VILLELA, A. M. O direito romano e a unificação das normas jurídicas relativas aos contratos de compra e venda internacionais de mercadorias. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 18, n. 72, out./dez. 1981, p. 135.

(4) VILLELA, A. M. *La Transmission d'Héritité en Droit Brésilien et en Droit Français*. Paris, Librairies Techniques, 1971.

po, ninguém falava em usucapião, a ponto de se perder na memória coletiva o significado da palavra.

É eis que reverdece o vocábulo, com todo o viço político que o Governo, por seus porta-vozes, lhe empresta. Usucapião virou presente de Natal às massas despossuídas. Um Papai Noel surpreendente tira da sacola áreas e mais áreas de terras e atira-as à multidão...” (5)

Tal como ao poeta, intriga-nos o retorno deste conceito do **ius civile** que, por pouco, por um mero acidente parlamentar, não se reverdeceu ao mesmo tempo que um outro princípio da Lei das Doze Tábuas.

É que, introduzida, entre nós, com amplitude tal a usucapião especial, capaz de incidir sobre terras públicas e áreas de segurança nacional, foi fatal a tentativa de se fazer do benefício um privilégio de brasileiros.

Referimo-nos à proposta de emenda constitucional (6) que pretendeu dizer que “seria privativa de brasileiro a aquisição da propriedade rural por via de usucapião especial”.

A referida proposta chegou, até mesmo, a plenário no Congresso Nacional e só não veio a ser votada porque, no dia fixado para tal, razões de outra natureza contribuíram para o quase esvaziamento daquele recinto.

Faltou pouco, portanto, para que o Brasil voltasse à fonte antiga, reincorporando a regra: “adversus hostem aeterna auctoritas esto”.

E tudo isso dá muito o que pensar.

Por que fazer voltar ao nosso meio jurídico o insólito vocábulo banido do Código Napoleão e circunscrito à aquisição da propriedade dos bens móveis, à época de Justiniano?

Que motivos teriam inspirado o nosso legislador, ou melhor, os autores do projeto do Governo (7), que veio a ser lei, embora através de um substitutivo? (8)

---

(5) DRUMMOND DE ANDRADE, C. Usucapião. *Revista do Serviço Público*. Brasília, a. 39, v. 110, n. 1, jan./mar., 1982, p. 3.

(6) Proposta de Emenda à Constituição n.º 8/82, que dá nova redação ao § 33 do art. 153 da Constituição federal, constante da ordem do dia no Congresso Nacional, em 2 de junho de 1982, de autoria do Senador Jutahy Magalhães, PDS, Bahia.

(7) Projeto de Lei n.º 26, de 1981 (CN), dispõe sobre a aquisição, por usucapião especial, de imóveis rurais, e dá outras providências.

(8) Emenda do relator, Senador Jutahy Magalhães, Sala das Comissões, 17 de novembro de 1981, que veio a se transformar na Lei n.º 6.969/81.

Se observarmos a evolução de nosso direito, constataremos que aquilo que se introduziu, com maiores detalhes de ordem processual, na lei de 1981, era coisa conhecida de nosso meio rural.

Só que a denominação "usucapião especial" era típica da doutrina, nunca tendo sido aceita pelo legislador pátrio.

Comprovemos esta afirmativa:

É sabido que, se tivermos como ponto de partida, um Brasil juridicamente independente de Portugal, constataremos que a primeira remissão a este modo de aquisição da propriedade rural está numa lei brasileira do tempo do Império. Nesta famosa Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850<sup>(9)</sup>, estão, por assim dizer, todos os vocábulos característicos, usados pelo legislador de 1981, à exceção da expressão "possuir como seu".

Por paradoxal que possa parecer, a primeira formulação "brasileira" da chamada "usucapião especial" está nesta lei, que veio propor ao Brasil uma colonização à moda de Wakefield, isto é, imitando a legislação estadunidense em matéria de **venda** de terras públicas<sup>(10)</sup>. O objeto específico desta lei foi o de proibir, tal como nos Estados Unidos da América, a aquisição de terras devolutas por outro título que não fosse o de **compra**, punindo com penas severas os que tentassem se apossar de terras alheias ou devolutas.

O mencionado diploma legal explica, em seu artigo 3º, o que são terras devolutas, sem considerar entre estas "aquelas que se acharem "ocupadas por posse" que, apesar de não se fundarem em título legal, forem "legitimadas" por aquela lei".

Em seu artigo 5º prescreve que "serão legitimadas as posses **mansas e pacíficas**, adquiridas por **ocupação primária** ou **havida do primeiro ocupante**, que se acharem cultivadas, ou com princípio de cultura e morada habitual do respectivo possessor ou de quem o represente".

Mas, se a lei imperial demonstra ambigüidades e imprecisões terminológicas, referindo-se, ao mesmo tempo, à ocupação primária e às

(9) Lei n.º 601, de 18 de setembro de 1850, dispõe sobre as terras devolutas no Império e acerca das que são possuídas por título de sesmaria sem preenchimento das condições legais, bem como por simples título de posse mansa e pacífica, e determina que, medidas e demarcadas as primeiras, sejam elas cedidas a título oneroso, assim para empresas particulares, como para o estabelecimento de colônias de nacionais e de estrangeiros, autorizado o Governo a promover a colonização estrangeira na forma que se declara.

(10) CIRNE LIMA, R. *Pequena História Territorial do Brasil. Sesmarias e Terras Devolutas*. 2.ª ed., Porto Alegre, Sulina, 1954, p. 81.

posses mansas e pacíficas, em seguida será mais determinada e firme a linguagem do legislador pátrio.

Assim, tanto a Constituição de 1934 (art. 125) <sup>(11)</sup>, como a de 1937 (art. 148) <sup>(12)</sup> e a de 1946 (art. 156, § 3º) <sup>(13)</sup> referem-se ao fato de se "**ocupar** determinado trecho de terra, sem oposição, nem reconhecimento de domínio alheio, tornando-o produtivo por seu trabalho e tendo nele sua morada", como modo de se aceder à propriedade rural.

Com o Estatuto da Terra (Lei nº 4.504, de 1964), a matéria deixou a Constituição e foi para a lei ordinária, com algumas modificações importantes, mas nenhuma delas no tocante ao verbo empregado, que se mantinha ainda como "ocupar" (e não, possuir como seu) (art. 98) <sup>(14)</sup>.

O Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/73), em seu art. 33 <sup>(15)</sup> também estipula: "O índio integrado ou não, que **ocupe como próprio**, por dez anos consecutivos, trecho de terra inferior a 50 hectares, adquirir-lhe-á a propriedade plena".

Constata-se, pois, que até 1981, nenhum legislador usara a expressão "possuir como seu" ou evocara a posse **animo domini**, suscetível de levar à usucapião, nesta matéria. Todos eles se referiram ao simples fato de se ocupar terra rural, sem oposição ou reconhecimento de domínio alheio, o que deixava claro que, até então, se tinha em vista a ocupação, modo de apropriação das **res nullius** ou das **res derelictae**.

Dos textos mencionados, somente o Estatuto do Índio, ao referir-se ao fato de **ocupar como próprio**, evoca o anteprojeto de Código Civil,

- (11) Art. 125 da Constituição de 1934: "Todo brasileiro que, não sendo proprietário rural ou urbano, ocupar, por dez anos contínuos, sem oposição nem reconhecimento de domínio alheio, um trecho de terra até dez hectares, tornando-o produtivo por seu trabalho e tendo nele a sua morada, adquirirá o domínio do solo, mediante sentença declaratória devidamente transcrita."
- (12) Art. 148 da Constituição de 1937: "Todo brasileiro que, não sendo proprietário rural ou urbano, ocupar, por dez anos contínuos, sem oposição nem reconhecimento de domínio alheio, um trecho de terra até dez hectares, tornando-o produtivo com o seu trabalho e tendo nele a sua morada, adquirirá o domínio, mediante sentença declaratória devidamente transcrita."
- (13) Art. 156, § 3.º, da Constituição de 1946: "Todo aquele que, não sendo proprietário rural nem urbano, ocupar, por dez anos ininterruptos, sem oposição nem reconhecimento de domínio alheio, trecho de terra não superior a vinte e cinco hectares, tornando-o produtivo por seu trabalho e tendo nele sua morada, adquirir-lhe-á a propriedade, mediante sentença declaratória devidamente transcrita."
- (14) Art. 98 da Lei n.º 4.504/64: "Todo aquele que, não sendo proprietário rural nem urbano, ocupar por dez anos ininterruptos, sem oposição nem reconhecimento de domínio alheio, tornando-o produtivo por seu trabalho, e tendo nele sua morada, trecho de terra com área caracterizada como suficiente para, por seu cultivo direto pelo lavrador e sua família, garantir-lhes a subsistência, o progresso social e econômico, nas dimensões fixadas por esta Lei, para o módulo de propriedade, adquirir-lhe-á o domínio, mediante sentença declaratória devidamente transcrita."
- (15) Lei n.º 6.001, de 19 de dezembro de 1973, dispõe sobre o Estatuto do Índio.

de 1972, que fez acrescer aos tradicionais tipos de usucapião constantes de nosso Código Civil (a saber, o ordinário e o extraordinário), o especial, nestes termos, principalmente (16):

“Art. 1.435 — Aquele que, não sendo proprietário de imóvel no mesmo Estado, **possuir como seu, continua e incontestadamente**, por dez anos ininterruptos, imóvel que a lei considera suficiente para assegurar-lhe a subsistência e à de sua família, nele tendo sua morada, e o tornar produtivo com o seu trabalho, adquirir-lhe-á a propriedade independentemente de título e de boa fé.”

O Professor CHAMOUN, autor desta parte do anteprojeto, explicou que a chamada usucapião **pro labore** merecia acolhida no Código Civil, “porque persegue os rumos novos do direito de propriedade, valorizando a efetiva utilização do imóvel, que se torna produtivo com o trabalho do possuidor” (17).

Na verdade, se este artigo projetado não tem muito de original, deve ser, contudo, entendido no contexto de um outro, o art. 1.422, § 4º, que também consta do mesmo anteprojeto mencionado, sob inspiração do Professor MIGUEL REALE e que assim se enuncia:

“O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicando consistir em extensa área, há mais de cinco anos, na posse ininterrupta e de boa fé de considerável número de pessoas e estas nele houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

Nesse caso, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário e, pago o preço, valerá a sentença como título para a transcrição do imóvel em nome dos possuidores.”

O inspirador da idéia de que o poder expropriatório não deve ser monopólio dos Poderes Executivo e Legislativo, mas também prerrogativa do Judiciário, o Professor MIGUEL REALE (18) explica, como supervisor da Comissão do Código Civil, as suas inovações, no particular. Trata-se, diz ele, de “inovação substancial inspirada no sentido social do direito de propriedade, implicando não só **novo conceito de posse**, que se poderia qualificar como sendo de **posse-trabalho**, expressão pela primeira vez por mim empregada, em 1943, em parecer sobre projeto de decreto-lei relativo às terras devolutas do Estado de São Paulo, quando membro de seu Conselho Administrativo. Na realidade, a lei deve outorgar especial proteção à posse que se traduz em trabalho criador, quer

(16) Anteprojeto de Código Civil, 1972, in *Código Civil (Direito das Coisas)*, Quadro comparativo, edição do Senado Federal, p. 13.

(17) *Op. cit.*, nota n.º 15, p. 98.

(18) *Op. cit.*, nota n.º 15, p. 95.

este se corporifique na construção de uma residência, quer se concretize em instrumentos de caráter produtivo ou cultural. Não há como situar no mesmo plano a posse, como simples poder manifestado sobre uma coisa, "como se" fora atividade do proprietário, com a "posse-qualificada", enriquecida pelos valores do trabalho".

Esta evocação foi necessária para mostrar-nos como, tendo por missão elaborar o projeto do Governo, que se transformou na lei sobre a usucapião especial, o Professor MIGUEL REALE não poderia trair as suas concepções.

E é natural que tenha tentado dar forma jurídica à usucapião especial, antecipando a vigência do Código Civil projetado.

Como jurista e como doutrinador, optou pela figura da prescrição aquisitiva, evitando falar de ocupação.

Mas é evidente que, se esta atitude tem importantes conseqüências de ordem prática, como veremos, é também óbvio que, ao revigorar a usucapião, ele não estava, conscientemente, lutando pela implantação do direito romano no Brasil.

Porque, afinal de contas, se tal fosse o seu propósito, poderia ter-se valido tanto da ocupação quanto da usucapião, pois que ambos os institutos têm a seu crédito a tradição jusromanista.

Poderíamos fazer tanto o **usus modernus occupationis**, quanto o **usus modernus usucapionis**.

Por que então usucapião especial e não ocupação especial, ocupação efetiva ou ocupação produtiva?

É o que pretendemos explicar depois de haver frisado que ambos os institutos foram conhecidos de Roma, que, neste ponto, como em outros, ostentou uma atitude dualista.

## 1. A dualidade do direito romano: **usucapio X occupatio**

### 1.1. A **usucapio**:

O direito romano antigo conheceu a usucapião, e, segundo a maioria dos autores, em fase até mesmo anterior à Lei das Doze Tábuas.

Era esta uma instituição típica dos Quirites, vez que era conceito do **ius civile**. Surgiu, segundo se afirma comumente, da necessidade de paliar o próprio rigor do **ius civile** que, formalista, só admitia, entre os romanos, a transmissão da propriedade quiritária pela via da **mancipatio** e da **in iure cessio**. Quando estas operações não se efetuassem de maneira perfeita, mas o **accipiens** pudesse demonstrar a sua boa fé quanto à

legitimidade de seu título, teria sempre em seu favor a **auctoritas** do antigo proprietário durante as ações de reivindicação da parte de terceiros.

Garantia-se, assim, o risco de evicção do adquirente que, munido de **fides**, **titulus** e um certo tipo de posse, tivesse o **tempus** em seu favor.

Mas, desde que o instituto era acessório das transmissões da propriedade quiritária, é óbvio que só era admitido em relação às coisas **in commercio**, suscetíveis que são de apropriação privada. As coisas **extra commercium**, em geral, e, portanto, os bens públicos, em particular, não eram suscetíveis de serem adquiridos deste modo.

A efervescência do Império Bizantino, no dizer de Arangio-Ruiz,<sup>(19)</sup> fez evoluir a instituição do **ius civile**, ao contato das práticas do **ius gentium**. Amoldando-se à **praescriptio**, originária da Grécia, transformou-se a usucapião em prescrição aquisitiva de domínio.

Admite, então, diferentes tipos e classificações, mas uma característica manterá sempre, até mesmo no Império Romano do Oriente: a necessidade da boa fé continuará sendo requisito exigido por Justiniano, inclusive para a **praescriptio longissimi temporis**, que, mais tarde, em outras terras, inclusive no Brasil e no seu Código Civil, veio a confundir-se com a imemorialidade (que é conceito germânico) e a dispensar totalmente aquele requisito psicológico, sob a forma de usucapião extraordinária.

Contudo, a esta instituição quiritária tão bem explicada pelos juriconsultos e os textos, mas incidindo apenas sobre coisas suscetíveis de apropriação privada, é de se contrapor uma outra, vinculada ao **ius gentium**, que é a **occupatio**.

## 1.2. A **occupatio**:

A **occupatio** se identificava com a **usucapio** pelo fato de serem ambas o apoderamento físico de uma coisa, através de uma posse efetiva do bem.

Acontece, porém, que, se a posse fundamento da ocupação era uma posse **ad interdicta**, ela não precisava ter, de modo algum, os requisitos da **possessio civilis** ou **bonae fidei** ou **ad usucapionem**, que tinha de ostentar **animus domini, nec vi, nec clam, nec precario**.

Os magistrados protegeram a posse do ocupante e, diz-se até, que, exatamente para ela foram criados os primeiros interditos possessórios.

Mas, tais realidades não se mostram muito ostensivamente entre os autores clássicos.

---

(19) ARANGIO-RUIZ, V. Istituzioni di Diritto Romano. 14.<sup>a</sup> ed., Nápoles, Jovene, 1980, p. 209.



OURLIAC e MALAFOSSE (20) asseveram que a ocupação figura, certamente, entre os modos clássicos de aquisição da propriedade, mas que, quanto aos imóveis, ela é um caso de escola. E continua: "Gaio não se engana quando faz da ocupação um modo acessório de aquisição da propriedade. É preciso esperar a época bizantina para ver a doutrina fazer uma idéia romântica do antigo direito e considerar para que o primeiro meio de se tornar proprietário foi a ocupação da **res nullius**. Parece, ao contrário, que a ocupação, no passado, incidiu apenas sobre os bens pertencentes à coletividade, situação de fato tolerada, depois ratificada, pelo Estado".

A época clássica revela, na verdade, uma ambigüidade entre os autores para admitir este tipo de aquisição de propriedade das **res derelictae** que, em geral, citam a controvérsia entre os proculianos e os sabinianos, sobre o assunto. Enquanto os últimos consideravam a coisa abandonada voluntariamente pelo proprietário como **res nullius**, e, portanto, como suscetível de ocupação, os primeiros só admitiam a perda da propriedade para o derelinqüente, no momento em que outrem a recolhesse.

Conta-se que, apesar da vitória da tese sabiniana, ainda assim, no tocante às **res Mancipi derelictae** se estimava que a ocupação devia ser integrada pela usucapião, já que aquelas coisas só podiam ter sua propriedade transferida pelos modos do **ius civile**.

Apesar das dúvidas e da possibilidade maior de incidência da ocupação sobre as coisas móveis, não é menos verdade que este instituto do **ius gentium**, funcionando como uma medida administrativa, como instituição de direito público, teve, em Roma, duas aplicações importantes em matéria de imóveis, e isto basta às nossas necessidades nesta exposição.

Referimo-nos à ocupação do **ager publicus** e do **ager desertus**, em alguns casos.

### 1.2.1. O **ager publicus**:

Alguns textos revelam que, sobre uma porção das terras conquistadas e incorporadas ao **ager publicus**, incluído entre as **res publicae in patrimonio**, eram os cidadãos romanos chamados a estabelecer-se por ocupação, mediante o pagamento de uma retribuição fixada pelo Estado.

RUI CIRNE LIMA (21) relembra textos para explicar que o edito do censor ou do cônsul convidando os cidadãos à ocupação considerava-se como uma **publicatio** e as terras nele visadas reputavam-se incorporadas ao domínio público, equiparadas às estradas e às demais dependências.

(20) OURLIAC, P. e MALAFOSSE, J. **Histoire du Droit Privé**. Paris, PUF, 1971, vol. II, p. 88.

(21) **Op. cit.**, nota n.º 9, p. 93.

### 1.2.2. O *ager desertus*:

Segundo ARANGIO-RUIZ (22), é um outro aspecto do mesmo instituto o regime do *ager desertus*, como se encontra regulado em duas tardias Constituições imperiais (C. 11, 59, 8 e 11):

“Se um proprietário deixa incultivado o seu fundo e depois de uma intimação pública da autoridade local não lá retorna dentro de seis meses, qualquer um pode imitar-se na posse do terreno; e esta posse se transforma em propriedade se, dentro de dois anos, o proprietário não a reivindica.

É, em substância, uma **desapropriação**, mas é significativo que, na Constituição 11, a falta de apresentação depois da intimação é, de algum modo, considerada como renúncia à propriedade (impares esse earum rerum tributis propria confitentur absentia) e, mais ainda, é revelador que, nos textos bizantinos, bastante mais tardios, o regime da **derelição** e o do **ager desertus** sejam considerados **como um só**.”

Também CHARLES MAYNZ (23), na 3ª edição de seu **Cours de Droit Romain**, de 1870, refere-se a esta Constituição do fim do 4º século, inspirada da idéia de favorecer a agricultura, ao mesmo tempo que aos interesses do Tesouro. Lembra o autor que diversas instituições da **decadência** devem a sua origem ao mesmo pensamento e cita passagem de Herodiano, II, 4, 3, em que o Imperador Pertinax atribui a propriedade das terras desertas, assim como diversas imunidades, ao primeiro chegada, que consentisse em cultivar aquelas terras, tanto na Itália quanto em outras partes do Império.

A respeito, sobretudo, da Constituição 11 comenta MAYNZ, influenciando a doutrina brasileira, que o seguirá:

“Este modo de aquisição não constitui, de maneira alguma, um caso de ocupação: porque, por um lado, não se trata de terras abandonadas, **ager derelictus**; por outro, é preciso que o adquirente tenha cultivado e pago os impostos, durante dois anos. Poder-se-ia considerá-lo, antes, como uma variedade da **usucapião pro deserto**.”

A afirmação de MAYNZ encontrou, como vimos, abrigo doutrinário, no Brasil, antes mesmo que o legislador de 1981 a adotasse.

## 2. A vitória da “usucapio” sobre a “occupatio” no direito brasileiro

Talvez já, de longa data, influenciada pela assertiva de MAYNZ, a doutrina brasileira qualificava a figura jurídica, constante das Constitui-

(22) *Op. cit.*, nota n.º 18, p. 190.

(23) MAYNZ, C. *Cours de Droit Romain*. 3.ª ed., Bruxelas, 1870, t. 1, p. 648, § 202.

ções de 34, 37 e 46, como **usucapião especial, constitucional ou "pro labore"**.

A Lei nº 6.969/81 tomou o mesmo partido, referindo-se expressamente à usucapião especial, a partir de sua própria ementa (24).

E o termo merece, no contexto desta lei recente, uma explicação especial.

Quando o projeto de lei do Executivo, sobre a usucapião especial, chegou ao Congresso Nacional, limitava-se a dizer que os preceitos daquela instituição incidiriam **sobre as terras devolutas em geral**.

Não se fazia alusão clara à possibilidade de usucapião especial sobre as terras particulares, que passaram a ser claramente visadas somente a partir do substitutivo do Legislativo, depois de grande e rumorosa discussão.

E isto é ainda mais surpreendente!

Como trazer a figura da usucapião exatamente para o domínio das terras devolutas, que, pertencendo à categoria dos bens públicos, tinham tido sobre si, anteriormente, uma longa suspeita de *imprescritibilidade*?

A expressão usucapião especial tornou-se muito mais adequada, depois que o substitutivo do Congresso Nacional alargou o seu âmbito de incidência até as terras particulares.

Na verdade, estritamente falando, somente a estas se adapta a noção tradicional romana.

Daí por que não haveria reparos a fazer, por exemplo, relativamente ao novo artigo 1.159 (bis) do Código Civil Italiano, introduzido pela redação do artigo 1º, da lei de 10 de maio de 1976, nestes termos:

**"Art. 1.159 (bis) — Usucapião especial para a pequena propriedade rural** — A propriedade dos fundos rústicos "con annessi fabbricati", situados em comunas classificadas "montani" pela lei, adquire-se em virtude da posse continuada por 15 anos.

Aquele que adquire de boa fé, de quem não é proprietário, por força de um título que seja idôneo a transferir a propriedade e que seja devidamente transcrito, um fundo rústico com "annessi fabbricati", situado em comunas classificadas "montani" pela lei, cumpre a usucapião em seu favor pela decurso de 5 anos, a partir da data da transcrição."

---

(24) V. nota n.º 6.

Como se vê, neste texto, nada há de semelhante à prescritibilidade dos bens públicos.

Já a opção do legislador brasileiro pela usucapião é constrangedora, sob muitos pontos de vista.

Por um lado, faz evoluir, sem dúvida, a figura da usucapião, mas bem diferentemente, por exemplo, daquela realizada na Itália, como acabamos de ver.

É que o instituto pré-clássico que Justiniano fundira com uma instituição do **ius gentium**, a **prescrição**, no Brasil, será também justaposto a uma outra figura, também do **ius gentium**, que é a **occupatio**.

E a usucapião “especial” disto resultante será uma autêntica **descharacterização** do instituto original, tanto quanto da própria **praescriptio**.

Porque seu campo de incidência é não apenas as terras particulares, mas também as terras devolutas, que são do domínio público.

E, tanto no direito clássico, quanto no justiniano, havia limitações, que protegiam as terras públicas, principalmente em benefício do fisco, a quem pertenciam todos os bens vacantes.

Além disso, tanto a **usucapio** quanto a **praescriptio**, nas suas várias formas, normalmente exigiam a **fides**, que a nossa lei deixa claramente de lado, assim como o justo título.

Dos elementos tradicionais do instituto, só restaram a posse **animo domini** e o requisito de ordem temporal, que passou a ser de 5 anos.

E isto basta para demonstrar que houve uma evolução descaracterizadora do conceito primitivo que, aparentemente, se quis imitar.

2.1. Mas, além de descaracterizadora, a introdução **in casu** da usucapião é prejudicial aos ocupantes de glebas rústicas porque exige deles a posse **animo domini**, a intenção de possuir a coisa como sua.

Seria plausível admitir esta atitude psicológica da parte de um ocupante de terras devolutas que sabe, como todo o mundo, estar-se instalando em terras públicas, que não são propriedade de nenhum particular, que as tivesse abandonado?

E então perguntamos:

Será que introduzindo o conceito de “possuir como seu” a nova lei contribui, como disse MIGUEL REALE, para destruir, um a um, todos os obstáculos que emperravam a antiga ação de usucapião?

Não teria o possessor interessado em usucapir de mostrar a realização de atos possessórios, tais como os enumera o Professor CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (25), a saber: cultivo do terreno, presença no imóvel, conservação da coisa, pagamento de tributos, manutenção de tapumes, defesa contra vias de fato de terceiros e outros?

Acaso não lhe seria necessário provar, como relembra o Ministro MOREIRA ALVES (26) a **possessio civilis**, não lhe bastando simplesmente a mera detenção ou a posse **ad interdicta**?

Concordamos com PAULO TORMINN BORGES (27) em que **ocupar** é de sentido muito mais amplo que ter posse: "A ocupação é um fato material que, para surtir os efeitos previstos nos textos legais anteriores, prescindia do **animus domini**, essencial à usucapião ordinária e à usucapião extraordinária." Coerentemente, ainda afirma o autor que, se a antiga usucapião especial não exigia o **animus domini**, isto é, a posse de quem tem a coisa para si, como dono, era porque tal elemento era substituído por outros mais pertinentes, como: morada, trabalho, produtividade.

Não vemos, pois, por que a nova lei veio introduzir, agora, na usucapião especial, o **animus domini**, que tanto dificulta a situação do possessor frente ao juiz exigente.

2.2. Além disso, a Lei nº 6.969/81, ao referir-se à usucapião, rompe com o nosso passado luso-brasileiro, vez que não se pode negar o que já se disse: "a história territorial do Brasil começa em Portugal" (28).

Chegamos mesmo a pensar que o instituto da ocupação de terras improdutivas é muito mais germânico ou visigótico do que propriamente romano, tendo em vista a época de que dele se tem notícia, em Portugal.

Segundo os historiadores do direito, o tratamento da propriedade imóvel recebeu entre os germanos solução diversa daquela acolhida entre os romanos. E, se a propriedade das terras cultiváveis pertencia, em rodízio, às famílias da comunidade, permanecendo as incultiváveis como pastagens e campos de utilização comum, não é menos verdade que qualquer particular que com o seu trabalho e esforço conseguisse desbravar terras improveitadas, **pela ocupação**, adquiria a propriedade individual delas.

Este costume imemorial parece nada ter a ver com os romanos. RUI CIRNE LIMA (29) relata como ele passou de costume comunal a instituição

---

(25) SILVA PEREIRA, C. M. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1970, vol. IV, p. 115.

(26) MOREIRA ALVES, J. C. *Direito Romano*. Rio, Forense, 1978, vol. I, p. 427.

(27) TORMINN BORGES, P. *O Imóvel Rural e seus Problemas Jurídicos*. São Paulo, Pró-Livro, 1976, pp. 23-24.

(28) *Op. cit.*, nota n.º 9, p. 11.

(29) *Idem*, p. 12.

régia, cuja evolução conduziu às concessões de domínio. Os terrenos baldios e maninhos comunais, El Rei podia dá-los de sesmaria pelo princípio genérico de que "proveito commum geral he de todos haver na terra abastança de pão e dos outros frutos".

Assim é que, segundo o mesmo autor<sup>(30)</sup>, a crônica de DUARTE NUNES DE LEÃO relata que "o Rei D. Fernando de Portugal decretou leis muito úteis à República e ao seu tempo mui necessárias, em razão da crise de trigo, cevada e mantimentos por falta de ordem e polícia naquele reino". Obrigou por elas a todos que tivessem terras a cultivá-las, ou por si próprios ou por lavradores de sua escolha, de "maneira que todas herdades que eram para dar pão, todas fossem de trigo, cevada e milho". Que fosse dado tempo conveniente aos que houvessem de lavrar para começarem a aproveitar as terras, sob certas penas. E que "quando os donos das herdades as não aproveitassem ou dessem a aproveitar, que as justiças as dessem a quem as lavrasse por certa cousa, a qual sem dono não houvesse, mas fosse despesa em proveito comum do lugar, onde a herdade estivesse". E, atentando contra a liberdade individual, ordenava D. Fernando que "todos os que eram ou costumavam ser lavradores, assim como seus filhos e netos que estivessem a se ocupar de outros officios menos proveitosos para o bem comum, fossem constringidos a lavrar".

RUI CIRNE LIMA comenta esta medida:

"A lei de D. Fernando, posto valendo-se dos recursos técnico-jurídicos da época, algo rudes e excessivos, em matéria de polícia, é, não obstante, um verdadeiro monumento de administração previdente e avisada"<sup>(31)</sup>. "Tratava-se de promover o soerguimento da lavoura, já oferecendo braços aos que tivessem terras, já oferecendo terras aos que as quisessem lavrar."

Depois disso, as novas descobertas portuguesas e o crescente abandono das terras aguçaram o problema agrário em Portugal, quando, segundo COELHO DA ROCHA<sup>(32)</sup>, "as longas e perigosas viagens, a guerra e a colonização despovoaram o reino e abriram um vazio que as riquezas não podiam encher".

É, sem dúvida, desta época posterior a influência direta e crescente da Constituição XI, **de omni agro deserto**, cujas disposições encontravam ressonância na situação geral dos domínios agrícolas portugueses. CIRNE LIMA<sup>(33)</sup> revela-nos como, a partir daí, datarão as afinidades da legislação das sesmarias com a "de omni agro deserto", que LOBÃO anotou, fazendo

(30) *Idem*, p. 13.

(31) *Idem*, p. 14.

(32) Apud CIRNE LIMA, *op. cit.*, p. 19.

(33) *Idem*, p. 21.

um paralelo entre uma lei de D. João II e a Constituição romana do IV século. Esta legislação nova, que se forma influenciada pelo direito romano, "sob o prestígio das idéias de liberdade, visa mais o povoamento do que a agricultura, mas não obstante conserva o nome e a tradição da velha lei de D. Fernando".

É bem verdade, e isto afirma-nos TEIXEIRA DE FREITAS, que a legislação de sesmarias de Portugal não teve aplicação no Brasil. Mas, não é menos certo que o sistema instituído para o Brasil, e vigente até 1822, era tão burocratizado e de difícil acesso, que os indivíduos continuaram a viver um costume jurídico ancestral, ocupando terras incultas, que tornavam produtivas, sabendo que à propriedade delas não tinham nenhum outro título jurídico, senão esta posse-trabalho, que, na mentalidade da época, era criadora do direito de propriedade.

E a lei de 1850, que citamos, vai alterar a legitimidade deste costume para o futuro, embora consolidando os seus efeitos produzidos, no passado.

2.3. Enfim, se a Lei nº 6.969/81 veio, claramente, introduzir, no direito positivo brasileiro, a figura da usucapião incidente sobre as terras devolutas, ela nada mais faz do que perfazer uma evolução, que já vinha se esboçando e foi, magistralmente, traçada por RUI CIRNE LIMA, no seu pequeno grande livro sobre a história territorial do Brasil.

Ao utilizar um instituto do direito privado (a usucapião) para reger o problema da apropriação das terras devolutas, outrora regulamentado por normas de direito público, quis o autor do projeto de lei do Governo "privatizar" o regime jurídico da alienação dos bens públicos.

O fato representa, uma vez mais, a vitória da tese de AZEVEDO MARQUES que, de longa data, advogava a prescritibilidade das terras devolutas em geral, sem qualquer distinção, bem como o tratamento delas de maneira totalmente privatística.

CIRNE LIMA assim comentava à página final<sup>(34)</sup> de seu livro citado, escrito em 1953:

"Está vitorioso, por conseguinte, o ponto de vista de AZEVEDO MARQUES.

Uma só discrepância: — a da imprescritibilidade das terras devolutas, de vez que, pelo aludido decreto<sup>(35)</sup> se interpreta o

---

(34) *Idem*, p. 110.

(35) Decreto n.º 19.924, de 27 de abril de 1931.

artigo 67 do Código Civil, de modo a excluir expressamente a usucapião delas (256) (36).

Vimos, assim, evoluindo nesta matéria, do regime do direito administrativo para o âmbito do direito privado; da esfera de atividade do poder público, para o campo de ação do fisco.

Foi essa uma página nova que se abriu no capítulo das terras devolutas.

O seu inteiro teor, somente o futuro revelará, embora, decorridos mais de vinte anos do Decreto nº 19.924, de 27 de abril de 1931, a **nova página** pareça já destinada a não ser preenchida, permanecendo, antes como fecho, **não de todo imprevisto**, da história territorial do país."

Em que pese ao brilho de seu raciocínio e a sua profunda erudição, não foi o insigne jurista um bom futurólogo.

A Lei nº 6.969/81 deu sim o toque final para privatizar de vez, como sempre desejara a escola paulista, a situação das terras devolutas em geral.

E se não o fez de maneira total, como pretendia o projeto do Governo, foi porque, no substitutivo do Congresso Nacional, admitiu-se que a ação de usucapião especial, relativa às terras devolutas em geral, pudesse ser também reconhecida administrativamente, com a conseqüente expedição do título definitivo de domínio para transcrição no registro de imóveis (37).

Ao final, se houve revanche total do **ius civile** sobre o **ius gentium**, com o predomínio da **usucapio** sobre a **occupatio**, aconteceu apenas uma meia vitória do direito privado sobre o direito público.

Mas, qualquer que seja ela, é fatal o paradoxo da conclusão: a peculiar evolução do Brasil, neste pormenor, deu-se pelo direito romano, ainda que contra o direito romano!

---

(36) Reproduzimos a nota nº 256 de CIRNE LIMA: (256) Única exceção a este princípio é a aberta pelo art. 125 da Constituição de 16 de julho de 1934, reproduzido pela Constituição de 10 de novembro de 1937 (art. 148) e, com alterações que lhe dilataram o alcance, pela Constituição de 18 de setembro de 1946 (art. 156, § 3.º).

(37) Art. 4.º, § 2.º, da Lei n.º 6.969/81: No caso de terras devolutas, em geral, a usucapião especial poderá ser reconhecida administrativamente, com a conseqüente expedição do título definitivo de domínio, para transcrição no Registro de Imóveis. V. também Decreto n.º 87.620, de 21 de setembro de 1982, que dispõe sobre o procedimento administrativo para o reconhecimento da aquisição, por usucapião especial, de imóveis rurais compreendidos em terras devolutas.



# Desapropriação por utilidade pública

THEREZINHA LUCIA FERREIRA CUNHA  
Procuradora da República

"Dentro de qualquer ordem jurídica,  
pode-se sempre formular esta pergunta  
a respeito das coisas: quem é seu pro-  
prietário?"

GUSTAV RADBRUCH  
Filosofia do Direito

## SUMARIO

### I — DIREITO DE PROPRIEDADE

1. *Evolução*
2. *Limitações*

### II — DESAPROPRIAÇÃO

1. *Conceito*
2. *Evolução histórica*

### III — EVOLUÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

1. *Direito constitucional*
2. *Legislação*

### IV — UTILIDADE PÚBLICA

1. *Conceito*
2. *Casos expressos em lei*
3. *Enumeração taxativa ou exemplificativa?*

### V — CONCLUSÃO

### VI — BIBLIOGRAFIA

# I - O DIREITO DE PROPRIEDADE

## 1. *Evolução*

Imprescindível instituição humana, intuitiva até nos animais, é a propriedade de origem antiqüíssima. Cada ser humano sempre ocupou os bens que lhe eram indispensáveis à sobrevivência, e as leis de cada país sempre garantiram tal apropriação. Todo homem teve plena propriedade de seus alimentos, vestuário, utensílios e armas, que ninguém impunemente lhe tiraria. De tal modo era a propriedade individual que, após a morte do proprietário, seus pertences eram com ele enterrados. Como se vê, a propriedade tem por fundamento a própria natureza humana.

A apropriação do solo, entretanto, só se tornou necessária quando os povos primitivos, após viverem, por séculos, no regime de alimentação de caça e pesca, começaram a praticar a agricultura. Enquanto caçadores e pescadores, a terra era comum, no sentido de que todos a ocupavam, para usufruí-la. Os pastos eram abundantes e seus habitantes eram nômades; logo, a propriedade permanente do solo a ninguém interessava. A propriedade da terra exige vida sedentária de sucessivas gerações e, portanto, era incompatível com o nomadismo.

A História nos mostra que a propriedade coletiva foi exercitada por determinados povos, em determinadas regiões, mas somente em relação às terras cultivadas no interesse da coletividade. Nessas mesmas regiões, portanto, sempre existiu a propriedade individual da terra onde habitavam e de outros bens.

Em Roma antiga, existia a propriedade individual da terra. Sobre este direito, diz FUSTEL DE COULANGES:

“Eis uma instituição dos antigos da qual não podemos formar idéias através do direito de propriedade no mundo moderno. Os antigos alicerçaram o direito de propriedade em princípios diferentes das gerações presentes; e daqui resulta serem as leis que o garantiram bem diversas das nossas.

.....

Não foram as leis, porém a religião, que a princípio garantiu o direito de propriedade. Cada domínio estava sob a proteção das divindades domésticas que velavam por ele. Esse espaço era sagrado, a lei romana declarava-o intransferível; pertencia à religião” (1).

Na Lei das XII Tábuas, toda propriedade era individual. Posteriormente, tendo o Estado romano conquistado novas terras, tornou-se proprietário delas, cedendo-as a particulares a título precário, ou em usufruto.

(1) FUSTEL DE COULANGES. *A Cidade Antiga*. Tradução de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. São Paulo, Hemus Edit., 1975, pp. 49 e 54.

Já na Idade Média, a propriedade passa a adquirir caráter político, pois na posse da terra é que se baseou o princípio da soberania e nobreza dos senhores feudais e do rei. Os feudos eram concedidos em exploração vitalícia ou perpétua. Admitia-se que o rei era, teoricamente, o dono do solo de seu reinado, sobre o qual ele possuía um direito eminente (de onde veio a expressão domínio eminente), enquanto o particular conservava o domínio útil, isto é, a utilização das terras.

A partir da Revolução francesa, o direito de propriedade tornou-se tipicamente individualista, apenas sujeito à restrição da necessidade ou utilidade pública. O Estado, em grande parte, funcionava em razão do homem, para prestigiá-lo. O direito à propriedade era natural e absoluto. O Estado não o criava: reconhecia-o e consagrava-o.

Até o Manifesto de MARX e ENGELS permanece o direito de propriedade com esta característica individualista. Com o Manifesto, a teoria comunista nega o direito de propriedade privada:

“But modern bourgeois private property is the final and most complete expression of the system of producing and appropriating products that is based on class antagonism, on the exploitation of the many by the few.

In this sense, the theory of the Communists may be summed up in the single sentence: abolition of private property”<sup>(2)</sup>.

Instituição das mais discutidas, a propriedade tem passado por vários regimes, oscilando entre a propriedade individualista e a comunista. Começa-se a reconhecer seu caráter econômico e social. Com esta evolução, o direito de propriedade perde seu caráter essencialmente privatista, para ter uma função social; em razão das mudanças econômicas e sociais, muda-se a posição do indivíduo na sociedade.

O Estado começa a ampliar seu poder sobre esse direito, através da intervenção, em favor da função social da propriedade. O Estado assegura ao indivíduo o direito de propriedade em toda a sua plenitude, a fim de que seu titular dela se utilize livremente; mas, concomitantemente, sofre restrições, em consequência da sua dupla função: individual e social. Tal duplicidade, entretanto, só poderá ser assegurada se o Poder Público impuser limitações ao uso da propriedade privada.

Analisando o assunto, diz RADBRUCH:

“As teorias individualistas da propriedade nunca foram, até hoje, rigorosamente individualistas. Assentavam no pressuposto duma harmonia preestabelecida entre o interesse individual e a utilidade geral.

---

(2) MARX e ENGELS. *Manifesto of the Communist Party*, Great Books of the Western World, vol. 50, USA, Enciclopaedia Britannica, Inc., 1952, p. 425.

As teorias sociais da propriedade separam-se delas justamente em reconhecerem que esta harmonia preestabelecida não passa de uma ilusão, e que a função social da propriedade, longe de se achar indissoluvelmente ligada à sua função no interesse do indivíduo, carece também de ser definida e consagrada ao lado desta de uma maneira particular”<sup>(3)</sup>.

## 2. Limitações

Atualmente, o direito de propriedade não mais se reveste daquele antigo caráter absoluto e intangível. Está sujeito a várias limitações, impostas tanto no interesse público, como no interesse privado. Sofre restrições, fundadas no respeito a direitos alheios, ou com base no próprio interesse coletivo, em face dos princípios jurídicos que transformam a propriedade numa função social, cujo destino está ligado ao bem-estar social do povo.

Numerosas são as disposições constitucionais, administrativas, civis, penais e militares que atingem o exercício desse direito. O Poder Público impõe normas e limites para o uso e gozo dos bens particulares e intervém na propriedade privada e na ordem econômica, a fim de satisfazer as exigências coletivas.

“Nessa intervenção estatal, o Poder Público chega a retirar a propriedade privada, para dar-lhe uma destinação pública ou de interesse social, através da desapropriação, ou para acudir a uma situação de eminente perigo público, mediante requisição; em outros casos, contenta-se em ordenar socialmente o seu uso, por meio de limitações e servidões administrativas, ou em utilizar transitoriamente o bem particular, numa ocupação temporária”<sup>(4)</sup>.

No direito brasileiro em geral, podemos indicar, exemplificativamente, algumas das restrições:

### a) Restrições constitucionais

Ao mesmo tempo que garante o direito de propriedade, no art. 153, § 22, a Constituição federal dispõe sobre a desapropriação por necessidade pública e por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro; prevê ainda a utilização da propriedade particular em caso de perigo iminente; no art. 168 preceitua que as jazidas, minas e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial.

### b) Restrições do Código Civil

Direitos de vizinhança (Cód. Civil, arts. 554 a 588); servidões prediais (arts. 695 a 712).

(3) GUSTAV RADBRUCH, *Filosofia do Direito*. Tradução Cabral de Moncada. 6ª edição. Coimbra, Arménio Amado Editor, p. 278.

(4) HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*. 7ª ed., São Paulo, Edt. Revista dos Tribunais, p. 555.

### c) *Restrições administrativas*

Código de Minas, Código Florestal, Código de Caça e Pesca.

Como referimos acima, estes são apenas poucos dos inúmeros casos de restrições. São numerosas as de natureza militar, e mais numerosas ainda as de natureza administrativa. Deter-nos-emos, entretanto, à forma mais grave de intervenção estatal na propriedade particular: a desapropriação. É a forma mais ampla e drástica, porque não restringe apenas o direito de propriedade, transfere seu domínio, do particular, para o Estado, para atender à função social da propriedade.

## II – DESAPROPRIAÇÃO

### 1. *Conceito*

A desapropriação tem sido, tradicionalmente, considerada como a mais grave limitação à propriedade privada, pela administração. O Poder Público intervém, em casos excepcionais e, unilateralmente, apreende a propriedade de um imóvel, com o objetivo de utilidade pública ou interesse social, mediante prévia e justa indenização.

É de HELY LOPES MEIRELLES o seguinte conceito:

“Desapropriação é a transferência compulsória da propriedade particular (ou pública de entidade de grau inferior para o superior) para o Poder Público ou seus delegados, por utilidade ou necessidade pública, ou ainda por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, salvo a exceção constitucional de pagamento em títulos especiais da dívida pública, para o caso de propriedade rural considerada latifúndio improdutivo localizado em zona prioritária<sup>(8)</sup>.”

Conforme esclarece EURICO SODRÉ, a desapropriação é uma das garantias constitucionais da propriedade, pois longe de importar em violência ou esbulho, é realizada em nome do próprio direito. Mas, nem sempre foi assim, como analisaremos através da História.

### 2. *Evolução histórica*

Entre os antigos, o poder da Administração de desapropriar não existia em leis. O direito de propriedade tinha caráter absoluto, apesar de os romanos terem conhecido e aplicado as servidões civis. Na Idade Média, desconheceu-se a desapropriação, absorvida pela soma de poderes maiores, franqueados aos senhores feudais, que dispunham das pessoas e dos bens dos vassallos. Prevalecia o direito do mais forte.

---

(8) HELY LOPES MEIRELLES, *ob. cit.*, p. 561.

Nos tempos modernos, não foram grandes os progressos do direito de propriedade, que se anulava ao despotismo dos poderosos.

No início da Idade Contemporânea, esse panorama se modificou radicalmente. O art. 17 da Declaração dos Direitos do Homem afirmou:

“La propriété, étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est quand la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment et sous la condition d'une juste et préalable indemnité.”

Assim, este texto estabeleceu os princípios básicos, que servem de garantia permanente ao expropriado:

- 1 — a obrigação de constatar legalmente a existência da necessidade pública;
- 2 — o pagamento de uma indenização justa para reparar o prejuízo;
- 3 — a obrigação de pagar esta indenização antes da transferência da posse do bem.

Após essa Declaração e as Constituições que se sucederam na França, o Código de Napoleão consagra essas idéias em regras sistematizadas. Alargando a possibilidade de desapropriação, a admite por utilidade pública:

“Nul ne peut être privé de sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique et moyennant une juste et préalable indemnité” (art. 545, Code Napoléon).

Dentro dessa linha, a desapropriação evoluiu em todos os povos, e o Estado vai ampliando seu poder de intervenção, com a função social que se atribui à propriedade. O conceito de desapropriação se amplia para se fundamentar, também, no interesse social. Há nesta evolução a prevalência do interesse público sobre o interesse privado.

Qualquer que seja sua forma, a desapropriação tem a natureza jurídica de instituição de Direito Público; tendo em vista os objetivos públicos ou sociais, não será nunca utilizada para benefício privado, mas benefício social, ainda que feita para o particular. O que importa não é a substituição compulsória do proprietário, mas a destinação do bem.

### III — DESAPROPRIAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

#### 1. *No direito constitucional*

São os seguintes os dispositivos constitucionais no Brasil, que regularam a desapropriação:

#### a) Constituição do Império — 25 de março de 1824:

“Art. 179 — A inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança indivi-

dual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império pela maneira seguinte:

XXII – É garantido o direito de propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem público, legalmente verificado, exigir o uso e emprego da propriedade do cidadão, será ele previamente indenizado do valor dela. A lei marcará os casos em que terá lugar esta única exceção, e dará as regras para se determinar a indenização.”

Com a expressão “única exceção”, fica evidenciada a confirmação do princípio individualista, vigente àquela época e a plena concepção burguesa da sociedade.

b) Constituição de 24 de fevereiro de 1891:

“Art. 72 – A Constituição assegura a brasileiros e estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

XVII – o direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salvo a desapropriação por necessidade, ou utilidade pública, mediante indenização prévia.”

Aqui, ainda prevalece a plenitude do direito de propriedade, mas sem o mesmo rigor da Constituição do Império.

c) Constituição de 16 de julho de 1934:

“Art. 113 – A Constituição assegura a brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

17) É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior.”

A partir desta Constituição, surge o interesse social ou coletivo; o direito de propriedade já não mais é garantido em toda a sua plenitude, é condicionado ao interesse social. Essa concepção não mais se modificou no Brasil, sofrendo apenas alterações de acordo com o tipo de regime político.

d) Constituição de 10 de novembro de 1937:

“Art. 122 – A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

XIV – o direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia, ou a hi-

pótese prevista no § 2º do art. 166. O seu conteúdo e os seus limites serão os definidos nas leis que lhe regularem o exercício.”

Não houve grande alteração, como também não se proclamou a função social da propriedade.

e) Constituição de 18 de setembro de 1946:

“Art. 141 — A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 16 — É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro.

Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito a indenização ulterior.”

A partir desta Constituição, além dos casos de utilidade ou necessidade pública, surge um terceiro: o interesse social. Corresponhia às exigências do momento, de ordem política, econômica e social, e permanece até hoje em nossa Constituição.

f) Constituição de 24 de janeiro de 1967:

“Art. 150 — A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 22 — É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvado o disposto no art. 157, § 1º. Em caso de perigo público iminente, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior.”

Em linhas gerais, prevalece a orientação da Constituição de 1946, neste assunto. O mesmo acontece com a Emenda Constitucional nº 1/69.

g) Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969:

“Art. 153 — A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 22 — É assegurado o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse



social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvado o disposto no art. 161, facultando-se ao expropriado aceitar o pagamento em título da dívida pública, com cláusula de exata correção monetária. Em caso de perigo público iminente, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior.”

A inovação da Emenda foi a faculdade atribuída ao expropriado de aceitar, ou não, o pagamento em título de dívida pública, com cláusula exata de correção monetária.

Em todas as nossas Constituições, portanto, o direito de propriedade, bem como as normas gerais sobre desapropriação, estiveram inseridas nas garantias e direitos individuais. Limita-se o uso da propriedade individual, mas limita-se também o Poder Público, nas formas de desapropriar.

## 2. Na legislação

A sucessão legislativa do instituto da desapropriação, no direito brasileiro, foi a seguinte: decreto de 21 de maio de 1821; lei geral de 9 de setembro de 1826; decreto de 12 de junho de 1845; decreto de 10 de junho de 1855; Lei nº 1.021, de 29 de agosto de 1903; Decreto de Consolidação nº 4.956, de 9 de setembro de 1903; Decreto-Lei nº 1.283, de 18 de maio de 1939; e Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941. Nos breves comentários que teceremos sobre cada um deles, referir-nos-emos apenas ao ano de sua publicação.

O decreto de 1821 expressava grande preocupação com a garantia do direito de propriedade, referindo-se, inclusive, à “horrenda infração do direito sagrado de propriedade” e aos “atentados de tomar-se, a pretexto de necessidade do Estado e real Fazenda, efeitos de particulares, contra a vontade destes.”

Já a lei geral de 1826, após confirmar a plenitude do direito de propriedade, expõe os casos de necessidade pública, que seriam verificados pelo Poder Judiciário, e os de utilidade pública, que dependeriam de pronunciamento do Poder Legislativo. Determinava a indenização prévia e a maneira de se fazer a avaliação.

O decreto de 1845 refere-se apenas à utilidade pública, nela incluindo o conceito de necessidade. O decreto de 1855 fixa critérios mais rígidos para a avaliação. A lei de 1903 trouxe algumas modificações, no sentido de fortalecer o poder do Estado de desapropriar e de estabelecer mais rigorosamente os critérios de avaliação.

O decreto-lei de 1939, como consequência do espírito da Carta de 1937, procura reduzir o direito de propriedade. Não há necessidade de indicar a causa determinante da desapropriação, bastava ao Executivo indicá-la; e ao Judi-

ciário vedava-se a indagação de existir, ou não, a utilidade e necessidade pública.

Em 1941, surge o Decreto-Lei nº 3.365, que rege, até hoje, o instituto de desapropriação:

“Enumera, o projeto, os casos de utilidade pública, abandonando a distinção entre “necessidade” e “utilidade”, que, remontando à lei de 9 de setembro de 1826, vem sendo repetida nas posteriores, sem que corresponda, entretanto, a qualquer objetivo de ordem técnica ou prática, porque idênticos são os processos de declaração e os efeitos da medida. A discriminação dos casos de utilidade pública é bem mais ampla do que a das leis vigentes”<sup>(6)</sup>.

Através da Portaria nº 225, de 26 de fevereiro de 1982, o Ministro da Justiça autorizou a publicação, no *Diário Oficial* da União, do Anteprojeto de lei sobre desapropriação, elaborado por uma Comissão de juristas. Visando à reforma desse instituto jurídico, o anteprojeto traz grandes inovações, procurando ajustar o instituto à evolução social e à realidade nacional.

“Desse estudo, embasado na experiência dos integrantes da Comissão e atento à realidade nacional, chegou-se à conclusão da necessidade de reformulação completa da Lei Geral das Desapropriações (Decreto-Lei nº 3.365/41) e das normas que a alteraram e a complementaram, notadamente a lei que estabeleceu os casos de interesse social (Lei nº 4.132/62) e a que passou a reger a expropriação de imóveis residenciais (Decreto-Lei nº 1.075/70), para que o novo diploma legal possa contemplar e sistematizar organicamente os preceitos disciplinados das desapropriações em geral”<sup>(7)</sup>.

#### IV – UTILIDADE PÚBLICA

##### 1. Conceito

Para dar execução ao art. 179, nº XXII, da Constituição do Império, a lei de 9 de setembro de 1826 regulou os casos de desapropriação por necessidade do bem público, distinguindo-os dos de utilidade do bem público.

Já a Constituição de 1891 fazia referência à desapropriação por necessidade ou utilidade pública. Essa distinção continuou a ser feita em todas as nossas Constituições; a partir de 1946, acrescentou-se a desapropriação por interesse social. A finalidade pública ou o interesse social, portanto, são requisitos constitucionais para legitimar a desapropriação.

(6) Exposição de Motivos do Decreto-Lei nº 3.365. FRANCISCO CAMPOS, Rio, 3 de maio de 1941.

(7) Justificativa do anteprojeto de lei sobre desapropriação, *Diário Oficial* da União, 2 de março de 1982.

Na realidade, as causas que justificam o direito de desapropriar podem ser abrangidas pela expressão "utilidade pública". Esclarece SEABRA FAGUNDES:

"O conceito de utilidade pública é em si tão amplo, que a menção apenas dessa causa bastaria a autorizar a incorporação ao patrimônio estatal da propriedade privada, tanto quanto fosse útil fazê-lo, como quando tal se afigurasse necessário ou de interesse social. A utilidade não implica necessariamente necessidade ou interesse social (em sentido estrito); mas o procedimento que for de necessidade pública ou de interesse social será, forçosamente, de utilidade pública" (8).

A dicotomia necessidade ou utilidade pública persiste, entretanto, na Constituição.

O Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, passa a usar, unicamente, a expressão "desapropriação por utilidade pública", sem se referir à necessidade pública, que fica absorvida na noção de utilidade.

A expressão "interesse social", entretanto, continuou a ser distinguida da de utilidade pública, pois a Lei nº 4.132, de 10 de setembro de 1962, estabelece expressamente os casos de desapropriação por interesse social.

O atual Anteprojeto de lei sobre desapropriação, em seu art. 1º, § 1º, nos dá o conceito de utilidade pública:

"§ 1º – Considera-se de utilidade pública todo bem que se destine à execução de obras, atividades ou serviços públicos, assim como à fruição geral da coletividade."

Assim, o fundamento na desapropriação por utilidade pública será a melhor utilização do bem pela coletividade; não importa a substituição compulsória do proprietário, mas a destinação do bem que é útil à sociedade, que representa um benefício coletivo.

## 2. Casos expressos em lei

O art. 5º do Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, que dispõe sobre desapropriação por utilidade pública declara os casos em que pode ela ocorrer:

"Art. 5º – Consideram-se casos de utilidade pública:

- a) a segurança nacional;
- b) a defesa do Estado;
- c) o socorro público em caso de calamidade;
- d) a salubridade pública;

---

(8) Miguel SEABRA FAGUNDES. *Da Desapropriação no Direito Brasileiro*. Livraria Freitas Bastos, 1949, p. 21.

- e) a criação e melhoramento de centros de população, seu abastecimento regular de meios de subsistência;
- f) o aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, das águas e da energia hidráulica;
- g) a assistência pública, as obras de higiene e decoração, casas de saúde, clínicas, estações de clima e fontes medicinais;
- h) a exploração ou a conservação dos serviços públicos;
- i) a abertura, conservação e melhoramento de vias ou logradouros públicos; a execução de planos de urbanização; o loteamento de terrenos edificados ou não para sua melhor utilização econômica, higiênica ou estética;
- j) o funcionamento dos meios de transporte coletivo;
- k) a preservação e conservação dos monumentos históricos e artísticos, isolados ou integrados em conjuntos urbanos ou rurais, bem como as medidas necessárias a manter-lhes e realçar-lhes os aspectos mais valiosos ou característicos e, ainda, a proteção de paisagens e locais particularmente dotados pela natureza;
- l) a preservação e a conservação adequada de arquivos, documentos e outros bens móveis de valor histórico ou artístico;
- m) a construção de edifícios públicos, monumentos comemorativos e cemitérios;
- n) a criação de estádios, aeródromos, ou campos de pouso para aeronaves;
- o) a reedição ou divulgação de obra ou invento de natureza científica, artística ou literária;
- p) os demais casos previstos em leis especiais."

Os casos de utilidade pública, assim enumerados, representam um reforço à garantia constitucional do direito de propriedade. Com isto, afasta-se o arbítrio do poder expropriante, que deverá se ater aos casos expressamente previstos, ao fundamentar a desapropriação na utilidade pública.

Ao referir-se à segurança nacional e à defesa do Estado, a lei garante ao governo poderes que decorrem da própria soberania; justifica-se, portanto, a ação do Poder Público para preservar a soberania estatal.

A calamidade pública, como epidemias, incêndios, inundações, impõe também o sacrifício do direito individual, do mesmo modo, a salubridade pública.

Os incisos e, g, i, j e h visam a melhores condições de urbanização, permitindo a ampliação de centros de população, higiene, decoração, transportes coletivos, enfim, prevê um conjunto de medidas que envolvem o conforto e a saúde.

de do cidadão, bem como as exigências estéticas da cidade e os serviços de interesse geral.

O inciso *k* preocupa-se com a preservação de monumentos históricos e artísticos; o inciso *l* completa-o nesta proteção.

A construção de edifícios públicos, cemitérios e monumentos, bem como a criação de estádios e aeródromos, previstos nos incisos *m* e *n* evidenciam, também, casos em que o interesse particular deve ceder ao da coletividade.

A desapropriação prevista no inciso *o* justifica-se por não se dever subordinar o interesse público aos caprichos dos autores e inventores. Haverá a desapropriação, quando assim o exigir o interesse coletivo.

### 3. Enumeração taxativa ou exemplificativa?

A enumeração do art. 5º do Decreto-Lei nº 3.365, como já comentamos, destina-se a evitar abusos por parte do poder expropriante. Deve ele ater-se aos casos previstos neste artigo, vez que o poder de desapropriar é uma exceção à plenitude do direito de propriedade, por força de mandamento constitucional. Esclarece SEABRA FAGUNDES:

“Pôr na lei uma enumeração simplesmente exemplificativa ou abstrair-se de qualquer enumeração, seria deixar o Poder Executivo como árbitro único e inapelável dos casos de expropriação.

Nenhum limite haveria, então, ao exercício do direito de expropriar, em contradição com a própria natureza deste direito”<sup>(9)</sup>.

Parece-nos, realmente, que a enumeração do artigo citado é taxativa. De outra forma, ameaçado estaria o direito de propriedade, reduzindo-se o valor de garantia constitucional. Todos os casos de desapropriação, portanto, devem situar-se num dos incisos do art. 5º. A licença prevista no inciso *p*: “os demais casos previstos em lei especial”, referem-se a casos especiais, que exigem, portanto, leis especiais. Mas deverão, sempre, harmonizar os interesses gerais e individuais, devendo o legislador zelar pelo equilíbrio das duas tendências e objetivar, somente, a utilidade pública.

O atual Anteprojeto de lei sobre desapropriação diminuiu os casos de desapropriação por utilidade pública, mas enumerou-os de maneira taxativa, suprimindo o inciso “os demais casos previstos em lei especial”. Na justificativa do Anteprojeto, todavia, ressalva-se:

“Verifica-se, entretanto, que há desapropriações com características tão peculiares na sua efetivação e na utilização do bem expropriado, que não podem subordinar-se a todas as disposições de uma lei geral, exigindo preceitos específicos para o pleno atendimento de seus fins, como são as expropriações para reforma agrária, previstos no Estatuto da Terra; para as obras de combate às secas do Nordeste;

(9) SEABRA FAGUNDES. *Ob. cit.*, p. 110.

para pesquisa e lavra de petróleo e de minérios nucleares, normas estas que devem ser mantidas em leis especiais.”

## V — CONCLUSÃO

Em relação ao instituto da desapropriação, o regime brasileiro, no seu aspecto genérico, era individualista, embora com algumas concessões à tese socialista.

O Decreto-Lei nº 3.365 sobre desapropriação por utilidade pública veio à luz sob os princípios da Carta de 1937, numa época em que as leis constitucionais e ordinárias eram elaboradas pelo Chefe do Executivo. Nova orientação social, entretanto, exigiu a adaptação do decreto-lei à realidade. A intervenção estatal foi-se ampliando, para ajustá-lo às necessidades coletivas. A jurisprudência foi-se firmando no sentido de zelar pela boa aplicação do diploma, procurando vê-lo como um limite ao uso e abuso da propriedade, mas, ao mesmo tempo, acautelando-se contra as concessões excessivas do Poder Público.

As solicitações sociais, entretanto, gradativamente, vieram se impondo. Chega-se, agora, à tentativa de reformulação da legislação vigente, que já não mais atende à função social da propriedade.

Justifica o atual Anteprojeto:

“A reformulação da legislação geral vigente se impõe porque o Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, embora satisfatório para a época de sua edição, tornou-se obsoleto com o correr do tempo e ora se apresenta desajustado da orientação constitucional que o sucede, e em certos casos não atende à função social da propriedade e noutros se revela desumano e até mesmo confiscatório.”

O interesse social é, cada vez mais, levado em consideração. Admite-se o sacrifício da propriedade privada, sempre que dela resultar maior benefício para a coletividade, num equilíbrio de ajustamentos, cada vez mais distante da inflexibilidade do conceito absolutista do direito de propriedade.

## BIBLIOGRAFIA

- CAETANO, Marcelo — *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*. Ed. Forense, 1977.
- COULANGES, Fustel de — *A Cidade Antiga*. São Paulo, Hemus Edit., 1975.
- CRETELLA Júnior — *Comentários às Leis de Desapropriação*. 2ª ed., José Bushatsky Editor, 1976.
- FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira — *Desapropriação*. Ed. Saraiva, 1973.
- MEIRELLES, Hely Lopes — *Direito Administrativo Brasileiro*. 7ª ed. Ed. Revista dos Tribunais, 1979.
- PONTES DE MIRANDA — *Comentários à Constituição de 1946*. 2ª ed., Vol. IV, Max Limonad Edit.
- RADBRUCH, Gustav — *Filosofia do Direito*. 6ª ed., Coimbra, Armênio Amado Edit.
- SEABRA FAGUNDES, Miguel — *Da Desapropriação no Direito Brasileiro*. Livraria Freitas Bastos, 1949.
- SODRÉ, Eurico — *A desapropriação*. 3ª ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 1955.

# Do registro na desapropriação e aspectos processuais na proposta para uma nova lei

RAIMUNDO VIANA  
Procurador do Estado da Bahia

## SUMÁRIO

- I — DO REGISTRO NA DESAPROPRIAÇÃO
  - 1 — Introdução
  - 2 — Natureza jurídica da desapropriação
  - 3 — Conseqüências do conceito
  - 4 — Dívidas cartorais
  - 5 — Desapropriação amigável
  - 6 — Considerações finais
- II — ASPECTOS PROCESSUAIS NA PROPOSTA PARA UMA NOVA LEI
  - 7 — Inovações processuais
  - 8 — Ações novas
  - 9 — Procedimento administrativo
  - 10 — Considerações finais

### 1 — Introdução

O instituto da desapropriação, a despeito da volumosa produção doutrinária e da grande construção jurisprudencial, ainda apresenta ângulos e aspectos, com frequência, reclamando reflexão e até mesmo redefinições, com vistas a seu melhor ajustamento à realidade social. Com efeito, a utilidade pública, o interesse social e a necessidade pública, patamares em que se assenta a desapropriação, não se apresentam com a mesma intensidade e caracterização em todos os momentos históricos e, por isto mesmo, na medida em que variam as definições de propósitos e as diretrizes filosóficas de governo, os impactos sobre seus mecanismos de atendimento se

apresentam mais ou menos preponderantes ou clarificados, exigindo do cientista do direito, do analista e principalmente do aplicador da lei, a descoberta de opções, de alternativas e compatibilizações, dentro do próprio ordenamento normativo, com o que se evita a edição de novas normas, casuisticamente quase sempre, senão fruto tão-só da emocionalidade de seus editores ou idealizadores.

Poder-se-ia, agora, relacionar situações várias, no campo da expropriação, que ainda não encontraram seu exato equacionamento, tanto no plano doutrinário, como na jurisprudência. Neste trabalho, contudo, o objetivo básico é o registro, impondo-se, todavia, considerações prévias essenciais.

## 2 — Natureza jurídica da desapropriação

Ninguém mais discute, nos tempos presentes, sobre a natureza jurídica da desapropriação, muito embora o vigente Código Civil a tenha indicado em seu art. 590 como **causa de perda da propriedade**, ao contrário, pois, das causas de aquisição da propriedade relacionadas no art. 530 (transcrição, acesso, usucapião e direito hereditário).

Presentemente, a doutrina está pacificada. A desapropriação é considerada como **modo originário de aquisição da propriedade**. Vem a propósito a lição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO, *in verbis*:

“A luz do direito brasileiro, desapropriação se define como procedimento através do qual o Poder Público, compulsoriamente, por ato unilateral, despoja alguém de um bem certo, fundado em necessidade pública, utilidade pública, ou interesse social, adquirindo-o originariamente mediante indenização prévia e justa” (**Elementos de Direito Administrativo**, Revista dos Tribunais, 1980, p. 188).

No mesmo sentido é a lição de SÉRGIO FERRAZ, ADILSON DALLARI, HELY LOPES MEIRELLES, LÚCIA VALE e tantos outros juristas de grande expressão.

Essa conceituação decalca-se no art. 153, § 22 da Constituição do Brasil e ainda mais se positiva na legislação ordinária pertinente ao instituto (cf. Decreto-Lei nº 3.365/41, arts. 26 e 35; Lei nº 3.833/60, art. 3º; Lei nº 4.519/64, arts. 8º e 9º; Decreto-Lei nº 554/69, art. 14). Inclusive, bem a tempo o Anteprojeto de nova lei de desapropriação, elaborado por Comissão composta do Ministro GONÇALVES DE OLIVEIRA, seu Presidente, HELY LOPES MEIRELLES, como Relator, além de outros, publicado no **Diário Oficial da União**, do dia 2 de março de 1982, indica, em seu art. 45, parágrafo único, a desapropriação como modo originário de aquisição da propriedade.

Também à jurisprudência não tem passado despercebido esse aspecto de grande relevância para a exata compreensão do problema. Ilustra o



presente trabalho, por oportuno, acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, publicado na **Revista dos Tribunais**, v. 410, pp. 215-216, precisamente nesse mesmo sentido, afirmando a mesma tese.

Assim, com a desapropriação o bem passa para a dominialidade pública, perdendo sua categoria de bem privado, sujeitando-se ao regime jurídico de direito público e a princípios publicísticos bastante diferentes dos que informam e disciplinam os bens da ordem privada.

### 3 — Conseqüências do conceito

Do postulado que acaba de ser explicitado, que descomporta dúvidas ou variações de profundidade, várias conseqüências importantes podem ser extraídas e que servem para espancar inquietações a respeito de muitos aspectos do instituto. Na verdade, como modo originário de aquisição da propriedade, a desapropriação não fica atrelada ou vinculada a qualquer situação ou causa anterior, bastando-se a si mesma, como causa autônoma, suficiente para gerar, por força própria, o título constitutivo da propriedade. É evidente que, se forma derivada fosse, o ato aquisitivo somente poderia produzir os efeitos desejados na medida em que se compatibilizasse com uma situação dominial bem definida anteriormente.

A importância dessa colocação se reflete direta e imediatamente na questão do registro da desapropriação. Aliás, não há quem sustente a desnecessidade do registro, isto é, da escrituração da entrada do bem na dominialidade pública e, por via de conseqüência, de sua saída do domínio privado. Mas, é preciso realçar-se que a natureza desse registro é completamente diferente daquela relativa aos bens particulares ou por outro modo adquiridos. A finalidade desse registro, em verdade, é muito mais para documentar a saída do bem do domínio privado, do que a testificação da aquisição ou o momento da consumação desta. Com pertinência, assinala SERPA LOPES que essas duas espécies de transcrição (de bem particular e da desapropriação) se apresentam absolutamente diversas, nos seus aspectos e efeitos (cf. **Tratado de Registros Públicos**, 3ª ed., v. 4º, pp. 173/4).

O registro na desapropriação é apenas certificador da perda pelo particular da propriedade do bem, apresentando-se necessário apenas para evitar negócios irregulares envolvendo o bem, com possibilidade de sérios prejuízos para terceiros de boa fé. Além dessa finalidade, nenhuma outra de monta poderá ser apontada, inclusive porque o particular perde a propriedade no exato momento em que se consuma a desapropriação, quando é feito o pagamento da justa indenização ou é feito o depósito do valor arbitrado pelo juiz, à disposição do expropriado.

### 4 — Dúvidas cartorais

A despeito dessas premissas básicas, indúvidas e indiscutíveis, ainda surgem problemas diversos envolvendo o registro da desapropriação. Muitas dessas dúvidas, entretanto, são levantadas exatamente porque os serviços de registro, por suas naturais limitações e apego a práticas seculares, não se

aproximaram dessas colocações afirmadas e confirmadas pela doutrina e pelos Tribunais. Vez por outra estão se recusando a registrar expropriações porque há descompasso entre os dados do processo e os registros anteriores, até mesmo quanto a nomes de pessoas. Contudo, ao afirmar-se que a desapropriação é modo originário de aquisição da propriedade, sendo, pois, bastante para definir, por si, a propriedade do expropriante, independentemente de qualquer vínculo anterior com os assentamentos relativos ao expropriário, quer-se dizer precisamente, por via de consequência e a todas as luzes, que o seu registro não precisa se compatibilizar ou se subordinar a anteriores registros, nem do ponto de vista objetivo e nem subjetivamente. Aí reside a grande diferença entre o registro de títulos referentes a bens particulares e o da desapropriação. No primeiro, a transcrição ou a inscrição ou a averbação pressupõe perfeita compatibilização com os assentamentos existentes no Cartório. No segundo, porém, essa exigência inexistente, mesmo porque os direitos de terceiros por acaso transcritos vão-se refletir no preço da indenização e não mais no imóvel expropriado.

Ademais, essa situação persiste, no particular, mesmo que o expropriante efetue o pagamento da indenização a quem não for o legítimo proprietário do bem, desservindo essa circunstância para invalidar a desapropriação ou para impor outra. De qualquer maneira, a propriedade está perfeitamente adquirida pelo ente expropriante e, a **contrario sensu**, perdida por quem a tinha. Assim é, naturalmente, porque, com a efetivação da desapropriação, corta-se qualquer ligação do bem com o seu passado, não se exigindo, portanto, para o registro, sequer a existência de transcrição anterior e, por evidente, que haja correspondência completa desse título com os registros anteriores, acaso existentes, relativos ao bem. No plano privado, entretanto, assim não pode ocorrer. A escrituração de qualquer título no registro imobiliário pressupõe regular compatibilização com as notas preexistentes.

Nada disso é apenas fruto da criação ou imaginação dos doutrinadores. É da tradição do direito brasileiro que o poder expropriante adquire o bem livre de qualquer gravame de natureza real que porventura incida sobre o mesmo. Nessas hipóteses, ficam os respectivos titulares de direitos subrogados no preço da indenização que for pago pelo expropriante. Quanto aos direitos obrigacionais relacionados com o bem, deverão ser reclamados por meio de ação direta contra o expropriado e não na ação de desapropriação. Assim prescrevem os arts. 26 e 31 do Dec.-Lei nº 3.365/41. Inclusive, está inscrito nesse mesmo diploma legal, art. 35, que qualquer ação que venha a ser julgada procedente, envolvendo a desapropriação, resolver-se-á em perdas e danos. No mesmo sentido é a regra do parágrafo único do art. 3º, da Lei nº 3.833/60 e do parágrafo único do art. 14, do Dec.-Lei nº 554/69.

É de se ressaltar, também, que nem mesmo a reivindicação fundada em nulidade da desapropriação é admitida, desde que o bem já esteja incorporado à Fazenda Pública. Neste mesmo sentido trilha a Comissão que elaborou o Anteprojeto de nova lei de desapropriação (cf. art. 45, parágrafo único).

Do exposto conclui-se que, após a efetivação da desapropriação, com a efetivação do pagamento do justo preço ou do depósito correspondente,

consumada, pois, a expropriação, impõe-se o registro, sem outras quaisquer exigências, à vista tão-só da ordem judicial, da sentença, independentemente da existência de registro em matriz ou anterior, ou de cadeia sucessória regular, bastando apenas a exata individualização do bem, exatamente porque, como ressaltou o Conselho de Justiça do Tribunal de Justiça de São Paulo, em decisão sem divergência,

“a sentença na expropriação, como título, não acarreta efeito comum de transferência de domínio, pois sua principal função é servir de elemento indicativo do término da propriedade pertinente ao direito privado, com a passagem do imóvel para o setor público (Agravo nº 182.967, *Revista dos Tribunais*, v. 410, p. 215).

## 5 — Desapropriação amigável

Haver-se-ia de dizer que, em face do que acaba de ser exposto nos itens anteriores, no particular do registro, estariam equacionadas todas as possíveis dúvidas. Sim, porque bastaria ser feito o pagamento da indenização fixada pelo juiz ou efetuado o depósito respectivo para se consumir a desapropriação e, com a sentença, ser processado o registro, sem outras quaisquer exigências. Contudo, há outros aspectos do problema que exigem considerações adicionais, uma vez que ainda estão com suas fronteiras abertas suscitando debates, quando não perplexidades. É o caso da desapropriação amigável em que os interesses das partes encontram solução independentemente da imposição jurisdicional.

Há correntes na doutrina brasileira que negam a existência de desapropriação amigável. Segundo seus defensores, nesses casos o que existe é outro negócio qualquer, como, por exemplo, compra e venda, permuta, doação em pagamento, doação, etc. Outros a afirmam categoricamente e com boas razões. Na verdade, duas são as fases da desapropriação. A primeira, a declaratória, consubstanciada no ato do Poder Público firmando a utilidade ou necessidade pública ou o interesse social de determinado bem. Seus efeitos se resumem na submissão do bem à força expropriatória, na fixação do seu estado e permissão ao Poder Público para nele penetrar a fim de fazer medições ou verificações. A segunda fase é a executória, correspondentemente às providências concretas para a efetivação da manifestação constante da declaração anterior. Esta fase poderá se consumir em juízo, ou através de homologação de acordo a que cheguem as partes, ou contenciosamente, quando o juiz fixa o justo preço a ser pago ao expropriado, ou, ainda, realizar-se antes mesmo da propositura da ação. No primeiro caso, fala-se em desapropriação judicial por homologação ou contenciosa, enquanto na última estaria configurada a desapropriação amigável, quando o acordo se faz independentemente do juiz. Em todas essas três modalidades de execução há desapropriação com pagamento de justo preço. Há saída do bem do domínio privado e seu ingresso na dominialidade pública, com a antecedente fase declaratória com a indicação da finalidade. Além disso, em qualquer dessas hipóteses, a aquisição do bem é feita pelo Poder Público em caráter compulsório, descomportando, evidentemente, objeção do particular, a não ser quanto ao preço.

Vista a questão pelo ângulo do direito positivo, vale ressaltar que o Decreto-Lei nº 3.365/41 não fala em desapropriação amigável, embora se refira a acordo. A Lei nº 2.786/56, que introduziu várias modificações no decreto-lei citado, valeu-se da expressão, reportando-se à mesma no parágrafo que acrescentou ao art. 27 desse diploma. A Lei nº 3.833/60, que criou regime especial de desapropriação para execução de obras no polígono das secas, foi muito mais além, vez que suprimiu a forma de execução judicial, ou, ao menos, reservou-lhe papel secundário. Com efeito, manda esta lei que sejam publicados editais, administrativamente, convocando os interessados para entendimento. Havendo acordo, lavrar-se-á escritura de venda, efetuando-se o pagamento (art. 3º). Discordando o expropriado do preço oferecido, o bem será avaliado por peritos das partes, lavrando-se a escritura de venda definitiva, logo a seguir, com preço indicado pelos peritos (art. 5º). Dispõe esta lei, ainda, que no preço do bem ficam sub-rogados quaisquer ônus ou direitos que recaiam sobre o bem expropriado, não prevalecendo contra o expropriante qualquer direito de terceiro relacionado com o bem ou com o próprio alienante. E há mais. Após a publicação do edital convocatório para entendimento, todo aquele que tiver direito a alegar contra os possíveis proprietários, seja em relação ao bem expropriado, ou em relação a dívidas ou outras quaisquer obrigações, poderá pedir, oferecendo provas em juízo, dentro de trinta dias da data da publicação, que seja suspenso o pagamento do cheque correspondente ao preço acordado ou resultante da perícia. Sendo deferido o pedido pelo juiz, deverá o interessado propor a competente ação para obter a penhora, o arresto ou o seqüestro da importância, sob pena de ser feita a liberação do cheque.

Também a Lei nº 4.593/64 é omissa quanto à expressão sob comento. Todavia, a Lei nº 4.519/64, que dispõe sobre a liquidação, mediante acordo, das desapropriações efetuadas no Nordeste, usa a expressão desapropriação amigável (art. 12), subtraindo do comando judicial o pagamento do preço do bem ou o seu respectivo depósito, já que tudo se efetiva administrativamente com a convocação por edital dos interessados, instrumentalizando-se a expropriação por escritura de venda ou de permuta. Assinale-se, por oportuno, que, se houver contestação ao direito de propriedade da área objeto da desapropriação, o preço será depositado no Banco do Brasil ou na Caixa Econômica Federal e somente será levantado à vista de sentença declaratória de propriedade. A lide, porém, no caso, nada tem a ver com a desapropriação, dizendo respeito apenas à titularidade do direito ao recebimento do valor da indenização depositada.

Em todos esses casos a escritura é o título hábil para o registro no Cartório de Imóveis, independentemente de cadeia sucessória.

Ainda vem a colação a Lei nº 6.160/74 que indica o instrumento particular como o meio próprio para a formalização dos acordos, valendo como título para a respectiva transcrição no registro imobiliário, desde que o valor da operação não exceda a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País.

Por último, o Decreto-Lei nº 554/69, que dispõe sobre desapropriação por interesse social de imóveis rurais para fins de reforma agrária, condiciona a propositura da ação de desapropriação à impossibilidade de acordo

entre o expropriante e o proprietário da área, isto é, se não for conseguida a desapropriação amigável.

Assentadas essas premissas e na medida em que seja afirmada a existência dessa modalidade de desapropriação — a amigável —, é irrecusável a conclusão de que à mesma se aplicam todos os princípios que regem a desapropriação executada judicialmente, inclusive quanto à natureza do registro. É claro. Como modo originário de aquisição da propriedade, seu registro independe de vinculação ou compatibilizações com situações escriturais anteriores, pouco importando que se tenha instrumentalizado por escritura pública ou por instrumento particular ou que o pagamento seja em dinheiro ou por permuta ou em títulos da dívida pública nos casos previstos em lei.

Em todas essas hipóteses, o bem ingressou no domínio do Poder Público, independentemente da vontade do particular, mediante pagamento do preço e com vistas a uma daquelas finalidades explicitadas, isto é, necessidade ou utilidade pública ou interesse social, pouco importando que se fale no instrumento em venda, dação em pagamento, permuta ou desapropriação.

Entendimento contrário, diante dessas colocações, é o mesmo que deixar a meio caminho a definição do problema do registro em larga faixa de efetivação das desapropriações. Evidentemente, aceitos os princípios, é imperiosa a aceitação das conseqüências correspondentes.

Por fim, vem a propósito, ainda, o Anteprojeto de nova lei de desapropriação, que depois de indicar as diversas modalidades de expropriação, dentre as quais a amigável, disciplina seu procedimento, apontando o termo administrativo como título hábil para o registro imobiliário. É bem verdade que nesse documento não foi utilizada em qualquer momento essa expressão. Mas, o só fato de definir seu procedimento deixa bem clara sua aceitação.

## 6 — Considerações finais

Diante do tracejamento do tema, essas foram as considerações que se apresentaram pertinentes, ficando os demais aspectos sem acentuação polêmica para outros espaços. Não resta dúvida, porém, que o instituto da desapropriação, no seu grande universo, está repleto de caminhos e desvãos ainda um tanto sombreados e que haverão de ser devidamente palmilhados pela doutrina especializada e pela jurisprudência, tanto mais agora quando está, na ordem do dia, radical modificação de sua estrutura normativa, aberta ao grande debate nacional, com a participação de todos os segmentos interessados da sociedade brasileira, com o que estará a nova lei impregnada das aspirações de todos, em lugar de ser apenas fruto das convicções ou posicionamentos da reduzida área que elaborou a proposta inicial.

## II — ASPECTOS PROCESSUAIS NA PROPOSTA PARA UMA NOVA LEI.

### 7 — Inovações processuais

Atendendo a reclamos os mais diversos de segmentos interessados no assunto, no País, foi elaborado Anteprojeto de uma nova lei sobre o insti-

tuto da desapropriação, sendo publicado pelo Ministério da Justiça, no **Diário Oficial** da União, de 2 de março de 1982, com o objetivo de receber contribuições para que o trabalho resulte enriquecido e, com isto, no final, represente, efetivamente, os anseios de todos quantos o aguardam. Esse trabalho foi realizado por uma Comissão composta do Ministro GONÇALVES DE OLIVEIRA, como Presidente, Professor HELY LOPES MEIRELLES, Relator, e dos juristas ANTÔNIO LUIZ DE SOUZA ROCHA, RONALDO POLETTI, FRANCISCO DE PAULA PESSOA e ALVARO PESSOA.

No particular do processo judicial, o Anteprojeto traz consideráveis inovações, inclusive simplificando-o de forma acentuada. O assunto está regulado no Capítulo III, sob a rubrica do Processo de Desapropriação, reservando a Seção I para o **procedimento judicial** e a Seção II para o **procedimento amigável**.

Releva notar algumas dessas modificações, ao menos as mais expressivas. Já quanto aos requisitos da **petição inicial** (art. 24), a proposta exige, além daqueles constantes do vigente Código de Processo Civil (art. 282), ao lado dos que estão alinhados no Decreto-Lei nº 3.365/41, o laudo de **avaliação** elaborado pelo assistente técnico do poder expropriante e o **comprovante de eventuais débitos fiscais** do expropriado incidente sobre o imóvel. No caso de o réu aceitar o preço oferecido, resta ao juiz tão-só a respectiva homologação com a conseqüente adjudicação do bem ao expropriante ou ao destinatário indicado no ato declaratório. Neste caso, as despesas judiciais correrão por conta do autor, assim como a responsabilidade pelo pagamento dos honorários advocatícios (art. 25, § 2º).

Na hipótese de pedido de imissão provisória na posse, deverá o autor, ainda, fazer o depósito de quantia nunca inferior a 100 (cem) vezes o valor anual do imposto incidente sobre o bem se houver lançamento, ou, em caso contrário, o correspondente à avaliação elaborada pelo seu assistente técnico.

Impõem-se, desde já, algumas restrições às inovações em comento. Com efeito, não há explicação sequer razoável para se responsabilizar o autor pela verba honorária, havendo concordância com o preço oferecido, até porque não há como se cogitar, de forma alguma, de sucumbência ou de figura assemelhada. Por outro lado, a comprovação de débitos fiscais, com a inicial, é exigência que tem por finalidade assegurar a devida compensação com o preço. Ora, esse requisito bem poderá ser atendido no curso do processo, até o levantamento do valor pelo expropriado.

No tocante à **citação**, prescreve a proposta que a mesma deverá ser feita por **mandado**, na pessoa do dono do bem, sendo que a do marido dispensa a da mulher, a do presidente, diretor ou administrador, a dos demais sócios ou condôminos. Mas, tratando-se de edifício com unidades autônomas, cada proprietário haverá de ser citado, embora se legitimando o síndico, depois, para representar a todos na ação, desde que, para tanto, dos mesmos receba poderes especiais. Por último, tratando-se de espólio sem que tenha ainda inventariante, a citação deverá ser feita ao cônjuge sobrevi-

vente ou a qualquer herdeiro ou legatário que esteja na posse da herança. Quanto à citação editalícia, a proposta a circunscreve aos casos de desconhecimento do paradeiro do réu ou de sua identidade.

É claro que também nesse ponto reclama restrições a proposta. Sim, porque no que tange à citação de espólio sem inventariante, não parece deva prevalecer a legitimação daquele sucessor (herdeiro, legatário ou mesmo o cônjuge sobrevivente) apenas por estar na posse da herança, uma vez que o objetivo da desapropriação poderá estar limitado a apenas determinado bem que se encontre na posse de um deles, sem que tenha a posse de toda a herança. Logo, a citação deverá ser feita ao herdeiro que estiver na posse do bem expropriado. Além do mais, a proposta não faz qualquer referência à forma de citação quando estiver o réu no exterior, como ocorre atualmente, quando a via é o edital. Assim, ou se repete essa regra ou se adota a carta rogatória. Por fim, as hipóteses que autorizam a citação por edital são por demais restritivas, deixando à margem outras tantas, de ocorrência freqüente. Em verdade, pode acontecer que o réu esteja em lugar incerto ou inacessível, o que não é a mesma coisa de lugar desconhecido. Portanto, não há por que não adotar-se as regras do Código de Processo Civil a respeito do assunto, constantes de seu art. 231, muito mais abrangentes.

O Anteprojeto inova, também e significativamente, no tocante aos rumos que poderão ser tomados pelo réu. Em primeiro lugar, a proposta não fala em **contestação** e sim em **defesa**, gênero do qual aquela é espécie. Em segundo lugar, elastece o prazo para 30 (trinta) dias, a contar da citação, podendo ser prorrogado até 90 (noventa) dias, a pedido do expropriado (art. 25, § 1º). E no mérito, permite ao expropriado não apenas atacar o preço oferecido, assim como a nulidade do processo por vício formal, e, finalmente, como inovação, também poderá argüir a **nulidade do próprio ato declaratório** de utilidade pública ou interesse social. Indica a proposta, ainda, que à defesa deverá ser anexado o laudo de avaliação do assistente técnico do expropriado, assim como o título de propriedade, com certidão atualizada de domínio e de ônus reais, se houver. É evidente que, se a defesa se limitar a atacar o processo por nulidade ou o próprio ato declaratório, esses elementos tornam-se desnecessários. Por outro lado, esses dados poderão estar em livros e notas que não permitam acesso no prazo de defesa, razão pela qual, nos termos da legislação processual civil em vigor, poderão ser juntados oportunamente.

Quanto ao **procedimento**, é a proposta também inovadora. Em verdade, determina que, se o réu não se defender, ou, se o fizer com laudo de avaliação de seu assistente técnico em quantitativo não excedente de 20% do laudo do assistente do autor, o juiz decidirá a causa de plano, no prazo de 15 (quinze) dias, podendo optar por qualquer dos laudos. Caso a diferença ultrapasse o percentual indicado, deverá o juiz nomear **avaliador**, sem dependência de compromisso, devendo entregar o seu laudo, sob pena de perda do salário, no prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável, a seu pedido, por igual tempo ao que fora concedido à defesa.

Nesse ponto, ressentem-se a proposta da necessária clareza. Evidentemente, se o objetivo da sanção ao perito é coibir a morosidade do processo, é claro que a perda do salário apenas poderá ser pior, uma vez que, sabendo disso, simplesmente não entregará o seu laudo em tempo algum, declinando do encargo que já estaria com a nota da gratuidade. Por outro lado, como a proposta permite a prorrogação do prazo para a defesa até 90 (noventa) dias, estaria o perito, em qualquer hipótese, também com essa possibilidade, o que não se justifica, a não ser que o expropriado se tenha utilizado daquela faculdade.

Com a juntada do laudo do avaliador cada parte terá o prazo de 5 (cinco) dias, sucessivamente, para apresentação de **memorial**, seguindo-se o julgamento da causa, no prazo de 15 (quinze) dias. Essas diligências independentem de audiência. Acontece, porém, que, se o juiz ou qualquer das partes quiserem esclarecer pontos dos laudos, deverão formular suas perguntas, por escrito, devendo ser, pela mesma forma, respondidas pelo respectivo destinatário no prazo de 5 (cinco) dias, a contar da notificação, sob pena de incorrer na mesma sanção acima mencionada. É claro que cada perito só deverá ser convocado a responder questões relativas a seu trabalho. A propósito, deverá haver uma inversão dos §§ 5º e 6º do art. 25, uma vez que a juntada dos memoriais somente deverá ocorrer depois que forem prestados os esclarecimentos complementares pelos peritos.

Contém a proposta, ainda, um ponto que merece o devido destaque, tendo em vista, inclusive, sua absoluta impropriedade e assistematização. Como efeito, diz a proposta que, se o réu, na defesa, levantar preliminares, deverão as mesmas ser decididas em **despacho saneador** e que, após o decurso do prazo para a interposição de agravo retido, o juiz proferirá a sentença. Ademais silencia a respeito das preliminares que se interliguem ao mérito. Pois bem, essa colocação se apresenta ilógica, senão contraditória, já que se não há necessidade de produzir-se provas em audiência — e é o caso das preliminares por vícios formais do processo —, não se justifica a etapa do despacho saneador e muito menos do prazo para a interposição de agravo, importando tudo isso em despropositada perda de tempo, em prejuízo dos propósitos de reformas que são os de agilizar e simplificar o processo expropriatório. Melhor será que seja a causa julgada desde logo, quando o juiz, na sentença, apreciará também as questões preliminares que envolvam ou não o mérito. Aliás, daí não adviria nenhum prejuízo, porque o juiz poderá, a qualquer tempo, determinar que as partes supram deficiências ou sanem irregularidades ou omissões para evitar a proclamação de nulidades no final.

Sobre a **sentença**, o Anteprojeto pouco evoluiu. Exige que a mesma indique as características do bem expropriado, fixando a justa indenização e mais os encargos processuais devidos, levando em consideração todos os elementos passíveis de recomposição, com arrimo nos laudos constantes dos autos. Exclui a proposta, da fixação do justo valor, quaisquer valorizações do bem resultantes de obras ou serviços públicos efetivados **depois do ajuizamento da ação expropriatória**. Ocorre, todavia, que esse marco (data do



ajuizamento da ação) pode permitir enriquecimento indevido do expropriado que se poderá beneficiar de obras públicas para exasperar o valor de seu bem. Sim, porque pode o Poder Público declarar de utilidade pública ou de interesse social, para fins de desapropriação, determinado bem e, logo a seguir, dar início a obras ou serviços nas suas imediações, tais como construção de prédios, abertura de ruas, implantação de sistemas básicos de saneamento e somente depois, muito depois, ajuizar a ação de desapropriação. Logo, o bem ali situado se valorizou em função das atividades do Poder Público, não devendo, por evidente, essa diferença ser suportada pelo mesmo por ocasião da fixação do justo valor indenizatório. Daí por que o mais prudente e justo é considerar-se como termo inicial, para determinar a exclusão referenciada, não o ajuizamento da ação e sim a data do ato declaratório emitido pelo poder expropriante. Essa matéria nada tem a ver com a regra do art. 3º, § 2º, que manda indenizar ao expropriado construções e melhoramentos que venham a ser feitos pelo mesmo no bem até o ajuizamento da ação. O que importa saber é se a valorização decorreu ou não de atividades do Poder Público, a partir do momento em que este manifestou o seu propósito de expropriar o bem.

Na parte atinente aos **recursos**, a proposta é também inovadora. Primeiro, só cogita do **agravo retido**, excluindo, por via de consequência, outra via recursal. Segundo, institui pressuposto novo para a **apelação** do expropriante, ao condicioná-la ao depósito correspondente à metade do valor da condenação, que ficará à disposição do juízo, descontado o eventual depósito anteriormente feito e os débitos de tributos incidentes sobre o bem. Ademais, limita o recurso **ex officio** à hipótese de condenação superior ao dobro da oferta (art. 33). Por último, suprime o pressuposto do **preparo** e dá preferência sobre qualquer outro ao julgamento desses recursos que não têm revisor. Note-se, por oportuno, que, se resultar reformada a sentença que condenou a Fazenda para reduzir o valor da indenização a menos da metade, deverá o expropriado devolver a parcela excedente porventura levantada, no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da intimação do acórdão, devidamente corrigida, valendo a decisão como **título executivo**, correndo a respectiva execução em autos apensos aos da desapropriação (cf. art. 31, parágrafo único).

## 8 — Ações novas

Além da ação de desapropriação propriamente dita, traz o Anteprojeto, expressamente disciplinados, institutos novos, no plano legislativo, embora com a consagração jurisprudencial e doutrinária. É o caso da **ação de desapropriação indireta**, atribuída ao proprietário de um bem que seja objeto de apossamento administrativo sem a observância das disposições legais pertinentes. Nesses casos, deverá o Poder Público ser citado para a ação, só podendo se defender, entretanto, se fizer o depósito respectivo, a não ser que devolva o bem ao proprietário e pagando os prejuízos causados. Esta ação teve seu prazo prescricional fixado em 5 (cinco) anos, a contar do início do apossamento.

Convém ressaltar, entretanto, que o Anteprojeto, nesse particular, também se apresenta com lacunas e imperfeições. Em primeiro lugar, embora vincule a ação sob comento a **apossamento administrativo** contrário à lei, não faz remissão a qualquer diploma que a tanto se refira. É bem verdade que a própria proposta permite a servidão, a requisição e a ocupação provisória de terrenos (cf. arts. 42 a 44), como formas de **apossamento administrativo**. Portanto, fora dessas hipóteses, adequada se apresenta a desapropriação indireta.

Por outro lado, embora a proposta condicione a defesa do Poder Público à efetivação de depósito, não apresenta qualquer parâmetro para a fixação da quantia correspondente. Fica o intérprete, pois, na dúvida. Seria de seguir-se o critério adotado para a fixação do valor nos casos de imissão provisória (art. 24, parágrafo único), ou, ao contrário, bastaria o laudo de assistente técnico do expropriante (art. 24, inciso III)? É bem mais lógico que o depósito seja feito como se houvesse pedido de imissão provisória, tanto mais que o proprietário dessa já foi despojado. Por último, se o Poder Público optar pela devolução do bem, deverá a ação prosseguir visando apenas o pagamento dos prejuízos causados.

Pela vez primeira, vem ao direito brasileiro tanto a **ação reversa**, como a **ação de retorno**, com objetivos bem definidos. Pela primeira, poderá o proprietário reclamar judicialmente a efetivação da desapropriação, desde que o poder expropriante se omita em fazê-la no prazo de 18 (dezoito) meses, a contar da data de publicação do ato declaratório. Basta, portanto, para autorizar a propositura dessa ação, o fato de não ser proposta a ação expropriatória ao longo daquele prazo. Silencia a proposta sobre os possíveis efeitos, no particular, da instauração do **procedimento amigável**, como inequívoca manifestação de propósitos em ser efetivada a desapropriação. Além do mais, a proposta não traça qualquer regra procedimental para essa espécie de ação, silenciando por completo quanto aos requisitos da inicial, prazo de defesa, etc. Logo, é de questionar se são aplicáveis as regras do Código de Processo Civil relativas ao procedimento ordinário ou, se, ao contrário, incidentes são as normas previstas para a ação de desapropriação indireta? Aliás, a defesa do Poder Público está condicionada ao depósito do valor fixado de conformidade com as regras já referidas, a não ser que haja **revogação do ato declaratório**. Mas, na primeira hipótese, feito o depósito, o que deverá ocorrer? A proposta é silente sobre o assunto. Por absoluta compatibilidade, nesse caso deverá o juiz mandar ouvir a parte contrária que poderá concordar com o valor oferecido ou apresentar outro, baseando-se, inclusive, em laudo de seu assistente técnico, observando-se, a partir daí, as regras aplicáveis à ação de desapropriação direta. Havendo, porém, revogação do ato declaratório, por via de consequência, também, deverão incidir as regras do art. 9º, podendo o proprietário, nos próprios autos, cobrar os prejuízos que lhe tenham sido causados, a não ser que prefira fazê-lo em ação autônoma no prazo prescricional de um ano.

Já quanto à outra, a **ação de retorno**, a Comissão simplesmente procurou transportar para a lei uma realidade que existe, embora com soluções e definições as mais duvidosas e incertas que é a **retrocessão** prevista no Código Civil. Na verdade, prescreve o art. 1.150 que, se o bem não tiver o destino para que fora expropriado, deverá ser oferecido a seu expropriatário. O fundamento, portanto, da retrocessão é apenas o **desvio de finalidade**. Pela proposta, porém, justifica a ação de retorno, também, a **alienação não autorizada**. É de observar-se, contudo, que a jurisprudência consagrou o princípio segundo o qual descabe a retrocessão se o desvio de finalidade não extrapolou o interesse público, isto é, se o emprego do bem visou o atendimento a outro fim público. As condições impostas pelo anteprojeto dizem respeito à reposição do valor da indenização que tenha sido pago ao expropriado, que deverá retornar aos cofres públicos devidamente corrigido monetariamente, acrescido da valorização decorrente de benfeitoria útil ou de obra pública, menos, é claro, o montante dos prejuízos sofridos pelo expropriado. Esta ação deverá prescrever no prazo de um ano, a contar da data em que completar o quinquênio da adjudicação do bem ao expropriante, isto para a hipótese de omissão na utilização do bem, e, no mesmo prazo, a contar da data do desvio de finalidade (art. 12, §§ 1º e 2º), ou da alienação desautorizada.

Muito embora a proposta nada disponha a respeito do procedimento desse tipo de ação, no caso é de se aplicar o Código de Processo Civil, seguindo-se as regras do procedimento ordinário, pela própria natureza da ação, ficando todas aquelas parcelas (reposição corrigida, acréscimo de valorização e deduções por prejuízos) a serem definidas através dos meios legais pertinentes, inclusive a liquidação de sentença.

A proposta ainda traz disposição de elevado alcance social, embora tenha ficado a meio caminho. É o caso de área remanescente que não mais se preste à sua destinação normal. Nestes casos, poderá o expropriado pleitear a extensão da desapropriação para abranger também essa área. Ocorre, entretanto, que a situação de terceiros, atingidos com a desapropriação, ficou sem equacionamento, tanto mais que foi abolida a desapropriação por zona atualmente em vigor (art. 37 do Dec.-Lei nº 3.365/41). Poder-se-á dizer que os mesmos poderão se valer dos meios próprios para obter indenização por perdas e danos. Melhor seria assegurar-lhes, por absoluta identidade de situação, essa providência da **extensão** que é uma ação.

Como ação nova, no âmbito da legislação expropriatória, merece citação a **executiva** prevista no art. 31, parágrafo único, pertinente quando o recurso do expropriante for provido para reduzir o valor da indenização a menos da metade e o expropriado não fizer a devolução do excedente que recebeu no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da data da intimação do respectivo acórdão.

## 9 — Procedimento administrativo

No capítulo reservado ao processo de desapropriação, abre a Comissão espaço próprio para dispor sobre o procedimento administrativo com vis-

tas a uma composição amigável entre o expropriante e o expropriado, matéria efetivamente nova no direito brasileiro. Não se encorajou, porém, a falar em **desapropriação amigável**, a despeito de ter sido esse o propósito.

Dúvidas resultam dessa colocação, na medida em que, não sendo a desapropriação matéria da exclusiva área federal, aos Estados-Membros e aos Municípios não poderão ser impostas regras de direito administrativo **stricto sensu**. Portanto, quando muito essas disposições serviriam de postulados a orientar os legisladores estaduais e municipais por ocasião da edição de normas para disciplinar os seus procedimentos administrativos sobre a desapropriação extrajudicial.

Mas, nessa seção normas outras há de natureza diversa. Em primeiro lugar, possibilita que o acordo seja representado em escritura pública ou em **termo administrativo**, valendo ambos como instrumento adequado de transmissão e recebimento de domínio e posse do bem para o devido registro imobiliário, se o bem expropriado for imóvel ou, tratando-se de bem móvel, o acordo poderá ser feito por instrumento particular ou por termo administrativo, a ser registrado no Cartório de Títulos e Documentos ou, se for ação, quotas ou direitos societários, na Junta Comercial. Em segundo lugar, permite que o pagamento seja feito tanto em dinheiro ou títulos da dívida pública, como através de outros institutos, a permuta, dação em pagamento, compensação de débitos fiscais etc. (art. 35, § 2º). É claro que a oportunidade não é própria para uma tomada de posição sobre a discussão doutrinária em torno da natureza jurídica dessa forma de composição entre o poder expropriante e o expropriado, em face dos parâmetros conceituais da desapropriação.

É claro que na prática administrativa, nos três níveis constitucionais, qualquer desapropriação, antes de ir para o judiciário, sofre um processo tratativo e que tem dado resultados satisfatórios. Por isto mesmo, é recomendável a edição de norma condicionando a propositura da ação de desapropriação ao esgotamento das vias administrativas com vistas a uma composição amigável sobre o preço do bem e condições de pagamento, com o que estarão sendo evitados problemas os mais diversos e com vantagens, afinal, meramente aparentes.

## 10 — Considerações finais

Todas as colocações feitas nesta oportunidade tiveram como escopo principal a explicitação das principais inovações constantes do Anteprojeto de uma nova lei sobre desapropriação, sem tomar partido nessa ou naquela matéria que ainda perdura discutida na doutrina e indefinida no plano jurisprudencial. Por isto mesmo, ficou sem referência a possibilidade de utilização dos vários instrumentos legais contra atos declaratórios de utilidade ou necessidade pública e interesse social, assim como para coibir abusos do Poder Público diante do direito de propriedade, assunto este que, por si só, autoriza explanação específica.

# O mérito do ato administrativo perante o Judiciário

JOSÉ JAPPUR

Advogado, jurista e escritor. Presidente do Departamento Econômico do Instituto dos Advogados do RS e Ex-Auditor do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul.

## SUMÁRIO

*Histórico do mérito*

*Origens e limitações*

*Conceito de mérito*

*O mérito perante o Judiciário*

*Nova orientação*

*Mudança de critérios*

*Abertura do campo conceitual*

*Legalidade e legitimidade*

*O mérito como reservatório genérico dos pressupostos de fim, causa, motivo, legalidade e legitimidade*

*Conclusões*

O mérito do ato administrativo era vedado ao exame do Poder Judiciário. Assim ensinava, com convicção, o Professor SEABRA FAGUNDES:

“Ao Poder Judiciário é vedado apreciar, no exercício do controle jurisdicional, o mérito dos atos administrativos” (1).

Tal critério fez praça, durante longo tempo, na jurisprudência. O Supremo Tribunal Federal, nos idos de 1938, pelo voto do Ministro Laudo de Camargo, sustentou em estilo cortante:

“Existindo o processo administrativo, não se pode anular o ato demissionário” (2).

(1) SEABRA FAGUNDES. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 4.ª ed., 1968, p. 167.

(2) *Revista Forense*, vol. 73, p. 495.

Percebe-se que havia uma suspensão de juízo diante do mérito do ato administrativo. O mérito constituía, a rigor, uma espécie de “res sacra”. Era o mito consagrado da mulher de César. Não se tocava, nem se duvidava: “Noli me tangere”. Tal preconceito decorreu duma falsa interpretação em torno da Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, que “institui a ação sumária especial para anulação dos atos administrativos.” Diz o art. 13, § 9º, da referida lei, revogada desde o advento do velho Código de Processo:

“Verificando a autoridade judiciária que o ato ou resolução em questão é ilegal, o anulará no todo ou em parte, para o fim de assegurar o direito do autor:

- a) consideram-se ilegais os atos ou decisões administrativas em razão da não-aplicação ou indevida aplicação do direito vigente. A autoridade judiciária fundar-se-á em razões judiciais, abstando-se de apreciar o merecimento dos atos administrativos, sob o ponto de vista de sua conveniência ou oportunidade.”

De igual modo, preceitua o art. 9º do Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, que dispõe sobre a desapropriação:

“Ao Poder Judiciário é vedado, no processo de desapropriação, decidir se se verificam ou não os casos de utilidade pública.”

A rigidez dum preconceito perde aos poucos seu reinado como resíduo abstrato em algumas mentes. A jurisprudência vem paulatinamente quebrando a cidadela da resistência através do que se conveniou denominar de “jurisdicionalização” do ato administrativo. Pacificamente, hoje já se examinam perante o Poder Judiciário os seguintes elementos do ato administrativo: sujeito, objeto, forma, motivo e fim. Nem se admite mais a oposição entre ato vinculado e ato discricionário.

O mérito do ato administrativo não é conceito equívoco como fora no passado. Define-se, atualmente, como sendo “o fundo da substância litigiosa”. É o fundo de quadro da moldura administrativa. Se assim o é, não poderia jamais o Judiciário renunciar ao seu exame em quaisquer circunstâncias. Afirma-se que o ato administrativo discricionário tem base na oportunidade ou conveniência. Tal área é proibida ao Judiciário. Nada mais falso do que um preconceito que se dogmatizou ao longo

do tempo. Fora de dúvida, é insensatez deixar sem controle um ato inoportuno ou inconveniente. As hipóteses são modalidades de violação ao próprio princípio de legalidade ou de legitimidade. O controle de eficiência é mais importante do que o controle puro e simples da legalidade. Interessa ao bem comum que a ação administrativa se processe com legalidade e com moralidade. Mas interessa, também, e muito, que tal ação seja eficiente. Esbulha o povo o administrador desonesto; mas pode esbulhá-lo mais ainda o administrador indolente ou incapaz que adota medidas inoportunas ou inconvenientes. Por isso, a velha superstição cede lugar ao controle aberto. O ato administrativo, como pedra angular da administração pública, deve sujeitar-se ao controle amplo como nova modalidade de radiografia de tudo quanto se processa na área administrativa. O controle não se compadece com o mito do privilégio qual arcano eleusino. Cuida-se, hoje, da verdade do ato administrativo na sua globalidade. Pressupõe o exame da legalidade, legitimidade e oportunidade.

Não basta assegurar a ordem jurídica. Importa, também, o resguardo da moralidade administrativa. O legítimo gira em torno da moral, enquanto o legal, em torno do direito. Permite daí concluir que o legal é necessariamente legítimo, mas nem todo o legítimo é legal. Do ângulo nosológico, o ilegal é sempre o ilegítimo, mas o ilegítimo nem sempre é ilegal. Assim parece porque o conceito de legalidade move-se dentro do direito positivo, enquanto a noção de legitimidade é da órbita do direito natural. A legitimidade é mais questão de fato do que de direito. A legalidade é mais questão de direito do que de fato. Aí reside a velha disputa do direito e da moral que é o "Cabo de Horn" do moderno controle. O ideal seria que todas as normas de moral fossem transformadas em normas de direito, mas o que se verifica é que apenas algumas delas é que se transmutam em normas jurídicas, integrando o elenco de postulados do direito positivo. Os atos da administração pública são marcados mais por regras de moral do que de direito, mesmo porque o direito administrativo é mais descritivo do que prescriptivo. Caminha, por certo, dentro de preceitos de lei, mas prepondera, na gama das atribuições, o sentido moralístico. É mais importante, pois, no direito administrativo, observar os problemas de origem e fisionomia interna do ato do que sua simples roupagem externa ou formal, uma vez que a esfera de aplicação do legítimo é infinitivamente maior do que o legal. A moralidade do ato administrativo enquadra-se na legitimidade dos fins ou dos motivos determinantes. Na moderna legislação, o exame da moralidade pode extrair-se da Lei nº 4.717, de

29 de junho de 1965, que regula a ação popular. Diz o art. 2º do referido diploma:

“São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

- a) incompetência;
- b) vício de forma;
- c) ilegalidade do objeto;
- d) inexistência dos motivos;
- e) desvio de finalidades.”

A lei define cada categoria no parágrafo único do mesmo artigo:

- “a) a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou;
- b) o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato;
- c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo;
- d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido;
- e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.”

Por certo, a moralidade do ato administrativo compreende o exame da existência de motivos, finalidades adequadas e seriedade do ato. Negar ao juiz a verificação objetiva da matéria de fato, quando influente na formação do ato administrativo, será converter o Judiciário em mero endossante da autoridade administrativa, substituir o controle da legalidade por um processo de referenda extrínseco <sup>(3)</sup>. É sabido que os motivos precedem ao ato, criam as condições de sua existência, servem de ponto de apoio ao processo intelectual e volitivo de que emana

(3) CAIO TACITO. *Direito Administrativo*, pp. 60-61.



a realização do objeto. A finalidade é o sentido teleológico do ato, é o objetivo jurídico e material a que se dirige, em última análise, a ação administrativa.

A atividade administrativa não é obra do acaso. Possui direção finalística. O exame não pode, pois, ficar no direito só, mas no fato como núcleo básico. Só assim o controle é integrado e não parcial, valendo o famoso reproche de A. SOREL contra o juiz: "il déduit et n'observe pas". O percurso do ato administrativo que vai da vontade do seu agente até seu fim é um itinerário que merece atenção integral do analista. A natureza moral do ato diz respeito com o controle teleológico que repousa na aplicação do ato na sua verdadeira destinação. Qualquer desvio implica em distorção de finalidade, tornando ilegítimo o ato num ângulo capaz de contaminá-lo na sua globalidade. O homem, como a administração, tende a ser o legislador de si mesmo. Essa tendência mostra a necessidade de afastar-se o analista da determinação formal para o exame real das intenções ou práticas administrativas. Entre a *lex voluit* e o *modus faciendi*, há uma distância e larga margem por onde penetra a moral da crítica jurídica. A lei não é só texto, mas contexto. A livre discricção não significa liberdade sem controle. Basta ver que o ato discricionário brota duma opção de vários possíveis. Elege-se o mais conveniente ou oportuno. A conveniência ou oportunidade não é ato livre. Seu limite está na moralidade interna ou externa do ato. O interesse público serve de fiel de balança para medir o ato na sua discricção. O conceito de controle integrado alcança a área da conveniência ou oportunidade, onde imperava, até então, total imunidade de exame por razões de técnica ou falso preconceito. Os motivos e a finalidade do ato se sucedem e se completam, mas não se confundem. Toda manifestação de um agente administrativo está condicionada ao interesse público, como destinatário permanente da ação do Estado. Assim, *in genere*, qualquer ato administrativo está vinculado a um fim público, mesmo que a ele não se reporte, explicitamente, a norma legal de competência. Mas não é suficiente que o ato administrativo se enderece a uma finalidade qualquer de interesse coletivo. É necessário que se observe a finalidade específica, ou seja, o fim expresso ou implícito relacionado com a própria natureza do ato. Se o agente visou a realização de outro fim socialmente legítimo, mas em discrepância com o objetivo da regra legal executada, haverá, igualmente, vício substancial de nulidade (4). É assente na doutrina que os atos administrativos têm, a seu favor, uma presunção de verdade ou legitimidade. O diagnós-

(4) CAIO TÁCITO. *Direito Administrativo*, p. 61.

tico de desvio de finalidades exige cautelas extraordinárias, utilizando os instrumentos de precisão no dizer de VITOR NUNES LEAL "para não vestir um santo com a roupa de outro, substituindo o arbítrio administrativo pelo arbítrio judiciário" (5). Nem a ditadura dos juízes, nem a ditadura do Executivo, mas justa medida na dosimetria dos atos administrativos que, acima de tudo, devem ser bem avaliados através da lei e da moral.

A administração moderna necessita sempre de maleabilidade, o que não significa arbítrio. Necessita da flexibilidade, o que não significa ação arbitrária. A liberdade do ato administrativo, no fundo, sofre a pressão dum determinismo inexorável. A chamada "livre discricção" é tabu adorado e mal interpretado na administração pública. Não tem sentido qualquer afastamento da lei. A livre discricção repousa, antes de tudo, na lei, mas fica ao administrador a opção diante de duas ou várias possibilidades. No poder discricionário a ilegalidade é manifestável se o agente do ato discricionário se afasta da lei que, prevendo pluralidade de soluções, não logrou ver-se aplicada através de uma delas sequer. No poder vinculante, a ilegalidade é sindicável, se o agente se afasta da lei que, prevendo uma solução única, não logrou ser aplicada com essa nota de singularidade obrigatória. Na discricção reside a capacidade de fazer apenas o que é conveniente, mas não de fazer tudo o que se quer. A solução entre os possíveis está sempre gizada pela conveniência ou oportunidade. A administração vincula-se no tempo à conveniência ou à oportunidade, tendo sempre o limite do interesse público. Só assim a função do poder discricionário tende a assegurar a adaptação ao real da regra de direito. É ponto de conjugação do real com o fáctico. O vício, quando oculto, é de difícil averiguação prática. Os chamados motivos determinantes nem sempre se percebem claramente. Transformar o fato em direito não é tarefa fácil à compreensão da crítica jurídica. Está claro que a moralidade administrativa é algo essencialmente subjetivo, não obstante podendo assumir sentido objetivo (6). É importante a análise da ambígua expressão "livre discricção", para que à sombra da imprecisão conceitual não se aninhe a fraude ou se instale o permanente descalabro. No particular, merece lembrança o apotegma de BENTHAM:

"A substância das cousas depende com freqüência das palavras".

(5) VITOR NUNES LEAL. Poder Discricionário e Ação Arbitrária. *Rev. de Dir. Adm.*, vol. 14, p. 53.

(6) MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO. *O Controle da Moralidade Administrativa*. Saraiva, 1974, p. 195.

O fim é uma causa? Sem dúvida, o fim é uma causa e, mais do que isso, ocupa o primeiro lugar na escala das causas. A causa depende do fim, mas o fim independe da causa. Todas as causas dependem, para seu cabal exercício, do fim, enquanto este não depende de nenhuma causa. Em razão disso, o fim está no princípio de tudo e não no fim do fim. É o que determina a ação do agente. Em tal momento, torna-se a causa da causalidade. Até certo ponto, compreende-se a frase de SANTO TOMÁS DE AQUINO:

“O fim é a causa da causalidade da causa.”

Na dança das palavras, resta um fundo de verdade, pois nada se faz pelo gratuito prazer do nada. Afinal, nada na natureza se faz em vão. É certo que a escola materialista sempre combateu a idéia de fim. Dizia num simplismo impressionante:

“O que é posterior não pode ser causa de cousa alguma que é anterior.”

A finalidade, estando no fim, como pode causar desde o princípio? Paradoxalmente, falava-se até em “finalidade sem fim”. Mas a finalidade é posterior na ordem da execução, não na ordem da intenção. Esquecem os filósofos do materialismo histórico a definição de ARISTÓTELES:

“O fim é aquilo em vista do qual o agente obra.”

O fim é a causa das últimas intenções aplicadas às primeiras intenções. Assim, a causa não é inteligível sem o fim. A causa inclui uma tendência até o ser do efeito que revela a intenção. O princípio da especificação da tendência ou da ação pelo fim é rico de aplicações em especial na moral e no direito. Isso serve para afastar a idéia de que o fim justifica os meios. A ausência de formação ou informação filosófica na administração pública em geral é responsável pelo caos hesiódico em que se encontra a Nação brasileira. Tudo se faz como se não existisse no ato administrativo uma causa ou um fim, de real legitimidade. Cabe ao analista verificar, em tudo, a causa do fim e o fim da causa. Sem compreensão de tais categorias fica-se no reino mágico dos indiscerníveis, para usar a expressão genial de LEIBNITZ.

De forma conclusiva, o mérito do ato administrativo possui largo espectro no direito moderno, não se opondo ao princípio de legalidade, antes o integrando como ponto substancial. Liga-se o mérito, ainda, a todo um sistema axiológico, isto é, exterioriza juízos de valor. Em razão disso, o mérito do ato administrativo deve sempre submeter-se à apre-

ciação do Judiciário que decidirá da sua validade. O juiz não se transforma em órgão recursal diante da revisão do mérito do ato administrativo. Cumpre, acima de tudo, sua tarefa essencial de decisão com plena cognição do ato controlado. É postulado antigo, na jurisdição una, que “nada se quer senão conhecido” (nihil volitum nisi praecognitum). É a posição do realismo jurídico que supera o cepticismo renunciante ao conhecimento do valor ou mérito do ato administrativo. Aliás a nova tendência já se ensaiou no próprio STF, quando converteu a pena máxima de demissão em mera suspensão aplicada a servidor público (7). Felizmente, renova-se para melhor. Rompe-se, pois, a velha cidadela de antigo preconceito que não poderá desconhecer, afinal de contas, que o mérito do ato administrativo é o fundo substancial do direito. Não raras vezes, o juiz é levado a verificar a justiça da lei, fazendo um julgamento de valor e, desta maneira, julga não só a parte como o legislador. O direito desborda da norma formal que o contém, posto que vive agitado pela natureza das cousas no contexto histórico. O juiz moderno representa quase sempre a função do legislador em cada caso, não ficando na angústia expressional da lei abstrata ou hirtamente formal. O fim, e não a vontade, domina todas as formas de administração. A frase é do mestre RUI CIRNE LIMA. Na administração, o dever e a finalidade são predominantes, no domínio da vontade. A relação administrativa é, portanto, a relação jurídica que se estrutura ao influxo de uma finalidade cogente. Nem se diga que o fim é termo equívoco, a ponto de HARTMANN designá-lo como um *corpus metaphysicum* sem alma. O fim é aquilo pelo qual algo se faz (id propter quod fit). O fim é primeiro na intenção e o último na execução. A vontade é o fator dirigente que governa o acontecimento externo e o converte em uma ação dirigida a um fim.

Dentro do mérito do ato administrativo estão contidos os pressupostos de fim, motivo, causa, legalidade e legitimidade. Na moderna axiologia administrativa, o ato deve ser examinado no seu mérito que compreende a legalidade e legitimidade. Não tem mais sentido falar-se em exame de legalidade e mérito, excluído o último do Judiciário. Cabe aqui o “Abre-te, Sésamo”. A metodologia ora preconizada tem a virtude de acabar com a válvula da impunidade administrativa estabelecida no tempo. Os mitos jurídicos, por necessidade do real, desaparecem em favor de visões autênticas do ato administrativo, imune à túnica de “Nessus” da indenidade asfiziante. Vale concluir. O mérito está diante da legalidade como a essência diante da existência. A essência é condição ontológica do fato, como o mérito do ato administrativo é seu fundamento último.

(7) RTJ 88/879 — RE 77.849, 2ª Turma. Rel. Min. Leitão de Abreu.

# Concorrência desleal: a imitação de marca (ou de seu componente) como forma de confusão entre produtos

CARLOS ALBERTO BITTAR  
Doutor em Direito pela Universidade  
de São Paulo

## S U M Á R I O

- I — AS CRIAÇÕES INTELECTUAIS NA ATIVIDADE EMPRESARIAL
  - 1 — A inserção de criações intelectuais estéticas na atividade empresarial
  - 2 — Consequências no mundo jurídico: a triplice esfera de proteção dessas criações
  - 3 — A situação da marca e de seu objeto (ou componente) no campo das criações protegíveis
  - 4 — Princípios e regras que regem a matéria no âmbito concorrencial: a livre concorrência e seus limites
- II — O DESVIO DE CONDUTA NA ATIVIDADE EMPRESARIAL: A TEORIA DA CONCORRÊNCIA DESLEAL E A CONFUSÃO ENTRE PRODUTOS
  - 5 — A construção da teoria da concorrência desleal
  - 6 — Definição de seus contornos
  - 7 — Pressupostos para a caracterização
  - 8 — Regime legislativo
  - 9 — Fundamento
  - 10 — A confusão entre produtos como forma de concorrência desleal
  - 11 — Pressupostos para a caracterização
- III — A IMITAÇÃO DE MARCA OU DE SEU OBJETO (OU COMPONENTE) COMO FORMA DE CONCORRÊNCIA DESLEAL
  - 12 — Ações que se encartam na figura da confusão: violações do aviamento subjetivo e do aviamento objetivo
  - 13 — Ações que ferem o aviamento subjetivo: a imitação de marca ou de seu objeto (ou componente)
  - 14 — A posição da matéria na jurisprudência
  - 15 — Tutela dos direitos do lesado
  - 16 — Remédios admitidos

## I — AS CRIAÇÕES INTELECTUAIS NA ATIVIDADE EMPRESARIAL

### 1 — A inserção de criações intelectuais estéticas na atividade empresarial

Um dos fenômenos mais significativos no mundo empresarial de nossos dias é o da utilização maciça de criações intelectuais estéticas em produtos industriais, como resultado de uma política de atração do consumidor pelo belo que, engastada e lapidada no desabrochar da atividade artesanal, vem assumindo, nos tempos modernos, formas e modelos atraentes e convidativos, de sorte a sensibilizar o público ao primeiro contacto, arrebatando-lhe a preferência.

Insito ora na programação normal de qualquer empresa, o esmero quanto ao aspecto visual do produto ganhou foros de prioridade nos tempos presentes, em que a tese do convencimento pela arte tem atingido o acume de sua potencialidade, à medida que a técnica avança por veredas as mais inusitadas.

Integrado ao binômio arte-empresa, pôde, com o desenvolvimento da publicidade — que conferiu às atividades negociais a tônica atual (conforme anotamos em nosso **Direito de Autor na Obra Publicitária**. SP, RT, 1981, p. 18) — alcançar o reconhecimento geral de sua eficiência, fazendo com que o mundo dos negócios viesse a ser povoado de formas múltiplas e variadas, dotadas de plasticidade e excitabilidade.

Assiste-se, com isso, em toda parte, a um vistoso, alegre e convidativo desfilar de figuras, desenhos, traços e linhas carregadas de vigor, de expressão e de cores, que projetam, pelos veículos normais de comunicação, imagens sedutoras de produtos (ou de empresas) junto ao público em geral, aguçando-lhe, direta ou subliminarmente, a cupidez.

Passando, quase sempre, a identificar o produto — ou a com ele confundir-se — dentro do multifário universo de produtos disponíveis, essa forma estética vem contribuindo decisivamente na captação e na manutenção da clientela para a empresa produtora, transformando-se em ricos e inesgotáveis mananciais de recursos certos e contínuos.

Respondendo a exigências da economia moderna — ditadas, principalmente, pelo acirramento da concorrência e pela necessidade crescente de recursos próprios para a existência e o desenvolvimento do empreendimento —, vem constituindo-se em fator decisivo na expansão das grandes empresas (ob. cit., p. 34).

Tendo alcançado maior ênfase a partir da denominada “revolução etária” — que, desde a década de sessenta, tem ocasionado profundas mutações aos costumes e aos hábitos sociais, com reflexos diretos no comportamento pessoal e social e na própria concepção de mercado (com a introdução de linhas jovens no vestuário) —, vem-se estampando em roupas e em com-

plementos e inserindo-se em modelos leves, insinuantes, ousados e de acentuado colorido, dentro das diferentes e arrojadas linhas a que, no comum, se designa "new look" ou "new wave".

## **2 — Conseqüências no mundo jurídico: a tríplice esfera de proteção dessas criações**

No plano jurídico, constituindo-se em realizações estéticas, essas criações — que acabam identificando o próprio produto ao integrar-se à sua imagem externa — acrescentam-lhe valores novos e indissociáveis à estrutura, inflando a respectiva expressão econômica, e recebendo a necessária proteção para a salvaguarda dos interesses de seus titulares.

Essa proteção perfaz-se por meio de mecanismos destinados a garantir ao titular o pleno aproveitamento econômico de sua criação e a evitar que terceiros possam, sem título jurídico adequado, ingressar na correspondente circulação, dela retirando proveitos.

Essas fórmulas estão consagradas doutrinária e legislativamente em todos os países civilizados, compondo dois campos de ação do direito, o do direito de autor e o do direito de propriedade industrial, ramificações dos denominados "direitos intelectuais", destinados a resguardar as obras do engenho humano.

O primeiro visa a amparar a criação estética (aquela em que a atuação do intelecto converge para a sensibilização ou o conhecimento), enquanto o segundo a de cunho utilitário (ou seja, destinada à consecução de utilidade material direta) (ob. cit., pp. 31 e ss., esp. p. 34).

Separados conceitualmente face ao prisma do interesse predominante — a) do autor, basicamente quanto à titularidade e à utilização da obra (direito de autor), ou b) da coletividade, quanto à disponibilidade da utilidade ou da técnica resultante (direito de propriedade industrial, inobstante o amparo ao criador) — encontram esses direitos, em sua positivação, como divisor de águas, a exigência (direito de propriedade industrial), ou não (direito de autor), do registro da obra como condicionante da proteção legal ao titular (ob. cit., pp. 36 e 37).

Defluem, da existência do bem, diferentes e múltiplos direitos, de cunho moral ou patrimonial, relacionados ao liame pessoal do criador à obra (direito de paternidade; de integridade da obra; direito de nomeação e outros), ou à sua exploração econômica (direitos de representação e de reprodução da obra, donde o autor retira os respectivos proventos).

Na circulação jurídica dessas criações, a tônica da regulamentação repousa na premissa fundamental de que qualquer utilização pública da obra depende da autorização expressa do titular, traduzindo-se nos diversos modos de comunicação da obra e operando-se por via dos diferentes

contratos possíveis. (V. a respeito, nosso **Direito de Autor na Obra Feita sob Encomenda**. SP, RT, 1977, pp. 27 e ss.).

A resposta do ordenamento jurídico às violações a esses direitos advém por meio de rígido sancionamento, espelhado em elenco diversificado de medidas punitivas e ressarcitivas, que se espraiam pelos campos administrativo, civil e penal.

Mas, inobstante as diferenças conceituais e dinâmicas entre os esquemas em causa, podem eles, em concreto, conjugar-se na proteção a determinada criação que, estética e dotada de autonomia, venha também a integrar-se a produto industrial (ou comercial).

Com efeito, como podem as obras estéticas, sem perder seu caráter próprio, servir às finalidades expostas, acabam, em conseqüência, por merecer dupla acolhida no plano dos direitos intelectuais, quando registrada no do direito industrial. (V. **Direito de Autor na Obra Publicitária**, pp. 34 a 36; FRANCO BENUSSI. *La Tutela del Disegno Industriale*. Milano, Giuffrè 1975, pp. 26 e ss.; MARIO FABIANI. *Modeli e Disegni Industriali*. Padova, Cedam, 1975, pp. 18 e ss. e 30 e ss.; GIUSEPPE G. AULETTA e VITO MANGINI. *Marchio — Diritto d'Autore sulla Opera dell'Ingegno*. Bologna, Zanichelli, 1977, pp. 2 e ss. e 144 e ss.; MAURIZIO AMMENDOLA. *Invenzioni, Marchio, Opera dell'Ingegno*. Milano, Giuffrè, 1977, pp. 45 e ss. e 97 e ss.; GIANNANTONIO GUGLIELMETTI: *Il Marchio — Oggetto e Contenuto*. Milano, Giuffrè, 1955, pp. 5 e ss.).

Com isso se realiza a integração do bem correspondente aos dois regimes, ampliando-se o respectivo espectro protetivo, o que vem, na prática, com desenhos e figuras estéticas, acontecendo com freqüência, quando estampados em produtos industriais e devidamente registrados.

Não se limita a isso, no entanto, a extensão do manto protetor dos direitos a essas criações, pois ainda o direito de propriedade industrial abre-lhes espaço, quando não estejam registrados em seu organismo de controle, dentro do campo especial da teoria da concorrência desleal, também com amplo sancionamento pelas violações cometidas.

### 3 — A situação da marca e de seu objeto (ou componente) no campo das criações protegíveis

De fato, como essas criações, quando no mundo empresarial, tendem à constituição e à manutenção de clientela — valores esses suscetíveis de resguardo pelo direito —, o ordenamento jurídico confere novos mecanismos de prevenção, de preservação e de ressarcimento ao titular dos direitos, quando violados, por concorrentes, dentro da multifária gama de criações intelectuais com que o empresário se lança — e a seus produtos (ou estabelecimentos) — no exercício de sua atividade, para assegurar-lhe o necessário respeito e a fruição pacífica.



Ora, dos diferentes meios de que se pode valer o empresário para fazer-se conhecer e a seu produto (ou estabelecimento) perante o público em geral, destacam-se, principalmente, o nome comercial (quanto à pessoa), a marca, expressão ou sinal indicativo (quanto ao produto) e a insígnia (quanto ao estabelecimento).

Desses elementos, interessam-nos a marca e seus componentes, aquela definida por JOAO DA GAMA CERQUEIRA como

“todo sinal distintivo aposto facultativamente aos produtos e artigos das indústrias em geral para identificá-las e diferenciá-las de outras idênticas ou semelhantes de origem diversa” (**Tratado da Propriedade Industrial**. 2ª ed., SP, RT, 1982, v. 2, pp. 773 e 774).

Serve a marca para individualizar o produto, representando, no dizer de MARIO ROTONDI,

“contrassegno grafico impresso od applicato ai prodotti, al fine di distinguerli da tutti gli altri prodotti simili esistenti in commercio e provenienti da altre aziende” (**Diritto Industriale**. Padova, Cedam, 1965, p. 107).

Mas constitui também, com o respectivo objeto (o sinal, a palavra, o desenho, etc.), elemento de distinção no mundo empresarial e tendente à formação e à conservação de clientela, pois, conforme escreve PAUL ROUBIER:

“concourent à la conservation de la clientèle: celle-ci se fixe sur certains signes qui lui servent de ralliement, et lui permettent de reconnaître les produits ou les établissements, qu'elle a appréciés” (**Le Droit de la Propriété Industrielle**. Paris, Sirey, 1952, p. 461).

Como tal, são bens dotados de expressão econômica, que se integram ao patrimônio do titular, a quem compete desfrutá-los e defendê-los contra terceiros — como anota ZAVALA RODRIGUEZ (**Publicidad Comercial su Régimen Legal**. Buenos Aires, Depalma, 1947, p. 440) — incluindo-se como de concorrência desleal a sua imitação, reprodução ou usurpação (p. 441) (v. tb. MARIO GHIRON. **Corso di Diritto Industriale**. Roma, 1935, p. 88; AGOSTINHO RAMELA. **Tratado della Proprietà Industriale**. Milano, 1927, p. 506, dentre outros).

Podem ingressar, como objeto de marca, nomes, palavras, emblemas, figuras, desenhos e outros sinais distintivos — portanto, algumas criações também estéticas, que são definidas, juridicamente, como bens intelectuais ou imateriais, segundo TULLIO ASCARELLI (**Teoría de la Concurrencia y de los Bienes Inmateriales**. Trad. Barcelona, Bosch, 1970, p. 319) — observadas as condições legais (em nosso País, previstas na Lei nº 5.772, de 21-12-71; arts. 64 e segs.) e amparadas por expresse nos citados campos do direito.

Vale dizer: a esteticidade do objeto assegura-lhe proteção, quando obtido o registro marcário e mantida a sua autonomia no produto final em que aplicado, nos dois citados campos do direito, inclusive, quando for o caso, no da concorrência desleal, em condições que adiante serão examinadas.

A regra é a da criação e da utilização do bem imaterial pelo próprio interessado, quando empresário, que assim assume a iniciativa da exploração e os riscos da atividade que com a sua obra encetar, podendo, no entanto, por diferentes modos de associação ou de obtenção de direitos, conseguir de terceiros a autorização para a exploração econômica.

#### **4 — Princípios e regras que regem a matéria no âmbito concorrencial: a livre concorrência e seus limites**

Perfaz-se essa utilização dentro dos princípios e das regras que regem a atividade empresarial, no fundo inspirada por ditames morais, que procuram conduzir o seu exercício por um caminho reto, evitando conflitos ou invasões da esfera alheia, sob o império maior da livre concorrência hoje mandamento constitucional básico da ordem econômica.

Dentro desse princípio e conforme acentuamos alhures (*Revista de Informação Legislativa*, 76/259), cada pessoa ou empresa pode instalar-se e desenvolver suas atividades negociais dentro de ampla liberdade, para a formação, a manutenção e a expansão de sua clientela (nesse sentido ASCARELLI: ob. cit., p. 158; ROUBIER: ob. cit., p. 477; ROTONDI: ob. cit., p. 461; e ZAVALA RODRIGUEZ: ob. cit., p. 377, dentre inúmeros outros escritores).

Aceita-se que cada qual se esforce para atrair clientela, ou para conservá-la, ou mesmo, aumentá-la, de acordo com as suas necessidades ou conveniências, mas dentro dos meios normais de sua atividade (GHIRON: ob. cit., pp. 16 e 30; RAMELLA: ob. cit., p. 304; ZAVALA RODRIGUEZ: ob. cit., p. 377) e com o seu próprio engenho e labor.

Nesse sentido, ao influxo das necessidades gerais e das próprias, as empresas acham-se autorizadas a valer-se de todos os meios possíveis para a expansão de seus mercados, observadas as exigências legais cabíveis para a defesa dos interesses em jogo.

De fato, não é ilimitada a potencialidade de iniciativa, eis que a atividade empresarial se deve manifestar à luz de preceitos de moral, que a governam, para a sua perfeita higidez.

Com efeito, domina o mundo negocial o princípio da honestidade, pressuposto necessário ao regime da livre concorrência, ao qual se associa o da lealdade (ou correteza profissional), voltado especialmente para o respeito e a defesa da concorrência, como pilastras mestras na matéria (v. PASTERIS. *La Correttezza nella Disciplina della Concorrenza Sleale*. Milano, Giuffrè, 1962; ASCARELLI: ob. cit., pp. 199 e ss.; ROTONDI: ob. cit., p. 466

e ss. e 500; REMO FRANCESCHELLI: Sulla concorrenza sleale. **Studi Reuniti**. Milano, Giuffrè, 1959, pp. 383 e ss., LUIGI SORDELLI. **Problemi Giuridici della Pubblicità Commerciale**. Milano, Giuffrè, 1968, pp. 139 e 203 e ss. e **La Concorrenza Sleale**. Milano, Giuffrè, 1955, pp. 64 e ss. e 70 e ss.; CARLO SANTOGATE: **Concorrenza Sleale e Interessi Protetti**, Napoli, Jovene, pp. 2 e ss.; TITO RAVA: **Diritto Industriale**. Torino, Torinese, 1973, pp. 329 e ss.; WALDEMAR FERREIRA: **Instituições de Direito Comercial**, S. Paulo, Max Limonad, 1956, nº 2, p. 333; e HERMANO DURVAL: **Concorrência Desleal**. S. Paulo, Saraiva, 1976, pp. 29 e ss., dentre inúmeros outros autores).

## II — O DESVIO DE CONDUTA NA ATIVIDADE EMPRESARIAL: A TEORIA DA CONCORRÊNCIA DESLEAL E A CONFUSÃO ENTRE PRODUTOS

### 5 — A construção da teoria da concorrência desleal

Mas a aceleração da concorrência, a standardização dos produtos, a ânsia por novos mercados e, em especial, a atuação emulatória de certos empresários — ou mesmo parasitária — foram fazendo surgir determinadas ações, de cunho direto, que invadiam a esfera de direitos da concorrência.

Dai a construção da teoria jurídica da concorrência **desleal**, assentada sobre os pressupostos referidos, na Inglaterra, com o “*Merchandise Marks Act*”, de 1877 — dando cunho de direito positivo aos mandamentos expostos —, a qual se estendeu depois a outros países.

Baseia-se essa teoria na necessidade de proteção dos direitos dos concorrentes, que uma ação contrária à moral ou à lei possa ferir.

De fato, conforme acentua LUIGI DI FRANCO:

“Il concetto giuridico di concorrenza sleale é per presupposto il fatto economico della concorrenza e più precisamente della libera concorrenza, della quale costituise una deviazione turbatrice del senso morale che deve precedere ai rapporti dell'industria e del commercio, e la cui inosservanza assurge a fonte di illecito” (**Proprietà Industriale, Letteraria ed Artistica**. Milano, SEL, 1928, p. 435).

Com isso, distinguem-se os atos de concorrência em leais e desleais — e por isso ilícitos — “con lo que” — escreve ASCARELLI:

“se quieren precisamente sancionar determinados actos de concurrencia y sancionarlos no porque sean actos de concurrencia, sino porque son “desleales”, porque violan, puede decirse, las “reglas del juego” y precisamente en interés del funcionamiento de éste” (ob. cit., p. 161).

Com efeito, determinadas ações, quando incorretas, imorais, ou contrárias às normas que imperam no comércio, podem refletir-se negativamente na esfera da concorrência, turbando-lhe seus direitos.

Podem surgir em atividades procedimentos utilizados nos negócios, resultando em prejuízos morais ou patrimoniais a outros comerciantes, ou industriais, ou mesmo, aos consumidores.

Configuram abuso aos costumes do comércio ou da indústria, ou seja, forma especial de abuso de direito, a que CARVALHO DE MENDONÇA chama de "abuso de direito de livre concorrência" fundado em JOSSEERAND (*De l'Esprit des Droits*, nº 172) (*Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. Rio, Freitas Bastos, 1955, vol. I, p. 308). Nesse sentido, é, aliás, a doutrina (v. POUILLET. *Traité des Marques de Fabrique*, p. 8), e a jurisprudência do direito comparado (v. Acórdão da Corte de Donai, França, em 2-10-62, in *Ann. Prop. Ind.*, 1964/58; Corte de Lyon, em 2-10-57, mesmo repertório, 1958/24).

Ora, a lei não pode permitir a prosperação de tais práticas; daí por que, em todo o mundo, têm sido editadas normas para a repressão da concorrência desleal, envolvendo ações que obnubilam o processo normal de desenvolvimento dos negócios, ou resumidamente, como quer ROUBIER, atos

"tendent à troubler le processus normal de la formation de la clientèle" (ob. cit., p. 491).

## 6 — Definição de seus contornos

A doutrina tem considerado como de concorrência desleal, nas palavras de ZAVALA RODRIGUEZ:

"todo procedimiento de un concurrente dirigido a sustraer, en provecho propio, la clientela ajena sin empeñar la propia fuerza económica para contraponerla a la de su rival" (ob. cit., p. 379).

Nesse sentido, PIERRE e FRANÇOIS GREFFE definem os contornos da figura salientando:

"Il y a concurrence déloyale dès lors qu'un commerçant commet, dans l'exercice et au bénéfice de son commerce, à l'encontre d'un autre commerçant, une activité similaire, un acte ou une faute susceptible de porter préjudice à ce dernier et cela dans le but de détourner sa clientèle" (*La Publicité et la Loi*. Paris, Litec, 1977, p. 113), aliás na linha tradicional (v. EDOARDO BOSIO: *Trattato dei Marchi e Segni Distintivi di Fabbrica, della Contraffazione e della Concorrenza Sleale*. Torino, 1904, p. 566).

Essas práticas — que se inserem sob a epígrafe de "concorrência desleal" — recebem, no entanto, denominações diversas na doutrina, cha-

mando-as alguns autores de "concorrência ilícita" (BOZZINI: *La Concorrenza Illecita*, Milano, 1904; e PATRIARCA: *Concetto Fondamentale della Concorrenza Illecita*, Torino, 1915), enquanto outros reservam essa designação para as violações exurgidas no curso de um contrato e deixam a expressão "concorrência desleal" para a violação extracontratual. Prevalce, no entanto, a sinonímia: DI FRANCO: ob. cit., p. 470; RAMELLA: ob. cit., p. 320; GHIRON: ob. cit., p. 50; ROTONDI: ob. cit., p. 474; ZAVALA RODRIGUEZ: ob. cit., p. 379).

No conceito de "concorrência desleal" podem ingressar inúmeras práticas — que se perdem ao infinito, em face da inesgotável gama de ações e de procedimentos que a imaginação humana engendra (cf. RODRIGUEZ: ob. cit., pp. 390 e segs.; ROTONDI: ob. cit., pp. 488 e segs.; PIERRE e FRANÇOIS GREFFE: ob. cit., p. 113) — muitas delas já bem delineadas na doutrina, como na jurisprudência, em termos de tipificação.

Com efeito, muitas ações, destacadas na casuística da matéria, vêm sendo estratificadas em normas, como caracterizadoras de concorrência desleal, em virtude do grau de maturidade alcançado a respeito na experiência jurídica.

Para efeito de sistematização do assunto, a doutrina tem, em um esforço de classificação, proposto, ao longo dos tempos, a reunião dessas práticas em esquemas distintivos e sob ângulos diferentes, como DI FRANCO (ob. cit., p. 444); RAMELLA (ob. e loc. cit.); GHIRON (ob. cit., v. I, apenso I, com extensa e minuciosa enumeração), e POUILLET (ob. cit.) (v. RODRIGUEZ: ob. cit., pp. 504 e segs.; dentre inúmeros outros autores).

Alguns escritores chegam a longas enumerações, outros preferem cingir-se à clássica divisão em atos contratuais e extracontratuais, sem, no entanto, exaurir-se o seu elenco que, realmente, dado o seu caráter multifário, não comporta esquemas rígidos de classificação.

Dai por que as legislações se têm abstido de definir concorrência desleal, enunciando, apenas, fórmulas gerais, em convenções, códigos ou leis especiais, mas tipificando, de outro lado, para efeito penal — em virtude do rigor necessário nesse campo —, as ações já classicamente admitidas como tal.

Assim, no caso concreto, é que se verificará a existência, ou não, de concorrência desleal, ante a situação discutida (v. PIERRE GREFFE: *Protection des Dessins et des Modèles*, Paris, Sirey, 1961, p. 100), valendo-se o intérprete, principalmente, dos subsídios doutrinários e jurisprudenciais, na qualificação de suas figuras.

## 7 — Pressupostos para a sua caracterização

Nesse sentido é que, na delimitação do campo de incidência da concorrência desleal, são fixados certos pressupostos — conforme assinalamos

no texto citado — por doutrina e jurisprudência, para a identificação de sua existência em concreto (ASCARELLI: ob. cit., pp. 160 e segs.; ROTONDI: ob. cit., pp. 482 e segs.; ROUBIER: ob. cit., pp. 482 e segs.; RODRIGUEZ: ob. cit., pp. 381 e segs.).

São os seguintes os requisitos assentados na doutrina universal:

**a) Desnecessidade de dolo ou fraude, bastando a culpa do agente**

O princípio, que se mostra coerente com a teoria geral da responsabilidade civil (de que alguns autores consideram modalidade especial a concorrência desleal, como ASCARELLI: ob. cit., p. 160) é admitido universalmente (v. ROUBIER: ob. cit., p. 500; DI FRANCO: ob. cit., pp. 451 e 452; RODRIGUEZ: ob. cit., p. 381).

Assim tem decidido a jurisprudência do direito comparado, como na França (Corte de Cassação, em 27-2-51, in *Ann. Prop. Ind.*, 1851/30; idem. 11-6-56, no mesmo repertório, 1956/161) e na Itália (Cassação, 9-2-1934: *Foro Ital.*, 1934, nº 50; Cassação, 7-5-63: *Arch. Resp. Civ.*, 1964/181; e 14-3-38, *Foro It.*, 1938/956).

**b) Desnecessidade de verificação de dano em concreto**

Não se exige a concretização de dano: basta a possibilidade ou o perigo de sua superveniência.

Também aqui existe concordância na doutrina universal (ASCARELLI: ob. cit., p. 164; ROTONDI: ob. cit., p. 482; ROUBIER: ob. cit., p. 507). Nesse passo, aliás, rompe-se, com a teoria tradicional, em que se demanda a existência de dano.

O princípio foi posto pela jurisprudência, na França, estendendo-se depois a outros sistemas. Contenta-se com o perigo de dano (v. os GREFFE: ob. cit., p. 114). Nesse sentido, têm decidido os tribunais europeus, considerando suficiente a demonstração do risco de dano (como o Trib. Com. de Paris, em 25-7-68).

Objetiva a ação, *in casu*, a cessação dos atos de concorrência definidos como repreensíveis.

**c) Necessidade de existência de colisão de interesses, consubstanciada na identidade de negócio e no posicionamento em um mesmo âmbito territorial**

Para que haja o implemento da concorrência desleal, mister se faz que existam campos colidentes de interesses. Vale dizer: que os atos ou procedimentos repreensíveis sejam praticados em função de concorrente, da mesma atividade negocial, e em um mesmo âmbito territorial.

Assim, a diversidade de negócios ou de bases de atuação elide a configuração da concorrência desleal.

Também aqui têm a doutrina e a jurisprudência se mostrado concordes (ROUBIER: ob. cit., p. 498; ROTONDI: ob. cit., p. 480; ASCARELLI: ob. cit., p. 181; RODRIGUEZ: ob. cit., pp. 394 e 395).

**d) Necessidade de existência de clientela, mesmo em potencial, que se quer, indevidamente, captar**

Exige-se, ainda, para a caracterização de concorrência desleal, a existência de clientela, mesmo em potencial aliás, objetivo precípuo visado, no todo ou em parte, pelo agente.

Todo o direcionamento das ações, nesse campo, se volta para a clientela. É a disputa por sua captação que qualifica, pois, o ato como de concorrência desleal, quando por meios abusivos buscada.

Essa é a doutrina universal (ASCARELLI: ob. cit., pp. 175 e 200; RODRIGUEZ: ob. cit., p. 394; ROTONDI: ob. cit., p. 503; ROUBIER: ob. cit., p. 502; SORDELLI: *Problemi*, cit., pp. 138 e segs.).

**e) Ato ou procedimento suscetível de repreensão**

O ato ou procedimento de concorrência deve destacar-se das práticas usuais dos negócios. Há que ser qualificado por ausência ou desrespeito a preceitos de moral ou de direito, em função dos pressupostos enunciados.

Cumprir que se caracterize a deslealdade; que se trate de ato repreensível; que constitua abuso, na justificativa mesma da própria existência da teoria da concorrência desleal.

Doutrina e jurisprudência têm assentado esse pressuposto, de forma pacífica (ASCARELLI: ob. cit., p. 208; ROUBIER: ob. cit., p. 491; ROTONDI: ob. cit., p. 474; os GREFFE: ob. cit., p. 113).

## 8 — Regime legislativo

A recepção da teoria da concorrência desleal nas legislações tem, também, como frisamos, obedecido a orientações diversas.

Assim, alguns países têm normas especiais sobre a matéria, como a França, a Alemanha, a Áustria, a Itália, o Brasil; outros se apóiam em normas gerais de códigos, para efeito de reparação de dano (coexistindo também essas regras com normas penais, como na França e no Brasil). (V. a respeito DI FRANCO: ob. cit., pp. 444 e segs.; ASCARELLI: ob. cit., pp. 28 e 158 e segs.; ROTONDI: ob. cit., p. 482; AULETA e MANGINI: ob. cit., pp. 13 e segs.; ALAIN CASALONGA: *Traité Technique et Pratique des Brevets d'Invention*. Paris, Librairie Générale, 1949, pp. 5 e segs.; ROGER

DE FOURÉS: **Le Droit et la Publicité**. Paris, J. Delmas, 1968, pp. 48 e segs.; os GREFFE: ob. cit., pp. 113 e segs.; SORDELLI: **Problemi**, cit., pp. 135 e segs.; GHIDINI: ob. cit., pp. 81 e segs.; FABIANI: ob. cit., pp. 2 e segs.; BENUSSI: ob. cit., pp. 33 e segs.; MAURIZIO FUSI: **La Comunicazione Pubblicitaria nei suoi Aspetti Giuridici**. Milano, Giuffrè, 1970, pp. 37 e segs. ZAVALA RODRIGUEZ: ob. cit., pp. 337 e segs.; ENZO ROPPO: Una política del diritto per la pubblicità commerciale, in **Rivista del Diritto Commerciale**, 1974, LXXII, pp. 300, 308, 310, 311 e ss. em colaboração com BESSONE e ALPA; LUIGI MOSCO: **La Concorrenza Sleale**. Napoli, Jovene, 1956, pp. 5 e segs., e EMMANUELLE SELLA: **La Concorrenza Sleale**. Torino, Bocca, 1915 pp. 10 e segs.).

A nível internacional, foi constituída a "União de Paris" para a proteção da propriedade industrial (cujo inicial é de 23-3-1953), na qual foi definida a concorrência desleal (art. 10). Também em acordos plurinacionais têm sido incluídas normas inibidoras dessas práticas, como no Tratado de Roma (do "Mercado Comum Europeu"), em que foram conceituadas (art. 85), e no da CECA (art. 65).

No direito brasileiro, devem, de início, ser acentuados os princípios fixados na Constituição federal para a ordem econômica, dentre os quais avultam os de a) harmonia entre as categorias de produção e b) a repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado este pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário de lucros (art. 160, IV e V).

Na regulamentação jurídica da matéria, encontram-se normas no Código Penal (que prevê o crime de concorrência desleal), no Código da Propriedade Industrial (em que, ao lado do referido delito, inserem-se outros, inclusive com a atividade publicitária) e na lei denominada "antitruste" (Lei nº 4.137, de 10-9-62, em que se capitula, dentre outras figuras, a concorrência desleal por meio de exigência de exclusividade para publicidade, art. 2º, V, letra a).

No Código Penal, foi definido o delito de concorrência desleal (art. 196 e § 1º), em cujo conceito se incluem práticas consistentes em: denigração do concorrente (publicidade difamatória ou divulgação de falsa informação sobre o concorrente); desvio de clientela; confusão entre estabelecimentos ou produtos; propaganda com falsa atribuição de mérito especialmente reconhecido (propaganda em que se insere prêmio ou distinção não obtidos); violação de segredo (com abuso de confiança), conforme a sistemática estabelecida pelo Dec.-Lei nº 7.903, de 27-8-45 (art. 178). (V. NELSON HUNGRIA: **Comentários ao Código Penal**. Rio, Forense, 1958, vol. VII, pp. 380 e segs. MAGALHÃES NORONHA: "Concorrência desleal", Verbete in **Enciclopédia Saraiva do Direito**, v. 17, pp. 214 e segs.; JOÃO DA GAMA CERQUEIRA: **Tratado da Propriedade Industrial**. Rio, Forense, 1946, v. II, tomo I, pp. 325 e segs. e v. II, pp. 24 e segs).

Ressalva-se ao prejudicado o direito de ressarcimento por prejuízos causados em virtude de atos não capitulados, mas que caracterizem concor-



rência desleal e que firam a reputação ou os negócios alheios, ou criem confusão entre estabelecimentos comerciais ou industriais, ou entre produtos e artigos postos no comércio (Decreto-Lei nº 7.903/45: art. 178, parágrafo único e Código Civil, art. 159). (V. também sobre a matéria, no direito brasileiro, CARVALHO DE MENDONÇA: ob. cit., v. V, pp. 235 e segs.; WALDEMAR FERREIRA: ob. cit., pp. 145 e segs. e 337 e segs.; JOÃO DA GAMA CERQUEIRA: **Privilégio de Invenção e Marcas de Fábrica e de Comércio**. São Paulo, Livraria Acadêmica, 1931, pp. 9 e segs.; HERMANO DUVAL: ob. cit., pp. 389 e segs. e JOSÉ CARLOS TINOCO SOARES: **Crimes contra a Propriedade Industrial**. São Paulo, RT, 1980, pp. 2 e segs.).

## 9 — Fundamento

Diferentes teorias têm tentado definir a natureza do direito protegido no âmbito da concorrência desleal, podendo, no entanto, divisar-se duas posições básicas na matéria: a teoria do direito de propriedade e a do direito da personalidade, a primeira defendida, dentre outros, por VIVANTE e RODRIGUEZ (ob. cit., p. 309), e a segunda, por GHIRON (ob. cit., p. 330), DI FRANCO (ob. cit., p. 462) e ASCARELLI (ob. cit., pp. 192 e 193).

Situamo-nos dentre os subjetivistas, face à posição que temos com respeito aos direitos da personalidade, perfeitamente admissíveis para pessoas jurídicas (v. a respeito os nossos artigos: Os direitos da personalidade em face do projeto de Código Civil, in *Justitia*, n. 99, pp. 163 e segs. e Concorrência desleal na publicidade: a denigração do concorrente, in *Diário Legislativo 10 B*, n. 845, de 27-5-80, p. 790), como, *verbi gratia*, os direitos ao nome, à honra, às suas criações e a outros compatíveis.

Verdade é que, em suas exteriorizações, essas ações podem alcançar bens materiais, sem afastar-se do caráter exposto, não obstante as discussões doutrinárias ainda existentes a propósito.

Mas, em última análise, o fulcro desse direito se acha na proteção devida a criações intelectuais humanas, pelo respeito à pessoa do criador, embora os reflexos patrimoniais lhe emprestem conotações especiais, que levaram a doutrina a reconhecer, nesse campo, a categoria especial denominada “direitos intelectuais” (v. o nosso **Direito de Autor na Obra Feita sob Encomenda**, cit., pp. 14 e segs.).

## 10 — A confusão entre produtos como forma de concorrência desleal

Das diferentes ações detectadas pela experiência jurídica e qualificadas como de concorrência desleal, uma tem os seus contornos bem definidos, ou seja, a da **confusão** entre produtos e graças também ao intenso labor jurisprudencial e doutrinário (que desenvolvemos no citado trabalho).

Caracteriza-se a confusão, em uma análise global, por meio de práticas tendentes a captar, ilicitamente, clientela alheia, aproveitando-se alguém

da imagem de concorrente (seja de seu estabelecimento, seja de seu produto, seja de seu nome ou de seu sinal distintivo). Diferentes ações podem, pois, ingressar nesse conceito.

Conforme acentua ASCARELLI,

“La primera categoría de actos de concurrencia desleal, que podemos definir, por tanto, como la de los actos de confusión (talvez la primera cuya atención se impuso y cuyos confines se hallan ciertamente mejor delimitados) . . .” são os atos de concorrência, cujas modalidades “violan el interés a la diferenciación entre los concurrentes”, ou “actos que conciernen a la desviación de la clientela de un concurrente determinado” (ob. cit., p. 203).

E, adiante, junta:

“Son estos los actos idóneos (y también bajo este aspecto nos encontramos con aquella noción de idoneidad que podrá ser constatada, en el caso concreto, recurriendo a máximas de experiencia) para crear una confusión con los productos, la empresa, los locales y, más generalmente, la actividad de otro empresario, incluso de una interdependencia, de una confusión entre los correspondientes signos distintivos” (pp. 203 e 204).

Partindo da esfera jurídica violada, ROTONDI distingue, por sua vez, duas categorias de atos de concorrência desleal, a saber:

“atti che ‘esercitano’ la “loro influenza direttamente nell’azienda e sul suo avviamento operando cioè sulla **sfera interna** dell’azienda, ed atti che, senza esercitare la loro influenza direttamente sulla organizzazione aziendale, operino nella **sfera esterna** dell’azienda e cioè su quella che é, verremmo dire, la proiezione esterna dell’avviamento dell’azienda o la clientela, attuale o potenziale” (ob. cit., p. 491), incluindo dentre os da segunda, que visam à clientela — os “atti diretti a creare confusione tra commercianti, aziende, stabilimenti o prodotti” (p. 503) (grifos nossos).

São os atos destinados a desviar a clientela do concorrente, que se podem perpetrar, de um lado, por meio de práticas “che ledono l’avviamento **soggettivo** dell’azienda (confusione fra commercianti o fra prodotti) e, de outro, “che ledono l’avviamento **oggettivo** (confusione fra stabilimenti, tra prodotti)” (grifos nossos).

## 11 — Pressupostos para a sua caracterização

Os pressupostos para a caracterização da confusão são — como também já anotamos — os seguintes:

### a) Anterioridade do produto concorrente

Com efeito, a ação tendente a provocar confusão deve centrar-se sobre produto preexistente, com o qual objective a assemelhação, para indução do

público à sua procura, pelo aproveitamento indevido, seja da imagem, do nome ou de elementos distintivos do produto (ou negócio).

### **b) Existência de imitação**

Deve o agente apropriar-se de caracteres significativos ou distintivos do concorrente, ou dele aproximar-se, sejam de cunho interno (a utilização do nome, marca ou sinal, comercial), ou externo (ex.: a apresentação do estabelecimento).

Cumpra, pois, que o expediente repreensível seja hábil para estabelecer confusão entre os produtos. Deve constituir, como assinala ROTONDI, "mezzo idoneo a determinare confusione" (ob. cit., p. 498).

### **c) Suscetibilidade de estabelecer-se confusão**

Cumpra, por fim, exista suscetibilidade de estabelecer-se confusão entre os produtos ou estabelecimentos.

Exige-se que a ação ou expediente, ou o seu resultado, sejam idôneos para a desorientação dos consumidores. Deve tratar-se, pois, de ação (procedimento ou forma) que faça com que o produto (ou o estabelecimento) se mostre ao consumidor médio como se fora o do concorrente.

A confundibilidade é requerida, de modo unânime, pela doutrina universal (FUSI: **La Comunicazione**, cit., p. 78). Trata-se de condição necessária para a ação de concorrência (ROTONDI: ob. cit., pp. 454 e 455; ASCARELLI: ob. cit., pp. 187, 387; SORDELLI: **Concorrenza**, p. 90, e **Problemi**, pp. 144 e segs.; e os GREFFE: ob. cit., p. 120).

Assim tem decidido, no direito comparado, a jurisprudência, e de modo tranqüilo, como na França (Dunkerque: 3-6-1957, "D." 1957/138; Limoges: 13-7-61. D. 1963/322; Paris: 17-2-71, **Ann. Prop. Ind.**, 1971/208; Paris: 8-10-56, **Ann. Prop. Ind.**, 1958/59) e na Itália (Cassação: 4-4-70, **Giur. Ital.**, 1970, I, 1-11-75; 3-10-68; **Foro It.**, 1968, n° 3.073; 24-4-39; **Foro It.**, 1939, I/807; 12-4-37, **Foro It.**, 1937, I/656, dentre inúmeras outras decisões).

## **III — A IMITAÇÃO DE MARCA OU DE SEU OBJETO (OU COMPONENTE) COMO FORMA DE CONCORRÊNCIA DESLEAL**

### **12 — Ações que se encartam na figura da confusão: violações do aviamento subjetivo e do aviamento objetivo**

Examinando as ações que se podem encartar na figura da confusão, acentua ROTONDI quanto à **lesão do aviamento subjetivo**, que, basicamente,

"rientra tra queste l'adozione nell'esercizio dell'attività concorrente e nella presentazione dei prodotti, di un nome iguale o si-

mile a quello del concorrente, di emblemi personali confondibili, ecc." (ob. cit., p. 504).

Outrossim, com referência à **lesão do aviamento objetivo**, salienta que

"può essere realizzata attraverso false indicazioni di provenienza, attraverso la imitazione di segni distintivi, anche non regolarmente depositati come marchi"...; "attraverso la imitazione della insegna o della presentazione esterna del prodotto"...; "attraverso la riproduzione o imitazione di listini, attraverso la "réclame" ingannevole, e soprattutto attraverso la identità o somiglianza delle ditte" (ob. cit., pp. 504 e 505).

Na análise da respectiva casuística e especificando ações que ingresam nesse conceito, acentua ASCARELLI que:

"Acto de concurrencia desleal por ser idoneo a crear confusión será, así, no solo el uso de nombres, siglas, etiquetas, signos y cualquier otro elemento, que sirva para identificar el producto y que provoque una confusión entre productos o actividades, sino el recurso a palabras, slogans o dibujos publicitarios... cuya identidad o semejanza se traduzca en una posibilidad de confusión de productos o actividades..."

E adiante:

"Acto de concurrencia desleal será una disposición de escaparates, una presentación de locales y una presentación de recipientes de productos, de tal naturaleza que puedan engendrar confusión", com base na jurisprudência (Torino, 25-4-1919; **Riv. Dir. Comm.**, 1919, II/572; Milano, 18-1-51, **Riv. Dir. Ind.**, 1952, III/66; Como, 5-3-52, **Giur. It.**, 1951; I/2/385) (ob. cit., p. 205).

A propósito dessa figura, salienta ROUBIER que se explicita por todos os meios que tenham por objeto

"d'usurper la place qu'occupe une maison rivale dans la confiance du public et, à la faveur de procédés hypocrites et perfides, d'essayer de dériver la clientèle à son profit."

Refere-se, então, a

"tous les moyens qui tendent à une confusion entre les établissements eux-mêmes, qu'il s'agisse d'ailleurs d'un nom patronymique ou d'une raison commerciale; ceux qui tendent à créer une confusion entre les producteurs d'un pays à appellation d'origine par l'emploi du nom de ce lieu de production, alors qu'une telle désignation est fausse; ceux encore qui tendent à créer une confusion par la similitude des enseignes ou des devantures extérieures des boutiques" (ob. cit., p. 505), e também "les moyens qui tendent à établir une confusion entre les produits par l'imitation des signes distinctifs, comme les marques" (p. 506).

Verifica-se, pois, que a confusão pode perpetrar-se por formas várias, inclusive mediante a contrafação de formas de produtos, ou a usurpação de características de sua identificação (DI FRANCO: ob. cit., p. 474), a imitação de nome de marca, nome, sinal ou outro elemento ou, mesmo, de estabelecimento.

### 13 — Ações que ferem o aviamento subjetivo: a imitação de marca ou de seu objeto (ou componente)

Versando a concorrência desleal entre comerciantes (aspecto subjetivo) e por **imitação de marca** de fábrica, ou de seus elementos, acentua RODRIGUEZ que a

“marca garantiza al fabricante todo el beneficio resultante de la identificación de su producto” (ob. cit., p. 441).

Não tem dúvidas em assentar que:

“la imitación y usurpación de marcas, con propósitos de perjudicar a un competidor, deben incluirse entre las maniobras de concurrencia desleal” (ob. cit., p. 442, v. também DI FRANCO: ob. cit., p. 438; e GHIRON: ob. cit., p. 88).

Tem-se que a imitação de marca utilizada como meio de provocar confusão — hoje pacificamente na doutrina — constitui ato de concorrência desleal (dentre outros autores, v., a par dos citados: ROTONDI, ob. cit., p. 453; GHIRON: ob. cit., v. II, p. 105; RAMELLA: obs. cits., p. 506; ASCARELLI: ob. cit., 514; ROUBIER: ob. cit., p. 506, e CARLO CRISTOFARO: *Trattato del Diritto di Autore e d'Inventore*. Torino, Bocca, 1937, pp. 497 e segs.).

Lembra ainda ZAVALA RODRIGUEZ,

“También constituye concurrencia desleal” ... “el uso de una fracción o abreviatura significativa de la marca, que dos clientes, por la publicidad o el uso, vinculen o asocien con el producto”, o “secondary meaning” do direito anglo-norte-americano (ob. cit., p. 447).

Na mesma diretriz encontra-se GAMA CERQUEIRA, que, na esteira de nossa legislação, insere dentre os atos de concorrência desleal os “meios tendentes a criar confusão entre estabelecimentos ou produtos”, dentre os quais avulta

“o uso de nome, ou marca, ou insígnia idênticos ou semelhantes aos do estabelecimento concorrente, de modo a iludir o público” (ob. cit., v. II, p. 376).

Com respeito a marca, deve-se ter presente a exigência da novidade da forma do produto ou da marca, ou seu elemento (v. dentre outros es-

critores, MARIO ARE: *L'Objeto del Diritto di Autore*. Milano, Giuffrè, 1963, pp. 52 e segs.; EDUARDO PIOLA CASELLI: *Trattato del Diritto di Autore*. Torino, Torinese, 1927, p. 96; AMMENDOLA: ob. cit., p. 26; GAMA CERQUEIRA: *Tratado*, cit., I, p. 88; DI FRANCO: ob. cit., p. 49).

Caracteriza-se a figura em tela seja quanto a marca registrada, seja quanto a não registrada, e de modo tranqüilo na doutrina e na jurisprudência, embasando-se a última posição na teoria do pré-uso, dado a natureza do direito em causa.

Escrevendo a propósito do tema, acentuam AULETA e MANGINI:

“Si afferma correntemente nella dottrina che il diritto ai marchi non registrati è tutelato mediante l'azione di concorrenza sleale; dallo stesso punto di vista si è posto il nostro legislatore, dettando l'art. 2.598, che proibisce, come atto di concorrenza sleale, l'uso di nomi o segni distintivi idonei a produrre confusione con i nomi o con i segni distintivi legittimamente usati da altri”.

E concluem:

“dove, con l'ultima locuzione si riferisce evidentemente ai marchi non registrati, poichè ai marchi registrati si riferisce l'inizio dell'articolo con la locuzione “ferme le disposizioni che concernono la tutela dei diritti di brevetto” (ob. cit., p. 112).

Isso porque, segundo AMMENDOLA:

“si sostiene che la conoscenza del marchio da parte del pubblico dei potenziali consumatori, tale da rendere noto il nome dei prodotti, è di per se stessa sufficiente a realizzare la fattispecie prevista dal legislatore come idonea a far sorgere a favore del titolare il diritto di “preuso” (ob. cit., p. 63) (v. também FABIANI, ob. cit., p. 30).

Com efeito, conforme ROTONDI — que logo refuta por injusta, a do não-acolhimento, discutindo depois as demais posições favoráveis — é

“unica tutela dell'utente del marchio non registrato quella generale contro la concorrenza sleale” (ob. cit., p. 156).

Destina-se, segundo BENUSSI, a

“vietare l'impiego della forma quale strumento di confondibilità fra prodotti diversificabili” (ob. cit., p. 164).

Por isso é que, consoante ASCARELLI,

“Entre varios usuarios (en el mismo ámbito territorial y para los mismos productos) prevalecerá, pues, aquel cuyo uso se refiera a un momento anterior, porque éste es el que ha constituido el bien inmaterial y ha adquirido el correspondiente derecho”.

Nessa diretriz, sentencia o mesmo autor:

“Por lo tanto, el conflicto entre diversos sujetos que reivindicam una misma marca no registrada se resolverá con el criterio del uso (y por tanto con el criterio de la novedad, directamente)” (ob. cit., p. 422).

No mesmo sentido, acentua GAMA CERQUEIRA que tem o possuidor da marca

“a possibilidade de demandar perdas e danos quando o uso de marca idêntica ou semelhante se caracterizar como um ato de concorrência desleal tendente a criar confusão entre produtos ou artigos postos no comércio”,

acrescentando que o fundamento está

“nos princípios do direito comum aplicáveis à concorrência no comércio e na indústria” (Tratado, cit., ed. de 1956, v. II, t. II, pp. 168 e 169).

Na mesma posição, salienta, enfaticamente, E. MAGALHÃES NORONHA:

“Não é necessário o registro. Salta aos olhos que concorrência desleal é uma coisa, e crime contra as marcas de indústria e comércio é outra. Constituem capítulos distintos do Título III da parte especial de nosso Código. Um é definido no art. 192, nº I, desse diploma, ou no art. 175, nº I, do Código de Propriedade Industrial (Decreto-Lei nº 7.903, de 27-8-1945) e, outro no art. 196, nº III, do estatuto penal comum, ou no art. 178, nº III, do citado decreto-lei.

Ao punir-se a contrafação de marca de indústria e comércio, ou seja, a reprodução, no todo ou em parte, de marca, as leis acrescentam o adjetivo “registrada”, ao passo que, na concorrência desleal, nenhuma vez se notam especificamente essas expressões como elemento do tipo”. (Concorrência desleal e registro de marca de indústria e comércio, RT. 448/287).

A propósito do assunto, já proclamou o Supremo Tribunal Federal:

“A livre concorrência, como toda liberdade, não é irrestrita; o seu direito encontra limites nos preceitos dos outros concorrentes pressupondo um exercício legal e honesto do direito próprio, expressivo de probidade profissional. Excedidos esses limites, surge a concorrência desleal. . .

Procuram-se no âmbito da concorrência desleal os atos de concorrência fraudulenta ou desonesta, que atentam contra o que se tem como correto ou normal no mundo dos negócios, ainda que não infrinjam diretamente patentes ou sinais distintivos registrados” (RTJ, 56/453).

Com isso, pela utilização de marca, ou seu elemento, igual ou semelhante à do concorrente, pode o agente incidir, pela confusão entre produtos, em concorrência desleal, desde que presentes os condicionantes referidos, e independentemente de intenção e de prejuízo.

#### 14 — A posição da matéria na jurisprudência

O exame da jurisprudência pátria mostra-nos a absorção tranqüila das citadas noções e evidencia um profícuo trabalho no sentido de coibirem-se as práticas em questão.

As respostas dos tribunais, inclusive de nossa Corte Suprema, vêm, na trilha das orientações expostas, fazendo valer os direitos dos atingidos, na sagração prática da justiça.

Em diferentes acórdãos examinados, ao longo dos tempos, sentimos a absoluta consciência de nossos julgadores, quanto aos contornos da concorrência desleal — inclusive da figura em causa — e a alta sensibilidade para coibir os abusos verificados.

Encontram-se, assim, diferentes julgados reconhecendo a concorrência desleal, principalmente, em ato de estabelecimento posterior à venda de negócio a terceiro, problema que se tem apresentado mais à discussão (RT 132/253; 113/641; 94/513; 110/174; 193/874; 207/238; 203/319; 248/184; 307/205; 320/534; 420/152; 421/104; e RF 210/189; 167/237; 157/190; 181/280). Também em atos de improbidade (RT 184/914) ficou reconhecida a figura.

A jurisprudência tem, na configuração da concorrência desleal, partido da premissa da confusão, desde os primeiros julgados (RT 3/411; 12/65; 46/326; 47/178) aos mais recentes (RT 393/155; 400/179; 417/158; e RF 106/290; 148/412; 182/217).

Além disso, em várias decisões, resolveu a questão da imitação, delimitando os seus contornos, à luz dos princípios expostos (RT 150/59; 184/114; 201/564). Sobressaem-se os casos de contrafação de marca (RT 8/93; 41/153; 58/98; 89/260; 83/116; 107/305; 132/619; 141/90; 369/164) e também de confusão (especialmente RT 130/660; 328/176; 354/198).

Tem ainda havido discussões, com resposta positiva, quanto à imitação de nome e de denominação (RT 25/469; 49/458; 54/134; 179/183; 381/116; 437/87; 480/211); a expressões e insígnias (RT 188/545); a formas com dizeres semelhantes (RT 417/158); com características iguais (RT 393/155), e mesmo sigla não registrada (RT 266/470) e marca sem requisito de veracidade (RT 400/179).

Merecem destaque, nas decisões recentes, as referentes à imitação de nome ou denominação comercial, em que se considerou caracterizada a concorrência desleal em: uso de patronímico por sociedade do mesmo ramo, mesmo quando integrada por sócio que tenha o mesmo nome (RT 511/256,



do STF); violação do nome e definição do prazo prescricional em conformidade com o do direito sobre marcas no nome comercial, considerada como forma de confusão pela colisão ou coincidência de mercados (RT 565/96).

### 15 — Tutela dos direitos do lesado

A tutela jurídica dos efeitos da concorrência desleal espalha-se por diferentes campos.

Em sua estruturação, defere ao lesado **diversas formas de reação**, em função de reflexos variados, e tendentes a:

**a) abstenção** de continuação dos atos havidos como desleais (ou seja, a cessação das práticas desleais);

**b) apreensão** de coisas nascidas do ilícito (para evitar-se a continuação da lesão e do prejuízo);

**c) reparação** de prejuízos de ordem material ou moral decorrentes, incluindo-se danos emergentes e lucros cessantes;

**d) apenação** do agente, quando capitulada a ação como delito. (V. dentre outros autores, ASCARELLI: ob. cit., pp. 229 e segs; ROUBIER: ob. cit., pp. 536 e segs.; ROTONDI: ob. cit., pp. 482 e segs.).

Prospera, na matéria, no exterior, como no Brasil, a tese do **duplo enquadramento** (civil e penal). (V. dentre outros escritores, DUVAL: ob. cit., pp. 483 e segs.), podendo o lesado obter, sucessiva ou simultaneamente, a apreensão de coisas, a cominação e a reparação (ob. cit., pp. 445 e segs.), afora a apenação do agente por crime (pp. 416 e segs.), quando for o caso.

A ação é, no âmbito civil, do gênero da responsabilidade, pois configuram abuso de direito as práticas desleais, dispensada a prova de prejuízo e de intenção (v. GAMA CERQUEIRA: ob. cit., v. II, p. 388; ROUBIER: ob. cit., pp. 531 e segs.).

Na existência de crime — em que são capituladas as ações estudadas —, cabe a busca e apreensão de coisas (v. GAMA CERQUEIRA: ob. cit., p. 404 e ROUBIER: ob. cit., pp. 536 e segs.), inclusive na confusão por utilização de marca (HUNGRIA: ob. cit., pp. 372, 380 e 383).

### 16 — Remédios admitidos

Na tutela dos direitos em questão, identificam-se diferentes remédios, nas leis, na doutrina e na jurisprudência.

Podem ser divisadas, em uma perspectiva mais ampla, **três veredas** por onde tem o prejudicado condições de caminhar — aliás, em qualquer caso de concorrência desleal —, a saber: a administrativa, a penal e a civil.

No plano **administrativo**, pode o interessado valer-se de medidas tendentes a registro, anotações, cancelamentos, anulações e demais operações correlatas, bem como das defesas e dos recursos próprios previstos (Lei nº 5.772, de 21-12-71: arts. 77 e segs. e 104 e segs., em que se assegura a exclusividade ao titular da marca, art. 59).

No plano **penal**, dispõe da possibilidade de exercício, por meio de queixa, da ação penal de concorrência desleal (Lei cit., art. 128 e Dec.-Lei nº 7.903, de 27-8-45: arts. 178, III, e 181 e segs.; e Código Penal, art. 196), que pode ser precedida da medida preliminar de busca e apreensão (Código de Processo Penal, arts. 240 e segs.), em especial nos casos de contrafação ou de necessidade de colheita de elemento de convicção (§ 1º, alíneas c e h).

No plano **civil**, pode o prejudicado alcançar reparação pelos danos havidos, por via de ação ordinária de reparação (Código Civil, arts. 159 e 1.518 e segs.).

A ação pode ser precedida de medida cautelar (Código de Processo Civil: arts. 798 e 799), em que se realçam, de um lado, a busca e apreensão (arts. 839 e segs.), como instrumento eficaz, preventivo e preparatório, para obviar-se a violação ocorrida, e, de outro, os protestos, notificações e interpelações, para efeito de prevenção de responsabilidades, conservação ou ressalva formal de direitos (arts. 867 e segs.). (Sobre a tutela do direito nessa matéria, v. dentre outros, ASCARELLI: ob. cit., pp. 194 e segs. e 228 e segs.; ROUBIER: ob. cit., pp. 483 e segs.; ROTONDI: ob. cit., p. 267).

Ressalte-se que a responsabilidade civil é independente da criminal (Código Civil, art. 1.525), observando os reflexos civis da condenação criminal as regras próprias (Código de Processo Civil, arts. 63 e segs.).

Dispõe o lesado, ademais, de ação tendente a impedir o ato de concorrência incriminado — como a utilização de marca, sinal ou nome semelhante — mediante a cominação de pena pecuniária para o caso de transgressão do preceito (Dec.-Lei nº 7.903/45, art. 189; e CPC: arts. 632 e segs., ou 642 e segs., conforme o caso, se obrigação positiva ou negativa).

Admite-se, nesse campo, por fim, pela compatibilidade, a cumulação das medidas civis em questão, observando cada pedido o procedimento ordinário quando corresponder a tipo diverso (CPC, art. 292 e §§) (v. a respeito, decisões em RT 300/236 e 309/173, dentre inúmeras outras).

Ao lesado compete, face à avaliação de seus interesses em concreto e assistido por seus advogados, eleger os caminhos adequados para a salvaguarda de seus direitos, de sorte, como anota ROTONDI:

“l'estensione di questa difesa è quella più o meno ampia fissata all'atto della domanda dall'interessato” (ob. cit., p. 135).

# Vídeo-clubes, distribuidores, locadores e revendedores de vídeo-cassetes: sua posição frente ao direito de autor

ANTÔNIO CHAVES

Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Presidente do Instituto Interamericano de Direito de Autor (IIDA). Vice-Presidente do Conselho Nacional do Direito Autoral

## SUMÁRIO

1. *A difícil conciliação entre os interesses dos autores e artistas intérpretes e os da coletividade. Doutrina*
2. *Leis e jurisprudência em diferentes países*
3. *Congressos internacionais*
4. *A situação em nosso País*
5. *O controle de vídeo-cassetes, a reserva de mercado e o registro de gravadoras pelas Resoluções CONCINE nºs 97, 98 e 99*
6. *A única solução plausível: remuneração pela "potencialidade" de gravação de obras protegidas pelo direito autoral. Um projeto de lei brasileiro*
7. *Quando e como será cobrado o novo direito*
8. *Uma complementação necessária*
9. *A distribuição e locação de vídeo-cassetes não são crimes contra a propriedade imaterial*

---

Tivemos oportunidade de proferir, recentemente, parecer relativo à locação, distribuição e venda de vídeo-cassetes.

Por se tratar de tema quase que inédito entre nós, procuramos compendiar suas 62 folhas datilografadas, nas seguintes, que focalizam apenas aspectos de interesse geral relativos ao direito de autor.

1. *A difícil conciliação entre os interesses dos autores e artistas intérpretes e os da coletividade. Doutrina*

Autoriza o art. 49, nº II, da Lei nº 5.988, de 14-12-1973, "a reprodução, em um só exemplar, de qualquer obra, contanto que não se destine à utilização com intuito de lucro".

Com a proliferação dos aparelhos "xerox" ou similares, passaram a multiplicar-se aos milhões, por toda parte, as cópias de trabalhos literários ou musicais, em letra de forma, sem que, no mundo inteiro, com raras exceções, tenha a legislação conseguido resolver o problema a contento.

O mesmo fenômeno repete-se, agora, no que diz respeito às obras musicais, com os aparelhos gravadores de fitas, cassetes, filmes cinematográficos, vídeo-cassetes e similares, que permitem a gravação de espetáculos transmitidos pelo cinema, pela TV, por satélites, e espetáculos públicos, diretamente.

Sem embargo, a fixação de obras alheias numa fita magnética, sem autorização, objetivando fins de lucro direto ou indireto, implica numa reprodução não permitida, correspondendo a um verdadeiro locupletamento.

Tem-se salientado, com efeito, não haver razão para que apenas os autores, os artistas intérpretes e executantes e os empresários devam suportar o ônus dessa evolução, tanto mais quanto ninguém lembraria de discutir a necessidade de pagar os aparelhos e o material utilizados.

Raros são os que não tenham se valido, hoje em dia, dos préstimos dos aparelhos gravadores de sons e de imagens, prática que, aliada à televisão, constitui um dos motivos que levou à atual crise as grandes empresas produtoras de filmes cinematográficos, fenômeno que levanta, entre outras, quatro principais questões distintas, embora intimamente relacionadas:

1) a da retribuição dos autores, artistas, empresas gravadoras, cinematográficas, de rádios e de TV;

2) a mesma retribuição pelo aproveitamento, ou reaproveitamento, não autorizado, em transmissões ao público de suas produções ou transmissões;

3) a da pirataria: aproveitamento ilícito da obra intelectual alheia mediante a reprodução, multiplicação e lançamento no mercado, sem autorização, de cassetes, vídeo-cassetes, cartuchos, discos, filmes cinematográficos e análogos etc.;

4) o da locação, sem autorização dos titulares de direito, dessas produções.

Coloca REINHOLD KREILE (*Vervielfältigung zum persönlichen Gebrauch* (Reprodução destinada ao uso pessoal), Anuário 1979 da Internationale Gesellschaft für Urheberrecht, E. V., Viena, 1979, pp. 94-114), em oposição à prerrogativa exclusiva de reprodução, parte essencial do direito de autor individual, o axioma que reconhece ao público o livre acesso às obras literárias e artísticas.

Os progressos da técnica oneram o direito de reprodução exclusiva com conseqüências cada vez mais freqüentes e pesadas, situação nova que exige que a reprodução privada seja submetida a limitações, não podendo mais continuar a escapar às conseqüências econômicas.

Reconhece que na maior parte dos países parte-se do princípio de que a retribuição do autor para a reprodução com finalidades privadas deve ser paga por aquele mesmo que faz a reprodução.

Seja qual for a solução, considera que o legislador deverá levar em conta dois princípios:

- 1) o direito de autor não pode opor-se à evolução técnica e econômica;
- 2) o autor deve ser indenizado pecuniariamente de maneira satisfatória pelas ofensas ao direito de autor causadas pela reprodução destinada ao uso privado.

E M. H. DELLA COSTA (*Aspects Juridiques de la Piraterie*, "rapport" apresentado à reunião da Comissão Jurídica e de Legislação da CISAC, de 20-4 a 2-5-1981, em Sydney, 12 pp. mimeografadas), recomenda que, onde quer que seja possível estabelecer um "direito potencial de autor" como condição da livre fabricação, venda ou importação de fitas virgens e de aparelhos de gravação fonográfica, se estipule claramente, no texto da autorização, que a retribuição cobre "as utilizações possíveis estritamente privadas", preservando o direito de autor de impedir a gravação não autorizada de suas obras, não somente "para finalidades comerciais", mas outrossim quando esta gravação é realizada "numa finalidade lucrativa, mesmo por conta de particulares e para seu gozo próprio."

Pretender-se manter, diante dessa alteração proporcionada pela evolução da tecnologia, o velho princípio de que qualquer pessoa tem o direito de reproduzir uma obra integral ou parcialmente para finalidades privadas é abrir caminho a múltiplos abusos. Não há como não reconhecer que o direito ao uso pessoal ou no âmbito familiar deve ser regulado sobre outras bases, atualizadas, mais condizentes com essa nova situação.

Partindo do princípio fundamental de "que a reprodução das obras, sejam quais forem sua maneira e sua forma, é submetida ao direito exclusivo de permissão dos autores, TH. LIMPERG e CLAUDE JOUBERT (*La Reproduction par Reprographie d'Œuvres Protégées par le Droit d'Auteur*, discutido perante a Comissão Jurídica e de Legislação da Confédération Internationale des Sociétés d'Auteurs et Compositeurs — CISAC) deduzem regra de princípio, a ser empregada em todos os casos em que não tenha lugar o exercício do direito de consentir ou de proibir; a de que o respeito aos interesses legítimos dos autores exige uma justa remuneração.

Reconhecem a impraticabilidade de qualquer proibição genérica; propõem, por isso, seja admitido reproduzir por reprografia, sem prévia autorização do autor ou de seus cessionários ou sucessores, uma obra já publicada, sob a condição, todavia, de que quem esteja qualificado para realizar semelhante reprodução respeite os direitos morais e pecuniários do autor.

## 2. *Leis e jurisprudência em diferentes países*

A maioria das legislações só tem disposições relativas à locação e distribuição de filmes cinematográficos, que não são adaptáveis aos vídeo-cassetes.

O direito de distribuição do produtor de vídeo-cassetes esgota-se quando ele vende cópias ao varejista. O aumento do volume das locações e a fácil disponibilidade do produto alugado tendem a encorajar a cópia privada, fazendo com que corram o risco de prejudicar as vendas no varejo. Além disso, o varejista receberá pelas locações quantias importantes sobre as quais o produtor não tem direito algum, a menos que tenha feito estipulações contratuais a respeito.

As dificuldades inerentes ao sistema acrescenta-se mais uma: o "swapping" (troca) de vídeo-gramas entre os possuidores de exemplares.

As conseqüências da situação, indicadas no relatório *A Locação dos Vídeo-gramas e dos Fonogramas* (redigido pela Secretaria da Federação Internacional dos Produtores de Fonogramas e Vídeo-gramas, IEPIVIDEO, a pedido da Organização Mundial da Propriedade Intelectual e da UNESCO, 38 pp. mimeografadas, janeiro de 1983), são profundas e complexas, proporcionando fortes prejuízos aos produtores de vídeo-gramas e aos titulares de direito.

"A despeito da encorajadora procura que provém do grande público, a locação corre risco de se desenvolver em detrimento da venda.

O revendedor, que ocupa uma posição chave no domínio da locação, pode alugar cassetes ou discos um grande número de vezes, o que resulta numa utilização intensiva de cada exemplar. Por outro lado, o produtor do repertório bem como todos os outros titulares de direito arriscam de não obter sua parte "legítima" do rendimento das locações, e isto pelas seguintes razões:

- a) a existência da doutrina do esgotamento dos direitos;
- b) o fato que as locações são difíceis de administrar e que semelhante administração custaria muito."

Aponta o resultado: o locador provavelmente realizará benefícios sobre a utilização reiterada dos suportes audiovisuais, benefícios sobre os quais o produtor não terá parte alguma, uma vez que ele não receberá senão o preço da primeira venda. A locação incentivará o emprego de suportes audiovisuais, o que gerará uma procura por um repertório mais amplo; mas ainda aí o produtor de vídeo-gramas não retirará os benefícios aos quais ele teria direito e que lhe permitiriam investir num novo repertório.

A concorrência entre os revendedores especializados na locação conduzirá a rebaixamentos de preços para alcançar níveis cada vez inferiores, que, a seu turno, virão mortificar ainda mais o mercado das vendas de suportes audiovisuais ao grande público, com conseqüências imprevisíveis.

Documento preparado pelas secretarias da OMPI e da UNESCO, redigido com a colaboração do Sr. AGNE HENRY OLSSON, Conselheiro Jurídico da Divisão

de Assuntos Internacionais do Ministério da Justiça, de Estocolmo (*Reprodução Privada não Autorizada de Gravações Sonoras e Audiovisuais, de Radiodifusões e de Documentos Impressos*, datado de 16-4-1984, submetido ao Grupo de Peritos sobre a Reprodução Privada não Autorizada de Gravações, Emissões de Radiodifusão e de Documentos Impressos, que se reuniu em Genebra de 4 a 8-6-1984, 39 páginas mimeografadas), passa em resenha a legislação dos quatro países que até então haviam procurado regulamentar a matéria, estabelecendo um gravame compensatório.

A lei da República Federal da Alemanha prevê, art. 53, 5, ao direito do autor e dos artistas intérpretes ou executantes exigirem do fabricante dos aparelhos o pagamento de uma remuneração pela possibilidade que o uso dos mesmos oferece para realizar a captação de registros visuais ou sonoros ou pela sua transferência a outro registro.

Para facilitar a administração da remuneração, os organismos de arrecadação responsáveis por esta esfera constituíram uma associação conjunta, chamada ZPU (*Zentralstelle für private Überspielungsrechte*), que arrecadou, em 1981, 39 milhões de marcos.

Na Áustria, a lei de 2-7-1980 dispõe:

“Quando, por sua própria natureza, cabe pensar que uma obra difundida pelo rádio ou fixada num registro sonoro ou visual elaborado com fins comerciais, será reproduzida mediante fixação num registro sonoro ou visual para uso pessoal, o autor terá direito a uma remuneração equitativa, sempre que os meios de gravação sonora ou visual não gravados e idôneos à mencionada gravação, ou outros meios de gravação sonora ou visual destinados a este fim (material de gravação), se distribuam dentro do país com fins comerciais, salvo quando o material de gravação não se utilize no país, ou, a ser utilizado, mencionadas cópias se destinem a uso pessoal; bastará a prova justificativa de tais circunstâncias. Para o cálculo da remuneração tomar-se-á em conta sobretudo a duração da obra. A remuneração correrá a cargo da primeira pessoa que distribua o material de gravação no país com fins comerciais.”

Em 1981 a arrecadação ascendeu a cerca de seis milhões de xelins austríacos.

Na Hungria, Decreto de 20-11-1982 do Ministério da Cultura contém previsões análogas, e no Congo, Lei de 7-7-1982 prevê a reprodução desse gênero, destinada estritamente ao uso pessoal e privado, numa remuneração em proveito do autor, “cujo importe será proporcional aos ingressos provenientes da venda, no território nacional, dos suportes materiais virgens”, a ser pago ao organismo profissional de autores.

Adite-se que, promulgada no Japão em 1984, “Lei para uma medida provisória relativa aos direitos dos autores etc., com relação ao empréstimo de fonogramas comerciais ao público”, tem seu dispositivo fundamental no

“Art. 4º — 1) Uma pessoa que pretenda alugar um fonograma comercial mediante compensação ao público, deverá obter autorização

para locação do mencionado fonograma comercial dos titulares de direito até um período determinado por ordem expressa do Gabinete que venha a expirar depois que o fonograma tiver sido vendido pela primeira vez neste País.

2) O ato de locação de um fonograma comercial mediante pagamento (charge) será considerado incluindo um ato de natureza econômica similar a este, seja qual for a forma ou meio em que possa ter lugar.

3) Uma pessoa que tenha obtido a autorização de que trata o § 1º mencionado pode alugar mediante pagamento ao público o fonograma comercial a que pertence a autorização, nas condições especificadas na autorização."

Para W. DILLENZ (*Reproduction pour l'usage privé*, 10 pp. mimeografadas, apresentado à reunião da CISAC já referida), não se trata, *a priori*, tanto de um problema jurídico quanto, mais propriamente, de um problema econômico: o prejuízo para o autor (e para os demais titulares indicados) cria-se, com efeito, mesmo no quadro de situações em que a doutrina entende que a utilização de magnetofones e de aparelhos de vídeo na esfera privada não está autorizado pelo direito de autor.

Encarece que, por decisão de 18-5-1955, o Bundesgerichtshof alemão reconheceu ao autor o direito de impedir as gravações sobre fitas sonoras na esfera privada.

Seria certamente ingenuidade supor que todos os que gravam uma obra para uso particular em fita magnética comprariam esta obra registrada em fonogramas industriais se tivessem a possibilidade de reproduzi-la para seu uso.

"Sabe todo mundo que essas duas condições existiam ontem como existem hoje. A situação é, portanto, de natureza dinâmica: o deslocamento da reprodução do domínio industrial-comercial (onde o autor recebe uma remuneração) para o domínio privado (onde ele não a recebe)."

Nos EUA, tal como na Grã-Bretanha, no Canadá, na África do Sul e na Austrália, as exceções ao direito de reprodução reservado ao autor, no que diz respeito ao uso privado ou pessoal, assumem a característica do *fair use* ou do *fair dealing*, uso leal e de boa fé, deixando assim à jurisprudência a tarefa de determinar o alcance da expressão.

Mas é justamente esse elastério de interpretação que torna mais vulnerável o direito dos autores, dos artistas intérpretes e executantes, das gravadoras, dos produtores cinematográficos e das estações de rádio e TV.

Exemplo bem expressivo é o que foi objeto de um pleito, nos EUA, que teve intensas repercussões no mundo inteiro.

Universal City Studios, Inc. e Walt Disney Productions moveram ação contra Sony Corporation of America e outros, por terem gravado em fitas casetes, por meio de aparelhos marca Betamax, alguns filmes, dos quais eram titulares dos direitos de autor.



Em primeira instância, ficou decidido ser a duplicação não autorizada de material protegido pelo direito autoral um ilícito civil e penal, mesmo quando realizada no lar, ou em domicílio particular.

Mas a decisão foi reformada, aos 19-10-1981, pela United States Court of Appeals, Ninth Circuit, que não concedeu declaração de ilicitude do comportamento tanto do cidadão privado autor das gravações, como dos vendedores que tinham levado a efeito gravações com finalidades demonstrativas à clientela, e, ainda, do fabricante e distribuidor dos aparelhos, responsáveis por terem tido papel determinante proporcionando o meio sem o qual o ilícito comportamento não teria sido possível.

Consideraram os juízes o procedimento do particular não ilícito, legitimando o *fair use* a atividade do utilizador da obra intelectual.

A decisão tem provocado perplexidade e reservas, acentuando *Il Diritto di Autore* (n. 2, 1981, pp. 212-215) que o impacto tecnológico e cultural dos Betamax arrisca assim causar sérias lesões ao edifício dos direitos exclusivos.

“É certo, todavia, que nos próximos anos jogar-se-á o futuro do direito de autor que deverá enfrentar o desafio tecnológico, encontrando instrumentos adequados (jurídicos, políticos, culturais) não somente para consentir a defesa de fato dos interesses dos autores, mas também para conservar um eficaz sistema de proteção jurídica a que, com o correr dos tempos, as novas exigências da cultura de massa poderiam até mesmo negar a legitimação.”

### 3. Congressos Internacionais

Os círculos internacionais já se sensibilizaram com a questão.

Entre as Resoluções aprovadas pelo VIII Congresso da Sociedade Internacional para o Direito de Autor (INTERGU), que teve lugar em Toronto, de 21 a 25-9-1981, assume relevo a que diz respeito à reprodução privada, reclamando dos legisladores:

“1) a manutenção, em princípio, do direito exclusivo do autor ao aproveitamento econômico de sua obra;

2) a introdução de uma retribuição, cujo cálculo será baseado no princípio da tarifa por peça

para cada aparelho que proporcione a gravação de obras protegidas pelo direito de autor,

e, ao mesmo tempo e na mesma ordem de idéias,

para o material que serve de suporte áudio e audiovisual para a gravação por meio destes aparelhos (fitas magnéticas, principalmente os musicassetes e vídeo-cassetes virgens);

3) o aperfeiçoamento da regulamentação do processo judiciário para fazer valer os direitos dos autores, embora levando em conta os interesses dos consumidores;

4) o aperfeiçoamento da proteção pelo direito penal no caso de violação do direito de autor (incorporando-o no direito penal relativo à delinquência econômica).”

Também a Confederação Internacional das Sociedades de Autores e Compositores, CISAC, ao encerramento de seu 33º Congresso, Roma, de 3 a 10-10-1982,

“Informada da proliferação, em numerosos países, de lojas de locação de fonogramas e vídeo-gramas cuja atividade acarreta um grave prejuízo aos interesses econômicos dos autores das obras incorporadas nesses fonogramas e vídeo-gramas;

consciente do fato que a maior parte das legislações nacionais não assegura de maneira satisfatória a proteção dos autores diante do fluxo crescente destas operações de locação;

espera vivamente, em nome de todas as associações-membros, que as legislações nacionais prevejam o mais rapidamente possível disposições apropriadas reconhecendo aos autores de obras literárias e artísticas um direito exclusivo frente à locação de fonogramas e de vídeo-gramas que incorporem obras protegidas, ou de toda forma análoga de aproveitamento, a fim de que seja plenamente assegurada a indispensável proteção dos interesses dos autores frente a esta nova modalidade de utilização de suas obras”;

ditou “Resolução” relativa a Locação de Fonogramas e Vídeo-gramas, convidando “seus órgãos constitutivos a tomar todas as medidas apropriadas para colocar suas sociedades-membros em medida de defender e gerir os direitos de locação dos autores tão logo uma legislação apropriada tenha sido adotada na matéria” (*Bulletin du Droit d'Auteur* – Unesco, vol. XVIII, n. 1, 1983).

No IX Congresso da INTERGU e IV Conferência Continental do Instituto Interamericano do Direito de Autor, IIDA (30 de outubro a 4-11-1983, Santiago, Chile), entre outras declarações, foi aprovada a de que:

“Deve pagarse una suma adecuada a los autores y otros titulares de derechos intelectuales por la reproducción privada y el arrendamiento de video programas, fonogramas y audiovisuales.”

Justificou-se:

A constante evolução da tecnologia da reprodução para uso pessoal de obras visuais e audiovisuais exige dos legisladores uma tomada de posição em favor dos autores, dos artistas e outros titulares de direitos intelectuais, abandonando o critério de permissibilidade para a obtenção de cópias para uso pessoal, visto que a atual possibilidade de multiplicar ilicitamente os exemplares prejudica enormemente os titulares de direito.

As únicas vias, atualmente plausíveis para compensar tão sérios danos, são as indicadas pelas legislações da Áustria e da Alemanha, critérios que foram adotados no projeto de lei do CNDA, do Brasil, introduzindo o pagamento de remunerações compensatórias sobre a importação, fabricação e venda de cintas virgens.

Tanto a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura, UNESCO, com sede em Paris, como a Organização Mundial da Propriedade Intelectual, Genebra, se empenharam no estudo do problema da "Reprodução Privada não Autorizada de Gravações, Emissões de Radiodifusão e de Documentos Impressos", reunindo, na Capital suíça, de 12 a 16-12-1983, um comitê de peritos que examinou o aludido relatório formulado a pedido de ambas as organizações pela Federação Internacional dos Produtores de Fonogramas e Vídeo-gramas (IPFIVIDEO) a respeito dos problemas decorrentes, no plano do direito autoral da locação de gravações de obras protegidas e sua distribuição.

Depois de terem convidado os Estados signatários das Convenções de Berna e Universal a apresentarem observações, promoveram, de 4 a 8-6-84, a reunião em Genebra de um grupo de peritos, que não tiveram, ao concluir seus trabalhos, outro alvitre senão sugerir a ambas as instituições "que continuem a estudar a incidência sobre os direitos conexos, da gravação e da reprodução reprográfica para fins privados de obras protegidas e de reproduções protegidas pelos direitos conexos, e que elaborem princípios comentados de proteção ao direito de autor e aos direitos conexos nesse domínio".

#### 4. *A situação em nosso País*

Não prevê a Lei nº 5.988, de 14-12-1973, a locação ou o empréstimo remunerado de obras artísticas ou literárias, o que é tanto mais lamentável porquanto o Projeto BARBOSA-CHAVES, depois de ter consignado no art. 31 e seus parágrafos que a aquisição do original ou de um exemplar de uma obra não confere aos compradores o exercício de qualquer atributo pecuniário do direito de autor, havia considerado expressamente no art. 32 o direito à locação de obra ou de reprodução, definindo-o como de entregar o uso e gozo de uma obra ou de reproduções da mesma, por tempo determinado, mediante remuneração, sem prejuízo dos direitos de autor. Deixava claro, assim, que a ulterior cessão em locação também depende de expresso consentimento do titular da prerrogativa.

Embora não trasladado para a Lei nº 5.988, o critério pode ser deduzido dos termos genéricos empregados pelo art. 38, que incorporou a idéia contida no aludido art. 31, sendo que o art. 3º manda que se interpretem restritivamente os negócios jurídicos sobre direitos autorais.

Qualquer aproveitamento não consentido de obra alheia fica sujeito às sanções previstas no art. 123, autorizando a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação ou utilização da obra, sem prejuízo do direito à indenização de perdas e danos.

Não considera o art. 49, II, ofensa ao direito de autor a reprodução, em um só exemplar, de qualquer obra, contanto que não se destine à utilização com intuito de lucro.

Dispositivos desse tipo, por bem intencionados que sejam, proporcionam, no mundo inteiro, milhões de violações, muitas vezes inconscientes, ao direito

de autor, no âmbito literário e científico, por meio de xerox, e, no musical e artístico, através dos cassetes e vídeo-cassetes.

Essa situação não podia deixar de produzir seu impacto no texto da referida lei, que dez anos foram suficientes para tornar, quanto a esse ponto, completamente obsoleta, exigindo os aparelhos de gravação e multiplicação eletrônica ao alcance de todos, diz bem HENRIQUE GANDELMAN,

“aprofundar mais a defesa destes direitos intelectuais, no próprio interesse da preservação da liberdade de expressão, um dos direitos fundamentais do homem. Uma sociedade só é livre, quando seus criadores intelectuais — escritores, pensadores, cientistas, educadores, artistas etc. — são realmente agasalhados pelo direito.

O vídeo-cassete é, sem dúvida, a primeira arma pessoal — e digamos, imaterial — que, involuntariamente, pode tornar qualquer cidadão “autor” de um ato ilegal: a pirataria doméstica.”

Mesmo nos casos, portanto, em que não existe intenção maliciosa de tirar vantagens mediante aproveitamento do trabalho alheio, ou de prejudicar os legítimos titulares do direito, é generalizado o reconhecimento do prejuízo ocasionado aos autores, intérpretes e empresas produtoras de discos e filmes pelas gravações levadas a efeito individualmente, em enorme escala.

As restrições aos direitos de autor, contidas no art. 49 da Lei nº 5.988, precisavam mesmo passar a ser consideradas na conformidade das conquistas técnicas dos novos tempos, para serem compatibilizados com o espírito do art. 153, § 25, da Constituição, que reconhece pertencer aos autores de obras literárias, artísticas e científicas o direito exclusivo de utilizá-las.

Define aquela lei o fonograma (cassete) como “a fixação, exclusivamente sonora, em suporte material” e o vídeo-fonograma (vídeo-cassete) como “a fixação de imagem e som em suporte material” (art. 4º, ns. VII e VIII).

O Supremo Tribunal Federal pela sua Primeira Turma já teve duas manifestações, dando por derrogados os incisos I e IV do art. 686 referido, e, conseqüentemente, a letra *a* do inciso I do art. 49 da Lei nº 5.988, que não considerava ofensa aos direitos do autor a reprodução de trechos de obras já publicadas ou, ainda que integral, de pequenas composições alheias no contexto de obra maior.

A primeira foi no RE nº 75.889, em que o Ministro Antonio Neder reconheceu que a reprodução deve ser feita nos termos expressos da aludida regra constitucional,

“ou seja, mediante pagamento, ao autor da obra, do *quantum* correspondente à vantagem, ou ganho, ou lucro, que obteve a pessoa que reproduziu trecho de trabalho literário, artístico ou científico.”

Na segunda, RE nº 83.294 reiterou essa posição o relator Ministro Bilac Pinto.

Uma incursão a que procedeu pelo direito comparado revelou

que as limitadas regras de proteção contidas no Código Civil haviam sido superadas pelo amplo universo que a esse direito foi aberto pelo desenvolvimento técnico dos velhos meios de comunicação: pela invenção do rádio, da televisão, das fitas gravadas para registro do som e dos vídeo-teipes para a simultânea gravação de imagem e do som, dos modernos aparelhos de reprografia, dos computadores, da utilização de fotografias nos novos e velhos veículos de difusão da imagem e das técnicas atualizadas de proteção da criação artística, compreendendo a escultura, a pintura, a gravura, o desenho, a música etc., o que alargou e diversificou o elenco dos direitos autorais cobertos pela proteção legal.

As múltiplas formas pelas quais obras literárias — em prosa e verso — passaram a ser parcial ou totalmente utilizadas em livros, em espetáculos públicos, em fonogramas, em peças teatrais, em filmes, em programas de rádio e televisão, ou mediante aparelhos de reprografia, revelaram que o direito exclusivo do autor de reproduzir sua obra já não dava a este proteção legal contra as modernas formas de violação dos direitos de autor. Essa a razão pela qual foi ampliada a definição de direito autoral.”

5. *O controle de vídeo-cassetes, a reserva de mercado e o registro de gravadoras pelas Resoluções CONCINE nºs 97, 98 e 99*

A matéria está regulamentada através dessas resoluções.

Pela de nº 97, de 29-7-1983, que “institui etiqueta de controle e estabelece obrigatoriedade de colagem, no Brasil, para filmes gravados em vídeo-cassetes” (DO 29-8-1984),

“Considerando não haver distinção legal entre obras cinematográficas quanto à técnica de reprodução, equiparando, a legislação, as produzidas ou copiadas pelos processos convencionais àquelas que o foram eletronicamente, como dispõem o inciso VI do art. 6º da Lei nº 5.988, de 14-12-1973, e o parágrafo único do art. 1º do Decreto-Lei nº 1.900, de 21-12-1981;

Considerando que o vídeo-cassete é uma fita magnética acondicionada em caixa plástica de dimensões padronizadas, apta a fixar e reproduzir obra cinematográfica;

Considerando as diretrizes de ação comum, relativas ao assunto, fixadas por representantes da Diretoria de Comércio Exterior do Banco do Brasil S.A., da Secretaria da Receita Federal, da Divisão de Censura e Diversões Públicas, do Conselho Nacional de Direito Autoral, da Empresa Brasileira de Filmes S.A. — EMBRAFILME e deste Conselho;

criou, para aposição em fitas gravadas em vídeo-cassete, etiqueta de controle emitida e fornecida, exclusivamente, pela EMBRAFILME, só admitindo sejam

comercializadas no País fitas gravadas em vídeo-cassete com a respectiva etiqueta, na forma da mesma Resolução.

Formula os requisitos para que as matrizes de obras cinematográficas destinadas à reprodução em fitas de vídeo-cassete sejam previamente registradas na EMBRAFILME, a requerimento do interessado.

“Só serão liberadas etiquetas de controle de fitas referentes a matrizes registradas na forma do item III, procedendo, a EMBRAFILME, sempre a requerimento do interessado:

a) no caso de serem diversos os requerentes mencionados neste e no item III, o deferimento da liberação das etiquetas ficará condicionado à prévia comprovação da titularidade a que se refere a alínea “c” do item III;

b) o requerimento especificará o número de cópias, de fitas gravadas em vídeo-cassete podendo a EMBRAFILME requisitá-las, correndo as despesas de frete e seguro, quando houver;

c) a oposição de etiquetas competirá à EMBRAFILME, que, contudo, a seu critério, poderá fornecê-las ao interessado para que o faça diretamente.”

Não serão fornecidas etiquetas para fitas gravadas em vídeo-cassetes copiadas no exterior, incumbindo ao requerente comprovar, de plano, a cópiagem no Brasil, instruindo o requerimento a que se refere o item anterior com as notas fiscais emitidas por empresa registrada na forma das normas vigentes, emanadas do CONCINE.

As etiquetas, uma para cada cópia, e dotadas de numeração seqüencial correlata ao número de registro da matriz correspondente, serão afixadas no vídeo-cassete e obedecerão ao modelo anexo à mesma Resolução.

A EMBRAFILME poderá cobrar pelo serviço de registro de matrizes e fornecimento de etiquetas de controle:

a) os preços serão fixados pelo CONCINE, por proposta da EMBRAFILME;

b) os preços assim fixados serão cobrados por etiqueta e pagos no ato dos requerimentos previstos nos itens III e IV.

Seguem-se disposições contendo sanções: as do inciso X do art. 36, do Decreto-Lei nº 43, de 18-11-1966, com a redação do art. 2º da Lei nº 5.848, de 7-12-1972, sujeitando a multa de 50 a 100 vezes o maior valor de referência vigente no Distrito Federal, apreensão, multas e interdições, principalmente em caso de reincidência.

Esta Resolução foi mandada aplicar à comercialização, locação e sublocação de quaisquer vídeo-cassetes gravados pela de nº 98, de 25-11-1983, item nº XIV, que cria reserva de mercado para vídeo-cassete, estabelece o percentual mínimo de obras cinematográficas gravadas nesse suporte e determina o registro de seus distribuidores, a ele sujeitando “as sociedades comerciais

ou civis, com ou sem fins lucrativos, regularmente constituídas, que tenham tal atividade como objeto, ainda que em caráter secundário”.

Obriga os distribuidores que forneçam vídeo-cassetes a intermediários para revenda, locação ou sublocação; ou que exerçam intermediação na compra e venda, locação ou sublocação a oferecer sobre títulos e cópias que tenham em carteira, no mínimo: 1) 25% de títulos de obras cinematográficas nacionais; 2) 25% de vídeo-cassetes gravados com obras cinematográficas nacionais.

Os distribuidores que revendem, loquem ou subloquem ao consumidor deverão, por sua vez, oferecer no mínimo 25% de vídeo-cassetes gravados com obras cinematográficas nacionais, sobre o total de cópias que tenham em carteira, estendendo essa obrigatoriedade a todos os estabelecimentos de uma mesma pessoa jurídica.

“As etiquetas de que trata a Resolução CONCINE nº 97, de 29-7-1983, não serão concedidas a distribuidores cuja atividade se compreenda exclusivamente no nº 3 da alínea *a* do item I, e, aos demais, só serão fornecidas se comprovada a proporcionalidade disposta nos itens II, III e VI, observado o disposto no item X.

O requerimento de registro de títulos e de etiquetas para obras estrangeiras deverá contemplar títulos nacionais e vídeo-cassetes gravados com essas obras, na proporção disposta no item II *c/c* item VII.”

Seguem-se especificações dos dados que os distribuidores de vídeo-cassetes deverão manter, atualizados diariamente, em seus estabelecimentos, sanções e respectivas normas de autuação.

Pela Resolução nº 99, de 25-11-1983, finalmente, criou o CONCINE o Registro de sociedades comerciais ou civis, com ou sem fins lucrativos, prestadores de serviços de gravações de vídeo-cassetes e de produção de matrizes — “masters” — em vídeo-teipe, — e sujeita às sanções do inciso X do Decreto-Lei nº 43, de 18-11-1966, com a redação do art. 2º da Lei nº 5.848, de 7-12-1972, aquele que exercer, sem estar inscrito no registro referido, quaisquer das atividades de produção de matrizes em vídeo-teipe para reprodução em vídeo-cassetes de obras cinematográficas produzidas originariamente sobre qualquer suporte e segundo qualquer tecnologia, e, ainda, gravação de vídeo-cassetes a partir de matrizes em vídeo-teipe, sujeitando o infrator a multa que variará de 1/3 do valor de referência MVR, vigente no Distrito Federal na época da autuação, a 100 vezes o mesmo valor.

Todo esse conjunto de providências — justas e necessárias — já submetem, como se vê, os produtores de vídeo-cassetes, e, de maneira particular, os vídeo-clubes, distribuidores, locadores e revendedores dessas obras a uma vigilância e fiscalização perigosíssima, abruptamente implantada da noite para o dia.

Mas essa defesa, de resto indispensável do direito de autor, tanto no setor público, como no privado, não pode consistir numa perseguição cega e indiscriminada de toda projeção de vídeo-teipes.

Tais são os casos das obras caídas em domínio público e as que nele foram integradas pela lei brasileira, como são as divulgadas em países que não participam de tratados com o Brasil e não dão às obras de autores pátrios o trata-

mento nacional, nos termos do art. 48, nº III, da Lei nº 5.988, cuja reprodução é perfeitamente lícita, até mesmo para fins de comercialização, como não é contrária à lei a reprodução de obras cujos direitos não sejam protegidos nos países de origem, de acordo com a legislação local ou internacional aí vigente, ou por falta de registro ou por qualquer outro motivo.

Diante da notória impossibilidade, que se espera venha a terminar em dia não muito distante, de os produtores nacionais suprirem as necessidades do mercado brasileiro, ou generalizando mais, dos mercados dos países em desenvolvimento se auto-suprirem, não há como admitir que o desfraldamento da bandeira da legalização dos direitos autorais relativos aos vídeo-cassetes venha, num exagero e numa inversão de posições, levar de roldão a própria incipiente produção nacional, que vê com grande esperança possibilidades de realização nesse novo e promissor setor, levantando-se contra qualquer pretensão de estabelecimento de monopólio de potências multinacionais.

A proteção da obra cinematográfica não pode acolher-se sob a umbrela do tratamento dispensado aos autores e artistas intérpretes estrangeiros, domiciliados no exterior, que obedece a uma filosofia, a uma estrutura, a princípios completamente diferentes.

A razão consiste em que a tendência do direito de autor propriamente dito é expansionista por sua natureza: uma canção, um drama, uma poesia, têm mais arte do que técnica, integram a cultura, que não suporta barreiras.

O disco, como o filme e pois, o cassete, o vídeo-cassete e similares, como o livro, em sua expressão material, são *mais* indústria e comércio, por valiosa que seja a obra que consubstanciam: a entrada da produção estrangeira não pode ser demasiadamente facilitada, tem que sofrer freios e contrapesos, como ocorre em todas as nações adiantadas.

A não ser assim, o domínio avassalador da produção industrial das grandes potências não teria limites: sufocaria, com o seu imenso poderio econômico e industrial, qualquer veleidade da afirmação da indústria nacional. Satisfeito o mercado do próprio país desenvolvido, obtido aí todo o lucro, poderiam suas indústrias exportar com um mínimo de vantagem: cem cruzeiros sobre cada vídeo-cassete vendido entre o Amazonas e o Chuí seria lucro, rebaixando as despesas de produção, sem qualquer sacrifício suplementar, mas com imolação definitiva da produção local.

Dissertando a respeito da proteção concedida ao fonograma — e a argumentação aplica-se perfeitamente ao vídeo-grama — lembra JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO (*Direito Autoral*, Rio, Forense, 1980, p. 278) que sua proteção não vai desenvolver-se em termos da atribuição de direitos sobre o suporte material. Ninguém nega que sobre este recai uma propriedade regida pelas regras comuns, tendo aqui plena aplicação analógica da Lei nº 5.988.

O que se sujeita a um regime particular é a utilização da coisa incorpórea mediante a utilização da coisa corpórea:

“O objeto do direito é, pois, a própria coisa, muito embora este direito nada tenha que ver com a propriedade dessa coisa. Atende-se a um tipo de particulares utilizações, em vez de se atender à universalidade das utilizações, como na propriedade.”



6. *A única solução plausível: remuneração pela "potencialidade" de gravação de obras protegidas pelo direito autoral. Um projeto de lei brasileiro*

Estamos, pois, diante do sentimento generalizado de que há necessidade de uma atualização das soluções do problema do reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, da revogação do aludido inciso I do art. 49 da Lei nº 5.988; da regulamentação apenas parcial da matéria através de Resoluções do CON-CINE, gravitando em torno de um vazio legislativo e gerando insegurança e perplexidades, bem patenteados pela presente consulta.

Uma situação dessa natureza não faz vislumbrar outra solução senão a decorrente de uma providência legislativa, diante do risco que correm, numa situação de fato consolidada há vários anos, gerando senão um como que direito adquirido, pelo menos uma situação indiscutível de pré-uso não só dos vendedores (donos de lojas), dos locadores, dos clubes de vídeo-cassetes e vídeo-discos, como também dos próprios locatários dessas fitas, que já formam um mercado muito respeitável e cobiçado.

Há que estabelecer distinção entre duas situações diferentes: a dos vendedores, as lojas e os locadores dos vídeo-cassetes, que adquirem e vendem ou alugam material legalmente comprado, sem nada pagarem de direitos autorais por não lhes ter sido exigido ainda esse pagamento, mesmo porque não saberiam a quem efetuar-lo nem em que base; — e a dos que não se contentam com um só exemplar, para colocar à disposição da demanda de seus clientes, e os multiplicam por sua própria iniciativa, sem se munirem da necessária licença, potencializando, por essa forma abertamente ilícita, os prejuízos dos fabricantes, dos autores e dos artistas intérpretes e executantes.

Na mesma situação encontram-se os locatários desses teipes: têm direito de assistir uma ou mais vezes ao espetáculo contido no vídeo-cassete. Mas somente quando tiram mais de um exemplar estarão infringindo o aludido art. 49, II, da Lei nº 5.988, agravando seu "crime" ao comercializarem exemplares.

Mas o simples fato de os locadores de vídeo-cassetes não terem condições de retribuírem os produtores, os autores e os artistas pelos direitos autorais usufruídos os deixa em posição incômoda.

A dificuldade — insista-se — não é peculiar ao nosso País.

Uma reportagem publicada na revista norte-americana *Video Review*, de maio de 1984, é extremamente ilustrativa para demonstrar que o mesmo problema, com características ainda mais frisantes, se apresenta nos EUA. Depois de aludir a um julgamento da Suprema Corte, admitindo como legal o "tape" doméstico, refere-se a um projeto de lei em andamento no Congresso para definir quem controlará os aluguéis de programas para computadores domésticos, se os produtores de fitas originais de vídeo-cassetes e, em escala muito menor, vídeo-discos ou se os proprietários de lojas.

Enquanto que os produtores qualificam esta reivindicação como luta para uma justa alteração de vendas, os proprietários de lojas entendem não passar isto de uma ameaça ao princípio da "venda em primeira mão", na conformidade da Copyright Law, § 109, *a*, que consiste em poder o possuidor de uma

cópia particular ou gravação fonográfica legalmente produzida, ou qualquer pessoa por ele autorizada, sem permissão do titular do direito de autor, vender ou de outra forma dispor da posse dessa cópia ou gravação fonográfica.

A reportagem invoca o caso das locadoras de automóveis: a GM vende seus carros para a AVIS; esta os aluga para o consumidor, não tendo que pagar nada do que recebeu à GM.

O princípio legal que permite às lojas e à AVIS comprarem os produtos e os alugarem em seguida, sem terem que reembolsar nada aos fabricantes é chamado de "venda em primeira mão", que faz parte das leis instituídas no século XIX. Em 1976 o Congresso reafirmou o princípio e o codificou no parágrafo 109 da lei: quando o proprietário transfere a posse de uma determinada cópia ou gravação fonográfica de uma obra, a pessoa que o adquiriu tem o direito de vender, alugar ou destiná-la a outro fim qualquer.

Mas reconhece que o campo do vídeo-cassete não é igual ao do automóvel: as empresas que se dedicam à locação de carros absorvem uma percentagem mínima do produto fabricado, ao passo que os fãs preferem alugar ao invés de comprar o cassete numa percentagem calculada em 95% dos casos.

"Em outras palavras, os produtores (ou os titulares de direitos autorais) destes cassetes só têm lucro quando os vendem às lojas ou aos poucos fãs que se interessam em comprá-los, portanto, só ganham uma pequena porção do montante lucrado destes filmes em VC..."

Por isso, os produtores de Hollywood, a fim de serem mais compensados, esforçam-se por obterem seja revogado o princípio de "venda em primeira mão", para que se aplique ao vídeo o que eles chamam de justa alteração de marketing.

"Se esta alteração passar, os produtores controlariam os aluguéis dos VC. As conseqüências seriam muitas, algumas boas, outras ruins para os compradores e locadores de VC."

A reportagem revela ainda duas outras preocupações: com os produtores controlando os aluguéis de vídeo-cassetes, seria possível que alguns filmes, incluindo grandes êxitos como "Flashdance" ou "The Complete Beatles", não estivessem disponíveis para alugar, forçando os fãs a comprar os cassetes.

Além disso, o projeto poderia afetar muito a disponibilidade das fitas: títulos menos populares poderiam ser retirados das locadoras porque os estúdios não só "empurrariam" títulos mais novos para gerar maiores lucros, como também, acrescentamos nós, forçariam a compra dos vídeo-cassetes de menor sucesso a preços mais baixos, saturando assim o mercado de produto inferior, tal como ocorre atualmente com os filmes cinematográficos, principalmente nas pequenas cidades do interior que dispõem de um só salão de cinema, implicando em menor número de teipes à escolha.

Com Hollywood tendo participação impositiva unilateralmente, e, pois, arbitrária, nos lucros dos aluguéis de vídeo-cassetes, receiam os proprietários que milhares de lojas de vídeo acabem em concordata — o que está prestes a

ocorrer também no Brasil, ficando conseqüentemente em menor número os pontos de locação de teipes.

As exigências do ensino, da pesquisa e da cultura, ao ritmo trepidante da vida moderna, que não permite sequer um momento de pausa para verificar se existe, quem é, onde está, o titular do direito, tornam cada vez mais utópico e distante o dogma, até há poucos anos indiscutível, da exigência do consentimento do autor para qualquer aproveitamento de sua obra.

Como conciliar os interesses do criador com os da coletividade?

Aí está, sem dúvida, um árduo teste, não apenas para as legislações internas de cada país, como também para as grandes convenções internacionais, que já não podem ignorar o problema, verdadeira pedra-de-toque das concepções teóricas e da aplicação prática dos princípios, encruzilhada, ponto de encontro de todas as construções científicas e legislativas, colocando frente a frente conceitos antigos como o do consentimento do autor e do intuito de lucro, e novos, como a licença obrigatória e a licença global.

Atente-se a que, se nos Estados Unidos, a lei estabelece o princípio de "venda de primeira mão", considerando certamente o perigo de os produtores pretenderem controlar os aluguéis dos vídeo-cassetes e todos os inconvenientes e transtornos que daí possam decorrer, e se a Suprema Corte admitiu a legalidade de cópias de vídeo para uso privado, não seria justo conceder aos produtores cinematográficos e detentores norte-americanos de direitos dessas obras, privilégios, no Brasil, que eles nem sequer alcançariam em seu próprio país, o que desde logo exclui qualquer veleidade de os produtores brasileiros obterem lá, reciprocidade de tratamento.

Mas isso não impede o reconhecimento da *necessidade* de se proceder à cobrança pela utilização de qualquer texto reproduzido mediante aparelhos gravadores, ressaltando-se expressamente as poucas exceções que a regra comporta.

Vem em seguida o como há de se chegar ao único caminho plausível: a licença obrigatória ou licença legal, preconizada, em novembro de 1973, por T. LIMPERG, em colaboração com CL. JOUBERT, no *rapport* apresentado à Comissão Jurídica e de Legislação da Confédération Internationale des Sociétés d'Auteurs et Compositeurs (CISAC).

São justamente esses gravíssimos problemas que visa solucionar anteprojeto de lei, propondo a remuneração dos autores e artistas intérpretes e/ou executantes pela simples *possibilidade* de reprodução de obras em fitas magnéticas de áudio ou de vídeo, que foi apresentado ao Conselho Nacional de Direito Autoral na sessão do dia 14-4-1982, consubstanciado em quatro dispositivos principais, versando, respectivamente, o princípio básico, a indicação do momento em que se torna devida a remuneração, e como será feita.

Atendo-se exclusivamente às gravações, começa propondo:

"Art. 1º — Os titulares de direitos de autor e dos que lhes são conexos, cujas obras, produções, execuções e interpretações sejam suscetíveis de reprodução em fitas magnéticas de áudio ou de vídeo, te-

rão direito a uma remuneração de natureza autoral, como compensação à possibilidade de utilização de seus bens intelectuais, procedida em função do disposto no inciso II do art. 4º da Lei nº 5.988, de 14-12-1973.

Parágrafo único — As fitas magnéticas a que se refere este artigo são aquelas não gravadas, contidas em magazines (vídeo e audiocassetes).”

A proposição está em consonância com os reclamos da justiça e da doutrina, que proclama que reconhecer ao autor (e ao artista intérprete-executante) um direito, para depois abandoná-lo à própria sorte, não constitui qualquer solução.

E também com a orientação das legislações mais adiantadas, como as da Áustria e da Alemanha, com proposições, porém, melhor elaboradas.

Harmoniza-se, além disso, com o espírito da Lei nº 4.944, de 6-4-1966, que “dispõe sobre a proteção a artistas, produtores de fonogramas e organismos de radiodifusão, e dá outras providências”, completando-a, mesmo, dentro de sua estrutura.

Com efeito, reserva o art. 1º exclusivamente ao artista, seu mandatário, herdeiro ou sucessor, a título oneroso ou gratuito, impedir a gravação, reprodução, transmissão ou retransmissão, pelos organismos de radiodifusão, ou qualquer outra forma, de suas interpretações e execuções públicas para as quais não haja dado seu prévio e expresse consentimento.

Correlatamente, dispõe o art. 4º caber, exclusivamente, ao produtor de fonogramas autorizar ou proibir-lhes a reprodução, direta ou indireta, a transmissão, a retransmissão pelos organismos de radiodifusão e execução pública por qualquer meio, concedendo o art. 5º, com exclusividade, aos organismos de radiodifusão autorizar ou proibir a retransmissão, fixação e reprodução de suas emissões, bem como a comunicação ao público, pela televisão, de suas transmissões em locais de frequência coletiva.

Dá, ainda, cumprimento às determinações contidas na Convenção sobre Proteção de Produtores de Fonogramas, contra a Reprodução não Autorizada de seus Fonogramas, concluída em Genebra, a 29-10-1971, que entrou em vigor, para o Brasil, em 28-11-1975, e promulgada pelo Decreto nº 76.906, de 24 de dezembro seguinte.

Nos termos do art. 2º, cada Estado Contratante se compromete a proteger os produtores de fonogramas que são nacionais dos outros Estados Contratantes contra a produção de cópias feitas sem o consentimento do produtor e contra a importação de tais cópias, quando a produção ou a importação é feita tendo em vista uma distribuição ao público, assim como a distribuição das referidas cópias ao público.

Deixa claro ainda o art. 6º que nenhuma licença obrigatória poderá ser prevista salvo se forem cumpridas as seguintes condições:

“a) a reprodução destinar-se-á ao uso exclusivo do ensino ou da pesquisa científica;

b) a licença somente será válida para a reprodução no território do Estado Contratante cuja autoridade competente outorgou a licença e não se estenderá à exportação de cópias;

c) a reprodução, feita em conformidade com a licença, dará direito a uma remuneração equitativa, que será fixada pela referida autoridade levando em conta, entre outros elementos, o número de cópias que serão realizadas.”

## 7. Quando e como será cobrado o novo direito

Propõe ainda o aludido Anteprojeto:

“Art. 2º – A remuneração tornar-se-á devida quando do surgimento do fato gerador do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), na saída do estabelecimento industrial, pelo fabricante, ou no ingresso da fita magnética no país, pelo importador.

Parágrafo único – A remuneração é exigível ainda nos casos de imunidade, isenção ou não incidência do tributo aludido neste artigo.”

Tem, pois, o mérito de deixar bem determinado o momento em que a remuneração deve ser paga, evitando delongas e dúvidas.

Harmoniza-se com o disposto no art. 83 da Lei nº 5.988, introduzido pela Lei nº 6.800, de 25-6-1980, determinando que “os cassetes, cartuchos, discos, vídeo-fonogramas e aparelhos semelhantes, contendo fitas de registro de som gravadas, não poderão ser vendidos, expostos à venda, adquiridos ou mantidos em depósitos para fins de venda, sem que em seu corpo conste, em destaque e integrando-o de forma indissociável, o número de inscrição no Cadastro Geral de Contribuintes – CGC, do Ministério da Fazenda, da empresa responsável pelo processo industrial de reprodução da gravação”.

A matéria foi objeto de regulamentação pela Resolução nº 23, de 1981, do CNDA, que “estabelece normas para identificação de reproduções de vídeo-gramas e fonogramas e para contabilização de direitos fonomecânicos nas empresas produtoras, editores e associações”.

Concilia-se, finalmente, com as Convenções internacionais que cuidam de amparar o criador intelectual contra o uso indiscriminado da obra sob a cobertura do malsinado “uso pessoal”. Assim, a revisão da Convenção de Berna, levada a efeito em Paris, em 1971, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 55, de 28-6-1975, e promulgada pelo Decreto nº 76.905, de 24-12-1975, estabelece:

“Art. 9 – 1) Os autores de obras literárias e artísticas protegidas pela presente Convenção gozam do direito exclusivo de autorizar a reprodução destas obras, de qualquer modo ou sob qualquer forma que seja.

2) Às legislações dos países da União reserva-se a faculdade de permitir a reprodução das referidas obras *em certos casos especiais, contanto que tal reprodução não afete a exploração normal da obra nem cause injustificado prejuízo aos interesses do autor.*

3) Qualquer gravação sonora ou visual é considerada uma reprodução no sentido da presente Convenção.”

Tem, pois, razão a “Justificação” do Anteprojeto ao sustentar serem as expressões grifadas inconciliáveis com a ampla autorização do inciso II do art. 49 da Lei nº 5.988:

“Efetivamente, a cópia das obras procedidas com o uso dos chamados “cassetes”, de áudio ou de vídeo, afeta a exploração das mesmas e causa prejuízo a seus autores.

Não mais se trata de uma, ou de raras pessoas que, no recesso do lar e a duras penas, copiam à mão os “Lusíadas”. Trata-se de premir um botão e copiar, do rádio, de um disco ou do aparelho de televisão, uma música, uma sinfonia ou uma obra cinematográfica. São milhares, são milhões de pessoas fazendo isso a cada dia, lesando enormemente os direitos de autores, intérpretes, executantes e produtores.

Como, então, compatibilizar-se o direito interno com o imperativo que dimana do direito convencional e da própria Constituição federal?

A solução não pode residir, obviamente, na proibição de reproduzir, pois os aparelhos de reprodução e os suportes (cassetes virgens) existem e não constituem, em si, algo ilícito. Ilícita seria a cópia de obra protegida.

A saída estaria na solução que deu o próprio Supremo Tribunal Federal no caso da norma do inciso I do art. 666 do Código Civil: a reprodução é consentida, como uma espécie de licença legal, mas o autor tem direito a uma remuneração por tal uso.”

O Anteprojeto brasileiro evita, além disso, a contradição que o dispositivo apresenta, com outros do mesmo diploma, que, não só no art. 29, reserva ao autor o direito de utilizar, fruir e dispor de obra literária, artística ou científica, bem como o de autorizar sua fruição por terceiros, no todo ou em parte, como ainda submete, no art. 30, à autorização do mesmo “qualquer forma de sua utilização”.

Enumera, ao lado da edição; da tradução para qualquer idioma; da adaptação ou inclusão em fonograma ou película cinematográfica.

“IV – a comunicação ao público, direta ou indireta, por qualquer forma ou processo, como: a) execução, representação, recitação ou declamação; b) radiodifusão sonora ou audiovisual; c) emprego de alto-falantes, de telefonia com fio ou sem ele, ou de aparelhos análogos; d) vídeo-fonografia.

Parágrafo único – Se essa fixação for autorizada, sua execução pública, por qualquer meio, só se poderá fazer com a permissão prévia, para cada vez, do titular dos direitos patrimoniais de autor.”

Estão assim amadurecidos os tempos para a adoção da medida em boa hora alvitrada, e que irá, ao mesmo tempo que repara uma grave injustiça,

proporcionar aos autores, artistas intérpretes e demais titulares um abundante fluxo de proventos compensadores e dignificadores de seu trabalho.

Na pesquisa dos princípios jurídicos aplicáveis, combina M. H. DELLA COSRA a "responsabilidade objetiva" e o "risco criado" com o fato lícito não necessariamente prejudicial,

"que, no entanto, cria esta responsabilidade e não diante de um autor determinado de obras intelectuais, mas face à "comunidade dos autores" — defrontamo-nos com o segundo plano de ilicitude que é subjacente à legalidade do comércio de material virgem e de aparelhos gravadores, o fato de facilitar a pirataria ao mais alto grau e ao alcance de todos".

Entre as alternativas que a solução desse problema levanta, opta o Projeto pela de consagrar o "direito potencial", com as reservas necessárias que permitam, num segundo tempo, diante do fato concreto da gravação ilegítima, exigir a reparação correspondente e outras conseqüências da violação do direito de autor.

Adita o art. 3º do Anteprojeto que a cobrança "será feita coletivamente, beneficiando todos os titulares de direitos autorais sobre fixações sonoras e audiovisuais, através do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD), a que se refere o art. 115 da Lei nº 5.988, de 14-12-1973".

Outorga o art. 4º competência ao Conselho Nacional de Direito Autoral para homologar o valor da remuneração e aprovar os critérios de distribuição de seu montante entre os titulares de direitos autorais, através das associações a que alude o art. 103 da referida lei.

À falta de convenção entre as associações, a metade do produto arrecadado caberá aos titulares de direitos de autor, e a outra metade aos de direitos conexos, obedecidas, quanto a estes, as proporções estabelecidas nos parágrafos 2º e 3º do art. 6º da Lei nº 4.944, de 6-4-1966.

Respeita, assim, os princípios orientadores da Lei nº 5.988, que prestigia a ação das Associações arrecadadoras de direitos autorais, embora fiscalizando sua atuação e submetendo-a, através de um Escritório Central, à disciplina do Conselho Nacional de Direito Autoral.

Sob o aspecto da organização da administração, considera TADDEO COLLOVA (Reproduction sonore et visuelle pour l'usage personnel, *RIDA*, v. 99, 1979, pp. 77, 100 e 155, pp. 3 — 125; *Il Diritto di Autore*, nº 2 — 3, 1979, pp. 265 — 306; *Internationale Gessellschaft für Urheberrecht E. V.*, Viena, 1979, 317 pp.), oportuno, diante da diversidade dos titulares com direito à remuneração, que seja realizada por uma entidade colateral, com autonomia tanto administrativa como de representação de órgãos de gerência.

Mas reconhece que essas condições podem ser preenchidas pela constituição de um serviço autônomo junto a uma sociedade de autores, principalmente caso esta já possua uma autonomia de administração e de representatividade no domínio da administração dos direitos de reprodução, como é justamente o caso do ECAD, no Brasil.

Pelo art. 5º o Ministério da Fazenda é autorizado a firmar convênio com o Escritório referido no art. 3º desta Lei, para a cobrança da remuneração por ela instituída.

O dispositivo — acentua ainda a “Justificação —, tendo por meta viabilizar a cobrança da remuneração, com eficácia e economia, entrosa-se com o art. 2º proposto, que visa a definir o momento em que a remuneração se torna exigível.

E conclui ter sido para se evitarem transtornos à circulação dos suportes, que foi proposto que a cobrança da remuneração seja feita de uma só vez, para todos os titulares, e através de associação que os represente. A negociação com cada titular é, evidentemente, inviável. Para se evitarem abusos dos titulares de direitos autorais, a remuneração terá, quanto a seus critérios e valor a indispensável chancela do Conselho Nacional de Direito Autoral.

Finalmente, pareceu de importância figurar um dispositivo que reafirme que nenhuma disposição do projeto diminui ou sequer altera a proteção já assegurada aos titulares de direitos autorais, para que a ninguém ocorra que o pagamento de uma taxa autoriza o comércio de reproduções não consentidas. A remuneração é instituída, exclusiva e restritamente, como compensação à limitação contida no inciso II do art. 49 da Lei nº 5.988, de 1973.

Como assinala TADDEO COLLOVA, as taxas fixas — remuneração estabelecida sobre os aparelhos e seus suportes ou somente sobre uns e outros — não deveriam ser em princípio inferiores às previstas em geral na hipótese de reprodução das obras sobre exemplares pré-gravados destinados à venda ao público para uso privado, e no caso das concessões de licença geralmente praticadas a título de direitos conexos.

Entendemos que, a rigor, deveriam até ser maiores, se considerarmos que cada fita magnética ou similar presta-se a ser usada diversas vezes.

## 8. *Uma complementação necessária*

Mas o anteprojeto precisa ainda do aditamento de um dispositivo atinente à locação de discos, teipes, cassetes, cartuchos, filmes etc., que, através de “clubes”, está se multiplicando no Brasil, como no mundo inteiro, e cujos organizadores anseiam por regularizar a situação, à procura de um sistema que lhes permita retribuir os autores e demais titulares de direitos pelo aproveitamento de suas obras, para evitar sejam increpados de cometer um ilícito civil, e também um crime, ao qual são impostas sanções severas.

A atividade dos vídeo-clubes que alugam e reproduzem vídeo-cassetes — indaga HENRIQUE GANDELMAN — é legal? E que resposta devemos dar ao art. 38, quando afirma que a aquisição do original de uma obra, ou de exemplar de seu suporte material de utilização, não confere ao adquirente qualquer dos direitos patrimoniais do autor, ou titular?

Como os locatários desses teipes ou discos estariam isentos do pagamento complementar proposto para os adquirentes das fitas virgens, a única solução viável será cobrar dos organizadores uma percentagem sobre as receitas brutas,



como se procede com relação aos ingressos aos cinemas, acréscimo esse que naturalmente irão cobrar dos próprios associados.

Com a aprovação do Anteprojeto oferecido, o Brasil será, depois da Áustria, a primeira Nação a instituir um sistema prático de cobrança, sem os inconvenientes que, nesse país, a legislação apresenta.

#### 10. *A distribuição e locação de vídeo-cassetes não são "crimes" contra a propriedade imaterial*

Para bem situarmos o problema, vejamos antes de mais nada como se enquadram atualmente, do ponto de vista legal, os locadores ou clubes de vídeo-cassetes, já existentes em considerável número no mundo inteiro.

Aplicada com rigor a Resolução nº 97, de CONCINE — observa ADELINO DOS SANTOS ABREU (A regulamentação da vídeo-comunicação, *Guia do Vídeo no Brasil*, S. Paulo, Olhar Eletrônico Produções Ltda., sem data indicada mas lançado em setembro de 1984) — terminaria com mais de 10.000 empregos diretos, 60.000 clientes, responsáveis por uma retirada de 800.000 fitas por mês.

No âmbito civil, a aquisição do original de uma obra ou de exemplar, instrumento, veículo ou material de utilização — dispõe o art. 38 da Lei nº 5.988, de 14-12-1973 — não confere ao adquirente qualquer dos direitos patrimoniais do autor ou titular.

A violação do dispositivo dará margem a medidas de busca e apreensão e a pedidos de indenização por perdas e danos, devido ao uso público não autorizado.

São os contornos criminais os que mais preocupam, à vista do disposto no art. 184 do Código Penal.

Sua redação foi alterada pela Lei nº 6.895, de 17-12-1980, mantendo a detenção de três meses a um ano, mas elevando a alternativa da multa, que era de mil a cinco mil, para dois mil a dez mil cruzeiros.

A inovação mais relevante decorre todavia do acréscimo dos:

“§ 1º — Se a violação consistir na reprodução, por qualquer meio, de obra intelectual, no todo ou em parte, para fins de comércio, sem autorização expressa do autor ou de quem o represente, ou consistir na reprodução de fonograma e de vídeo-fonograma, sem autorização do produtor ou de quem o represente:

*Pena* — reclusão de um a quatro anos e multa de Cr\$ 10.000,00 a Cr\$ 50.000,00.

§ 2º — Na mesma pena do parágrafo anterior incorre quem vende, expõe à venda, introduz no País, adquire, oculta ou tem em depósito, para o fim de venda, original ou cópia de obra intelectual, fonograma ou vídeo-fonograma, produzidos com violação de direito autoral.”

No caso dos clubes de vídeo-cassetes, quem incorrerá especificamente nesses dispositivos?

Divergimos de J. PEREIRA (Vídeo-cassetes e Direitos Autorais, *O Estado de S. Paulo*, de 28-2-1982), que sustenta serem os diretores, associados e demais envolvidos, por entendermos que a matéria não pode ser considerada assim globalmente, sendo necessário estabelecer algumas distinções.

Assim, em primeiro lugar, enquanto se limitarem tais diretores a receber, seja de quem for, os vídeo-cassetes licitamente gravados, pagando, como se propõem, os direitos acaso devidos a quem provar que é deles titular, não incorrerão nos dispositivos, pois não estarão “reproduzindo por qualquer meio, no todo ou em parte, para fins de comércio, etc.”

Também não poderão ser por eles alcançados, desde que não os estejam vendendo ou expondo à venda, etc., por não se poder aplicar à *locação*, que é a hipótese que estamos considerando, dispositivo de ordem penal relativo à *reprodução* para fins de comércio, indicando claramente venda, inaplicável como é a analogia aos dispositivos de natureza criminal.

Muito menos nelas incorrerão as associações, quando não visem a “fim de comércio”.

Ainda que nessas expressões se pretendesse vislumbrar a possibilidade de inculcar a locação, sempre permanecerá no espírito do julgador uma dúvida que fatalmente o levaria à absolvição, por não corresponder a hipótese ao figurino traçado pela lei penal, em obediência ao brocardo *in dubio pro reo*.

Apenas na eventualidade de os diretores, e, aí sim, de os associados, recebendo os vídeo-cassetes em locação, se porem a reproduzi-los, e, ainda assim, não para uso seu particular, ou dentro do âmbito da sua família, mas, como exige a redação do aludido § 1º, para fins de comércio, sem autorização do titular do direito, é que lhes será aplicável o dispositivo.

Nestas condições, reconhece o art. 26 da Lei nº 5.988 caber exclusivamente ao diretor o exercício dos direitos morais sobre a obra cinematográfica, mas ele só poderá impedir a utilização da película após obter sentença judicial passada em julgado.

Como o art. 30 da Lei nº 5.988 coloca na dependência de permissão do autor toda forma de utilização de sua obra, inclusive sua comunicação ao público, direta ou indireta, por qualquer forma ou processo, entre as quais a vídeo-fonografia, prevendo o parágrafo único que, ainda quando essa fixação for autorizada, sua execução pública, por qualquer meio, só se poderá fazer com a permissão prévia, para cada vez, do titular dos direitos patrimoniais do autor — é bem de ver que, sem embargo das modificações introduzidas no mencionado dispositivo legal, não serão os locatários, mas os diretores e administradores desses clubes que estarão violando esses dispositivos, pois a eles é que cabe a iniciativa de solicitar e obter a permissão.

Qual seria a solução do problema?

Considera o relatório da IFPIVIDEO que um direito de distribuição poderia vir a fortalecer o controle da locação dos vídeo-gramas, ainda que seus efeitos estejam atualmente limitados (com exceção dos países nórdicos). Nestes,

o direito de distribuição subsiste mesmo depois que o vídeo-grama tenha sido vendido ou alugado, tendo, portanto, o produtor o direito de controlar não somente a locação e o empréstimo das cópias após sua venda, mas também sua venda ulterior.

Um direito privado específico relativo à locação poderia fundar-se sobre este precedente, e daria o direito de impedir ou de obter retribuições sobre a locação ou o empréstimo dos vídeo-gramas depois que tenham sido vendidos sem procurar todavia controlar as vendas ulteriores.

É difícil no momento — prossegue — prever se a comercialização dos vídeo-gramas se fará, no futuro, através da locação ou da venda.

A locação de vídeo-cassetes já representa um volume de negócios considerável. Como decorrência da incompatibilidade presente dos sistemas, e ainda, do progresso constante das técnicas, o equipamento e os suportes materiais em sua forma atual arriscam-se muito em cair em desuso a breve prazo, estado de coisas, portanto, que leva o público antes a alugar do que a comprar.

O sistema de locações de vídeo-gramas destinado ao uso privado desenvolveu-se a tal ponto que, a despeito dos problemas que ele apresenta, é necessário considerá-lo como um meio suplementar e natural de aproveitamento dos suportes audiovisuais para uso privado.

Aponta, todavia, as razões pelas quais, durante alguns anos, este sistema poderia bem constituir o método principal de aproveitamento:

a) em um grande número de casos, os suportes audiovisuais para uso privado são produtos que o consumidor não deseja ver senão uma só vez, ou que não suportam a repetição freqüente, contrariamente ao que ocorre com os produtos sonoros;

b) os suportes audiovisuais para uso privado permanecem bastante custosos. Embora esteja prevista uma baixa, se um consumidor tem a possibilidade de alugar um cassete ou um vídeo por preço bem inferior, é provável que se interesse muito mais pelo vídeo, e, de maneira particular, pelos programas que desejaria ver uma vez, mas pelos quais ele não pode ou não quer gastar a alta quantia necessária para a compra de uma cópia;

c) o produto (cassetes e discos vídeo) é em geral apto a resistir à manipulação pelo público que o aluga (embora pesquisas sejam necessárias para poder indicar o número de vezes que um cassete pode ser utilizado; as estimativas variam atualmente entre 20 e 2.000 vezes).

No que diz respeito à utilização dos direitos de autores e conexos devidos pelos exibidores cinematográficos pela execução pública de obras musicais e lítero-musicais, de fonogramas, interpretações e execuções incluídas nas películas, a autorização cabe ao Escritório Central de Arrecadação e Distribuição — ECAD, que poderá realizar o recebimento diretamente ou mediante convênio com a entidade interessada, e que arrecadará dos exibidores cinematográficos os direitos autorais devidos desde 1-1-1982, nos termos do despacho do Colegiado na 93ª Reunião ordinária, de 10-2-1982.

Embora a decisão inclua os direitos não musicais, deliberação ulterior os exclui do âmbito do ECAD.

A tabela única elaborada pelo ECAD foi homologada pelo CNDA pela Resolução nº 25, de 11-3-1981, publicada no *DOU*, de 19-10-1981 (Código 30).

Com isso teremos, no entanto, encontrado solução apenas parcial para o problema, pois escapam à competência do ECAD parcelas que cabem ao autor do roteiro original, ou adaptado, ao eventual adaptador, ao realizador do filme, aos artistas etc.

O melhor critério, no que diz respeito aos cinemas, continua sendo o de uma percentagem sobre o valor de ingresso.

Como, na hipótese em estudo, não se cogita de entrada, será o de uma percentagem sobre o valor pago mensalmente pelos sócios ou assinantes de vídeo-clubes ou retribuição dos locadores, na proporção fixada na tabela única, e se não for prevista, na mesma proporção do que for cobrado em favor dos artistas, intérpretes e executantes.

Não tendo o ECAD competência para efetuar esse último recebimento, cabe uma consulta à Associação Brasileira de Produtores Cinematográficos, que alterou seus Estatutos por decisão em Assembléia Geral de 1-10-1981, para incluir entre seus objetivos, art. 2º:

“g) administrar e distribuir os direitos autorais e conexos de que sejam titulares os seus associados e representantes (sic) decorrentes da exibição pública de filmes cinematográficos, da sua radiodifusão e da sua reprodução em vídeo-cassetes, vídeo-discos e outros sistemas de divulgação existentes ou que vierem a ser criados, observadas as disposições legais e regulamentares referentes à arrecadação e distribuição, criadas pelo Conselho Nacional de Direito Autoral;

h) representar os seus associados, na defesa e cobrança dos seus direitos autorais e conexos, patrimoniais e morais, para isso praticando os atos que se fizerem necessários, judicial e extrajudicialmente.”

Se não for alcançado um entendimento nessa base, para evitar surpresas desagradáveis, deverão os vídeo-clubes, os distribuidores, locadores e vendedores de obras cinematográficas depositar em Juízo, até que a matéria seja definida por meio de lei ou por decisão judicial, a importância correspondente à parcela cobrada a título de direitos autorais nos filmes cinematográficos, calculada não evidentemente sobre o preço de entrada, que, no caso, não existe, mas sobre a mensalidade ou calculando-se a proporcionalidade, sendo outra a forma de remuneração.

É claro que, com isso, terão os vídeo-clubes distribuidores, locadores e revendedores de obras cinematográficas sob a forma de vídeo-cassete resolvido o seu problema. O mesmo não ocorrerá com as empresas cinematográficas, que enfrentarão a esfinge de quem, a que título, em que proporção e com que provas irá levantar as quantias depositadas.

# La prisión provisional en España y la crisis de una ley socialista

DR. ANTONIO M<sup>º</sup> LORCA NAVARRETE

Titular de Derecho Procesal — Universidad  
del País Vasco. San Sebastián, España

## SUMARIO

- I. Introducción
- II. La prisión provisional en la ley de enjuiciamiento criminal española
- III. La prisión provisional en el juicio de faltas
- IV. Clases de prisión provisional
- V. Requisitos formales de la prisión provisional
- VI. El internamiento preventivo en la Ley 16/70, de 4 de agosto, de peligrosidad y rehabilitación social
- VII. La situación de los preventivos en la ley general penitenciaria española
- VIII. La duración de la prisión provisional
- IX. El error judicial en materia de prisión provisional y su indemnización
- X. El abono de la prisión provisional
- XI. Conclusiones

## I. Introducción

La prisión provisional es la privación de libertad del imputado por el acto punible (no sujeto aún a una pena) durante la sustanciación del proceso penal, para asegurar la averiguación del delito o la ejecución de la pena que se le pueda imponer.

Pues bien, la prisión provisional no sirve para prevenir la alarma social y sólo se puede justificar en la medida en que sea imprescindible para asegurar los fines del proceso o la ejecución de la pena.

Desde ese punto de vista la institución de la prisión provisional se sitúa entre el deber estatal de perseguir eficazmente el delito, por un lado, y el deber también estatal de asegurar el ámbito de libertad del ciudadano, por otro.

En tal sentido, en la prisión provisional se descubre la ideología política que subyace en un determinado ordenamiento jurídico. Dentro de un auténtico Estado de derecho la incoercibilidad del individuo es en todo momento el principio a seguir. En cambio, en los Estados autoritarios se amenaza la libertad individual, siendo más precarios los derechos a la defensa.

Con la prisión provisional el Estado de derecho se halla obligado a asegurar el orden con la prevención penal y a defender a la vez la esfera de la libertad del ciudadano. Por ello, la prisión provisional es un mal, que supone la limitación de un derecho fundamental, por lo que tal limitación sólo se justifica:

- 1 — si es necesaria e imprescindible para la defensa de bienes jurídicos fundamentales;
- 2 — si es proporcionada a la ofensa cometida a esos bienes jurídicos;
- 3 — si no hay otros medios jurídicos menos radicales para conseguir la defensa a esos bienes jurídicos.

Pues bien, según el art. 1.1 de la Constitución española de 1978, "España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político". El art. 17.1 C.E. establece que toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad ciudadana y que nadie puede ser privado de su libertad sino con observancia a lo establecido en este artículo y en los casos y forma previstos en la ley. El art. 24.2 C.E. dispone que todos tienen derecho a la presunción de inocencia.

A raíz de estos artículos la **prisión provisional no debiera tener cabida en nuestro ordenamiento jurídico**, sin embargo viene regulada y admitida

en todas las legislaciones, lo que demuestra que, a pesar de sus inconvenientes, es una exigencia universalmente observada. No obstante, la prisión provisional debe regirse por el principio de **excepcionalidad** y no ha de producirse sino en los supuestos de procesos penales en curso y siempre mediante resolución judicial fundada, porque el encarcelamiento del simple imputado durante el proceso equivale, sin previa imposición de una pena, a un **castigo anticipado** sobre la condena, ya que en definitiva hay que atender a la presunción de inocencia del simple imputado hasta tanto no se dicte sentencia firme de condena. Postulado que impregna la ya centenaria Ley española de Enjuiciamiento Criminal de 1882 y que se consagra como derecho en la actual Constitución Española.

## II. La prisión provisional en la ley de enjuiciamiento criminal española

La detención supone privación transitoria de la libertad personal durante un breve período de tiempo. Según el art. 17.2 C.E., en el plazo máximo de 72 horas el detenido deberá ser puesto a disposición de la autoridad judicial. Pese a todo aquí surge la primera regresión (comparada) con el espíritu liberal que inspiró la vigente ley de enjuiciamiento criminal de 14 de septiembre de 1882 y la ley provisional de enjuiciamiento criminal de 22 de diciembre de 1872, pues en ambas leyes el plazo máximo de la detención era de 24 horas.

Ya en la Constitución de 1876, que informaba la vigente ley de enjuiciamiento criminal, aparecía garantizado constitucionalmente este plazo de 24 horas como duración máxima de toda detención. La siguiente Constitución republicana de 1931 mantuvo este límite. Curiosamente, la extensión de la detención a 72 horas fué consagrada por el franquista Fuero de los Españoles y éste ha sido el modelo que nuestro legislador constitucional ha consagrado también.

Por tanto, la detención, que puede llevarse a cabo por cualquier persona (art. 490 de la ley de enjuiciamiento criminal) o por las autoridades o agentes de la policía judicial para quienes es una obligación, lleva aparejado el que el juez acuerde en el plazo de 72 horas elevar la detención a prisión provisional o dejar al detenido en libertad.

En la ley de enjuiciamiento criminal española los requisitos actuales para decretar la prisión provisional vienen establecidos en los artículos 503 y 504 de la L. E. Crim., según la redacción que les ha dado el gobierno socialista mediante la Ley Orgánica 23 abril 1983, núm. 7/83, por la que se modifican los arts. 503 y 504 de la L. E. Crim. relativos a la prisión provisional. Según se señala en el preámbulo de la ley su objeto consiste en cumplir el mandato recogido en el art. 17.4, último inciso, de la Constitución, que establece que "por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional" y recoger el principio de que la situación

de prisión provisional debe tener carácter excepcional, no pudiendo convertirse en una ejecución anticipada de la pena, ni tener carácter obligatorio, según se desprende de la Recomendación del Consejo de Europa de 27 de junio de 1980, y que ha encontrado reflejo en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, en Sentencia 41, de 2 de julio de 1982.

Con ello se pretende sustituir el sistema que limitaba el arbitrio judicial, introducido por la Ley 16/1980, de 22 de abril, en materia de prisión provisional y se establece un sistema de fijación de límites para la duración de la prisión provisional, consistente en seis meses cuando el delito imputado lleve aparejado pena igual o inferior a prisión menor, y de dieciocho meses en los demás casos. A tales límites se establecen dos excepciones, la prolongación del límite a los treinta meses, cuando el delito imputado afecte gravemente a los intereses colectivos, tenga consecuencias de ámbito nacional, se cometa fuera de éste o la instrucción de la causa padezca de una gran complejidad. También podrá — se sigue diciendo — extenderse a la mitad de la pena impuesta en una sentencia si ésta hubiese sido recurrida.

Asimismo, se trata de evitar las dilaciones indebidas, producto de la actitud de los procesados, no computándose los plazos en tales supuestos de retraso y, por otra parte, se intenta dar tiempo a los Tribunales para que procedan al señalamiento y celebración de los correspondientes juicios orales en aquellas causas en las que existen presos, dilatando la entrada en vigor de los plazos tres meses a partir de la publicación de la ley. En consecuencia y para decretar la prisión provisional son necesarias las circunstancias siguientes:

1ª) que conste en la causa la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito;

2ª) que éste tenga señalada pena superior a la de prisión menor, o bien, que aun cuando tenga señalada pena de prisión menor, considere el Juez necesaria la prisión provisional, atendidas las circunstancias del hecho y los antecedentes del imputado, hasta que preste la fianza que se le señale;

3ª) que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra la que se haya de dictar el auto de prisión (art. 503 L. E. Crim.).

Procederá también la prisión provisional cuando, según la ley socialista, concurran la primera y la tercera circunstancia aludidas, y el inculpado no hubiera comparecido, sin motivo legítimo, al primer llamamiento del Juez o Tribunal, o cada vez que éste lo considere necesario?!

No obstante lo dispuesto para decretar la prisión provisional, aunque el delito tenga señalada pena superior a la de prisión menor, cuando el



inculpado carezca de antecedentes penales, o éstos deban considerarse cancelados, y se pueda creer fundadamente que no tratará de sustraerse a la acción de la justicia y, además, el delito no haya producido alarma ni sea de los que se cometen con frecuencia en el territorio donde el Juez o Tribunal que conozca de la causa ejerce su jurisdicción, podrán éstos acordar, mediante fianza, la libertad del inculpado.

La duración máxima de la prisión provisional será de seis meses cuando la pena señalada al delito imputado sea igual o inferior a la de prisión menor, y de dieciocho en los demás casos. El Juez o Tribunal podrá ordenar excepcionalmente la prolongación de la prisión provisional hasta el límite de 30 meses, cuando el delito hubiere afectado gravemente a intereses colectivos, o cuando hubiese producido graves consecuencias en el ámbito nacional, o cuando se hubiere cometido fuera de éste, o bien, la instrucción de la causa fuere de extraordinaria complejidad. Asimismo, podrá el Juez o Tribunal ordenar excepcionalmente la prolongación de la prisión provisional hasta el límite de la mitad de la pena impuesta en la sentencia, si ésta hubiese sido recurrida.

En los plazos referidos no se computará el tiempo en que la causa sufriese dilaciones indebidas imputables al inculpado (art. 504 L. E. Crim.).

Pero la insuficiencia del aparato judicial español, anquilosado y arcaico, incapaz de celebrar juicios hasta dos años después de cometidos los delitos y el fracaso de la racionalización y modernización de la Policía han hecho naufragar una de las reformas progresistas del Gobierno: La garantía de que ningún ciudadano esté en la cárcel a la espera de juicio más de la mitad del tiempo que corresponde a la pena que se le imputa y la regulación de la libertad provisional. El espectacular incremento de delitos desde que la reforma de la L. E. Crim. 7/83, de 23 de abril, puso en la calle a 4.930 presos preventivos, hizo dar marcha atrás a los socialistas ante la psicosis generalizada de inseguridad ciudadana. En consecuencia, el Gobierno ha decidido reformar la ley de enjuiciamiento criminal, en sus artículos 503 y 504, con el fin de que no puedan gozar de libertad aquellas personas que aparecen como responsables criminalmente de hechos delictivos cualificados por su gravedad (la llamada "contrareforma" de la L. E. Crim.). Se van a modificar por tanto las circunstancias que se requieren para que sea decretada la prisión provisional, con lo que en un espacio de tiempo inferior a cuatro años los citados artículos habrán sufrido tres reformas, otorgándose de ese modo un escaso servicio al principio de seguridad jurídica y estabilidad de las normas legales que requiere un sistema de Derecho.

En efecto, la ley de 22 de abril de 1980 reformó dichos artículos estableciendo la prisión provisional, incluso para supuestos de delitos sancionados con arresto mayor (de un mes y un día a seis meses).

Posteriormente, la ley orgánica de 23 de abril de 1983 modificó de nuevo los mencionados preceptos, recogiendo el principio de que "la situación de prisión provisional debe tener carácter excepcional, no pudiendo convertirse en una ejecución anticipada de la pena ni tener carácter obligatorio" y estableciendo, de acuerdo con el mismo, la regulación de la prisión provisional de tal manera que aquellos a quienes se les imputaba pena superior a la de prisión menor, en ciertos casos, podían ser puestos en libertad mediante el depósito de la fianza señalada. Y sin necesidad de fianza cuando el delito tuviere señalada pena de prisión menor y el juez no considerara necesaria la prisión provisional o, aun considerándola necesaria, el inculpado depositara la oportuna fianza.

La reforma que se avecina, al parecer, vuelve en cierto modo a la tesis de la ley de 1980 para imponer, en ciertos casos, la prisión provisional, hasta un límite de tres meses, en los delitos sancionados con arresto mayor, y la posibilidad de adoptar la citada medida cautelar de prisión provisional, sin posibilidad de fianza, en los supuestos de delitos sancionados con prisión menor, en los que las circunstancias del caso y las que concurran en la persona del acusado hagan aconsejable o necesaria tal medida como forma de asegurar que el detenido ha de comparecer en el juicio cuando sea llamado, y al mismo tiempo de preservar la necesaria seguridad de la colectividad.

Otros aspectos que van a ser objeto de reforma, según se dice, es la prolongación de la duración máxima de la prisión provisional hasta un año, como término normal cuando el delito sea sancionado con prisión menor, y dos años cuando lo sea con prisión mayor.

Sinceramente, el establecimiento de esos plazos revela una deficiente organización de la administración de Justicia. No se puede, en efecto, tener a una persona encarcelada "provisionalmente", conviviendo con criminales, cuando todavía no hay una sentencia firme, durante un año, para que después sea declarada inocente, o se le condene únicamente a una pena de seis meses.

Seis meses, tiempo máximo que dura ahora mismo la prisión provisional para los supuestos de prisión menor, es tiempo más que suficiente para que los órganos judiciales puedan resolver, al menos en primera instancia, la imputabilidad penal.

No parece, pues, acorde con los principios de seguridad jurídica y presunción de inocencia, ampliar el tiempo de la prisión provisional. Lo que parece más oportuno, más razonable y necesario es que los procesos judiciales sean mucho más rápidos de cómo lo son hasta ahora. Esto se puede conseguir dotando de medios a los Juzgados y Tribunales, incrementando su número, retribuyendo debidamente a quienes se dedican a la tarea de impartir y auxiliar a la Justicia, preparándolos debidamente, eliminando

las formalidades que en numerosos casos obstaculizan y dificultan la rapidez de los procesos, instaurando procedimientos orales en los que los principios de prueba libre, intermediación, oralidad y concentración sean elementos esenciales, dotando a los jueces de una Policía Judicial que les permita impulsar con rapidez la labor de determinar la culpabilidad del detenido, dando contenido a la actuación fiscal, de tal forma que pueda indagar contando para ello con la propia Policía Judicial, las pruebas que permitan fundamentar su acusación pública; en fin, evitando que haya Juzgados que en exceso de pundonor y responsabilidad tengan cincuenta vistas de juicios de faltas en una sola mañana y jueces que tengan que llevarse numerosos procedimientos a su casa para redactar las sentencias.

### III. La prisión provisional en el juicio de faltas

La ley de enjuiciamiento criminal no prevé ni regula la prisión provisional con referencia a las faltas a no ser que el presunto reo no tuviese domicilio conocido ni diese fianza bastante, a juicio de la autoridad o agente que intente detenerle (art. 495 L. E. Crim.). En la práctica se aplica por analogía el régimen de la prisión provisional de los delitos menos graves recogido en L. E. Crim. Sin embargo, y aún cuando la jurisprudencia española aplique la analogía, entiendo que no tiene cabida ya que la circunstancia 1.<sup>a</sup> del art. 503 L. E. Crim. exige para decretar la prisión provisional que el hecho tenga carácter de delito y no de falta!.

### IV. Clases de prisión provisional

Hay tres clases de prisión provisional:

- comunicada;
- incomunicada;
- atenuada.

La prisión provisional **comunicada** es el modo normal de acordar su cumplimiento. Por su parte, la prisión **incomunicada** es el más completo aislamiento entre el detenido y el mundo exterior. Comprende no sólo la privación del contacto directo o físico con terceras personas, distintas del personal jurisdiccional o subalterno, sino además la supresión de todo contacto indirecto, como cartas y recados.

Según la L. E. Crim., en su artículo 506, la incomunicación de los detenidos o presos solo podrá durar el tiempo absolutamente preciso para evacuar las citas hechas en las indagatorias relativas al delito que haya dado lugar al procedimiento, sin que por regla general deba durar más de 5 días. El Juez, bajo su responsabilidad podrá volver a incomunicarlo, pero la segunda incomunicación no excederá nunca más de tres días, salvo que

las citas hubiesen de evacuarse fuera de la Península o a larga distancia, en cuyo caso la incomunicación podrá durar el tiempo prudencialmente preciso para evitar la confabulación (art. 508 L. E. Crim.).

Por último, la prisión provisional **atenuada** consiste en el arresto en el propio domicilio, con la vigilancia que se considere necesaria. Consiste también en que los sujetos con prisión preventiva atenuada salgan de su domicilio durante las horas necesarias para su trabajo, siempre con la vigilancia que se considere necesaria para los fines de seguridad. También podrán acordar los Jueces la prisión provisional cuando por razón de enfermedad del imputado el internamiento suponga un peligro grave para su salud.

#### V. Requisitos formales de la prisión provisional

Hay que señalar que sólo puede decretarla un órgano jurisdiccional. Es por lo tanto un típico acto que emana sólo del poder judicial y en el derecho español ha de decretarse mediante auto, de modo que el Ministerio Fiscal debe exigir del juez instructor que en los autos de prisión haga constar el cargo esencial y los principales motivos de la resolución que priva de libertad al procesado. Contra esta resolución cabe interponer recurso de reforma y posterior apelación en un solo efecto para la Audiencia respectiva.

Para llevar a cabo el auto que decreta la prisión provisional se exige doble mandamiento: uno al funcionario y otro al director de la prisión (art. 505 L. E. Crim.).

El auto se ratificará o se repondrá, oído el presunto reo dentro de las setenta y dos horas siguientes al acto de prisión. Contra el auto de ratificación, del de prisión y contra el que acuerde la puesta en libertad, cabe interponer recurso de apelación (arts. 517 y 518 L. E. Crim.). Por su parte, la ley de 8 de abril de 1967, reformadora de la ley de enjuiciamiento criminal de 1882, en orden a la regulación del procedimiento de urgencia ha previsto que los autos de prisión que se dicten en estas causas no precisarán ratificación.

Por último, y en relación con el enjuiciamiento de los delitos contra la seguridad ciudadana, se dispone en el Real Decreto-Ley 3/1979, de 26 de enero, que contra los autos y providencias que dicten los Jueces de instrucción o centrales no procederá recurso, salvo el de apelación directamente y en un solo efecto, en los casos específicamente previstos en la ley de enjuiciamiento criminal y contra las resoluciones que acuerden la libertad condicional. Este recurso deberá ser interpuesto en el plazo de veinticuatro horas.

## **VI. El internamiento preventivo en la Ley 16/70, de 4 de agosto, de peligrosidad y rehabilitación social**

La ley de peligrosidad social española prevé la adopción de medidas cautelares en relación con el presunto peligroso, sujeto que aún no ha cometido ningún delito. Estas medidas son fundamentalmente las siguientes:

1) detención, si careciera de domicilio o no pudiera ser citado;

2) internamiento preventivo, si existieran indicios de peligrosidad o circunstancias que lo hiciesen necesario.

Tales medidas han de ser objeto de crítica, pues es muy poco certero que sólo indicios de peligrosidad puedan servir de fundamento a esas medidas. Las principales críticas han de dirigirse al posible internamiento en los establecimientos que correspondan al supuesto de peligrosidad por el que se siga el expediente, y dado que apenas existen en España tales establecimientos, se aplica el art. 20 del reglamento de la Ley 16/70, de 4 de agosto, sobre peligrosidad y rehabilitación social, por el que en caso de no existir los referidos establecimientos se procederá al internamiento en uno ordinario con separación de los demás internos y por el tiempo mínimo indispensable hasta el traslado a un establecimiento más adecuado, en orden a la sustitución de la medida cautelar por otra no privativa de libertad. Por tanto, y a falta de establecimientos especiales, el internamiento preventivo funciona como auténtica prisión provisional.

## **VII. La situación de los preventivos en la ley general penitenciaria española**

La ley general penitenciaria española trata diferentemente a los detenidos y a los presos de los ya penados. Según la misma, el régimen de prisión provisional tiene por objeto retener al interno a disposición de la autoridad judicial. Se presume la inocencia de los preventivos; se garantiza la separación entre detenidos y presos y los condenados, las mujeres y los hombres, los jóvenes de los adultos. Tampoco tienen obligación de trabajar, a no ser en la higiene del establecimiento. También se puede conceder permiso de salida por muerte, enfermedad de familiar, pero en los demás supuestos el régimen de los preventivos es similar al de los sentenciados.

## **VIII. La duración de la prisión provisional**

Se ha señalado ya como a partir de la reforma del art. 504 de la ley de enjuiciamiento criminal por Ley Orgánica 7/1983, de 23 de abril se fijan unos límites para la prisión provisional: seis meses cuando el delito lleve aparejada pena igual o inferior a prisión menor, y dieciocho meses

en los demás casos. Hay dos excepciones para tales límites: la prolongación del límite a los treinta meses, cuando el delito imputado afecte gravemente a los intereses colectivos, sus consecuencias sean de ámbito nacional, se cometa fuera de este ámbito o la instrucción de la causa sea muy compleja. También se podrá extender a la mitad de la pena impuesta en una sentencia si ésta hubiera sido recurrida.

#### **IX. El error judicial en materia de prisión provisional y su indemnización**

Según el art. 960 de la ley de enjuiciamiento criminal, "cuando en virtud de un recurso de revisión se dicte sentencia absolutoria, los interesados en ella o sus herederos tendrán derecho a las indemnizaciones civiles a que hubiera lugar según el derecho común, las cuales serán satisfechas por el Estado, sin perjuicio del derecho de éste de repetir contra el juez o tribunal sentenciador que hubieren incurrido en responsabilidad o contra la persona directamente declarada responsable o sus herederos". Por su parte, el art. 121 de la Constitución española de 1978 establece lo siguiente: "los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la administración de Justicia darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley". Este es uno de los preceptos más innovadores y de más trascendencia práctica de la Constitución. Al aplicar este artículo, el juez ordinario tendrá que fijar los criterios de valoración de la indemnización debida por el Estado como responsable directo de los errores judiciales; establecerá la procedencia o improcedencia de dicha indemnización en asuntos no penales y habrá de concretar excepciones cuando concurren ciertas circunstancias.

Por ello, estimo que el Estado viene obligado a indemnizar al sometido a prisión provisional por un período de tiempo superior a la pena de privación de libertad que en definitiva se le impusiera y con mayor razón, al sometido a prisión provisional que resulte condenado a pena no privativa de libertad.

#### **X. El abono de la prisión provisional**

En tal sentido el art. 33 del Código Penal español establece que "el tiempo de prisión preventiva sufrida por el delincuente durante la tramitación de la causa se abonará en su totalidad para el cumplimiento de la condena, cualquiera que sea la clase de pena impuesta".

Se trata de una excepción al principio de que la duración de las penas empezará a contarse desde el día en que la sentencia condenatoria hubiese quedado firme, o cuando el reo no estuviese preso, desde que aquel en que se halle a disposición de la autoridad judicial para cumplir condena y pone de relieve que la prisión provisional supone la imposición de un mal plenamente equiparable al de las penas privativas de libertad.

La jurisprudencia y la doctrina españolas interpretan el art. 33 ampliamente, en beneficio del preso preventivo incluyendo en él no sólo la prisión provisional, sino también cualquier otra clase de privación de libertad, como la detención y el arresto del quebrado. Por tanto, se abonará la prisión provisional cualquiera que sea la clase de pena impuesta. También será abonada, según el art. 94 del reglamento a la ley de peligrosidad y rehabilitación social, a los efectos de computar el plazo de internamiento señalado en la sentencia o auto de revisión, respecto de aquellas medidas que tengan señalado un límite máximo.

## XI. Conclusiones

La prisión provisional, medida cautelar y transitoria de aseguramiento del proceso penal, funciona en la práctica como una condena por adelantado limitando desde el principio las posibilidades de defensa del acusado que se encuentra en prisión provisional.

El art. 24.2 de la Constitución española dice que todos tienen derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías; asimismo tienen derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a presumirse la inocencia.

Así pues, la prisión provisional pone en peligro derechos fundamentales; por eso no es extraño que merezca la más grave crítica, porque:

- 1º) no es resocializadora;
- 2º) supone un grave peligro de contagio criminal;
- 3º) provoca el hacinamiento de la población reclusa, debido a la escasez de medios necesarios para separar adecuadamente a los presos preventivos del resto de la población reclusa;
- 4º) es tan estigmatizante como la propia pena.

También hay que denunciar los graves problemas de la prisión provisional. Supone la separación brusca de la familia, de la profesión, de los amigos, produce daños económicos y morales, desprestigia al que la sufre, prejuzga la culpabilidad del detenido. La nueva situación en la cárcel, el miedo ante el futuro, al escándalo, son factores negativos. Se ha comprobado que produce excitabilidad, agresividad, angustia, perturbaciones de la atención, percepción y capacidad intelectual. Todo esto explica la mayor tasa de suicidios entre los presos preventivos.

El Instituto de Reinserción Social de Barcelona resume los aspectos negativos de la prisión provisional en estas consecuencias: ansiedad, desmoralización, abandono, degradación, deshabitación laboral, influencia perniciosas.

ciosa por el contacto con delincuentes, descubrimiento del mundo delictivo, perturbaciones sexuales, pérdida del trabajo habitual, desconexión familiar, rencor y agresividad.

La prisión provisional tiene todos los inconvenientes de la pena privativa de libertad y ninguna de sus ventajas. Realmente, en la práctica funciona como auténtica pena privativa de libertad, sin que se den los presupuestos que en un Estado social y democrático de Derecho justifican unas intervenciones tan radicales en la libertad individual, pero la excarcelación de presos preventivos a raíz de la reciente reforma de la ley de enjuiciamiento criminal por el Gobierno socialista sobre prisión provisional, ha supuesto que se hable de la "reforma de la reforma".

Según datos facilitados a la prensa por el Subinspector de Instituciones Penitenciarias, un total de 4.930 presos preventivos se han visto beneficiados por la reciente reforma socialista de la ley de enjuiciamiento criminal y del Código Penal, accediendo a la libertad.

Aunque se han dado casos de reingresos de presos preventivos liberados, el Subinspector de Instituciones Penitenciarias indicó que no se puede determinar su cifra ya que muchos reincidentes son internados en centros distintos a aquellos de los que salieron.

Como consecuencia de estas liberaciones, la población reclusa preventiva ha descendido a un 32%, con respecto al 50% del pasado año por las mismas fechas, coincidiendo con la media europea de población reclusa preventiva. Se puede señalar asimismo, que en estos momentos una tercera parte de la población reclusa española es preventiva. Pero el gran problema de los presos que salen a la calle es el desempleo y la falta de ayuda para reintegrarse en la sociedad, siendo estas circunstancias las que les llevan a delinquir nuevamente, y que ha provocado en definitiva la crisis abierta de la ley socialista. En último término, el problema hunde sus raíces en la estructura social y en su poca operatividad para que los preventivos asistan a un cambio social que les acoja y que no les rechace.

No obstante y pese a todo, en mi opinión, la prisión provisional, sabidas las consecuencias que acarrea para el simple imputado, es un mal. Es cierto que hay situaciones en las que se ponen en contraposición el derecho fundamental del individuo a su libertad y los derechos del resto de la sociedad a su seguridad. Una de las posibles alternativas para la prisión preventiva sería la creación de establecimientos exclusivos para presos preventivos o bien la habilitación de zonas dentro de las propias cárceles, en donde dichos preventivos no tuvieran ningún tipo de contacto con los ya condenados, para evitar la influencia perniciosa que el conocimiento del mundo delictivo les pudiera acarrear. Todo esto debería ir acompañado de una mayor celeridad en la tramitación de los procesos penales españoles.



# Constituição federal e Constituições estaduais

LEYLA CASTELLO BRANCO RANGEL  
Diretora de Edições Técnicas do Senado  
Federal

## SUMÁRIO

*As Constituições estaduais e o respeito aos princípios estabelecidos pela Constituição federal*

*Alterações da Constituição federal e a adaptação das Cartas estaduais*

*Inconstitucionalidades de Constituições estaduais*

*Princípios a serem obedecidos — exemplos:*

- *forma de investidura nos cargos eletivos (eleição do Governador e do Vice-Governador; eleição dos Deputados estaduais; fixação do número de Deputados federais e estaduais; voto distrital)*
- *processo legislativo (emendas à Constituição; leis complementares; leis ordinárias; leis delegadas; decretos-leis; decretos legislativos e resoluções; veto)*
- *orçamento, finanças, fiscalização financeira*
- *normas relativas aos funcionários públicos*
- *Municípios — criação autonomia municipal eleição de Prefeitos e Vereadores nomeação de Prefeitos remuneração dos Vereadores número de Vereadores fiscalização financeira e orçamentária*

*A elaboração da obra Constituição Federal e Constituições Estaduais.*

---

Palestra proferida no dia 12-11-1984, no I Encontro Sul-Brasileiro de Informação e Documentação Jurídica, por ocasião do lançamento da obra *Constituição Federal e Constituições Estaduais* (3.<sup>a</sup> edição — 1984), na Assembléa Legislativa do Estado do Paraná. (Notas de atualização, em virtude da promulgação da Emenda Constitucional nº 25, de 15-5-1985.)

## *Constituição federal e Constituições estaduais*

Unidades integrantes da Federação brasileira, os Estados-Membros organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, respeitados os princípios estabelecidos pela Constituição federal, dentre outros os seguintes:

“Art. 13 — .....

I — os mencionados no item VII do art. 10 <sup>(1)</sup>;

II — a forma de investidura nos cargos eletivos;

III — o processo legislativo;

IV — a elaboração do orçamento, bem como a fiscalização orçamentária e a financeira, inclusive a da aplicação dos recursos recebidos da União e atribuídos aos Municípios;

V — as normas relativas aos funcionários públicos, inclusive a aplicação, aos servidores estaduais e municipais, dos limites máximos de remuneração estabelecidos em lei federal;

VI — a proibição de pagar a Deputados estaduais mais de oito sessões extraordinárias <sup>(2)</sup>;

VII — a emissão de títulos da dívida pública de acordo com o estabelecido nesta Constituição <sup>(3)</sup>;

VIII — a aplicação aos Deputados estaduais do disposto no art. 35 e seus parágrafos, no que couber <sup>(4)</sup>; e

IX — a aplicação, no que couber, do disposto nos itens I a III do art. 114 aos membros dos Tribunais de Contas, não podendo o seu número ser superior a sete <sup>(5)</sup>.

### *Alterações da Constituição federal e a adaptação das Cartas estaduais*

Exercendo todos os poderes que, explícita ou implicitamente, não lhes sejam vedados pela Constituição federal (art. 13, § 1º, da CF), os Estados aprovam suas Constituições e as alteram, através de emendas votadas e promulgadas por suas Assembléias Legislativas. Muitas dessas emendas decorrem de adaptações à Carta federal.

A Constituição federal de 24-1-67 seguiram-se, em todos os Estados, novas Constituições, porquanto, de acordo com o seu art. 188, os Estados teriam o prazo de 60 (sessenta) dias para reformar suas Constituições a fim de adaptá-las, no que coubesse, às normas da nova Carta, as quais, expirado aquele prazo, considerar-se-iam automaticamente incorporadas às Cartas estaduais.

A Emenda nº 1, de 17-10-69, outorgada pela Junta Militar, deu nova redação à Constituição federal e determinava no seu art. 200:

“As disposições constantes desta Constituição ficam incorporadas, no que couber, ao direito constitucional legislado dos Estados.”

Todas as Constituições estaduais foram, então, adaptadas ao novo texto constitucional.

Além da Emenda nº 1, de 1969, por muitos denominada "Constituição de 1969", tantas as alterações introduzidas através de redação integral, a Carta Magna já recebeu mais 23 emendas, das quais a de nº 2 teve vigência temporária, destinando-se, apenas, a regular a eleição de Governadores e Vice-Governadores dos Estados em 1974. (\*)

A frequência e rapidez com que sofre modificações a Constituição federal nem sempre permitem a atualização dos textos constitucionais estaduais.

Reescrita em 69, alterada duas vezes em 72 e 75 e uma em 76, só no ano de 1977, a Constituição federal recebeu quatro emendas (de nºs 7 a 10), sendo que as duas primeiras (nº 7, de 13-4-77, e nº 8, de 14-4-77) foram outorgadas, com base no Ato Institucional nº 5/68, integrando o chamado "pacote de abril" gerado no Palácio do Planalto durante o recesso do Congresso Nacional, decretado pelo Ato Complementar nº 102, de 1º de abril.

Promulgadas pelo Congresso, no espaço de 4 dias, as Emendas nºs 11 e 12 (de 13 e 17 de outubro de 1978, respectivamente), houve uma pausa de quase um ano para a Emenda nº 13 (de 10-10-79), seguida de quatro novas emendas, em 1980, aprovadas num período de quatro meses (nº 14, de 9-9; nº 15, de 19-11; nº 16, de 27-11 e nº 17, de 2-12).

Em 1981, mais quatro emendas, num espaço de menos de quatro meses (nº 18, de 30-6; nº 19, de 6-8; nº 20, de 20-10, e nº 21, de 27-10).

Em 29-6-82, foi promulgada a 22ª emenda, precedida de dolorosa gestação, porquanto pretendia restabelecer as prerrogativas parlamentares, reclamadas não só pelas Oposições, mas também pelas lideranças governistas.

Finalmente, na mesma data — 1º de dezembro de 1983, no apagar das luzes da sessão legislativa, foram promulgadas as Emendas nºs 23 e 24. (\*)

Alguns dispositivos da Constituição federal já sofreram, a partir da Emenda de 69, mais de uma alteração. Um desses casos é o § 2º do art. 13, que dispõe sobre a eleição do Governador e Vice-Governador de Estado. Feita por sufrágio universal e voto direto e secreto, passou a ser a eleição realizada através de Colégio Eleitoral constituído pela respectiva Assembléia Legislativa, em 1974 (Emenda nº 2, de 9-5-72), ampliado para incluir Delegados das Câmaras Municipais, em 1978 (Emenda nº 8, de 14-4-77) e voltando a ser direta, em 1982 (Emenda nº 15, de 19-11-80).

Empossados os Governadores eleitos pelo sufrágio universal e voto direto e secreto, em 15 de novembro de 1982, várias Constituições estaduais conservaram em seus textos a eleição por Colégio Eleitoral, norma

(\*) Em tempo: A Emenda Constitucional nº 25 foi promulgada a 15 de maio de 1985.

superada mas ainda não retirada expressamente, através de emenda, da Carta estadual (Alagoas, Ceará, Minas Gerais e Rio Grande do Norte).

Outros Estados, evitando as seguidas atualizações, consagraram na redação original a fórmula "O Governador e o Vice-Governador serão eleitos na forma e nas condições estabelecidas na Constituição da República" (Acre, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Paraíba, Pernambuco, São Paulo).

### *Inconstitucionalidade de Constituições estaduais*

Se considerados infringentes a princípios estabelecidos pela Constituição federal, os dispositivos das Constituições estaduais são declarados inconstitucionais e têm suspensa a sua execução.

O Regimento do Supremo Tribunal Federal dispõe:

## **TÍTULO VI**

### *Da Declaração de Inconstitucionalidade e da Interpretação de Lei*

## **CAPÍTULO I**

### *Da Declaração de Inconstitucionalidade de Lei ou Ato Normativo*

Art. 169 — O Procurador-Geral da República poderá submeter ao Tribunal, mediante representação, o exame de lei ou ato normativo federal ou estadual, para que seja declarada a sua inconstitucionalidade.

Parágrafo único — Proposta a representação, não se admite desistência, ainda que afinal o Procurador-Geral se manifeste pela sua improcedência.

Art. 170 — O Relator pedirá informações à autoridade da qual tiver emanado o ato, bem como ao Congresso Nacional ou à Assembléia Legislativa, se for o caso.

§ 1º — Se houver pedido de medida cautelar, o Relator submetê-la-á ao Plenário e somente após a decisão solicitará as informações.

§ 2º — As informações serão prestadas no prazo de trinta dias, contados do recebimento do pedido, podendo ser dispensadas, em caso de urgência, pelo Relator, *ad referendum* do Tribunal.

§ 3º — Se, ao receber os autos, ou no curso do processo, o Relator entender que a decisão é urgente, em face do relevante interesse de ordem pública que envolve, poderá, com pré-

via ciência das partes, submetê-lo ao conhecimento do Tribunal, que terá a faculdade de julgá-lo com os elementos de que dispuser.

Art. 171 — Recebidas as informações, será aberta vista ao Procurador-Geral, pelo prazo de quinze dias, para emitir parecer.

Art. 172 — Decorrido o prazo do artigo anterior, ou dispensadas as informações em razão da urgência, o Relator, lançado o relatório, do qual a Secretaria remeterá cópia a todos os Ministros, pedirá dia para julgamento.

Art. 173 — Efetuado o julgamento, com o *quorum* do art. 143, parágrafo único, proclamar-se-á a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade do preceito ou do ato impugnados, se num ou noutro sentido se tiverem manifestado seis Ministros.

Parágrafo único — Se não for alcançada a maioria necessária à declaração de inconstitucionalidade, estando licenciados ou ausentes Ministros em número que possa influir no julgamento, este será suspenso a fim de aguardar-se o comparecimento dos Ministros ausentes, até que se atinja o *quorum*.

Art. 174 — Proclamada a constitucionalidade na forma do artigo anterior, ou não alcançada a maioria nele prevista para a declaração de inconstitucionalidade, julgar-se-á im procedente a representação.

Art. 175 — Julgada procedente a representação e declarada a inconstitucionalidade total ou parcial de Constituição estadual, de lei ou decreto federal ou estadual, de resolução de órgão judiciário ou legislativo, bem como de qualquer outro ato normativo federal ou estadual ou de autoridade da Administração Direta ou Indireta, far-se-á comunicação à autoridade ou órgão responsável pela expedição do ato normativo impugnado.

Parágrafo único — Se a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato estadual se fundar nos incisos VI e VII do art. 10 da Constituição, a comunicação será feita, logo após a decisão, à autoridade interessada, bem como, depois do trânsito em julgado, ao Presidente da República, para os efeitos do § 2º do art. 11 da Constituição.

Art. 176 — Argüida a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, em qualquer outro processo submetido ao Plenário, será ela julgada em conformidade com o disposto nos arts. 172 a 174, depois de ouvido o Procurador-Geral.

§ 1º — Feita a arguição em processo de competência da Turma, e considerada relevante, será ele submetido ao Plenário, independente de acórdão, depois de ouvido o Procurador-Geral.

§ 2º — De igual modo procederão o Presidente do Tribunal e os das Turmas, se a inconstitucionalidade for alegada em processo de sua competência.

Art. 177 — O Plenário julgará a prejudicial de inconstitucionalidade e as demais questões da causa.

Art. 178 — Declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade, na forma prevista nos arts. 176 e 177, far-se-á a comunicação, logo após a decisão, à autoridade ou órgão interessado, bem como, depois do trânsito em julgado, ao Senado Federal, para os efeitos do art. 42, VII, da Constituição.”

Em decorrência de decisões, o Supremo Tribunal Federal passou a dispensar o seguinte tratamento aos acórdãos que consubstanciem declaração de inconstitucionalidade:

“I — Declaração de inconstitucionalidade em ação direta (Representação do Procurador-Geral — CF, art. 11, c), de lei ou ato de autoridade estadual, por infração dos itens VI e VII do art. 10 da CF (6):

a) comunicação à autoridade interessada, logo após a decisão;

b) comunicação à Presidência da República, ao transitar em julgado a decisão, para os efeitos do § 2º do art. 11 da CF.

II — Declaração de inconstitucionalidade em ação direta (Representação do Procurador-Geral — art. 119, I, l) de Constituição estadual, de lei ou decreto federal, estadual ou municipal, de resolução de órgãos judiciários ou legislativos, de atos normativos federais, estaduais ou municipais, de autoridades da Administração Direta ou autárquica (instruções, portarias, resoluções etc.), por infração de quaisquer outros dispositivos da CF:

— comunicação, apenas, à autoridade responsável pela expedição do ato incriminado, dispensada a comunicação ao Senado Federal.

III — Declaração de inconstitucionalidade, em processo contencioso em todas as hipóteses previstas no nº II, supra:

a) comunicação às autoridades interessadas, logo após a decisão;

b) comunicação ao Senado Federal, ao transitar em julgado a decisão (art. 42, VII, da CF, e 180 do RI).”

(A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais. ANA VALDEREZ DE ALENCAR. *Revista de Informação Legislativa*. Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, a. 15, n. 57, jan./mar., 1978, pp. 223/330).

### *Princípios a serem obedecidos — exemplos*

#### 1 — *Forma de investidura nos cargos eletivos* (art. 13, II-CF)

A Constituição federal, de 18-9-46, consagrava (art. 134), como princípio geral, o sufrágio universal e direto e o voto secreto.

#### *Presidente e Vice-Presidente da República*

Vitoriosa a Revolução de 1964, o Ato Institucional de 9-4-64 (editado sem número e só com a edição do subsequente, em 27-10-65, passando a ser denominado Ato Institucional nº 1) determinou fosse realizada, dois dias depois, a eleição do Presidente e do Vice-Presidente da República pela maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão pública e votação nominal. (Os mandatos dos eleitos terminariam a 31-1-66, mas foram prorrogados pela Emenda Constitucional nº 9, de 22-7-64 — parágrafo único do art. 6º — até 15 de março de 1967).

A Emenda Constitucional nº 9/64, alterando a Carta de 46 (art. 81), exigia a maioria absoluta para a eleição direta do Presidente da República. Não atingido o *quorum*, o candidato mais votado deveria obter a aprovação do Congresso Nacional:

“Art. 81 — O Presidente da República será eleito, em todo o País, cento e vinte dias antes do término do período presidencial, por maioria absoluta de votos, excluídos, para a apuração desta, os em branco e nulos.

§ 1º — Não se verificando a maioria absoluta, o Congresso Nacional, dentro de quinze dias após haver recebido a respectiva comunicação do Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, reunir-se-á em sessão pública para se manifestar sobre o candidato mais votado, que será considerado eleito se, em escrutínio secreto, obtiver metade mais um dos votos dos seus membros.

§ 2º — Se não ocorrer a maioria absoluta referida no parágrafo anterior, renovar-se-á, até 30 (trinta) dias depois, a eleição em todo o País, à qual concorrerão os dois candidatos mais votados, cujos registros estarão automaticamente reválidos.

§ 3º — No caso de renúncia ou morte, concorrerá à eleição prevista no parágrafo anterior o substituto registrado pelo mesmo Partido Político ou coligação partidária.

§ 4º — O Vice-Presidente considerar-se-á eleito em virtude da eleição do Presidente com o qual se candidatar, devendo, para isso, cada candidato a Presidente registrar-se com um candidato a Vice-Presidente.”

Mas o sucessor do Marechal Castello Branco, Marechal Costa e Silva, também foi eleito pela maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão pública e votação nominal, conforme determinou o Ato Institucional nº 2, de 27-10-65 (art. 9º e §§).

A eleição indireta do Presidente e Vice-Presidente da República foi mantida pela Constituição de 1967 (arts. 76 e 77), fazendo então compor o Colégio Eleitoral Delegados indicados pelas Assembléias Legislativas e, após a Emenda nº 22, de 1982, indicados pela bancada do respectivo Partido majoritário. (\*)

### *Governador e Vice-Governador de Estado*

A Emenda Constitucional nº 13, de 8-4-65, à Carta de 46, marcava, para o dia 3 de outubro daquele ano, as eleições, por voto universal e direto, para preenchimento das vagas decorrentes do término do mandato dos Governadores e Vice-Governadores em 11 (onze) Estados.

A vitória dos candidatos oposicionistas em importantes Unidades da Federação demonstrou a força das urnas e, ainda no 1º Governo de Revolução, o Ato Institucional nº 3, de 5-2-66, considerou “imprescindível estender à eleição de Governadores e Vice-Governadores o processo de eleições indiretas instituído para a eleição do Presidente e do Vice-Presidente da República”. Assim, o art. 1º daquele Ato dispunha:

“A eleição de Governador e Vice-Governador dos Estados far-se-á pela maioria absoluta dos membros da Assembléia Legislativa, em sessão pública e votação nominal.”

A exemplo das disposições referentes à eleição presidencial, previa (no § 3º) a possibilidade de serem apenas dois os candidatos “quando a eleição se daria mesmo por maioria simples”. A extinção dos Partidos Políticos (art. 18 do AI nº 2/65) levava à limitação do número de candidatos que deviam ser inscritos pelos Partidos.

Pelo Ato Institucional nº 4, de 7-12-66, foi convocado o Congresso Nacional para discutir, votar e promulgar o projeto de Constituição apresentado pelo Presidente da República. De 12 de dezembro de 1966 a 24 de janeiro de 1967, o Congresso esteve reunido, debatendo o projeto do Executivo e emendando-o em vários pontos, no exíguo prazo que lhe era imposto.

O projeto Castello Branco retornava ao “sufrágio universal, direto e secreto” para a eleição de Governador e Vice-Governador de Estado, princípio mantido pelo Congresso — “sufrágio universal e voto direto e secreto”.

(\*) Em tempo: A eleição direta para Presidente e Vice-Presidente da República foi aprovada, através da Emenda Constitucional n.º 25/85.



Em 1972, a Emenda Constitucional nº 2, de 9 de maio, regulava a eleição para Governadores e Vice-Governadores, em 1974, adotando a eleição indireta. Esta emenda originou-se de proposta do Poder Executivo (Presidente Médici), foi alvo de acirrados debates no Congresso e aprovada por 278 votos contra 71 (no 1º turno) e 279 contra 75 (no 2º turno), numa época em que era esmagadora a maioria governista.

Para a eleição seguinte, a Emenda Constitucional nº 8 (expedida pelo Presidente Geisel durante o recesso forçado do Congresso) manteve a eleição indireta para Governadores e Vice-Governadores, ampliando o Colégio Eleitoral com Delegados das Câmaras Municipais.

Somente para as eleições de 1982 foi restabelecido o voto direto, pela Emenda Constitucional nº 15, de 19-11-80, originada de proposta do Presidente João Figueiredo. Esta emenda também extinguiu a eleição indireta para Senadores, no preenchimento de uma vaga na renovação por 2/3, embora resguardasse o mandato dos "biônicos" escolhidos em 78, graças à inovação da Emenda outorgada nº 8.

### *Deputados estaduais*

Na investidura dos membros das Assembleias Legislativas tem-se de atender ao que é estatuído a respeito dos membros do Congresso Nacional.

(São elegíveis os cidadãos maiores de 21 anos e no exercício dos direitos políticos). (\*)

O número de Deputados à Assembleia Legislativa é fixado pelo § 6º do art. 13 da Constituição federal:

"... corresponderá ao triplo da representação do Estado na Câmara federal e, atingindo o número de 36, será acrescido de tantos quantos forem os Deputados federais acima de 12".

O número de Deputados por Estado à Câmara federal será estabelecido pela Justiça Eleitoral, para cada Legislatura, *proporcionalmente à população*, com o reajuste necessário para que nenhum Estado tenha *mais de 60 ou menos de oito* Deputados (art. 39, § 2º, CF), obedecido o limite máximo de composição da Câmara — 479 Deputados (art. 39, *caput*). (\*)

Estas disposições referentes à composição da Câmara federal resultam da Emenda Constitucional nº 22/82. Na vigência da Emenda nº 8/77, a composição da Câmara era de até 420 e a bancada estadual deveria ter o mínimo de 6 e o máximo de 55 Deputados.

Até aquele ano, sob os ditames da Emenda nº 1/69, o número de Deputados por Estado era estabelecido em lei, na proporção dos eleitores nele inscritos, conforme critérios estabelecidos no texto constitucional.

A eleição dos Deputados federais e estaduais é feita pelo sistema proporcional. Pela Emenda nº 22/82 foi adotado o sistema distrital misto,

(\*) Em tempo: A idade mínima para a eleição de Deputado foi diminuída para dezoito anos. O número de Deputados federais passou a 487. A primeira representação do Distrito Federal à Câmara, a ser eleita em 15-11-86, será de oito Deputados. (Alterações da Emenda Constitucional n.º 25/85.)

majoritário e proporcional (parágrafo único acrescentado ao art. 148) que, pela ressalva do art. 216, não vigorou nas últimas eleições de 15 de novembro de 1982. (\*)

O sistema distrital vigorará “na forma que a lei estabelecer”, mas, ao que parece, o entusiasmo inicial arrefeceu, permanecendo engavetado, na Câmara, o projeto do Executivo enviado ao Congresso em 21-3-1983, que “institui o sistema distrital misto, majoritário e proporcional, para a eleição de Deputados federais e estaduais” (foi despachado à CCJ em 23-3-83). (\*)

Por sugestão da Comissão de Juristas que elaborou o Anteprojeto sobre a matéria, a *Revista de Informação Legislativa* dedicou o seu número 78 (abril/junho de 1983) ao estudo do voto distrital, divulgando os trabalhos especialmente encomendados a vários especialistas, além de minuciosa documentação elaborada por Redatora da Subsecretaria de Edições Técnicas.

O Paraná já incorporou o sistema distrital à sua Constituição (art. 14) pela Emenda nº 15, de 29-6-83.

É interessante assinalar que apenas a Constituição do Estado do Rio Grande do Sul (arts. 28 e 29) cria uma Comissão Representativa eleita ao término de cada sessão legislativa, dentre os membros da Assembléia, para, durante o recesso, “zelar pelas prerrogativas do Poder Legislativo; velar pela observância da Constituição e dos direitos e garantias individuais e autorizar o Governador e o Vice-Governador a se ausentarem do Estado”.

A Proposta de Emenda à Constituição nº 11/84, de iniciativa do Presidente Figueiredo (o “Emendão”, finalmente retirado) acrescentava um § 5º ao art. 29 — “Nos períodos de recesso parlamentar, funcionará, para os fins do art. 45 (fiscalização dos atos do Presidente da República), Comissão Representativa do Poder Legislativo, formada de seis Senadores e seis Deputados e respectivos suplentes, eleitos de conformidade com o Regimento Comum, que lhe fixará as atribuições.

*Processo Legislativo* (art. 13, III — CF)

### 1 — *Emendas à Constituição*

*Iniciativa* — A substituição da conjunção alternativa *ou* pela aditiva *e* (art. 47, I — CF), decorrente da Emenda outorgada nº 8/77, passou a exigir para a iniciativa de proposta de emenda constitucional a assinatura de 1/3 dos membros da Câmara e mais 1/3 dos membros do Senado e não apenas o terço de uma das Casas, conforme a Emenda nº 1/69. A Carta de 67, a exemplo da Constituição de 46, exigia a assinatura de 1/4 dos membros de uma das Casas. E permitia, ainda, a apresentação ao Senado da proposta aceita por mais da metade das Assembléias Legislativas, manifestando-se cada uma delas pela maioria de seus membros.

(\*) Em tempo: A Emenda Constitucional nº 25/85 (art. 8º) revogou o parágrafo único do art. 148, derrubando, portanto, o voto distrital.

A partir de 69 não mais foi aceita a iniciativa das Assembléias para alteração da Constituição federal.

O impedimento da reforma constitucional na vigência do estado de sítio passou, com a Emenda nº 11/78, a existir também na vigência do estado de emergência (não no caso de medidas de emergência — a Proposta de Emenda Dante de Oliveira para as eleições diretas foi votada pelo Congresso sob medidas de emergência decretadas para o DF e adjacências).

*Quorum* — O *quorum* para aprovação de emenda à Constituição vem variando:

Constituição de 67 — “maioria absoluta dos votos dos membros das duas Casas do Congresso”;

Emenda nº 1/69 — “2/3 dos votos dos membros de suas Casas”;

Emenda nº 8/77 — “maioria absoluta dos votos do total dos membros do Congresso Nacional”;

Emenda nº 11/78 — “maioria absoluta dos votos dos membros de cada uma das Casas”;

Emenda nº 22/82 — “2/3 dos votos dos membros de cada uma das Casas.”

*Prazo* — O prazo para apreciação da proposta, fixado em 60 dias, a partir do seu recebimento, na Constituição de 67, e na Emenda nº 1/69, foi dilatado para 90 dias na Emenda nº 8/77 (mantido pela Emenda nº 11/78) e suprimido pela Emenda nº 22/82.

Estas alterações relativas a impedimentos, *quorum* e prazo repercutiram, evidentemente, nas Constituições estaduais.

### *Leis Complementares*

As leis complementares exigem para sua aprovação a maioria absoluta de votos, observados os demais termos de votação das leis ordinárias (art. 50-CF). (Temos, atualmente 48 leis complementares à Constituição federal).

Observe-se que o único Estado a não incluir na Constituição as leis complementares é o Estado de Goiás.

Alguns Estados relacionam as leis complementares — Acre (art. 21, parágrafo único); Amazonas (art. 26, parágrafo único); Ceará (art. 31, parágrafo único); Espírito Santo (art. 39, parágrafo único); Mato Grosso (art. 28, parágrafo único); Mato Grosso do Sul (art. 25, parágrafo único); Paraíba (art. 28, parágrafo único); Paraná (art. 26, parágrafo único — 8); Rio Grande do Norte (art. 25, parágrafo único); Rio de Janeiro (art. 40, parágrafo único); Rondônia (art. 42, parágrafo único) e São Paulo (art. 20, parágrafo único) e acrescentam às men-

cionadas “aquelas de caráter estrutural, incluídas nesta categoria pelo voto preliminar da maioria absoluta da Assembléia”.

Na Carta de Mato Grosso foi suprimido da relação de leis complementares o Código de Organização Judiciária, face à declaração de inconstitucionalidade (Resolução SF 44/72) vigente, então, o § 5º do art. 144 — “cabe ao TJ dispor em resolução... sobre a divisão e a organização judiciária”.

### *Leis Ordinárias*

*Competência exclusiva* — A Constituição federal (art. 57) determina que é de competência exclusiva do Presidente da República a iniciativa das leis que, entre outros casos que enumera, disponham sobre matéria financeira, criem cargos, funções ou empregos públicos ou aumentem vencimentos ou a despesa pública e disponham sobre servidores públicos da União, seu regime jurídico, provimento de cargos públicos, estabilidade e aposentadoria de funcionários civis.

Na órbita estadual, a competência exclusiva da iniciativa de leis sobre essas matérias pertence ao Governador.

A infringência a este ditame constitucional tem ocasionado diversas declarações de inconstitucionalidade. Vários dispositivos de Constituições estaduais já foram suspensos, muitos dos quais criando vantagens para funcionários públicos, conforme exemplificaremos a seguir, no item específico.

*Prazo especial de tramitação* — A fixação de prazo para apreciação, pelo Congresso, de projetos de lei do Poder Executivo foi inovação do Ato Institucional nº 1/64 (art. 40), conferindo *30 dias* à Câmara e *igual prazo* ao Senado para deliberação sobre projetos do Presidente da República versando qualquer matéria, sendo tidos como aprovados em caso contrário.

O Ato Institucional nº 2/65 (art. 5º e §§) fixou o prazo em *45 dias* para a Câmara e *45* para o Senado, concedendo mais *10 dias* para a Câmara apreciar as emendas do Senado. Em caso de urgência, o Presidente da República poderia *solicitar* a apreciação do projeto em sessão conjunta do Congresso Nacional, no prazo de *30 dias*.

A Emenda Constitucional nº 17/65 (art. 6º, § 3º) determinava os mesmos prazos, mas não concedia a urgência para tramitação conjunta.

Pela Constituição de 67 (art. 54 e §§ 1º a 3º) o limite de prazo passou a depender de *solicitação* do Presidente da República. Foi ampliado para *40 dias* o prazo para tramitação conjunta.

A Emenda nº 1/69 manteve os prazos e inovou ao permitir a solicitação do Presidente da República depois da remessa do projeto e em qualquer fase de seu andamento.

A Emenda nº 22/82 concedeu uma dilatação, acrescentando que “na falta de deliberação dentro dos prazos fixados, o projeto será incluído automaticamente na Ordem do Dia, em regime de urgência, nas 10 sessões subseqüentes em dias sucessivos, sendo considerado aprovado se não for apreciado no final dessas”.

Estes prazos não correm nos períodos de recesso e não se aplicam aos projetos de codificação.

As Constituições estaduais prevêm prazos especiais para a tramitação de projetos de lei de iniciativa do Governador, quando solicitados.

A exemplo da Constituição federal, a aprovação do projeto por decurso de prazo só se dá quando de iniciativa do Poder Executivo.

A Constituição de São Paulo (art. 25 posteriormente revogado pela Emenda nº 34, de 26-11-82) previa prazos especiais para apreciação de projetos que contassem com a assinatura de pelo menos 1/4 dos membros da Assembléia (120 dias) e de 1/3, considerando o autor urgente a matéria (50 dias). O § 2º do art. 25, que determinava serem considerados aprovados os projetos, esgotados os prazos previstos, foi declarado inconstitucional pelo STF:

“Rp-1.119-4 — SP

Rel.: Min. Alfredo Buzaid. Rpte: Procurador-Geral da República. Rpda: Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo.

Decisão: Julgou-se procedente a representação e declarou-se a inconstitucionalidade do parágrafo 2º do art. 25 da Constituição do Estado de São Paulo e do parágrafo 2º do art. 31 do Decreto-Lei Complementar estadual nº 9, de 31 de dezembro de 1969, unanimemente. Votou o Presidente. Plenário, 18-8-82.

EMENTA: 1. Constitucional. O princípio geral que rege o processo de formação da lei no plano federal, estadual e municipal é que as deliberações sejam tomadas por maioria de votos, presente a maioria dos membros do corpo legislativo (Constituição da República, arts. 31 e 43). 2. A única exceção aberta a este princípio é a do art. 51, § 3º, da Constituição da República, que se refere à aprovação de projeto de lei, de iniciativa do Chefe do Poder Executivo, por decurso de prazo. 3. Semelhante norma pode ser adotada pelo Estado e pelo Município, cujo processo legislativo obedece ao disposto no art. 13, III, da Constituição da República, mas não pode estender-se a projeto de lei de iniciativa de Deputado estadual ou Vereador. 4. Inconstitucionalidade do parágrafo 2º do art. 25 da Constituição do Estado de São Paulo e parágrafo 2º do art. 31 do Decreto-Lei Complementar nº 9, do Estado de São Paulo” (DJ de 1-11-82, p. 11.091).

O Estado do Acre fixa prazos especiais para projetos que contem com a assinatura de pelo menos 1/3 dos Deputados (art. 26). O § 2º do artigo repete a inconstitucionalidade da Constituição de São Paulo.

### *Leis Delegadas*

O parágrafo único do art. 200 da Constituição federal dispõe que "as Constituições dos Estados poderão adotar o regime de leis delegadas, proibidos os decretos-leis".

Os arts. 52 e 53 da CF dispõem sobre leis delegadas.

A legislação delegada foi permitida pela Emenda Constitucional nº 4, de 2-9-61, que instituiu o sistema parlamentar de governo (art. 22, parágrafo único). A Lei Complementar ao Ato Adicional, de 17-7-62, dedicou seu Capítulo VIII à legislação delegada, explicitando seu processo. Foram 11 (onze) as leis delegadas promulgadas em 1962. O sistema parlamentar, rejeitado em consulta plebiscitária, foi revogado pela Emenda Constitucional nº 6, de 1963.

Em 1965, pela Emenda nº 17 à Carta de 46, foi permitida a delegação interna, isto é, a Comissões Especiais da Câmara ou do Senado.

A delegação ao Presidente da República surge com a Constituição de 1967 (art. 75).

Observe-se que, até o presente, apesar de já terem sido apresentadas algumas proposições, não mereceu aprovação nenhuma lei delegada.

Os Estados, em sua maioria, adotam em suas Constituições o regime de leis delegadas, excetuando-se os seguintes: Acre, Ceará, Mato Grosso, Rio de Janeiro, Rondônia e São Paulo.

### *Decretos-Leis*

A partir do Ato Institucional nº 2, de 27-10-65, foi permitido ao Presidente da República "baixar decretos-leis sobre matéria de segurança nacional" (art. 30). Decretado o recesso do Congresso Nacional, das Assembléias Legislativas e das Câmaras de Vereadores, por Ato Complementar do Presidente da República, em estado de sítio ou fora dele, o Poder Executivo correspondente ficava autorizado a legislar mediante decretos-leis em todas as matérias previstas na Constituição e na lei orgânica.

Por três vezes foi decretado o recesso do Congresso Nacional; sete Assembléias Legislativas e doze Câmaras Municipais também tiveram recessos decretados por Ato Complementar do Presidente da República.

Nessas circunstâncias, foram baixados decretos-leis por Governadores e Prefeitos, naqueles Estados e Municípios, durante o período de recesso do Poder Legislativo decretado, com base no Ato Institucional nº 2/65, através de Ato Complementar do Presidente da República (7).

## *Decretos legislativos e Resoluções*

São atos da competência exclusiva do Poder Legislativo e não dependem da sanção presidencial.

A Constituição federal enumera (art. 44) os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, objeto de decretos legislativos.

Também as Constituições estaduais trazem a enumeração dos atos de competência exclusiva das Assembléias Legislativas.

### *Veto*

O veto presidencial e sua apreciação pelo Congresso são regulados pelo art. 59 e §§ da Constituição federal.

Disponha o art. 26 da Constituição de São Paulo que o "veto poderá ser total ou parcial, devendo nesse caso abranger, por inteiro, o parágrafo, o inciso, o item ou a alínea".

Esta restrição ao poder de veto foi inovação da Emenda Constitucional nº 17/65 à Constituição federal de 46, reproduzida na Carta de 67 (art. 62, § 1º, *in fine*) mas não foi mantida na Emenda Constitucional nº 1/69. Assim sendo, o Decreto nº 82.740, de 29-11-78, suspendeu a execução da parte final do art. 26 da Constituição paulista, face à declaração de inconstitucionalidade pelo STF.

Esta restrição inconstitucional ainda permanece nos textos das Constituições dos Estados do Acre (art. 27, *in fine*), Maranhão (art. 29, § 1º), Mato Grosso (art. 33, *in fine*) e Rondônia (art. 48, *in fine*).

*Orçamento — Fiscalização financeira e orçamentária* (art. 13, IV-CF)

Os Estados devem respeitar os princípios da Constituição federal relativos "à elaboração do orçamento, bem como à fiscalização orçamentária e financeira, inclusive a da aplicação dos recursos recebidos da União e atribuídos aos Municípios" (art. 13, IV-CF).

A União poderá intervir nos Estados para reorganizar suas finanças, quando (art. 10, V) "suspender o pagamento de sua dívida fundada, durante dois anos consecutivos, salvo por motivo de força maior; deixar de entregar aos Municípios as quotas tributárias a eles destinadas ou adotar medidas ou executar planos econômicos ou financeiros que contrariem as diretrizes estabelecidas em lei federal".

A intervenção federal poderá ocorrer ainda para "exigir a prestação de contas da administração" (art. 10, VII, f).

O art. 13, § 5º, da Constituição federal, dispõe que "não será concedido, pela União, auxílio a Estado ou Município, sem a prévia entrega, ao órgão federal competente, do plano de sua aplicação. As contas do Governador e as do Prefeito serão prestadas nos prazos e na forma da lei e precedidas de publicação no jornal oficial do Estado".

A fiscalização financeira do Estado é exercida pela Assembléia Legislativa mediante controle externo e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo instituídos por lei (art. 70-CF; art. 39 da Constituição do Paraná). O controle externo da Assembléia é exercido com o auxílio do Tribunal de Contas, cujos membros não podem ultrapassar o número de 7 (art. 13, IX-CF).

### *Funcionalismo*

Os Estados devem respeitar, dentre outros princípios estabelecidos na Constituição federal, "as normas relativas aos funcionários públicos, inclusive a aplicação, aos servidores estaduais e municipais, dos limites máximos de remuneração estabelecidos em lei federal" (art. 13, V) (v. art. 108 e §§).

O princípio da paridade na remuneração dos servidores dos três Poderes da República foi estabelecido pelo Ato Institucional nº 2, de 27-10-65 (art. 25). Consta do art. 98 do texto constitucional federal vigente e, conseqüentemente, de todas as Cartas estaduais.

A aposentadoria especial para o professor (30 anos ou 25 anos, se mulher) decorre de Emenda Constitucional nº 18, de 30-6-81.

As regras relativas ao exercício do mandato eletivo por servidor público federal, estadual ou municipal, da Administração Direta ou Indireta, foram alteradas na Carta federal pela Emenda Constitucional nº 6, de 4-6-76 e acrescidas de um parágrafo 6º pela Emenda Constitucional nº 10, de 14-11-77. É vedado (§ 5º) ao Vereador, no âmbito da Administração Pública Direta ou Indireta municipal, ocupar cargo em comissão ou aceitar, salvo mediante concurso público, emprego ou função. O novo parágrafo excetua da vedação o cargo de Secretário municipal, desde que o Vereador se licencie do exercício do mandato.

Somente o Estado de Alagoas (art. 83) permite expressamente a transferência de funcionários ou serventuários dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo do quadro de qualquer um destes Poderes para o de outro.

Os Estados da Bahia e do Piauí omitem as regras para a demissão de funcionários, previstas no art. 105 e parágrafo único da Constituição federal e repetidas nas demais Cartas estaduais.

Os direitos conferidos ao servidor público ex-combatente da Segunda Guerra Mundial, previstos no art. 197 da CF, são consagrados expressamente em todos os Estados, com exceção de Piauí, Rio Grande do Sul e Rondônia.

Diversas vantagens são concedidas aos servidores estaduais, muitas, entretanto, evitadas de inconstitucionalidade. Exemplos:

*Goiás* — A Emenda Constitucional nº 38, de 1-11-79, alterando o art. 68 relativo à aposentadoria do funcionário, permitia, no item IV, a aposentadoria voluntária com menos de 35 anos de serviço para o



homem e menos de 30 anos para a mulher. E, no parágrafo único, determinava, para efeito de aposentadoria, o aumento de 25% do tempo de serviço do funcionário estadual ou municipal prestado em regime de tempo integral. Estes dispositivos, assim como os §§ 1º e 2º do art. 69, que aumentavam os proventos dos aposentados (Emenda 39, de 3-11-79) foram declarados inconstitucionais por infringência dos *standards* constitucionais federais reguladores de aposentadoria de funcionários públicos.

**Maranhão** — O provimento, embora temporário, de cargos públicos sem concurso é considerado inconstitucional pelo STF (Representação 1.036 — MA. DJ, de 11-8-80), já tendo sido declarados inconstitucionais o item III do art. 94 da Constituição do Maranhão, o item III do art. 121 da Constituição de Mato Grosso (Resolução do Senado nº 29, de 1974), §§ 1º e 2º do art. 68 da Constituição da Paraíba (Rep. 1.083 — DJ, 4-12-81).

No *Rio Grande do Sul* foram suspensos (Dec. 89.459, de 20-3-84) os §§ do art. 89 relativos à inscrição em concurso público, acrescentados pela EC 17, de 27-11-80:

*“Rp 1.114-3 — RS*

Rel.: Ministro Oscar Corrêa. Repte: Procurador-Geral da República. Assistente: Estado do Rio Grande do Sul (Advs: Ney Sá e outros). Repda.: Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul.

Decisão: Julgou-se procedente a Representação e declarou-se a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 17, de 27 de novembro de 1980, do Estado do Rio Grande do Sul. Decisão unânime. Votou o Presidente. Plenário, 13-10-83.

**EMENTA** — Representação. Emenda Constitucional nº 17, de 27 de novembro de 1980, à Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, de iniciativa legislativa, estabelecendo normas quanto a limite de idade para inscrição em concurso público, ou readmissão, e para seu deferimento.

Inconstitucionalidade, em face dos artigos 13, I, III e V; 10, VII, c; 57, V; 97, § 1º; 108 e 200 da Constituição federal, por invadir órbita de competência exclusiva de iniciativa do Chefe do Poder Executivo, além de dispor sobre matéria reservada, na Constituição federal, à fixação em parâmetros federais obrigatórios.

Representação procedente, declarada a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 17/80 à Constituição do Estado do Rio Grande do Sul.

O reajuste de vencimentos, salários e proventos determinado pelo parágrafo único do art. 97, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 15, de 6-11-80, foi declarado inconstitucional (Rp 1.087-2 — DJ,

2-4-82, p. 2.882): "A majoração periódica nos vencimentos do funcionalismo do Estado fere os princípios firmados nos arts. 65, *caput*, c/c arts. 13, III e 57, II, da CF".

Também o 13º salário, instituído pela Emenda nº 26, de 29-6-82, (DJ, de 17-10-83) e a conversão em moeda corrente da licença-prêmio por decênio de serviço (art. 99, § 1º) decorrente da Emenda Constitucional nº 12, de 12-8-80, foram declarados inconstitucionais (aumento de despesa de competência exclusiva do Poder Executivo).

A nova hipótese de aposentadoria voluntária, acrescida pela Emenda Constitucional nº 23, de 8-12-81 (item IV do art. 140), foi declarada inconstitucional por ofender as normas restritivas dos arts. 13, V, 101, 103 e 108 da CF (voluntariamente, obedecida a proporcionalidade de seu tempo de serviço, aos 60 anos de idade, com proventos nunca inferiores ao Padrão I do Quadro Geral dos Funcionários Públicos do Estado).

Da Constituição do Estado do *Rio de Janeiro* o art. 95 e seus itens foram considerados inconstitucionais, por ferirem o art. 57, II e V (iniciativa de competência exclusiva do Poder Executivo). Mandavam integrar nos proventos da inatividade vantagens obtidas na atividade.

Com respeito à disponibilidade, foi declarada inconstitucional a parte final do parágrafo único do art. 89 "até o seu aproveitamento obrigatório em outro cargo ou vaga que vier a ocorrer, sempre da mesma natureza e vencimentos compatíveis com o que ocupava", por ofensa ao art. 57, V, da CF.

Na Constituição de *São Paulo* foram suspensos por inconstitucionalidade dispositivos acrescidos pela Emenda nº 17/80 (permitindo ao servidor público a cessação do exercício de função 30 dias após a apresentação do pedido de aposentadoria, independentemente de qualquer formalidade); pela Emenda nº 7/77 (transformando em cargo efetivo o cargo em comissão ocupado por 5 anos ininterruptos ou dez intercalados); pela Emenda nº 10/79 (reajuste automático de salário); pela Emenda nº 15/80 (vedando a estipulação de limite máximo de idade para ingresso no serviço público); pela Emenda nº 8/77 (efetivação de servidores) e pela Emenda nº 10/79 (correção monetária de vencimentos, salários e proventos).

Na Constituição do *Amazonas*, foi declarado inconstitucional o art. 66 que dispõe:

"Art. 66 — Lei complementar, de iniciativa exclusiva do Governador do Estado, indicará as exceções às regras estabelecidas, quanto ao tempo e natureza de serviço, para aposentadoria, reforma, transferência para a inatividade e disponibilidade."

Decisão:

"II — É exclusiva do Presidente da República a iniciativa de lei complementar que possa introduzir exceções às regras estabelecidas quanto ao tempo e natureza do serviço

para aposentadoria, reforma, transferência para inatividade e disponibilidade, no pertinente ao funcionalismo público. Constituição federal, art. 103.”

## *Municípios*

### *Criação de Municípios*

O art. 14 da Constituição federal dispõe:

“Art. 14 — Lei complementar estabelecerá os requisitos mínimos de população e renda pública, bem como a forma de consulta prévia às populações, para a criação de Municípios.

Parágrafo único — A organização municipal, variável segundo as peculiaridades locais, a criação de Municípios e a respectiva divisão em distritos dependerão de lei.”

A Lei Complementar nº 1, de 9-11-65, estabelece os requisitos mínimos de população e renda pública e a forma de consulta prévia às populações locais para a criação de novos Municípios. Foi alterada pelas Leis Complementares n.ºs 28, de 18-11-75; 32, de 26-12-77; 39, de 10-12-80 e finalmente pela Lei Complementar nº 46, de 21-8-84, que fixa normas sobre repetição de topônimos de cidades e vilas.

Contrariando os ditames da Constituição federal, foi declarado inconstitucional o art. 2º da Emenda Constitucional nº 12, de 10-12-81, à Constituição do Amazonas que acrescentava o art. 177. “O Estado do Amazonas é constituído de 71 Municípios, a saber...” (Rp 1.214-O-AM — DJ, 29-10-84):

#### *Rp 1.214-O-AM*

Rel.: Ministro Oscar Corrêa. Repte.: Procurador-Geral da República. Repdos.: Governador e Assembléia Legislativa do Estado do Amazonas.

Decisão: Julgou-se procedente a Representação e declarou-se a inconstitucionalidade do art. 2º da Emenda Constitucional nº 12, de 10 de dezembro de 1981; do Decreto nº 6.158, de 25 de fevereiro de 1982; e do art. 1º da Emenda Constitucional nº 17, de 14 de dezembro de 1983, todos do Estado do Amazonas. Decisão unânime. Votou o Presidente. Usou da palavra o Prof. Inocêncio Mártires Coelho, Procurador-Geral da República. Plenário, 24-10-84.

### *Autonomia municipal*

Dispõe a Constituição federal:

“Art. 15 — A autonomia municipal será assegurada:

I — pela eleição direta do Prefeito, Vice-Prefeito e Vereadores, realizada simultaneamente em todo o País;

II — pela administração própria, no que respeite ao seu peculiar interesse, especialmente quanto:

a) à decretação e arrecadação dos tributos de sua competência e à aplicação de suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei; e

b) à organização dos serviços públicos locais.”

### *Eleição*

Quanto à época da eleição, observamos que foi fixada na Constituição de 1967, graças à aprovação da Emenda nº 268/1 (de autoria do Deputado Rondon Pacheco), que determinava a realização simultânea, em todo o País, dois anos antes das eleições gerais para Governador, Câmara dos Deputados e Assembléias Legislativas. A regra da coincidência das eleições fora antes estabelecida pela Emenda Constitucional nº 13, de 8-4-65, à Carta de 46, e a permanência de suas normas foi considerada pelo Deputado Rondon Pacheco de interesse geral “para evitar a realização de eleições municipais, dentro de um mesmo Estado, em datas diversas, o que vinha incentivando a fraude consistente em transferir eleitores de uns para outros Municípios, a fim de que pudessem votar nas duas eleições”.

A realização simultânea em todo o País das eleições municipais vem sendo mantida, alterando-se, entretanto, a época:

— E. C. nº 1/69 — “em data diferente das eleições gerais para Senadores, Deputados estaduais e Deputados federais”.

— E. C. nº 8/77 — “na mesma data das eleições gerais para Deputados”.

— A E. C. nº 22/82 — “eliminou a obrigatoriedade da simultânea realização, na mesma data, das eleições municipais com as eleições gerais para Deputados e Senadores. Completou o quadro das alterações referentes às eleições municipais a dilatação, preconizada na proposta (do Presidente João Figueiredo), dos mandatos dos Prefeitos, Vice-Prefeitos e Vereadores (a serem) eleitos em 15-11-82, a fim de compatibilizar, doravante, a conclusão dos mandatos municipais com o término do exercício financeiro” (Exp. de Motivos — Ministro Ibrahim Abi-Ackel).

O mandato, cujo término era previsto para 31-12-87, na proposta do Executivo, foi dilatado pelo Congresso para 31-12-88 (art. 215).

Lembramos que os mandatos dos Prefeitos, Vice-Prefeitos e Vereadores, eleitos em 1980, inicialmente com a duração de dois anos (E. C. nº 8/77 outorgada), foram estendidos até 31-1-83, com exceção dos Prefeitos nomeados (Emenda Constitucional nº 14/80 — de origem parlamentar). Os Senadores Itamar Franco e Mendes Canale impetraram mandado de segurança, com pedido de suspensão liminar do ato impugnado, contra a Mesa do Congresso Nacional, alegando que a proposta,

cujo objetivo era a prorrogação dos mandatos eletivos municipais, era tendente a abolir a Federação, o que é proibido pela Constituição. O STF indeferiu a segurança, em 8-10-80.

### Exceções

*Prefeitos* — 1) das Capitais e de estâncias hidrominerais (\*)

O Ato Institucional nº 3, de 5-2-66, considerou “conveniente à segurança nacional alterar o processo de escolha dos Prefeitos dos Municípios das Capitais de Estado”. Pelo art. 4º daquele ato, “respeitados os mandatos em vigor, serão nomeados, pelos Governadores de Estados, os Prefeitos dos Municípios das Capitais, mediante prévio assentimento da Assembléia Legislativa ao nome proposto”.

O projeto de Constituição do Presidente Castello Branco determinava este processo de escolha não apenas para os Prefeitos das Capitais, mas também para os Prefeitos dos Municípios considerados estâncias hidrominerais em lei estadual e “os das cidades incorporadas mediante tombamento ao patrimônio histórico e artístico nacional” (art. 15, § 1º, *a*). Estas últimas expressões foram suprimidas do texto do projeto por Emenda (nº 140) de autoria do Deputado Tancredo Neves, com a seguinte justificação:

“A supressão da autonomia dos Municípios brasileiros que têm por sede cidades históricas não se justifica.

Para preservar os seus sítios memoráveis, obras, locais de valor histórico, a União já dispõe do poder de intervenção nesses Municípios (art. 175 da Constituição de 1946 e art. 169 do projeto).

Para o cumprimento desses encargos, a União jamais encontrou qualquer dificuldade ou obstáculo, pelo contrário. A sua intervenção, no particular, não é só desejada, como insistentemente reclamada. Se melhor não cumpre a obrigação constitucional de proteger os sítios históricos e seus monumentos é porque são escassos os recursos financeiros com que conta para a meritória missão a Diretoria do Serviço de Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.

(\*) Em tempo: A eleição direta para Prefeito foi consagrada pela Emenda Constitucional n.º 25/85 (art. 1.º). Dispõe, ainda, o art. 2.º desta Emenda:

Art. 2.º — Os Municípios com autonomia restabelecida por esta Emenda e os que tenham sido descaracterizados como de interesse da segurança nacional a partir de 1.º de dezembro de 1984 realizarão eleições para Prefeito e Vice-Prefeito no dia 15 de novembro de 1985, tomando posse, os eleitos, em 1.º de janeiro de 1986, para mandato coincidente com os dos demais Municípios, vedada a sublegenda e permitida a coligação partidária.

§ 1.º — Os novos Municípios, criados pelos Estados até 15 de maio de 1985, terão, na data prevista neste artigo e nas condições nele estabelecidas, eleições para Prefeito, Vice-Prefeito e Vereadores.

§ 2.º — O prazo do domicílio eleitoral, para as eleições previstas neste artigo, é de 3 (cinco) meses.

§ 3.º — A devolução da autonomia municipal dar-se-á com a posse dos eleitos, permanecendo, até a sua efetivação, salvo lei específica em contrário, o regime de Prefeito nomeado na forma das disposições constitucionais e legislação anteriores.

A supressão da autonomia dos Municípios históricos não nos parece, como é evidente, a solução indicada para o fortalecimento das atribuições daquela prestigiosa Diretoria.”

2) *Municípios de interesse da segurança nacional* (\*)

A Constituição federal determina:

“Art. 16, § 1º — Serão nomeados pelo Governador com prévia aprovação:

b) do Presidente da República, os Prefeitos dos Municípios declarados de interesse da segurança nacional, por lei de iniciativa do Poder Executivo.”

Exemplificamos com o caso do Município paulista de Santos. Foi declarado de interesse da segurança nacional pelo Decreto-Lei nº 865, de 12-9-69, revogado apenas em 83, pelo Decreto-Lei nº 2.050, de 2 de agosto (aprovado pelo Decreto Legislativo nº 82, de 24-10-83).

A Lei nº 7.136, de 27-10-83 (8), dispõe sobre a eleição para Prefeito e Vice-Prefeito em Municípios que foram descaracterizados como de interesse da segurança nacional. As eleições se realizariam a partir de 6 (seis) meses após a data de vigência da lei ou decreto-lei que operasse a descaracterização, competindo à Justiça Eleitoral fixar a data. As disposições desta lei aplicaram-se aos Municípios descaracterizados antes de sua vigência. Assim sendo, foi marcada e realizada em Santos a eleição para Prefeito, com a vitória da Oposição.

*Vereadores — remuneração*

Pelo Ato Institucional nº 2, de 27-10-65, foi cancelada a remuneração dos Vereadores (art. 10 — “Os Vereadores não perceberão remuneração, seja a que título for”).

A Constituição de 1967 (art. 16, § 2º) (9) estabelecia que teriam remuneração os Vereadores das Capitais e dos Municípios de população superior a 100 mil habitantes, dentro dos limites e critérios fixados em lei complementar. Esses critérios foram fixados pela Lei Complementar nº 2, de 29-11-67.

O Ato Institucional nº 7, de 26-2-69, alterou o dispositivo constitucional, fixando o limite mínimo de 300 mil habitantes para os Municípios cujos Vereadores seriam remunerados. A Emenda Constitucional nº 1, do mesmo ano (13-10), baixou para 200 mil o mínimo da população. A Lei Complementar nº 23, de 19-12-74, alterou a Lei Complementar nº 2.

Em 1975, a Emenda Constitucional nº 4, de 23-4, deixou a critério das Câmaras Municipais, nos limites e segundo critérios estabelecidos em lei complementar, a fixação da remuneração dos Vereadores para a Legislatura seguinte. Em consequência, foi promulgada a Lei Comple-

(\*) V. nota na página anterior.

mentar nº 25, de 2-7-75, alterada em 13-11-79 pela Lei Complementar nº 38. Finalmente, a Lei Complementar nº 45, de 14-12-83, determina que a despesa com a remuneração de Vereadores não ultrapassará 4% da receita efetivamente realizada no exercício imediatamente anterior.

### *Vereadores — número*

A Emenda Constitucional nº 22, de 1º de dezembro de 83, acrescentou ao art. 15 o § 5º, dispondo que “nos Municípios de mais de um milhão de habitantes, o número de Vereadores será de trinta e três”. O número máximo de Vereadores era, até então, de 21, guardando-se proporcionalidade com o eleitorado do Município (art. 15, § 4º). Este número fora determinado na Carta de 67, em decorrência da aprovação parcial da Emenda nº 70/3 de autoria do Senador Guido Mondim, ao projeto Castello Branco com vistas a “evitar o gigantismo das Câmaras”. A emenda fixava também o número mínimo — sete. “O critério da proporcionalização pelo eleitorado — disse o autor da emenda — é melhor do que o da população, já porque o seu número é facilmente apreciável pelos registros da Justiça Eleitoral da Câmara, o que não ocorre com a população, que depende de recenseamento nem sempre atualizado”.

Entretanto, foi o critério da população, e não do eleitorado, o adotado no § 5º, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 22/82. Observe-se que este parágrafo decorreu da aprovação parcial da Emenda nº 5 (de autoria do Deputado Walter de Prá) à proposta de emenda do Poder Executivo. O autor da Emenda propunha a alteração do § 4º, aumentando de 21 para 33 o número máximo de Vereadores (por ele denominados “o pronto-socorro da democracia”) e fixando o mínimo em 7. A Comissão Mista, aprovando Parecer do Relator, Deputado Jairo Magalhães, aprovou subemenda, nos termos promulgados, ou seja, alterando o número máximo nos Municípios com população superior a 1 milhão de habitantes.

### *Fiscalização financeira e orçamentária*

A fiscalização financeira e orçamentária dos Municípios é exercida mediante controle externo da Câmara Municipal e controle interno do Executivo Municipal instituídos por lei (art. 16-CF).

“Art. 16 (CF) — .....

§ 1º — O controle externo da Câmara Municipal será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas do Estado ou órgão estadual a que for atribuída essa incumbência.

§ 2º — Somente por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal deixará de prevalecer o parecer prévio, emitido pelo Tribunal de Contas ou órgão estadual mencio-

nado no § 1º, sobre as contas que o Prefeito deve prestar anualmente.

§ 3º — Somente poderão instituir Tribunais de Contas os Municípios com população superior a dois milhões de habitantes e renda tributária acima de quinhentos milhões de cruzeiros novos.”

*A elaboração da obra “Constituição Federal e Constituições Estaduais”*

Em 1975, a Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal lançou a obra *Constituição Federal e Constituições Estaduais*, em 2 volumes, reeditada em 1977, com as alterações sofridas pelas Cartas Constitucionais até àquela época.

Este ano, vem a lume a 3ª edição, atualizada e ampliada, em 4 volumes e com diversas inovações. Além de consolidar os textos constitucionais, fornecendo em notas as redações anteriores e as decisões sobre inconstitucionalidade, esta edição apresenta, a cada artigo das Constituições dos Estados, uma chamada ao dispositivo correlato da Constituição federal, possibilitando o confronto e a imediata verificação, embora preliminar, de sua constitucionalidade.

O índice temático geral de todas as Constituições estaduais permite o estudo comparativo; o índice temático mais detalhado da Carta federal facilita a sua análise.

Lançada agora, a publicação é datada de março, quando foi interrompida a pesquisa nos Estados, após reiterada correspondência com todas as Assembléias Legislativas e Imprensas Oficiais. Foram consolidadas as emendas promulgadas até o final da última sessão legislativa (1983). Para exemplificar, até então, *Goiás* tinha 56 emendas; *São Paulo*, 39; *Maranhão*, 30; *Paraíba e Rio Grande do Sul*, 29; *Rio de Janeiro*, 28 e até o mais novo Estado *Rondônia*, cuja Constituição data de 6-8-83, já recebera a 1ª emenda.

Por diversas vezes, as provas paginadas desta obra sofreram modificações e, já com o “imprima-se”, ficaram retidas pela autora, aguardando a promulgação da emenda submetida pelo Presidente Figueiredo ao Congresso (Proposta nº 11/84, enviada com a Mensagem nº 100, de 16-4-84). Inúmeras alterações seriam feitas na Constituição federal, acarretando, conseqüentemente, modificações profundas em todo o trabalho pronto para o prelo. Basta lembrar que à proposta original (que alterava o texto vigente desde o art. 3º até às Disposições Finais) foram apresentadas à Comissão Mista do Congresso Nacional 205 emendas e anexadas 25 propostas em tramitação.

Somente após a retirada da Proposta do Executivo, em 27-6-84 (Mensagem nº 209/84), foi possível liberar para impressão esta obra que é hoje lançada no I Encontro Sul-Brasileiro de Informação e Documentação Jurídica.



## NOTAS

(1) (Art. 10, VII — CF)

a) forma republicana representativa;

b) temporariedade dos mandatos eletivos cuja duração não excederá a dos mandatos federais correspondentes;

c) independência e harmonia dos Poderes;

d) garantias do Poder Judiciário;

e) autonomia municipal;

f) prestação de contas da administração; e

g) proibição ao Deputado estadual da prática de ato ou do exercício de cargo, função ou emprego mencionados nos itens I e II do artigo 34, salvo a função de Secretário de Estado (incompatibilidades).

(2) (V. art. 33, § 4º — Serão remuneradas, até o máximo de 8 por mês, as sessões extraordinárias da Câmara e do Senado.)

(3) (V. *desapropriação* — arts. 153, § 22, 161 e §§ 1º e 3º)

(4) (perda do mandato

{	incompatibilidades falta de decoro ausência perda ou suspensão de direitos políticos)
---	---

(\*) A infidelidade partidária, como causa de perda do mandato (art. 35, V), foi suprimida pela Emenda Constitucional n.º 25/85 (art. 8º).

(5) (proibições aos juízes — perda do cargo

{	incompatibilidade porcentagens ou custas nos processos atividade político-partidária)
---	---

(6) *Constituição federal*

"Art. 10 — A União não intervirá nos Estados, salvo para:

I — manter a integridade nacional;

II — repelir invasão estrangeira ou a de um Estado em outro;

III — pôr termo a perturbação da ordem ou ameaça de sua irrupção ou a corrupção no Poder Público estadual;

IV — assegurar o livre exercício de qualquer dos Poderes estaduais;

V — reorganizar as finanças do Estado que:

a) suspender o pagamento de sua dívida fundada, durante dois anos consecutivos, salvo por motivo de força maior;

b) deixar de entregar aos Municípios as quotas tributárias a eles destinadas; e

c) adotar medidas ou executar planos econômicos ou financeiros que contrariem as diretrizes estabelecidas em lei federal;

VI — prover à execução de lei federal, ordem ou decisão judiciária; e

VII — exigir a observância dos seguintes princípios:

a) forma republicana representativa;

- b) temporariedade dos mandatos eletivos cuja duração não excederá a dos mandatos federais correspondentes;
- c) independência e harmonia dos Poderes;
- d) garantias do Poder Judiciário;
- e) autonomia municipal;
- f) prestação de contas da administração; e
- g) proibição ao Deputado estadual da prática de ato ou do exercício de cargo, função ou emprego mencionados nos itens I e II do artigo 34, salvo a função de Secretário de Estado.

Art. 11 — Compete ao Presidente da República decretar a intervenção.

§ 1º — A decretação da intervenção dependerá:

- a) no caso do item IV do artigo 10, de solicitação do Poder Legislativo ou do Poder Executivo coacto ou impedido, ou de requisição do Supremo Tribunal Federal, se a coação for exercida contra o Poder Judiciário;
- b) no caso do item VI do art. 10, de requisição do Supremo Tribunal Federal ou do Tribunal Superior Eleitoral, segundo a matéria, ressalvado o disposto na alínea c deste parágrafo;
- c) do provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República, no caso do item VI, assim como nos do item VII, ambos do artigo 10, quando se tratar de execução de lei federal.

§ 2º — Nos casos dos itens VI e VII do artigo 10, o decreto do Presidente da República limitar-se-á a suspender a execução do ato impugnado, se essa medida tiver eficácia.

(7) *Recessos decretados*

*Congresso Nacional* — AC 23, de 20-10-66 até 22-11-66 — AC 38, de 13-12-68 (suspensão — AC 72, de 15-10-69 (a partir de 22-10-69) — AC 102, de 1º-4-77 (suspensão — AC 103, de 14-4-77 (a partir de 15-4-77)

<i>Assembléias Legislativas</i>	<i>Recesso</i>	<i>Suspensão do Recesso</i>
Guanabara		AC 88, de 8-7-70 (a partir de 15-7-70)
Pernambuco		AC 84, de 20-5-70 (a partir de 1º-6-70)
Rio de Janeiro	AC 47, de 7-2-69 (a partir de 7-2-69)	AC 89, de 8-7-70 (a partir de 15-7-70)
São Paulo		AC 85, de 20-5-70 (a partir de 1º-6-70)
Sergipe		AC 83, de 27-4-70 (a partir de 30-4-70)
Goiás	AC 49, de 27-2-69 (a partir de 27-2-69)	AC 90, de 8-7-70 (a partir de 15-7-70)
Pará		AC 80, de 25-3-70 (a partir de 31-3-70)

<i>Câmaras Municipais</i>	<i>Recesso</i>	<i>Suspensão do Recesso</i>
Santos (SP)		AC 87, de 8-7-70 (a partir de 15-7-70)
Nova Iguaçu (RJ)	AC 53, de 8-5-69 (a partir de 8-5-69)	AC 92, de 8-7-70 (a partir de 15-7-70)
Santarém (PA)		AC 91, de 8-7-70 (a partir de 15-7-70)
Santana do Livramento (RS)	AC 55, de 4-6-69 (a partir de 6-6-69)	AC 93, de 8-7-70 (a partir de 15-7-70)
Itu (SP)	AC 58, de 24-7-69 (a partir de 25-7-69)	AC 81, de 30-3-70 (a partir de 31-3-70)
Pariquera-Açu (SP)	AC 67, de 22-9-69 (a partir de 23-9-69)	AC 79, de 29-1-70 (a partir de 31-1-70)
Sobral (CE)	AC 68, de 29-9-69 (a partir de 29-9-69)	AC 82, de 23-4-70 (a partir de 15-4-70)
São João do Meriti (RJ)	AC 69, de 6-10-69 (a partir de 6-10-69)	AC 94, de 22-7-70 (a partir de 10-8-70)
Fortaleza (CE)	AC 70, de 6-10-69 (a partir de 6-10-69)	AC 86, de 26-5-70 (a partir de 1º-6-70)
Fló Grande (RS)	AC 95, de 8-6-72 (a partir de 8-6-72)	AC 97, de 26-1-73 (a partir de 31-1-73)
Marabá (PA)	AC 96, de 27-7-72 (a partir de 28-7-72)	AC 97, de 26-1-73 (a partir de 31-1-73)
Alenquer (PA)	AC 100, de 3-12-76 (a partir de 3-12-76)	AC 101, de 18-1-77 (a partir de 1º-2-77)

(8)

LEI Nº 7.136, DE 27 DE OUTUBRO DE 1983

*Dispõe sobre a eleição para Prefeito e Vice-Prefeito em Municípios que forem descaracterizados como de interesse da segurança nacional.*

O Presidente da República:

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º As eleições para Prefeito e Vice-Prefeito, dos Municípios que forem descaracterizados como de interesse da segurança nacional, serão realizadas a partir de 6 (seis) meses após a data da vigência da lei ou decreto-lei que operar a descaracterização.

Art. 2º — Compete à Justiça Eleitoral fixar a data das eleições de que trata esta lei.

Art. 3º — O término dos mandatos dos Prefeitos e Vice-Prefeitos eleitos de acordo com esta lei coincidirá com o dos Prefeitos e Vice-Prefeitos dos demais Municípios.

Art. 4º — Decorrido o prazo a que se refere o art. 1º desta lei, se faltarem menos de 9 (nove) meses para o término do mandato, não haverá eleição.

Art. 5º — Nas eleições de que trata esta lei não se aplica o disposto no § 3º do art. 67 da Lei nº 5.682, de 21 de julho de 1971 — Lei Orgânica dos Partidos Políticos (vetado).

Art. 6º — Aplica-se a presente lei às eleições a serem realizadas em Municípios cuja descaracterização como de interesse da segurança nacional tenha ocorrido antes de sua vigência.

Parágrafo único — Na hipótese do *caput* deste artigo, o prazo a que se refere o art. 1º será contado a partir da vigência desta lei.

Art. 7º — Esta lei entra em vigor na data de sua publicação. — *JOÃO FIGUEIREDO* — *Ibrahim Abi-Ackel*. — (DO de 28-10-83.)

Origem da Lei nº 7.136/83:

MENSAGEM Nº 111, DE 1983 — CN

(nº 329/83, na origem)

Excelentíssimos Senhores Membros do Congresso Nacional:

Nos termos do § 2º do art. 51 da Constituição federal, tenho a honra de submeter à elevada deliberação de Vossas Excelências, acompanhado de Exposição de Motivos do Senhor Ministro de Estado da Justiça, o anexo projeto de lei que “dispõe sobre a eleição para Prefeito e Vice-Prefeito em Municípios que forem descaracterizados como de interesse da segurança nacional”.

Brasília, 1º de setembro de 1983. — *JOÃO FIGUEIREDO*.

EM/DAL Nº 00399

Brasília, 15 de agosto de 1983

Excelentíssimo Senhor Presidente da República:

Tenho a honra de encaminhar à elevada apreciação de Vossa Excelência o incluso anteprojeto de lei que “dispõe sobre a eleição para Prefeito e Vice-Prefeito em Municípios que forem descaracterizados como de interesse da segurança nacional”.

2. A partir da Constituição de 1967, os Prefeitos dos Municípios de interesse da segurança nacional são nomeados pelo Governador com prévia aprovação do Presidente da República. Tais Municípios são indicados pelo Conselho de Segurança Nacional e declarados de interesse da segurança nacional por lei de iniciativa do Poder Executivo. Trata-se de limitação constitucional à regra geral da eletividade dos Prefeitos — um dos meios pelos quais é assegurada a autonomia municipal.

3. Em face de determinação presidencial, estão sendo ultimados estudos com vistas à reavaliação dos Municípios já declarados de interesse da segurança nacional, para efeito de descaracterização de alguns por via legislativa, ouvido o Conselho de Segurança Nacional.

4. Restabelecida a autonomia do Município, em decorrência da descaracterização mencionada, impõe-se a realização de eleições para os cargos de Prefeito e Vice-Prefeito, independente da simultaneidade prevista no art. 15, I, b, da Constituição.

5. O anteprojeto elaborado por este Ministério prevê um prazo mínimo de seis meses após a vigência da lei ou decreto-lei que operou a descaracterização, para que se realize o pleito eleitoral. Esse prazo se me afigura necessário à realização dos atos indispensáveis à escolha do Chefe do Executivo municipal, já que as eleições de que se trata não estavam previstas.

6. Para assegurar a simultaneidade das eleições futuras com as dos demais Municípios, cumprindo exigência constitucional, determina o anteprojeto que o término do mandato dos eleitos coincidirá com o dos demais Prefeitos.

7. Com a finalidade de evitar os inconvenientes de uma disputa eleitoral para período mínimo de governo, mirou-se o anteprojeto no disposto no art. 113 do Código Eleitoral (Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965), determinando a não-ocorrência de eleições, se faltarem menos de nove meses para findar o período do mandato, aplicando-se a legislação estadual referente à vacância dos cargos em questão.

8. Considerando tratar-se de eleições cuja realização era antes imprevisível, cuidou o anteprojeto de suspender, no particular, a incidência do § 3º do art. 67 da Lei nº 5.682, de 21 de julho de 1971 (Lei Orgânica dos Partidos Políticos), que estabelece período de carência de dois anos para que o eleitor, desligado de um partido e filiado a outro, possa disputar cargo eletivo.

9. Esses os motivos que me levaram a elaborar o anteprojeto de lei que ora submeto ao alto descortino de Vossa Excelência e que, creio, se transformado em lei, virá a preencher lacuna em nossa legislação eleitoral.

Na oportunidade, renovo a Vossa Excelência a expressão do meu mais profundo respeito. — *Ibrahim Abi-Ackel*, Ministro da Justiça.

#### PROJETO DE LEI Nº 9, DE 1983 — CN

*Dispõe sobre a eleição para Prefeito e Vice-Prefeito em Municípios que forem descaracterizados como de interesse da segurança nacional.*

Art. 1º — As eleições para Prefeito e Vice-Prefeito, dos Municípios que forem descaracterizados como de interesse da segurança nacional, serão realizadas a partir de seis meses após a data da vigência da lei ou decreto-lei que operar a descaracterização.

Art. 2º — Compete à Justiça Eleitoral fixar a data das eleições de que trata esta lei.

Art. 3º — O término dos mandatos dos Prefeitos e Vice-Prefeitos eleitos de acordo com esta lei coincidirá com o dos Prefeitos e Vice-Prefeitos dos demais Municípios.

Art. 4º — Decorrido o prazo a que se refere o art. 1º, se faltarem menos de nove meses para o término do mandato, não haverá eleição.

Art. 5º — Nas eleições de que trata esta lei não se aplica o disposto no § 3º do art. 67 da Lei nº 5.682, de 21 de julho de 1971 (Lei Orgânica dos Partidos Políticos).

Art. 6º — Aplica-se a presente lei às eleições a serem realizadas em Municípios cuja descaracterização como de interesse da segurança nacional tenha ocorrido antes de sua vigência.

Parágrafo único — Nesta hipótese, o prazo a que se refere o art. 1º será contado a partir da vigência desta lei.

Art. 7º — Esta lei entra em vigor na data de sua publicação. (DCN — Sessão Conjunta — 7-9-83, p. 1.600.)

(9) O projeto Castello Branco determinava: “Os Vereadores não perceberão remuneração”.

O texto da Constituição de 67 decorre da aprovação parcial da Emenda nº 82/1 (Deputado Britto Velho) e, quanto à disciplina por lei complementar, das Emendas n.ºs 130/6 (Deputado Nelson Carneiro) e 354/3 (Deputado Oswaldo Lima Filho).

#### EMENDA Nº 82/1

Autor: Deputado Britto Velho

#### CAPÍTULO III

1) Redija-se, assim, o § 2º do art. 15:

“§ 2º — Os Vereadores não perceberão remuneração, salvo os das Capitais e os dos Municípios de renda igual ou superior a um trigésimo da receita orçamentária do Município da Capital do respectivo Estado. A remuneração, nestes casos, não excederá a 50% da percebida pelos Deputados do Estado, e o total gasto com os Vereadores não poderá passar de um por cento da renda do Município”.

## Justificação

A intenção que ditou a redação do texto do projeto é louvável. Peca, porém, por excessiva em sua aplicação. Com efeito, o trabalho exigido dos Vereadores dos grandes e ricos Municípios é de tal monta, o tempo a despendê-lo é tão grande, que, fixada a gratuidade da função, somente os indivíduos abastados poderiam arcar com o ônus da representação popular. Criar-se-ia, assim, discriminação contrária ao espírito da democracia, a qual quer que todos, pobres e ricos, desde que aptos, compareçam às posições de natureza política e nelas exercitem um papel. A emenda tem o mérito de fixar razoáveis limites para a remuneração, os quais não poderão ser transpostos, e, do mesmo passo, determina quais os Municípios em que a regra geral não se aplicará: os econômica e financeiramente fortes, que, por mais exigirem, retribuirão os serviços que lhes são prestados.

## Tramitação

Parecer do Sub-Relator, Deputado Oliveira Brito (favorável em parte):

"82/1, 521/M e 365, relativas ao § 2º do art. 15. Quanto à primeira, o meu entendimento é no sentido de ser destacado do texto e aprovado o seguinte: "os Vereadores não perceberão remuneração, salvo os das Capitais e dos Municípios de renda igual ou superior a um trigésimo da receita orçamentária do Município da capital", entrando aqui a parte aceita da Emenda nº 521/M, que diz: "nas Capitais, não poderá ultrapassar a metade dos subsídios dos Deputados estaduais, calculados à base das sessões ordinárias, e, nos demais Municípios, a metade dos subsídios dos respectivos Prefeitos". Completar-se-á o dispositivo com o sugerido na Emenda nº 365, assim redigido: "Não podendo a despesa exceder de um por cento da arrecadação municipal."

Parecer do Relator-Geral, Senador Antônio Carlos Konder Reis:

a) Quanto às emendas distribuídas ao Sub-Relator Oliveira Brito, deixei de concordar com a aprovação das de números 82/1, 521/M, 365 e 583.

As três primeiras visam a permitir remuneração aos Vereadores. Ainda que o senhor Sub-Relator tenha, num cuidadoso trabalho de seleção dos textos das três emendas, procurado estabelecer uma regra prudente, manifestamo-nos pelo princípio salutar da gratuidade da função legislativa municipal. A medida, recentemente adotada através de ato institucional, não provocou nenhum desinteresse pela disputa das cadeiras às Câmaras Municipais nas eleições últimas e, acima de tudo, nobilitou a função. Sou, pois, de parecer que as Emendas n.ºs 82/1 e 521/M devem ser rejeitadas, bem como a letra a da Emenda nº 365. Manifesto-me favorável à aprovação da letra b desta última emenda, que garante aos funcionários públicos que exerçam a vereança o direito de perceber durante as sessões legislativas os seus vencimentos.

Parecer da Comissão Mista, favorável em parte:

82/1 ... "das Capitais e dos Municípios de população igual ou superior" (art. 15, § 2º).

Requerimento de destaque (ARENA) aprovado na 42ª Sessão (*Anais*, 4º vol., pp. 574/577).

Requerimento de preferência para votação de emendas destacadas (ARENA) apresentado e aprovado na 51ª Sessão (*Anais*, vol. 4º, pp. 752/6).

Requerimento para votação em globo (ARENA) apresentado e aprovado na 51ª Sessão (*Anais*, 4º vol. pp. 756/7).

Emenda aprovada, na 51ª Sessão, nos termos do requerimento de preferência, condensadas as Emendas n.ºs 82/1, 130/6, 354/3 e 804/D, para serem acrescidas ao texto do § 2º do art. 15 do projeto, que ficará com a seguinte redação: "Os Vereadores não perceberão remuneração, salvo os das Capitais e dos Municípios de população igual ou superior a 100.000 habitantes que terão subsídios fixados dentro dos limites e critérios estabelecidos em lei complementar". Câmara: 219 *sim* e 5 abstenções; Senado: 44 *sim* (*Anais*, 4º vol., pp. 760/1). (*Anais da Constituição*. Brasília, Senado Federal — Diretoria de Informação Legislativa (atual Subsecretaria de Edições Técnicas), 1970).

## Obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas (\*)

A venda na SSETEC (Senado Federal — 22º andar)

*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, 26, 30 a 45, 47 a 53, 55 a 84.

“ÍNDICE DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA”

(NÚMEROS 1 a 80)

Distribuição gratuita

“COLEÇÃO DE ATOS INSTITUCIONAIS, ATOS COMPLEMENTARES E DECRETOS-LEIS”

Volumes à venda: 6º a 16º

“LEGISLAÇÃO ELEITORAL E PARTIDARIA” (4ª edição — 1982 — com suplemento de atualização — 1984)

Leis e Instruções que regulam as eleições de 1982.

Textos atualizados, consolidados, anotados e indexados:

- Código Eleitoral
- Lei Orgânica dos Partidos Políticos
- Lei das Inelegibilidades
- Lei de Transporte e Alimentação
- Lei das Sublegendas

Legislação alteradora e correlata.

Instruções do Tribunal Superior Eleitoral.

(\*) Não estão relacionadas as obras esgotadas.

## “CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”

Quadro Comparativo

(4ª edição — 1982)

Texto constitucional vigente (incluindo a Emenda Constitucional nº 22/82) comparado à Constituição promulgada em 1967 e à Carta de 1946.

Em adendo: Emendas Constitucionais nºs 23 e 24, de 1983 e 25, de 1985.

152 notas explicativas, contendo os textos dos Atos Institucionais e das Emendas à Constituição de 46.

Índice temático do texto constitucional vigente.

## “CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”

(formato de bolso) (9ª edição — 1984)

Texto consolidado da Constituição do Brasil, de 24-1-67, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 17-10-69, e as alterações feitas pelas Emendas Constitucionais nºs 2/73 a 24/83. Em adendo: Emenda Constitucional nº 25/85.

## “REFORMA ADMINISTRATIVA — ORGANIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL” (4ª edição — 1984)

Decreto-Lei nº 200/67 — Texto atualizado e anotado.

Legislação alteradora.

Legislação correlata.

## “CÓDIGO DE MENORES” (2ª edição — 1984)

Lei nº 6.697/79. Comparação com a legislação anterior. Anotações (legislação; pareceres; comentários). Histórico da Lei (tramitação legislativa). Informações.

## “SEGURANÇA NACIONAL” (2ª edição — 1982)

— Lei nº 6.620/78 — texto, índices sistemático e temático

— Textos constitucionais e legislação ordinária

— A lei de 1978 comparada à legislação anterior

— Anotações (opiniões e legislação correlata)

— Histórico da Lei nº 6.620/78 (tramitação legislativa)



**“SEGURANÇA NACIONAL”** (edição — 1984)

- Lei nº 7.170, de 14-12-1983 — texto com índice temático.
- Quadro comparativo da Lei nº 7.170/83 com a Lei nº 6.620/78.
- Anotações.
- Histórico (tramitação legislativa) da Lei nº 7.170/83.
- Subsídios para a elaboração da Lei nº 7.170/83.

**“CONSTITUIÇÃO FEDERAL E CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS”**  
(edição 1984) 4 volumes

Constituição da República Federativa do Brasil — texto constitucional vigente (consolidado, 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.

4 volumes

**“PROCESSO LEGISLATIVO”** (4ª ed. 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 nº 79, de 1979).
- Votação de matéria no Congresso Nacional reunido.

**"LEIS COMPLEMENTARES À CONSTITUIÇÃO FEDERAL" (edição 1985)**

3 volumes

Leis Complementares n.ºs 1/67 a 48/84.

Textos

Legislação citada

Histórico (tramitação legislativa)

Índice temático

**"EXECUÇÃO PENAL" (edição 1985)**

Lei n.º 7.210, de 11-7-1984 — 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.

**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 85 (janeiro/março de 1985) a 88 (outubro/dezembro de 1985).

Preço: Cr\$ 48.000

Dirija seu pedido à

Subsecretaria de Edições Técnicas

**SENADO FEDERAL**

Brasília — DF — 70160

Atende-se também pelo reembolso postal.

# 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  
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 Secções Regionais)  
Faculdades de Direito