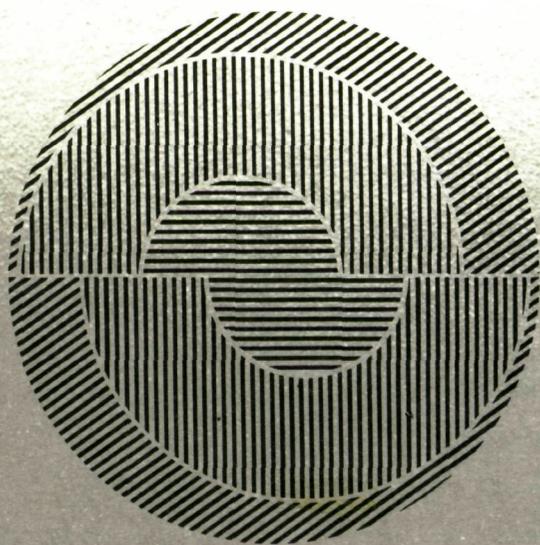


85956

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

JANEIRO A MARÇO 1990
ANO 27 • NÚMERO 105

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

a.27 n. 105 janeiro/março 1990

Publicação trimestral da
Subsecretaria de Edições Técnicas
do Senado Federal

Fundadores:

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

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

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

Direção:

ANNA MARIA VILLELA

Chefe de Diagramação:

NELSON CLEÓMENES BOTELHO

Chefe de Revisão:

JOÃO EVANGELISTA BELEM

Capa de **GAETANO RÉ**

Composição e impressão:
Centro Gráfico do Senado Federal

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

R. Inf. legisl.	Brasília	a. 27	n. 105	jan./mar. 1990
-----------------	----------	-------	--------	----------------

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

Encomendas à Subsecretaria de Edições Técnicas

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

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

v. trimestral

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

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

ISSN 0034-835X

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



CDD 340.05
CDU 34(05)

SUMÁRIO

COLABORAÇÃO

	Pág.
Uma visão global da dívida externa latino-americana. Aspecto financeiro, social, ético, jurídico e político — <i>André Franco Montoro</i>	5
Aplicação extraterritorial do direito da concorrência — <i>José Angelo Estrella Faria</i>	19
Distrito Federal: organização e natureza jurídica decorrentes da Constituição de 1988 — <i>Vítor Rolf Laubé</i>	47
O Juiz e a Constituição Federal — Ministro <i>Sydney Sanches</i>	65
Do recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça — <i>Antônio de Pádua Ribeiro</i>	73
Normas constitucionais sobre planejamento e ordenação territorial — <i>Werter R. Faria</i>	87
A autonomia das universidades públicas na Constituição de 1988 — <i>Palhares Moreira Reis</i>	99
Poder constituinte e a norma fundamental de Hans Kelsen — <i>José Luiz Quadros de Magalhães</i>	109
Os contratos da administração pública — <i>Carlos Roberto Pellegrino</i>	129
Evolução do controle orçamentário pelos parlamentares e órgãos técnicos — Novas normas do controle parlamentar — <i>Jarbas Maranhão</i>	153
Pressupostos da interpretação em matéria tributária — <i>Carlos Valder do Nascimento</i>	159
A Revolução Francesa e o pensamento jurídico-político contemporâneo — <i>Nelson Saldanha</i>	173
Direito de participação no governo e na oposição — <i>Celso Fernandes Campilongo</i>	181
Direito e práxis social — <i>José Reinaldo de Lima Lopes</i>	191
Produção publicitária. Proteção pelo direito de autor — <i>Antônio Chaves</i>	203
Direito de autor: violações em obra arquitetônica encomendada — <i>Carlos Alberto Bittar</i>	221

Noções gerais e medidas necessárias para a regular exibição pública de videofonogramas, com ou sem cobrança de ingressos — <i>José Carlos Costa Netto</i>	237
A "Affectio Maritalis" e a União Livre: atualidade do direito romano — <i>Eduardo de Oliveira Leite</i>	245
Novos rumos para a privatização — <i>Arnoldo Wald</i>	261
O advogado perante o processo judicial — <i>Joaquim Lustosa Sobrinho</i>	269
A jurisdição constitucional e o princípio da divisão de poderes — <i>Otto Kimminich</i>	283
Epistemología criminológica de la retaliación hacia el perdón — <i>Antonio Beristain</i>	303
Organización sistemicocibernética de la función penal — <i>Manuel López-Rey Y Arrojo</i>	317

PUBLICAÇÕES

— Obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas.....	331
--	-----

Uma visão global da dívida externa da América Latina

Aspectos financeiro, social, ético, jurídico e político

“Todo direito foi feito por causa do homem” (1)

ANDRÉ FRANCO MONTORO

Presidente do Instituto Latino Americano, do Brasil. Membro da Junta Diretiva do Instituto de Estudos Sociais da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Ex-Governador do Estado de São Paulo e Senador da República. Professor da PUC e da Universidade de São Paulo.

SUMÁRIO

Um continente em crise. As duras regras financeiras. Consequências sociais. Consideração ética. Aspectos jurídicos. Aspectos políticos.

Um continente em crise

A América Latina vive, hoje, a maior crise econômica e social de sua história. Sua dívida externa é superior a 400 bilhões de dólares. Os índices de inflação são absurdos, chegando a 500% e até mesmo a mais de 1.000% ao ano em alguns países. Os salários são substancialmente redu-

Conferência na Universidade Roma II, em 24 de novembro de 1987

(1) *Hominum causa omne ius constitutum est.* JUSTINIANO, D.1.5.2.

zidos. O desemprego é cada dia maior. O produto por habitante caiu mais de 10% desde 1980. A miséria, a pobreza e a fome aumentam a cada dia. Apesar disso, os países da região, como pagamento do serviço de sua dívida externa, enviaram aos países credores, nos últimos cinco anos, a importância líquida de 150 bilhões de dólares. Transformaram-se, assim, em exportadores de capitais.

Após uma década de relativo crescimento econômico, quando o produto da região evoluiu a taxas médias superiores a 6%, os países latino-americanos mergulharam, nos anos 80, em um período fortemente recessivo. Os juros internacionais dispararam, os preços dos produtos básicos caíram e o preço do petróleo atingiu seu patamar mais alto.

No período 81/86, as economias latino-americanas estagnaram e a renda *per capita* da região caiu 1,3% ao ano.

Essa situação foi agravada pela crise financeira internacional, que atingiu as economias desenvolvidas, e pelo corte dos financiamentos. A disparada dos juros internacionais elevou drasticamente o serviço da dívida, sem nenhuma possibilidade de controle por parte dos países devedores. Como consequência, no período 82/86, como vimos, a América Latina transferiu para os países desenvolvidos mais de cem bilhões de dólares.

As políticas adotadas pela maioria dos países devedores para enfrentar a crise foram basicamente conduzidas pelos ditames ortodoxos do Fundo Monetário Internacional e dos bancos estrangeiros. A regra fundamental foi o rigoroso pagamento dos serviços e a obediência a normas duras impostas nas negociações. As importações foram comprimidas. Provocaram-se cortes expressivos nos salários e na demanda interna. Políticas fiscais ortodoxas reduziram os investimentos públicos e os gastos sociais. Como consequência, o crescimento da região ficou sacrificado e agravaram-se as condições de vida da população.

É oportuno lembrar que os regimes autoritários, que vigoraram na região, facilitaram a adoção dessas políticas.

As perspectivas para os próximos anos, se mantidas as políticas atuais, são de agravamento das condições dos países latino-americanos com maior inflação, menores salários e maiores sacrifícios para sua população mais pobre. Há uma tomada de consciência geral de que é urgente encontrar caminhos alternativos que abram possibilidades de reversão dessa tendência.

A dívida externa é o centro dessas preocupações. E constitui hoje o mais grave problema para o futuro, não apenas da América Latina, mas da economia mundial e das relações internacionais.

Na gestão da dívida existe responsabilidade conjunta dos países devedores, dos bancos credores e dos países industrializados. Não se pode atribuir o custo da crise a apenas uma das partes.

Os países devedores do mundo em desenvolvimento realizaram, nos últimos anos, esforços extraordinários para resolver o problema. Mudaram ministros. Alteram a moeda. Remeteram, como vimos, mais de 150 bilhões de dólares aos países credores, nos últimos cinco anos. Mas, apesar de tudo, a dívida cresceu mais de 100 bilhões de dólares no período. Com o sacrifício das economias nacionais e o desespero das populações cada vez mais pobres.

As duras regras da dívida externa

Como toda crise, o problema da dívida externa oferece também a oportunidade de uma revisão do quadro em que ela se processa. Esse reexame é importante porque não se trata de uma operação bancária comum e os fatos estão demonstrando que o problema não será resolvido pelas regras tradicionais. Ele envolve questões de maior gravidade, que exigem uma reflexão aprofundada.

Do ponto de vista financeiro, o problema nevrálgico é o pagamento de juros com sua elevação exorbitante, em virtude de uma nova regra que estabeleceu a figura dos "juros flutuantes", num processo de bola de neve.

O juro flutuante surgiu como mecanismo para permitir aos grandes bancos, detentores de crescentes depósitos em dólares, lastrear empréstimos de longo prazo com depósitos de curto prazo, que serviam de lastro. Essa elevação seria automaticamente coberta pelo tomador do empréstimo, por expressa determinação contratual.

Duas taxas passaram a ser adotadas como referência nos contratos a juros flutuantes: a "prime rate", já existente nos Estados Unidos, e a "libor" (London interbank offered rate), criada pelo mercado de eurodólares. À "prime" ou à "libor" eram acrescentadas comissões e um sobrejuro chamado "spread" ou taxa de risco, variável em geral entre 1% e 2%, conforme o cliente e o país.

Mas por que governos e empresas da América Latina assumiram tamanho risco, entregando a banqueiros praticamente um cheque em branco? Perguntam KUCINSKI e BRANFORD⁽²⁾. E eles mesmos respondem. Em primeiro lugar porque os empréstimos a juros flutuantes surgiram numa época em que a queda de investimentos gerou excesso de dólares,

(2) KUCINSKI e BRANFORD. *A ditadura da dívida*. São Paulo. Brasiliense, p. 102. Transcrevemos, com as necessárias adaptações, alguns trechos deste trabalho.

deprimindo os juros. Mesmo que flutuassem um pouco, os juros eram convidativos. Oscilavam entre 7 e 9% e, descontada a inflação do dólar, equivaliam a um juro real entre zero e 1%, o que estava na linha dos padrões históricos de juros na economia moderna. Além disso, recursos a juros flutuantes oferecidos pelo mercado eram os únicos substitutos dos antigos financiamentos de longo prazo das agências internacionais, que se tornavam cada vez mais escassos.

Em períodos de expansão regular da economia, o juro real raramente ultrapassa 1%. A taxa de juros não pode ser maior do que a taxa de lucro, porque é do lucro que o juro será extraído.

Mas a história da dívida externa da América Latina mostra um quadro diferente. De um lado, o aumento vertiginoso dos juros e da dívida. E de outro, a imposição de regras que tornam impossível seu pagamento, apesar dos esforços extraordinários que realizam os países devedores.

Eis alguns fatos:

No dia 6 de outubro de 1979, por decisão do Presidente do Federal Reserve Board (FED), foi alterada a sistemática de controle dos meios de pagamento nos Estados Unidos e aplicado um arrocho monetário tão severo que a "prime rate" saltou de 9% para 12%, depois para 16%, chegando a 20% em maio do ano seguinte. E, em janeiro de 1981, chegou ao espantoso nível de 21,5%, recorde de todos os tempos. "Os mais altos juros desde o nascimento de Cristo", disse o chanceler alemão HELMUT SCHMIDT, e a "libor", incidente sobre outra parte vultosa da dívida, acompanhou a "prime", chegando a 18%.

Em consequência dessas medidas e em virtude do mecanismo dos juros flutuantes, a América Latina teve que pagar mais US\$ 1.800.000.000,00 por ano. O México teve sua conta de juros quadruplicada e a do continente duas vezes e meia, isto é, de US\$ 14,4 bilhões em 1979 para US\$ 31,6 bilhões em 1982.

Nos primeiros dias do mês de outubro de 1987, o Governo do Brasil publicou a seguinte nota oficial: "O Governo brasileiro vê com grande preocupação a tendência crescente das taxas de juros internacionais ("libor" e "prime rate") com prazos de seis meses, que regem 76% da dívida brasileira registrada. A "libor" passou de 6,20 em janeiro para 8,0% em setembro, chegando a 8,5% ontem. A "prime rate" subiu, hoje, acima de 9% (9,25). De janeiro a setembro houve um incremento da ordem de 1,8 pontos percentuais. Tal variação representa um custo adicional sobre o serviço da dívida externa brasileira de aproximadamente US\$ 1,4 bilhão anual, ou 0,5% do PIB".

Na consideração global da dívida externa e da crise financeira de nossos dias, não podemos omitir as mudanças, por decisão unilateral, nas normas de Bretton Woods e a atuação do Fundo Monetário Internacional.

O sistema monetário do pós-guerra, fundado no Acordo de Bretton Woods, fixou o dólar como moeda base e estabeleceu que cada dólar era automaticamente conversível em uma quantidade certa de ouro (0,888 gramas). Mas, em virtude de modificações econômicas e políticas que ocorreram e após violentas oscilações de mercado e crises, o presidente Nixon em 15 de agosto de 1971, decretou unilateralmente o fim da convertibilidade do dólar em ouro. Foi o colapso da ordem monetária instituída por acordo internacional em Bretton Woods e modificada substancialmente por decisão unilateral de um governo.

O exame da atuação do FMI é fundamental no estudo da dívida externa. Seus programas de reajustes são criticados por economistas latino-americanos como equivocados e parciais na defesa intransigente dos interesses dos credores. Acusam-no de criar, com suas receitas, um novo monstro, a "hiperestagflação", isto é, uma inflação astronômica combinada com uma recessão profunda. E até um economista conservador, como KISSINGER, reclamou que "a cura está sendo pior que a doença". Mas um representante dos credores no FMI declarou em Buenos Aires:

"Nossa única esperança é o FMI. É a única instituição que pode impor este tipo de condições para exportar dinheiro. Nem governos, nem bancos podem fazer isso."

Finalmente, entre as condições duras da negociação da dívida, deve ser mencionada a cláusula exigida em todos os contratos, que estipula o foro de Nova Iorque ou outra cidade, mas sempre de país credor, para dirimir qualquer divergência entre as partes.

Conseqüências sociais da dívida externa

Preocupada com as graves conseqüências sociais da dívida externa, a Organização Internacional do Trabalho (OIT), com sede em Genebra, convocou uma reunião de alto nível, com a finalidade de examinar, à luz dos objetivos sociais da OIT, a atual situação econômica mundial e, em particular, as repercussões das atuais práticas internacionais financeiras, monetárias e comerciais sobre o emprego e a pobreza.

No documento de base preparado para essa reunião, com ampla documentação, são apontadas sérias repercussões da atual política econômica e financeira internacional e, particularmente, da dívida externa dos países em desenvolvimento.

Entre esses pontos, destacamos os seguintes:

1. os dados correspondentes aos anos 80 mostram um grande aumento do desemprego na maioria dos países e regiões;

2. países em desenvolvimento estão pagando os juros de sua dívida externa com recursos obtidos, mediante a restrição das importações, o que ocasiona sérios problemas de desemprego e insuficiente utilização de sua capacidade;

3. os gastos públicos podem ser reduzidos de diversas maneiras e são muitos os exemplos de cortes de subsídios de interesse social ou em programas de saúde e educação que prejudicam sobretudo os grupos mais pobres da população;

4. na América Latina, como conseqüência em grande parte das políticas restritivas, o produto real por habitante caiu 9%;

5. essa contração interna trouxe como resultado um aumento do desemprego; assim, em 1984, o desemprego aberto passou de 7 para 11%, mas como as taxas de participação vinham diminuindo, se ajustaria melhor à realidade uma cifra aproximada de 13%;

6. além do aumento do desemprego, houve uma redução do salário real; os dados mostram enormes diminuições de salário real sofridas em 1984 no México e no Brasil (30% e 23% respectivamente) e também no Peru, Chile e Venezuela;

7. quase todas as políticas de estabilização na América Latina interessam em primeiro lugar às atividades do setor urbano estruturado e prevêm uma redução do déficit nacional, medidas de desvalorização e restrições em matéria de salários e créditos; a aplicação de recursos na infra-estrutura social tem sido a mais afetada.

Na mesma linha de preocupações, a UNICEF (Fundo das Nações Unidas para a Infância) acaba de publicar uma compilação de estudos sob o título "Ajuste con Rostro Humano" (ed. Siglo XXI de España, Madrid, 1987), cuja primeira parte é dedicada ao tema da "Recessão, políticas de ajuste e bem-estar da infância nos anos 80".

Nas 400 páginas desse estudo sobre o estado mundial da infância em 1987 há uma advertência e um apelo candente: "En la ya numerosa bibliografía sobre la recesión mundial y las políticas de ajuste adoptadas como respuesta a la crisis, las preocupaciones se limitan de forma abrumadora y casi exclusiva a aspectos parciales puramente económicos. Así, los análisis se han centrado en la inflación y los tipos de interés, la deuda exterior y los déficits fiscal y comercial, el desempleo y los ingresos decre-

cientes. Por el contrario apenas se han investigado seriamente las consecuencias humanas de la crisis y ningún estudio internacional ha analizado hasta ahora los efectos de la recesión y de las políticas de ajuste sobre los grupos más vulnerables y menos capaces de soportarlos: las familias pobres y especialmente los hijos pequeños.

Como resultado de estos efectos depresivos de la recesión y del ajuste se ha producido un grave retroceso en el progreso económico y un deterioro masivo de las condiciones de vida en gran parte del mundo. En los últimos seis años dos tercios de los países en desarrollo, especialmente en África e América Latina, han tenido un crecimiento económico negativo e imperceptible. Muchos millones de familias están sufriendo una emergencia silenciosa acosadas por el desempleo, las malas condiciones de salud, la desnutrición y las restricciones de los servicios sociales públicos.

Unas políticas económicas más sensibles a esta situación de emergencia podrían evitar gran parte de este sufrimiento humano.”

Uma consideração ética da dívida internacional

Foi o próprio Papa JOÃO PAULO II que dirigiu à Assembléia-Geral das Nações Unidas, em 14 de novembro de 1985, a seguinte mensagem: “Problema de atualidade internacional que também apresenta um aspecto ético e humanitário é a questão da dívida do Terceiro Mundo ao exterior, em particular a da América Latina”.

E acrescenta o Pontífice: “Existe hoje um consenso acerca do fato de que o problema das dívidas globais do Terceiro Mundo e das novas relações de dependência que elas criam não se pode colocar unicamente em termos econômicos e monetários. O custo econômico, social e humano desta situação com frequência é tal que põe países inteiros à beira do precipício. De resto, nem os países financiadores nem os países devedores têm nada a ganhar com o crescimento de situações de desespero que fugiriam a todo o controle”.

Com esse fundamento, JOÃO PAULO II concluiu formulando um apelo: “A justiça e o interesse de todos exigem que a nível mundial a situação seja enfrentada na sua totalidade e em todas as suas dimensões, não só econômicas e monetárias, mas também sociais, políticas e humanas. A ONU tem um papel de primeiro plano a desempenhar na coordenação e na animação do esforço internacional que a situação reclama, num espírito de igualdade bem compreendido que, aliás, está em concordância com uma apreciação realista das coisas”.

Essa mensagem teve continuidade num documento da Comissão Pontifícia Justiça e Paz, intitulado “Ao serviço da comunidade humana: uma

consideração ética da dívida internacional". Documento de significação histórica, elaborado com notável equilíbrio, profundidade e realismo, começa por colocar o problema da dívida dos países em desenvolvimento, ameaçados de falência, incapazes de pagamento e pondo em discussão as estruturas financeiras e monetárias internacionais, e formula algumas perguntas: "Como se chegou a isto? Que mudanças nos comportamentos e nas instituições permitirão estabelecer relações equitativas entre credor e devedor? Como evitar que a crise se prolongue tornando-se mais perigosa?"

Já na apresentação do Documento é afirmado o princípio ético fundamental:

"O pagamento da dívida não pode ser satisfeito ao preço da asfixia da economia de um país. Nenhum governo pode exigir moralmente de sua população sacrifícios ou privações incompatíveis com a dignidade da pessoa humana."

A crise da dívida há de ser superada, com a participação de todos e o respeito de cada um, dentro dos princípios da justiça e da solidariedade. Depois de formular os princípios éticos que devem inspirar esse esforço comum, o Documento procura definir as responsabilidades de cada uma das partes, examinando sucessivamente:

1. responsabilidades dos países industrializados;
2. responsabilidades dos países em vias de desenvolvimento;
3. responsabilidades dos credores para com os devedores;
4. responsabilidades das organizações financeiras internacionais.

E conclui com uma proposta final: que todos os homens de boa vontade abram a própria consciência a estas novas responsabilidades internacionais, urgentes e complexas, e que mobilizem todas as suas capacidades de ação para encontrar e pôr em prática soluções de solidariedade.

Aspectos jurídicos da dívida externa e a responsabilidade histórica dos juristas

Diante desse quadro geral da dívida externa, de suas condições e efeitos, de ordem econômica, social e ética, qual a posição do direito e dos juristas? Essas relações entre credores e devedores estão conformes ao sistema jurídico contemporâneo? Obedecem aos princípios e normas que regem a convivência das pessoas humanas e das nações na vida internacional? Qual a hierarquia de normas aplicável a esse conjunto de relações humanas?

Dentro dessa perspectiva vários problemas podem ser colocados e discutidos. Mas os cultores do direito não podem fugir à responsabili-

dade histórica de enfrentar essa questão, sob pena de negar a própria razão de ser do direito, como norma ordenadora da atividade social dos homens.

Um primeiro problema que se coloca é o da vigência e amplitude de cláusulas "rebus sic stantibus" nos contratos de empréstimo internacional, especialmente no tocante à nova figura dos juros flutuantes. Outra questão a ser examinada é a do foro escolhido para a solução dos litígios. Da mesma forma, é importante a consideração e o exame das normas de proteção do devedor na tradição jurídica e no direito moderno. Mas, acima de todas as considerações, é importante discutir e firmar os princípios gerais do direito em que se fundamentam as normas e institutos que regem o complexo de relações jurídicas envolvidas no problema da dívida externa.

Esse estudo se impõe como dever de consciência e cumprimento de uma responsabilidade social histórica dos juristas na hora presente, diante da gravidade das repercussões econômicas, sociais, éticas e políticas da dívida internacional.

No campo dos contratos internacionais de empréstimo existem, em regra, cláusulas que protegem os credores diante de circunstâncias alheias à sua vontade, porque elas que podem alterar sua capacidade de cumprir as obrigações contratuais. Estão nesse caso duas cláusulas comuns nesses contratos ⁽³⁾:

1. A "increased costs clause", ou "yield protection clause", tem por efeito resguardar os lucros dos bancos. Dois exemplos: uma alteração na regulamentação bancária do país onde se situa o banco credor que estabeleça um nível mais elevado de reservas mínimas obrigatórias tem por consequência aumentar seus custos operacionais. O banco também lucrará menos em virtude de uma tributação mais pesada. Pois bem. A cláusula "increased costs" ("acréscimo de custos") estabelece que os custos adicionais acarretados por uma alteração na legislação bancária ou fiscal serão suportados pelo devedor. Trata-se, portanto, de uma transferência pura e simples do ônus, do credor para o devedor.

2. A cláusula genética de "mudança nas circunstâncias" ("change in circumstances clause") tem normalmente o mesmo efeito: faz com que recaiam sobre o devedor os ônus financeiros causados por mudanças nas circunstâncias, tais como dificuldades para se obter a divisa contratada.

Trata-se, em ambos os casos, de uma clara aplicação do princípio "rebus sic stantibus", em benefício do credor. Por que não respeitar e

(3) As observações são de BOLIVAR ROCHA. (Dívida externa: negociar a indexação), outubro, 1987.

aplicar o mesmo princípio nos diversos casos em que se operam modificações substanciais em prejuízo do devedor e independentemente de sua vontade?

Este é, entre outros, o caso dos chamados juros "flutuantes", cujas taxas sofreram os aumentos extraordinários e imprevisíveis, mencionados na parte anterior do presente trabalho. A fixação dessas taxas, que atingem níveis absurdamente elevados, é feita sem qualquer participação da vontade do devedor. Mas com visível influência e participação dos bancos credores e dos bancos centrais dos países industrializados.

É oportuno lembrar a histórica luta do direito em torno dos "juros" nos contratos de empréstimo, em virtude dos abusos praticados em muitas épocas. Houve períodos em que os juros foram proibidos. Muitos códigos estabeleceram limites para sua fixação. E grandes juristas, como TEIXEIRA DE FREITAS⁽⁴⁾ e LACERDA DE ALMEIDA⁽⁵⁾ sustentaram que, nos casos em que os juros excederam o razoável, aplica-se a rescisão por "lesão enorme". O Projeto de Código Civil brasileiro, em seu art. 591, estabelece que os juros devidos, no contrato mútuo, não poderão, sob pena de redução, ser superiores à taxa a que se refere o art. 406, permitida a capitalização anual; e, no art. 406, não adota uma taxa fixa, mas determina que ela será a que "estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional". O Código Civil do Peru adota sistema semelhante, em seu art. 1.243: "La tasa máxima del interés convencional compensatorio o moratorio es fijada por el Banco Central de Reserva del Perú. Cualquier exceso sobre la tasa máxima da lugar a la devolución o a la imputación al capital, a voluntad del deudor".

No capítulo de juros não pode ser omitido o "anatocismo", isto é, a contagem de juros sobre os juros. A proibição do anatocismo se encontra formulada no Código Civil do Peru nos termos seguintes: "No se puede pactar la capitalización de intereses al momento de contraerse la obligación, salvo que se trate de cuentas mercantiles, bancarias o similares".

A "lesão enorme" é outro instituto jurídico, de raízes no direito justinianeu, que tem encontrado acolhida no direito latino-americano mais recente. O Projeto de Código Civil Brasileiro assim dispõe:

"Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestadamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

1. Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico.

(4) TEIXEIRA DE FREITAS. "Consolidação das leis civis", nota 21 ao art. 361.

(5) LACERDA DE ALMEIDA. "Tratado das obrigações", p. 392.

2. Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito.”

A “excessiva onerosidade” inspirada também na cláusula “*rebus sic stantibus*” figura entre os institutos que o direito vem estabelecendo na procura da justiça e em defesa do devedor. Como observa MOREIRA ALVES (6): “A Primeira Guerra Mundial fez voltar a ela a atenção da doutrina, pelas imprevistas conseqüências dela resultantes. A velha teoria é rejuvenescida com denominação nova e novos fundamentos. A teoria da imprevisão abala o princípio *pacta sunt servanda*. O Código Civil italiano de 1942 a consagra com a introdução do instituto da *excessiva onerosidade*, que daí se transplanta para os movimentos de reforma de codificação mais recentes na América Latina. O atual Projeto de Código Civil Brasileiro lhe abre uma seção — “Da resolução por onerosidade excessiva” —, dedicando-lhe alguns artigos:

“Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos de sentença, que a decretar, retroagirão à data da citação.

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar eqüitativamente as condições do contrato.”

O problema da fixação do foro competente para decidir sobre divergências ou litígios relativos a empréstimos da dívida externa deve merecer a consideração e o estudo dos juristas, em face dos princípios da justiça e da igualdade das nações.

Como vimos, é exigida em todos esses contratos a fixação do foro de Nova Iorque ou outra cidade, mas sempre de país credor, para decidir sobre qualquer divergência entre as partes.

É justa e razoável essa exigência?

Juristas, economistas e políticos latino-americanos têm protestado contra essa prática. SANTIAGO FERNANDES (7) afirma: “Nem poderia o Banco Central renunciar a imunidade jurisdicional e aceitar foro judicial nos países credores (Nova Iorque e Londres) para julgamento de pendências e eventual decretação de penhora de bens mantidos no exterior”.

(6) MOREIRA ALVES, “Alguns princípios e normas de defesa do devedor e seus correspondentes nos mais recentes movimentos de reforma de Códigos Civis latino-americanos”.

(7) SANTIAGO FERNANDES. *A legitimidade da dívida externa do Brasil e do Terceiro Mundo*. Ed. Nórdica. Rio de Janeiro. 1985.

Um dos princípios do Direito Internacional Público é o da soberania dos Estados. Por respeito a essa soberania, não pode um país devedor sujeitar-se a ser julgado por tribunal de um país credor. Por justiça e por tradição, deve transferir-se para local neutro o foro competente para debate e decisão sobre eventuais divergências. Com esse fundamento está sendo proposto o encaminhamento da questão à Corte Internacional de Haia (8).

Essas considerações mostram a importância de um estudo atualizado, objetivo e aprofundado dos *institutos* e *normas* que vêm regendo os contratos, negociações e reajustes da dívida internacional. Mas, acima de tudo, impõe-se o exame dos *princípios* que atuam como fundamento da ordem social, no plano interno e no plano internacional.

Qual é esse princípio? O direito da força ou a força do direito? Sem cair no angelismo ou na hipocrisia, podemos afirmar que a vida do direito e sua razão de ser é a luta pela justiça. Na justiça estão sintetizados os princípios gerais do direito. Como diz RENARD, a justiça é a lei fundamental das relações de pessoa a pessoa. Não se trata de um modelo idealista que fica lá longe, numa caverna platônica. É na planície em que vivemos, no processo histórico e dinâmico entre liberdade e opressão, minorias dominadoras e maiorias sacrificadas, que se exerce a tarefa de construção dos homens de direito. É certo que forças poderosas atuam continuamente, com habilidade e competência, no sentido de impor à sociedade normas que atendam a seus interesses e objetivos. É certo também que vivemos em uma sociedade marcada pela injustiça. Mas essa situação, em lugar de diminuir, só pode aumentar a importância e a responsabilidade dos cultores do direito. Ela nos obriga a rejeitar, com a maior veemência, o papel que se pretende impor ao jurista: o de instrumento "neutro" destinado à defesa de um sistema de interesses estabelecidos. A orientação que se impõe e decorre da própria natureza do direito está contida em um dos mandamentos do advogado, redigido por

(8) Ver, entre outros, Embaixador ESPECHE GIL (Argentina) "Ilicitud del alza unilateral de los intereses de la deuda externa" (1989); Senador FERNANDO HENRIQUE CARDOSO, Relatório final da Comissão Especial do Senado para a Dívida Externa. Brasília, agosto, 1989; KUCINSKI e BRANDFORD, "A ditadura da dívida", Editora Brasiliense, São Paulo; FERNÃO BRACHER, "A problemática do endividamento externo do ponto de vista de um país em desenvolvimento", Brasil, janeiro, 1989; PARLAMENTO LATINO-AMERICANO, "Assembleia Parlamentar Latino-Americana para a Dívida Externa", Brasília, dezembro, 1987; CEPAL, "La evolución del problema de la deuda externa en América Latina y el Caribe", março, 1988; BOLIVAR ROCHA, "La crise de L'endettement: nouvelles tendances", Milão, 1988; PUC RIO, "O Rio discute a dívida" seminário sobre a dívida externa, 1987; GONZALO BIGGS, "A crise da dívida latino-americana e alguns precedentes históricos", Editora Paz e Terra, 1988; Ministro BRESSER PEREIRA, "Da crise fiscal e redução da dívida", "Brasil: uma dívida muito alta", "A dívida na ONU", 1988; OSVALDO HURTADO, Deuda y Concertación: seis años después", 1989.

EDUARDO COUTURE: “Teu dever é lutar pelo direito. Mas o dia em que encontrares o direito em conflito com a justiça, luta pela justiça”.

Dessa tarefa de significação histórica e social é exemplo recente a elaboração do direito do trabalho. Entre a força cada vez maior da empresa e do capital que surgiam da revolução industrial, e, de outro lado, a fragilidade do trabalhador e de sua família, obrigados a viver com salários irrisórios, sem limites de horas de trabalho, sem proteção e sem futuro, estabeleceu-se uma relação de opressão e injustiça. A chamada liberdade contratual alimentava a situação. Nas relações entre o forte e o fraco, a liberdade oprime; é a lei que salva. E passou a ser elaborada uma legislação de proteção ao trabalhador, fundada nas exigências de respeito à pessoa humana. Surgiu um novo campo do direito. A “legislação do trabalho”, com normas esparsas, em meio século passou a constituir um novo ramo de Direito, o “Direito do Trabalho”.

Essa mesma exigência de justiça social deve ser levada ao plano internacional. Entre o forte e o fraco a liberdade oprime; é a lei que salva. É o direito com suas normas e seus princípios, com suas interpretações e seus julgamentos que pode abrir os caminhos de um relacionamento internacional que respeite as exigências da justiça e a dignidade de todas as pessoas.

Em sua tríplice dimensionalidade, o direito incluiu fato, valor e norma. Os *atos* ligados à dívida internacional e a convivência pacífica dos povos. Os *valores* são claros: respeito à igual dignidade das pessoas e à soberania dos Estados. Cabe aos responsáveis, nos múltiplos setores sociais ligados à dívida, a tarefa de estabelecer as regras, *normas*, interpretações, decisões e julgamentos que melhor correspondam às boas relações entre homens e Nações.

Aspectos políticos do problema da dívida

De certa forma todas as considerações que se fazem sobre os problemas da dívida internacional têm uma significação política. Mas há aspectos especificamente políticos da questão que devem ser destacados.

Os países da América Latina acabam de passar um longo período submetidos a regimes autoritários e ditaduras militares. Com lutas internas, perseverança, mobilização de sua população e apoio da opinião pública mundial, quase todos os países do continente retomaram o caminho da democracia. E seus governos se esforçam para resolver os graves problemas sociais e econômicos da região. Entre esses problemas, e à frente deles, o maior é sem dúvida o da dívida externa, deixado pelos governos autoritários, nas duras condições que acabamos de descrever. TANCREDO NEVES, com sua experiência política e visão de estadista, disse que a

dívida externa não poderia ser paga "com a fome do povo brasileiro". Os elevados índices de inflação, pobreza e desemprego podem levar as populações ao desespero e ameaçar a consolidação dos regimes democráticos. É de um cientista social argentino a seguinte afirmação: pagar a dívida nas condições exigidas pelos bancos é incompatível com a preservação da democracia.

Não podemos esquecer que as rigorosas condições impostas à Alemanha no cumprimento de sua dívida, após a Primeira Guerra Mundial, foi o caldo que alimentou o nazismo e levou o mundo à maior das guerras de nossa história.

A crise da dívida e as dramáticas condições que a acompanham constituem um sério perigo para a comunidade internacional, uma ameaça ao sistema financeiro mundial e um obstáculo aos esforços realizados em matéria de desenvolvimento.

Com esses fundamentos, o Bureau Político da Internacional Democrata Cristã aprovou um fundamentado Documento sobre o problema da dívida externa dos países em vias de desenvolvimento, propondo critérios políticos e econômicos como orientação básica para sua solução.

Em sentido semelhante manifestou-se a Internacional Social Democrática, na linha do relatório Brandt sobre o Diálogo Norte-Sul.

Partidos políticos, igrejas, sindicatos, instituições científicas e universitárias, movimentos pela paz, associações de solidariedade, agências e entidades governamentais, movimentos de jovens e de mulheres, jornalistas, escritores, cientistas e artistas vêm manifestando sua inquietação e promovendo o apoio a uma revisão das condições da dívida externa dos países em vias de desenvolvimento.

Esse quadro revela a extensão e a gravidade do problema. Para sua solução é importante que os setores mais responsáveis da sociedade dêem sua contribuição de esclarecimento e apoio.

Falando numa Faculdade de Direito, da Universidade de Roma, ao lado de mestres consagrados pelo seu saber e espírito público, dentro de um programa de pesquisa coordenada pela ASSLA (Associazione Studi Sociali Latino-Americani), tenho a certeza de que o problema da dívida, com seu peso e importância nas relações humanas internacionais, receberá novas luzes. Essa cooperação é importante para o encontro de novos caminhos que possam levar os homens a uma convivência marcada pelo respeito à dignidade das pessoas. Esse é o caminho da justiça. Esse é o caminho da paz.

Aplicação extraterritorial do direito da concorrência

JOSÉ ÂNGELO ESTRELLA FARIA

Mestre em Direito Europeu ("Magister Iuris Europaei") pelo Instituto Europeu da Universidade do Sarre, República Federal da Alemanha. Advogado.

SUMÁRIO

I — Introdução. II — Direito internacional público e Direito da concorrência: a) — Título para a edição de normas de colisão. b) — Direito internacional público e elemento de conexão. III — Participação de Estados estrangeiros: A — Fundamentos da limitação à jurisdição. B — A prática da C.E.E. IV — Conclusão.

I — Introdução

Quando um país aplica normas jurídicas de seu ordenamento a situações que se formam total ou parcialmente no estrangeiro, diz-se haver uma *aplicação extraterritorial* do direito nacional, que é determinada, no caso concreto, por uma *norma de colisão*. O direito internacional da concorrência compreende, portanto, as normas de colisões espaciais referentes às práticas restritivas da concorrência⁽¹⁾. À semelhança do direito internacional privado geral, não se deve aqui dar maior valor ao adjetivo "internacional", pois também nesse caso trata-se de direito interno. Toda ordem

(1) Cf. GERHARD KEGEL, *Internationales Privatrecht*, 3ª ed., München, 1971, pp. 459 e s.

* O presente artigo é a versão para o português, com ligeiras alterações, de um capítulo da tese de mestrado defendida pelo autor em 5 de janeiro de 1989 no Instituto Europeu da Universidade do Sarre, República Federal da Alemanha, sobre o tema "Rechtsprobleme nicht-vöölkerrechtlicher Selbstausfuhrbeschränkungen aus der Sicht des GATT und des EWG-Kartellrechts" ("Problemas jurídicos dos acordos privados de autolimitação à exportação à luz do GATT e do direito da concorrência da CEE"), aprovada pela banca com a menção "excelente".

jurídica contém regras escritas ou costumeiras que determinam aplicação das normas nacionais no espaço. Nesse sentido, a única diferença entre o direito internacional privado e o direito internacional da concorrência, ou direito antitruste internacional, consiste em que aquele prevê casos em que o juiz nacional deverá aplicar direito estrangeiro, o que não ocorre com o direito internacional da concorrência, devido ao seu caráter de *ordem pública* (2).

Nesse contexto é de particular interesse a distinção entre *normas materiais* e *normas de colisão* (3). O conteúdo das normas materiais refere-se diretamente a situações às quais ficam vinculadas as consequências jurídicas previstas no ordenamento. No caso específico do direito da concorrência brasileiro está a norma material básica dispersa por diversos dispositivos da Lei n.º 4.137, de 10 de setembro de 1962, que reprime o Abuso do Poder Econômico, a saber: o art. 2.º, que define, em linhas gerais, as formas de Abuso do Poder Econômico; o art. 7.º, que determina a aplicabilidade às situações descritas no art. 2.º das sanções previstas nos arts. 43 e 47; e, por fim, esses últimos dispositivos, que especificam a natureza das sanções. Tal formulação não impede, todavia, que a norma material do direito da concorrência brasileiro seja resumida em uma só sentença “Pessoas físicas ou jurídicas que abusarem do poder econômico ou restringirem a concorrência estão obrigadas a cessar a prática de tais atos”, ou simplesmente “Abusos do poder econômico e restrições da concorrência são proibidos”. A consequência vinculada pela norma à situação de fato é, portanto, a sua proibição, ou ilegalidade. Normas de colisão, por seu turno, não disciplinam diretamente uma situação de fato, limitando-se a determinar se a norma a que se refere é aplicável a um caso concreto. O direito brasileiro não contém uma norma de colisão explícita; ela pode, porém, ser deduzida do art. 2.º da Lei n.º 4.137, que considera, em seu inciso I, como forma de Abuso do Poder Econômico, o domínio dos “mercados nacionais”. Ainda que de forma especulativa, a norma de colisão do direito da concorrência brasileiro poderia ser expressa do seguinte modo: as normas repressivas do Abuso do Poder Econômico e das restrições da concorrência aplicam-se àquelas práticas e atos *que produzirem tais efeitos nos mercados nacionais*. Essa tese será mais detalhadamente fundamentada em outro ponto. Por ora, basta a premissa.

(2) Cf., MICHEL HAYMANN, *Extraterritoriale Wirkungen des EWG-Wettbewerbsrechts*, tese, Baden, 1974, pp. 257 e ss.

(3) Adotou-se aqui, apenas por razões práticas, a expressão *normas de colisão* (do alemão, *Kollisionsnormen*), embora ela não corresponda exatamente à natureza das normas em questão, visto não se tratar aqui (de resto como tampouco é o caso no direito internacional privado) de colisão de normas. Expressões dogmáticamente mais adequadas, tais como *normas sobre a aplicação da lei no espaço*, seriam, porém, por sua extensão, inconvenientes.

Tendo-se em vista a separação entre direito interno e direito internacional público, a conseqüência dessa norma é que o legislador está obrigado a observar eventuais limitações à soberania nacional fundadas em tratados internacionais, mas já não o Judiciário, que terá de aplicar o direito nacional ainda que este fique em desacordo com os tratados firmados pelo país, a menos que o direito nacional preveja a precedência do direito internacional público⁽⁴⁾. Tal seria o caso em um país de tradição monista, como a França ou a Itália. No Brasil, país apegado ao dualismo, a contrariedade da lei a tratados internacionais não afeta em nada a validade interna da norma editada pelo legislador.

Desse modo, caso pudessem extrair do direito internacional público limitações à competência dos Estados para editar normas de aplicação extraterritorial, a decretação de uma norma em desacordo com obrigações internacionalmente aceitas pelo Brasil significaria que o legislador brasileiro violou deveres assumidos pelo país perante a comunidade internacional. A norma interna, no atual sistema constitucional brasileiro, continuaria, todavia, a ser válida. Embora o ilícito internacional não altere a aplicabilidade da lei interna, ele afetaria as relações externas do país, e a experiência dos países industrializados demonstra que um simples caso de aplicação extraterritorial do direito da concorrência pode levar a delicados conflitos diplomáticos, como se verá em outro ponto.

Importa agora precisar a relação entre o direito internacional público, em seu atual estágio, e o direito interno da concorrência, em especial as normas internas de colisão. Com relação a esse aspecto, já os pontos de partida são objeto de uma profunda discussão de princípios. De um lado, defende-se a tese de que os Estados apenas podem pretender o exercício de soberania jurisdicional na medida em que isso lhes é autorizado pelo direito internacional público⁽⁵⁾. A isso contrapõe-se a tese de que o direito internacional público não oferece fundamento necessário ao exercício da soberania, limitando-se a restringi-lo em casos específicos, de forma que, em princípio, é permitido tudo o que o direito internacional público não proíbe⁽⁶⁾. A discussão não tem caráter meramente acadêmico. Quando se defende a primeira tese, então deverão os Estados, para a adoção de uma norma de colisão, comprovar o conteúdo de uma norma de autorização do direito internacional público; isto é, que o direito internacional público lhes outorga competência para tanto. De acordo com a tese oposta, isso

(4) KARL MATHIAS MEESSEN, *Völkerrechtliche Grundsätze des internationale Kartellrechts*, Baden-Baden, 1975, pp. 11 e ss.

(5) Cf., Resolução da *International Law Association* do ano de 1964, in *Rep. of the 51st. Conference Tokyo 1964 — 1965*, p. XXVIII; J.H.W. Verzeijl, *The Controversy Regarding the So-called Extraterritorial Effect of the American Antitrust Laws*, *Netherlands Tijdschrift voor Internationaal Recht* 8 — 1961, pp. 3 e ss.

(6) Cf., em lugar de muitos, WERNER MENG, *Neuere Entwicklung in Streit um die Jurisdiktionshoheit der Staaten im Bereich der Wettbewerbsbeschränkungen*, *ZaöRV* 41 — 1981, p. 470, nota 5.

não seria necessário. Como já se constatou com acerto, o pano de fundo dessa discussão é o conflito, aliás, com argumentos lógicos, entre direito interno e direito internacional público (7): “Toda proposta de solução termina normalmente por ser uma declaração de fé na teoria monista ou na teoria dualista, em suas diferentes nuances”. Quem se ocupar dessa problemática deve ter consciência desse aspecto, ainda que seja apenas para poupar-se de um trabalho supérfluo, pois muitos dos argumentos expostos nesse contexto deixam-se facilmente reduzir a uma simples petição de princípios: quem quer a prevalência do direito internacional público exige um título de direito das gentes para a edição de normas de colisão; quem, por outro lado, considera a soberania nacional como ponto decisivo reconhece-lhe grande liberdade, que só será limitada quando violar a soberania de outros Estados. O fato de que muitas das teses formuladas se apresentem despojadas de qualquer fundamento não chega, porém, a ser surpreendente na literatura jurídica: *difficultatem facit doctrina*. O risco é que a discussão se limite a aspectos secundários, sem que sequer se questione se as respectivas premissas estão devidamente fundamentadas.

Mesmo assim é inevitável que se analise essa questão, pois ela tem influência direta sobre a extensão da aplicabilidade do direito nacional. Tal estudo limitar-se-á, porém, ao estritamente necessário para o presente trabalho. Na continuação dele analisar-se-á, portanto, a questão se a edição de normas de colisão pelo legislador nacional pressupõe uma regra de atribuição do direito internacional público, e se este prescreve aos Estados princípios específicos para a escolha do critério respectivo: nacionalidade dos envolvidos, domicílio, efeitos do ato etc.

II — *Direito internacional público e direito da concorrência*

a) *Título para a edição de normas de colisão*

Como já se mencionou, defende-se na literatura a tese de que a edição de normas de colisão aplicáveis ao direito de concorrência apenas é lícita na medida em que o direito internacional público outorga aos Estados tal competência. Abstraindo-se da discussão entre as teorias monista e dualista, tal tese pode ser facilmente refutada.

Essa posição pressupõe logicamente a existência de uma norma do direito internacional público geral que apenas autorize a edição de uma norma de colisão com fundamento em uma tal outorga da comunidade internacional. Ocorre que a doutrina jurídica continua devedora da prova da existência de uma norma com esse conteúdo. No estágio atual do direito internacional público a soberania dos Estados não é fundamentada por aquele, mas sim pressuposta, isto é, são os Estados soberanos que, através de sua vontade, criam as normas do *jus gentium*, e não o contrário (8).

(7) HAYMANN, pp. 281 e s.

(8) CORRETO MENG, p. 471.

A determinação do âmbito de aplicabilidade das normas de seu próprio ordenamento é uma forma típica do exercício dos direitos de soberania próprios. Existe, portanto, uma presunção em favor da liberdade dos Estados.

A essa conclusão já chegara a Corte Permanente de Justiça Internacional na famosa sentença do caso *Lotus*. Nesse caso havia o navio francês *Lotus* e o vapor turco *Buz-Kourtou* colididos em alto-mar, na rota de Istambul. O vapor turco, partido ao meio, afundou, causando a morte de oito tripulantes. Por requerimento da promotoria de Istambul foram presos os comandantes de ambos os navios, DEMONS e HASSAN BEY. O acusado francês argumentou perante os tribunais turcos a incompetência da Turquia para o processo criminal, o que foi refutado em todas as instâncias, sendo ambos os acusados condenados por homicídio culposo (imprudência). Antes do julgamento de um recurso de cassação, no curso de intensas negociações diplomáticas, acordaram os governos francês e turco em submeter o caso à apreciação da Corte Permanente de Justiça Internacional para dirimir o conflito de jurisdição⁽⁹⁾.

Perante a Corte defendeu a França a tese de que, para o exercício da competência jurisdicional internacional, a Turquia deveria comprovar que a sua competência se baseava em um título de competência que o direito internacional público reconhecia em seu favor. O governo turco, por sua vez, defendia o ponto de vista de que a Turquia poderia exercer sua competência até onde esta não conflitasse com um princípio de direito internacional público. A Corte Permanente começou por constatar que as restrições à soberania dos Estados não se presumem⁽¹⁰⁾, e prosseguiu dizendo estarem os Estados obrigados a respeitar a soberania uns dos outros, não podendo exercer atos de jurisdição sobre território alheio. Relativamente ao exercício de jurisdição em seu próprio território, estão os Estados em princípio livres, o que inclui a possibilidade de editar regras para situações de fato ocorridas no estrangeiro. A sua jurisdição apenas seria limitada, caso existisse uma norma de direito internacional público que lhes restringisse tal competência como regra geral. A esse respeito, diz a sentença:

“Ora, tal não é certamente o estado atual do direito internacional. Longe de proibir de maneira geral aos Estados de estender suas leis e sua jurisdição a pessoas, bens e atos fora do território, ele deixa-lhes, nesse aspecto, uma larga liberdade, que não é limitada senão em certos casos, por regras proibitivas; para os outros casos cada Estado permanece livre para adotar os princípios que ele julgar melhores ou mais convenientes.”⁽¹¹⁾

(9) *Recueil des Arrêts de la Cour Permanente de Justice Internationale*, série A, nº 10 — 1927, pp. 10 e ss.

(10) *Ibidem*, p. 18.

(11) *Ibidem*, p. 19.

Até onde se pode vislumbrar não houve mudança sensível no estado do direito internacional público desde a época da sentença⁽¹²⁾. Em face disso, a grande maioria da literatura específica defende o ponto de vista de que os Estados são fundamentalmente livres na formação de seus ordenamentos jurídicos, não necessitando de qualquer título de *jus gentium* para a edição de leis com eficácia extraterritorial⁽¹³⁾.

b) *Direito Internacional Público e Elemento de Conexão*

A conclusão do parágrafo anterior não encerra, entretanto, a problemática. Embora a doutrina atual do direito internacional público, em sua maioria, parta do princípio da liberdade dos Estados nesse particular, as opiniões dividem-se relativamente à questão de se os Estados teriam um catálogo exaustivo de elementos de conexão a observar, ou se um tal catálogo inexistiria, de modo a que cada ordenamento poderia prever os elementos de conexão que o legislador nacional julgar mais convenientes⁽¹⁴⁾.

A primeira opinião transpõe praticamente sem alterações para o direito internacional da concorrência a discussão travada relativamente à aplicação extraterritorial da lei penal. No direito penal pode-se dizer simplificada-mente que a doutrina admite, em geral, dois princípios: o princípio da territorialidade (em suas variantes objetiva e subjetiva) e o princípio do bem juridicamente protegido ("Schutzprinzip").

De acordo com o princípio da territorialidade subjetiva, podem os Estados editar normas que tenham por *fattispecie* delitos cometidos em seu território, mesmo quando os efeitos da conduta se produzirem fora deste⁽¹⁵⁾. Conforme o princípio da territorialidade objetiva, têm os Estados competência para baixar normas que tenham por objeto uma conduta levada a cabo no estrangeiro, desde que: *a*) uma parte dessa conduta, enquanto elemento constitutivo do tipo penal, se tenha produzido no território; e *b*) a conduta ou omissão seja, também no estrangeiro, elemento constitutivo do delito⁽¹⁶⁾. Por fim reconhece a doutrina do direito internacional e o princípio do bem juridicamente protegido para a justificação da aplicabilidade do direito penal nacional a condutas típicas com elementos de estraneidade, quando esta ferir interesses de ordem superior ou bens jurídicos vitais do Estado que adota a norma de aplicação extraterritorial⁽¹⁷⁾.

(12) HAYMANN, p. 291, com referências.

(13) Cf., em lugar de muitos, GEOG DAHM, *Völkerrecht*, T. I, Stuttgart, 1958, pp. 254 e ss.

(14) Cf., para uma visão geral, MENG, p. 71.

(15) NOEL ALLEN, *The Development of European Economic Community Jurisdiction over Alien Undertakings*, L.I.E.I., 1974/2, pp. 38 e s., v. também art. 2º da Resolução da ILA de agosto de 1972, in MEESEN, *Die New Yorker Resolution der International Law Association zu den völkerrechtlichen Grundsätzen des Internationalen Kartellrechts*, AWD, 1972, pp. 562 e s.

(16) MEESEN, AWD, 1972, p. 562; ALLEN, p. 39; HAYMANN, pp. 294 e ss.

(17) HAYMANN, p. 311.

Nesta altura deve-se buscar a delimitação do princípio eleito pelo legislador nacional, em especial se ele corresponde aos princípios clássicos, ou se leva em consideração situações distintas. A Lei n.º 4.137 não contém qualquer menção explícita do critério de aplicação do direito nacional. Sendo a legislação antitruste parte da ordem pública nacional, de nada adianta buscar auxílio na Lei de Introdução ao Código Civil. O critério há de ser extraído pela hermenêutica da própria lei de repressão ao Abuso do Poder Econômico. Para tanto, servem de objeto tanto o próprio texto legal quanto ao objetivo perseguido pelo legislador.

O art. 2.º, inciso I, considera forma de Abuso do Poder Econômico dominar os mercados nacionais ou eliminar total ou parcialmente a concorrência. É evidente que o qualificativo “nacionais” não é exclusivo do primeiro inciso (que tem por objeto a restrição ou eliminação da concorrência), devendo ser também visto como parte integrante dos incisos II e III (abuso de posição dominante ou monopólio), IV (cartéis discriminatórios e abusivos) e V (concorrência desleal). A razão é elementar: ao proteger a concorrência o legislador considerou-a como bem jurídico de *direito interno*; isto é, a concorrência a ser resguardada dos cartéis, monopólios e práticas abusivas é a concorrência interna, nos “mercados nacionais” a que se refere o inciso I do dispositivo mencionado. Acresce a isso a circunstância de que, embora não possa falar, pura e simplesmente, de “direito penal econômico”⁽¹⁸⁾ com relação ao direito antitruste, a legislação específica apresenta traços que a aproximam do direito penal. Tendo o bem juridicamente protegido natureza abstrata, é evidente que o ilícito só se configurará como tal quando produzir seus efeitos no território nacional. Não se quer com isso dizer, devendo ter cuidado com analogias excessivas com o direito penal, que os efeitos imediatos do ato se devam produzir no território nacional: o efeito que o legislador tem em vista é o efeito distorcivo da concorrência, que pode ser de natureza indireta. Tomemos por exemplo um cartel de informações recíprocas e elevação concertada de preços firmado em um país vizinho, por empresários nacionais e estrangeiros, referente à conduta comum dos participantes no mercado brasileiro, à oferta de mercadorias ao consumidor brasileiro. Em tal caso, deve-se distinguir entre os efeitos diretos (intrínsecos) e indiretos (finais) do ato. O efeito imediato é a vinculação das partes contratantes ao acordo celebrado. Se o acordo foi firmado, digamos, em Punta del Este, o efeito direto se produzirá em território uruguaio. O efeito indireto, o objetivo visado pelas partes, porém, é a restrição ilícita da concorrência no mercado brasileiro. Tendo em vista que a Lei n.º 4.137 visa a proteger a concorrência no território nacional, a lei brasileira será aplicável ao acordo mencionado.

É bem verdade que não há dispositivo legal expresso autorizando essa interpretação do direito da concorrência brasileiro, visto que o único ele-

(18) Como faz, p. ex., JOSÉ FREDERICO MARQUES, em Parecer in José Inácio Gonzaga Franceschini e José Luiz Vicente de Azevedo Franceschini, *Poder Econômico: Exercício e Abuso*, São Paulo, 1985, pp. 476 e ss.

mento de conexão mencionado na Lei n.º 4.137 refere-se tão-somente aos "mercados nacionais". A prática do CADE, tampouco, teve até o presente oportunidade de assentar expressamente esse princípio, que se depreende apenas da hermenêutica da legislação nacional. Uma de suas decisões recentes permite, porém, concluir que o órgão considera evidente a aplicabilidade da lei nacional sob tais circunstâncias, de vez que declarou sujeito a registro acordo entre empresas estrangeiras sediadas no exterior em virtude de possíveis reflexos sobre a concorrência no mercado nacional⁽¹⁹⁾,

(19) Trata-se aqui da fusão dos grupos BBC-Brown Boveri e ASEA. Através de matéria publicada na imprensa nacional (*Exame* de 10-2-1988), o CADE tomara conhecimento da fusão dos conglomerados no exterior, de que resultaria a criação de uma subsidiária comum no Brasil. Em vista disso, o órgão expediu ofícios às empresas nacionais, requerendo informações sobre as operações. Em sua resposta, manifestaram as filiais brasileiras o entendimento de que a reunião dos grupos representava, para as autoridades brasileiras, *um fato perfeito e acabado a nível mundial*, razão pela qual alegou-se apenas *caber uma comunicação ao CADE para efeito de conhecimento do fato* (cf. Pedido de Registro nº 1/88, (fls. 3), após haverem salientado que tal fusão fora comunicada às autoridades dos países onde se encontram as sedes das suas empresas, ou seja, Suécia (ASEA) e Suíça (Brown Boveri), assim como aos órgãos competentes da Alemanha e dos Estados Unidos, países onde existem estabelecimentos de porte das empresas envolvidas (grifo nosso). A despeito do alegado pelas empresas, entendeu o CADE (fls. 15 e ss.), com arrimo no art. 74 da Lei nº 4.137, ser imprescindível o registro do acordo entre as subsidiárias brasileiras dos grupos Brown Boveri e ASEA. O pedido foi após regularmente instruído e afinal aprovado pelo CADE sem que se discutisse a fundo a dúvida quanto à competência do órgão (D.O.U., de 19-9-1988 Seção I, p. 17966). A respeito desse caso, limitamo-nos a duas observações. Embora o CADE afirmasse estar sujeito a registro o acordo entre as subsidiárias brasileiras dos grupos BBC e ASEA, sem mencionar o negócio de fusão das matrizes no exterior, a verdade é que este representava apenas a consequência natural da fusão já decidida e formalizada a nível mundial. Uma eventual negativa de registro da fusão das filiais afetaria, em última análise, o próprio acordo celebrado no exterior, pois este não poderia ser cumprido integralmente. Com efeito, caso houvesse o CADE indeferido o registro da fusão das controladas brasileiras, teria isso significado que, no seu entender, a reunião das empresas representava abuso de poder econômico. Ora, sendo a fusão, no caso, mera formalidade, de vez que o poder de controle já estava reunido pela fusão das matrizes, o indeferimento do pedido de registro da fusão das filiais teria tido consequências mais profundas e equivaleria a um veto à unificação do controle acionário das empresas. Se a formalização do acordo (fusão) não pode ser deferida a nível interno, é porque o próprio acordo (constituição de uma *holding* comum a nível mundial) viola a legislação brasileira de concorrência. É evidente que o fundamento implícito da decisão do CADE sujeitando a registro a fusão das filiais é a premissa de que a lei brasileira é aplicável a quaisquer acordos que afetem a concorrência no território nacional, independentemente de onde tenham eles sido celebrados. É curioso, de outra parte, que as empresas alegassem ser a reunião das filiais um fato consumado para as autoridades brasileiras. Ocorre que as empresas haviam consultado a *Federal Trade Commission* e o *Bundeskartellamt*, da Alemanha Ocidental, conforme se depreende da documentação juntada aos autos, antes da celebração da fusão das matrizes suíça e sueca dos grupos, já que ambas as empresas tinham filiais de porte nesses países. Essa conduta traduz o conhecimento das empresas de que sua reunião a nível mundial não representaria um mero *fato consumado* para os Estados Unidos e a Alemanha.

sem que em tal caso estivessem presentes quaisquer dos elementos que justificariam a aplicação extraterritorial do direito interno, segundo as teorias clássicas do direito penal. O elemento de conexão decisivo foi o *efeito* do ato sobre o mercado interno.

A aplicabilidade do direito nacional a acordos celebrados no estrangeiro que apenas produzam efeitos indesejados no território nacional encontra respaldo na *effects-doctrine* do direito norte-americano, que se depreende de uma sentença do Justice Learned, do ano de 1945, no conhecido caso *United States vs. Aluminium Co. of America* (ALCOA). Nesse caso, diversos produtores de alumínio de diferentes países haviam acertado um cartel de quotas na Suíça. A empresa americana acusada não havia participado diretamente do cartel, mas sim sua controlada canadense. Embora a conduta relevante se houvesse consumado integralmente no estrangeiro, de modo a excluir a aplicação do princípio da territorialidade, o tribunal americano considerou o cartel como uma violação da legislação antitruste, de vez que ele, como pretendiam os seus participantes, tinha efeitos diretos e substanciais nos Estados Unidos. Sua decisão pela aplicabilidade do direito americano foi fundamentada pelo Justice Learned nos seguintes termos: "It is settled law . . . that any state may impose liabilities, even upon persons not within its allegiance, for conduct outside its borders that has consequences within its borders which the state reprehends" (20).

Essa fórmula foi duramente atacada, principalmente porque ela não corresponde ao tradicional catálogo de elementos de conexão aceito para o direito penal internacional (21). De acordo com a crítica, a *effects-doctrine* poderia, no máximo, ser vista como uma transposição para o direito antitruste internacional do princípio do bem juridicamente protegido, ou princípio da segurança (22), mas assim mesmo seria descabida, de vez que tal princípio pressuporia que violações das normas de concorrência fossem universalmente consideradas ilícitas pela comunidade das nações (23). Não sendo esse o caso, segue-se que o princípio dos efeitos do ato seria incompatível com o direito internacional público.

Contra essa crítica pode-se, contudo, argumentar que a qualificação da norma nacional, segundo os princípios aceitos pela doutrina do direito internacional público, é de todo irrelevante.

Em primeiro lugar, é duvidoso que os elementos de conexão aceitos para o direito penal internacional sejam assim sem mais nem menos trans-

(20) Citado em EARL KINTNER, MARK JOELSON e PETER VAGHI, *Groping for a Truly International Antitrust Law*, Va.J.Int.L. 14 — 1973, p. 78.

(21) Cf., em lugar de muitos, IGNAZ SEIDL-HOHENVELDERN, *Völkerrechtliche Grenzen bei der Anwendung des Kartellrechts*, AWD, 1971, pp. 54 e ss., com referências.

(22) Cf., JOSÉ CARLOS DE MAGALHAES, *Aplicação extraterritorial de leis nacionais*, in Franceschini e Franceschini, p. 663, que, embora sob um prisma em certos pontos distintos, foi, salvo melhor juízo, pioneiro do tratamento desse tema na literatura nacional.

(23) SEIDL-HOHENVELDERN, pp. 56 e s.

poníveis para o direito internacional da concorrência. Com razão constatou-se (24) que o problema da exaustividade do catálogo de princípios do direito penal internacional apenas não foi objeto de maior discussão porque tal catálogo, até o presente, tem vindo de encontro aos interesses dos Estados, não tendo sido por nenhum deles visto como uma limitação excessiva de sua competência penal. Nesse contexto, é curioso que os autores que mais vivamente criticam a prática americana de extensão da competência extra-territorial (25) são aqueles que aplicam precisamente a mesma metodologia dos tribunais dos Estados Unidos, partindo irrefletidamente do princípio da aplicabilidade dos elementos de conexão do direito penal internacional aos casos de restrição da concorrência. Foi, com efeito, nos Estados Unidos que se desenvolveu a prática de lançar mão dos princípios aceitos para o direito penal a fim de justificar a competência nacional (26).

Quando se afirma ser o catálogo de elementos de conexão do direito penal internacional *exaustivo*, então se deveria, conseqüentemente, declarar incompatíveis com o direito das gentes a prática de muitos Estados que formularam suas normas de colisão mais ou menos no sentido da fórmula do caso ALCOA. Isso significaria, porém, desprezar a importância da prática subsequente dos Estados para a formação do direito internacional público e contrariada a *realidade jurídica* (27). A contribuição jurisprudencial para a formação do direito internacional público não pode ser desprezada. Esse aspecto mereceu especial destaque pela Corte Permanente de Justiça Internacional no caso do *Lotus*, acima citado. Nesse caso considerou-se legítima a aplicação do princípio da territorialidade pela Turquia, também porque tal princípio era aceito pelos tribunais de diversos Estados, inclusive pelos franceses (28).

Poder-se-ia sustentar que a crítica aqui feita à transposição pura e simples dos princípios e elementos de conexão do direito penal internacional está fundamentada em considerações *de lege ferenda*. Em termos de dogmática isso seria incontestável. Quando, porém, em consonância com o método teleológico de interpretação, são levados em consideração também os fins perseguidos pelo legislador, então deveria ser rejeitada a transposição de princípios de um ramo do direito a outro, quando tais princípios mostrassem-se inúteis à consecução dos objetivos do legislador para o ramo ao qual eles deveriam ser transpostos.

É bem verdade que o direito da concorrência apresenta também aspectos penais, o que não quer, todavia, dizer que ele possa ser considerado como um simples ramo daquele. Além disso, a aplicação dos elementos de

(24) MEESEN, p. 96.

(25) Assim como SEIDL-HOHENVELDERN, cit.

(26) Cf., por ora, BERNHARD BECK, *Die extraterritoriale Anwendung amerikanischen Wettbewerbsrechts unter besonderer Berücksichtigung länderübergreifender Fusionen*, WuW, 1984, pp. 447 e ss.; v. também HAYMANN, pp. 197 e ss.

(27) MEESEN, p. 97.

(28) V. *Recueil des Arrêts*, série A, nº 10, 1927, pp. 23 e s.

conexão clássicos do direito penal levaria a resultados altamente insatisfatórios (29).

Mesmo quando tais considerações fossem desprezadas, dever-se-ia rejeitar *de lege lata* a aplicação dos elementos de conexão do direito penal ao direito da concorrência. Quando a doutrina exige para o direito antitruste a observância dos princípios clássicos do direito penal, pressupõe-se implicitamente que os Estados estejam obrigados a tanto. Dever-se-ia, conseqüentemente, comprovar a existência de uma norma de direito internacional público que obrigasse a comunidade das nações a aplicar exclusivamente os elementos de conexão tradicionalmente aceitos para o direito penal. Sem uma tal norma superior de direito internacional público, fundada em convenções, tratados ou uso internacionais, toda a discussão em torno desse ponto é desprovida de fundamento. Os defensores do caráter exaustivo do catálogo clássico dos elementos de conexão citam, entre outras supostas fontes, uma resolução da *International Law Association*, de 1972, que enumera os princípios "cabíveis" (30). Tal catálogo, entretanto, não pode ter pretensão a ser uma norma de direito internacional público universalmente aceita: "The ILA resolution reflects the opinions of private organizations only. These declarations are in no way binding for states or international organization" (31). De acordo com o estado atual do direito internacional público, é irrelevante que as normas de colisão de um Estado correspondam a uma ou outra das diferentes teorias existentes, pois, enquanto meras opiniões doutrinárias elas não são nem vinculantes, nem exaustivas (32). A incompatibilidade de um determinado elemento de conexão com o direito internacional público apenas poderia ser admitida, caso o direito das gentes apenas permitisse um número determinado de normas de colisão. A doutrina que contesta, entre outras, a validade da *effects-doutrine* não foi capaz, até o presente, de comprovar a existência de uma tal norma restritiva do direito internacional público (33).

A doutrina aqui criticada busca apoio na sentença do caso do *Lotus*, que é interpretado como se houvesse a Corte Permanente de Justiça Internacional, com a admissão do princípio da territorialidade, querido fixar o limite máximo de exercício extraterritorial da jurisdição. Uma tal interpretação desse caso é, todavia, errônea. Longe de querer estabelecer fronteiras rígidas para a jurisdição extraterritorial, a sentença da Corte Permanente reconheceu, ao contrário, não estarem os Estados vinculados a princípios doutrinários. Para tanto, a Corte Permanente reconheceu primeiramente que a competência legislativa dos Estados encontra seu título na soberania destes, de modo que os Estados são, em princípio, livres para reger interna-

(29) MEESSEN, pp. 96 e ss.

(30) Cf. o texto in MEESSEN, AWD, 1972, pp. 562 e ss.

(31) A. TH. S. LEENEN, *Extraterritorial Application of the EEC-Competition Law*, Netherlands Y.Int.L. XV, 1984, p. 146.

(32) HOMBURGER/JENNY, *apud* HAYMANN, p. 313.

(33) HAYMANN, p. 297.

mente situações com elementos de estraneidade. A Corte perguntou-se então se, com relação ao direito penal, não seria necessária uma restrição dessa liberdade, de vez que esse ramo do direito atinge a sensível esfera da personalidade do indivíduo. A essa pergunta respondeu a Corte negativamente:

“S’il est vrai que le principe de la territorialité du droit pénal est à la base de toutes les législations, il n’en est pas moins vrai que toutes ou presque toutes législations étendent leur actions à des délits commis hors du territoire; et cela d’après des systèmes qui changent d’Etat à Etat. La territorialité du droit pénal n’est donc pas un principe absolue droit international et ne se confond aucunement avec la souveraineté territoriale” (84).

Quando se aceita a liberdade fundamental dos Estados para a escolha dos elementos de conexão, até mesmo para o direito penal, por que não seria este o caso no direito da concorrência? É por isso que, em manifestações posteriores da doutrina, negou-se qualquer caráter exaustivo aos princípios do direito penal internacional, principalmente em relação ao direito internacional da concorrência (85).

O fato, portanto, de que o elemento de conexão adotado pelo legislador brasileiro, à semelhança, por exemplo, do art. 85 do Tratado de fundação da Comunidade Econômica Européia, que leva em consideração apenas os efeitos da prática restritiva da concorrência, não se deixa classificar entre os elementos de conexão clássicos do direito penal, é irrelevante para o exame de sua conformidade com o direito internacional público (86). Um outro resultado somente seria possível, caso houvesse alguma norma de direito das gentes que não permitisse a aplicação do princípio dos efeitos.

A discussão em torno da *effects-doctrine* do ponto de vista do direito internacional público deu-se em relação à prática dos tribunais americanos na aplicação extraterritorial de seu direito antitruste.

Nesse contexto é sintomático que a maioria dos países que protestaram contra o procedimento dos tribunais americanos nunca tenham levantado objeções fundamentais contra a aplicação da *effects-doctrine*, limitando-se a contestar sua aplicabilidade no caso concreto (87). O único país a manifestar-se por princípio contra o seu cabimento foi o Reino Unido (88). É bem verdade que a prática dos Estados não é absolutamente clara, mesmo porque a grande maioria dos casos provém apenas dos tribunais norte-americanos, sendo apenas recentemente que também se pode falar de uma prática contínua da Comunidade Econômica Européia nesse sentido. Não exis-

(84) *Recueil des Arrêts*, série A, nº 10, 1927, p. 20.

(85) Cf. MENG, *ZaöRV* 41, 1981, p. 502, nota 115, com referências.

(86) HAYMANN, pp. 309 e s.

(87) MENG, *ZaöRV* 41, 1981, p. 503.

(88) LEENEN, pp. 154 e s.

tem, porém, protestos diplomáticos que permitissem concluir pela rejeição geral da *effects-doctrine* ⁽³⁹⁾.

Além disso, no contexto da discussão sobre uma cooperação internacional mais efetiva no combate às práticas comerciais restritivas, deram os Estados, outrossim, a entender inexistirem objeções fundamentais à escolha dos efeitos como elemento de conexão para a aplicação do direito nacional. Interessante, nesse sentido, é a Seção E, n.º 2, do *Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices*, aprovado por consenso pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1980:

“States should base their legislation primarily on the principles of eliminating or effectively dealing with acts or behaviours of enterprises which, through an abuse or acquisition and abuse or a dominant position of market power, limit access to markets or otherwise unduly restrain competition, having or being likely to have adverse effects on their trade or economic development, or which through formal, informal, written or unwritten agreements among enterprises have the same impact” ⁽⁴⁰⁾.

Pode-se, em síntese, afirmar que os Estados, segundo o estado atual do direito internacional público, são, em princípio, livres para escolher as situações ou princípios que determinarão os elementos de conexão para a aplicação extraterritorial do direito da concorrência. Esse resultado é confirmado por uma passagem freqüentemente esquecida da sentença da Corte Permanente de Justiça Internacional no caso do *Lotus*. A Corte examinava a questão de se a nacionalidade do agente (francesa) significaria uma restrição à jurisdição da Turquia no caso concreto. Essa questão foi negada pela Corte, com fundamento em que uma tal restrição à jurisdição turca apenas seria possível se o direito internacional público vedasse a utilização dos efeitos do ato como elemento de conexão bastante:

“... même si la thèse en général était exacte... elle ne saurait être invoqué en l'espèce que si le droit international défendait à la Turquie de tenir compte du fait que les effects du délit se sont produits... dans un lieu assimilé ao territoire turc... Or, pareille règle du droit international n'existe pas” ⁽⁴¹⁾.

O fato é que não apenas a edição de normas de aplicação extraterritorial prescinde de qualquer título autorizativo de direito internacional público, como também que os Estados não se encontram vinculados a um ou

(39) MEESSEN, pp. 150 e ss.

(40) Apenas a Grã-Bretanha e o Canadá declararam, a esse respeito, o ponto de vista de que o texto aprovado não teria reconhecido a *effects-doctrine* perante a comunidade internacional; cf. MENG, ZaöRV 41, 1981, nota 99.

(41) *Recueil des Arrêts*, série A, n.º 10, 1927, p. 23.

outros elementos de conexão aceitos ou preconizados pela doutrina. Uma semelhante vinculação dos Estados, enquanto limitação ao exercício de sua soberania, somente seria admissível se o próprio direito internacional público determinasse a observância de um catálogo restrito de elementos de conexão. Tal norma internacional inexistente, porém, no atual direito das gentes.

Com razão afirmou-se que os Estados, na falta de limites positivos à sua jurisdição sobre práticas comerciais restritivas, apenas estão obrigados a respeitar a fronteira negativa do princípio que veda o abuso de direito⁽⁴²⁾, cuja função consiste precisamente em impor limites onde outros inexistem⁽⁴³⁾.

Uma limitação efetiva à jurisdição nacional, nesse contexto, resultaria do princípio da não-interferência em assuntos internos de outros Estados. Não serão abordados aqui os problemas relativos à condução do procedimento administrativo de apuração de práticas comerciais restritivas que exijam, por exemplo, diligências em outros países. Esse aspecto diz respeito ao direito adjetivo da concorrência, e não ao direito material⁽⁴⁴⁾. Relativamente ao princípio da não-interferência, deve-se reconhecer que em certos casos ele afastaria a aplicabilidade do direito nacional, como, por exemplo, caso os acusados aleguem que o ato ou a prática restritiva da concorrência tem origem em um ato de autoridade de um outro Estado. Essa problemática será estudada a seguir.

III — A participação de Estados estrangeiros

a) Fundamentação da limitação à jurisdição

Os problemas resultantes da participação de Estados estrangeiros em práticas restritivas da concorrência foram tratados principalmente pela prática dos tribunais americanos. Apesar — ou até mesmo por causa — da extensiva aplicabilidade extraterritorial do direito antitruste americano, empenharam-se os tribunais dos Estados Unidos em fixar com clareza os limites à sua própria jurisdição, quando a prática restritiva da concorrência em um caso concreto não era fruto de uma decisão autônoma das empresas envolvidas, sendo antes disso efeito de um envolvimento de um outro Estado.

Os critérios oferecidos pelas diferentes teorias para tanto são variados: ora postula-se a limitação da própria jurisdição em consideração de interesse da política externa do país, ora é ela justificada fazendo-se uso do

(42) HAYMANN, p. 314.

(43) DAHM, p. 195.

(44) V., em geral, JOACHIM WOLF, *Völkerrechtliche Zulässigkeit un Grenzen wirtschaftsverwaltungsrechtlicher Hoheitsakte mit Auslandswirkungen*, ZaöRV 44, 1984, pp. 675 e ss.

conceito de "comity", instituto derivado do costume internacional⁽⁴⁵⁾. Apesar das diferentes nuances, podem-se reconhecer basicamente três teorias.

De acordo com a *sovereign immunity doctrine*, os atos de um outro Estado não estão sujeitos à apreciação judicial, o que compreende tanto a competência para proferir uma decisão (*jurisdictional immunity*), quanto à competência para executá-la (*attachment immunity*)⁽⁴⁶⁾. Pressupostos para a invocação da *sovereign immunity doctrine* são a participação direta do Estado estrangeiro no processo e a qualificação de seus atos como *acta jure imperii*. Essa regra, originalmente resultado de criação jurisprudencial, tornou-se posteriormente objeto de norma legal, através do *Foreign Sovereign Immunities Act* de 1976, que, todavia, exclui do campo de incidência da Imunidade estatal as atividades puramente comerciais de um Estado estrangeiro: atos qualificáveis como *commercial activity* que produzam uma restrição da concorrência no mercado norte-americano permanecem sujeitos à legislação antitruste daquele país⁽⁴⁷⁾.

Mais importante no presente contexto são as duas razões restantes para a limitação ao exercício da jurisdição pelos tribunais americanos. Enquanto a *sovereign immunity doctrine* encontra aplicação apenas quando o Estado estrangeiro for diretamente envolvido no processo perante a Corte americana, a *act of state doctrine* e a *foreign sovereign compulsion doctrine* permitem um declínio da própria competência também em casos que envolvam exclusivamente pessoas de direito privado.

Mesmo quando um Estado estrangeiro não figure diretamente num processo, pode a sua atitude ser decisiva para o desenrolar de um processo relativo a restrições da concorrência. A *act of state doctrine* veda aos tribunais americanos o exame da licitude de atos baixados por um outro Estado em seu próprio território, com a seguinte fundamentação:

"Every sovereign State is bound to respect the independence of every other sovereign State, and the courts of one country will not sit in judgement on the acts of the government of another done within its own territory. Redress of grievances by reason of such acts must be obtained through the means open to be availed of by sovereign powers as between themselves"⁽⁴⁸⁾.

Estreitamente relacionada com a *act of state doctrine* é a *foreign sovereign compulsion doctrine*, pela qual as pessoas de direito privado não

(45) Cf., DOUGLAS M. MEAL e JOEL P. TRACHTMANN, *Defenses to Actions against Foreign States under the United States Antitrust Laws*, Harv.Int.L.J. 20, 1979, pp. 583 e ss.

(46) *Ibidem*, p. 584.

(47) *Ibidem*, p. 587.

(48) Sentença da Suprema Corte no caso *Underhill vs. Hernández*, *apud* MEAL e TRACHTMANN, p. 627.

podem ser responsabilizadas por seus próprios atos, quando a sua prática lhes tiver sido imposta por um Estado estrangeiro, independentemente da qualificação do ato estatal como *acta iure imperii* ou *acta iure gestionis*, como se depreende de uma sentença da Corte distrital de DELAWARE:

“When a nation compels a trade practice firms have no choice but to obey. Acts of business become effectively acts of sovereign. The Sherman Act does not confer jurisdiction on United States courts over acts of foreign sovereigns. . . . Where compulsion leaves not a defense, American firms abroad faced with a government order would have to choose one country or the other in which to do business. The Sherman Act does not go so far” (49).

Não se pretende aqui empreender uma delimitação minuciosa dos respectivos campos de aplicação de ambas as doutrinas, sendo bastante a constatação de que o exercício da jurisdição pelos tribunais americanos estará excluído quando houver uma relação de causalidade entre a violação do direito antitruste americano e um ato cogente de outro Estado, seja em forma de normas legais, seja como ordens expedidas pela administração. Isso não quer, contudo, dizer que qualquer forma de ingerência estatal acarrete o declínio da competência da justiça americana. O ato estatal em questão há de ter, em concreto, a natureza cogente de uma ordem ou proibição, não bastando simples tolerância, permissão, estímulo ou mesmo, sob certas condições, o incentivo programado da prática restritiva em questão no contexto da política econômica do governo estrangeiro (50).

A fundamentação jurídica dessas doutrinas experimentou ao curso dos anos uma sensível transformação. Se nas origens ela se baseava no respeito à soberania dos Estados estrangeiros, com arrimo, portanto, no direito internacional público, deu-se posteriormente primazia ao argumento constitucional da separação dos Poderes, pelo qual o julgamento de atos de soberania de outros Estados é da competência exclusiva do Executivo (51). Esse processo não é, de forma alguma, de interesse meramente teórico. Com o abandono dos argumentos de direito internacional público e sua substituição por considerações de direito constitucional, tornou-se decisiva uma avaliação de interesses feita exclusivamente do ponto de vista da

(49) *Apud* BECK, p. 457.

(50) Cf., KURT STOCKMANN, *Die Einflussnahme ausländischer Regierungen auf das Zustandekommen privatrechtlicher Wettbewerbsbeschränkungen und ihre völkerrechtliche Bedeutung für die Anwendbarkeit des GWB*, WuW 6, 1973, pp. 420 e ss., com referências.

(51) BECK, p. 456, cf. também FRANKLIN A. GEVURTZ, *Using the Antitrust Laws to Combat Overseas Bribery by Foreign Companies: A Stop to Even the Odds in International Trade*, Va. J.Int.L. 27, 1987, pp. 250 e s.

política externa norte-americana. Isso produziu uma situação criticável em que, a custo da segurança jurídica, expandiam-se ou restringiam-se, caso a caso, a *act of state doctrine* e a teoria da *sovereign compulsion*.

Como já foi mencionado, as considerações de direito internacional público das primeiras decisões velavam pelo respeito à soberania dos Estados estrangeiros, e com isso também pela não-interferência nos assuntos internos destes. Uma situação completamente nova resultou, todavia, da sentença da Suprema Corte no caso *Banco Nacional de Cuba vs. Sabbatino*. Nesse caso o Banco Nacional de Cuba exigia da outra parte, na qualidade de sucessor de uma empresa privada cubana, cujos direitos creditícios haviam sido desapropriados pelo Estado cubano e transferidos ao banco, o cumprimento de determinadas obrigações contratuais. Sabbatino argüiu perante o tribunal americano a exceção de ilegitimidade de parte, porque a desapropriação pelo governo cubano teria violado obrigações internacionalmente assumidas pelo Estado. O Banco Nacional contrapôs à exceção a incompetência do tribunal americano para julgar a licitude do ato desapropriatório, de conformidade com a *act of state doctrine*. É bem verdade que o tribunal confirmou *in casu* a aplicabilidade da *act of state doctrine*, acrescentou, todavia, um elemento novo à fórmula tradicional, pelo qual devem as cortes americanas levar também em consideração a importância especial do caso *sub judice* para as relações exteriores dos Estados Unidos ("the importance of the international law issues raised by the claim for United States foreign relations")⁽⁵²⁾. Quão profundas seriam as consequências dessa simples variação dogmática, mostrou-se no caso *First National City Bank vs. Banco Nacional de Cuba*. Nesse caso, levantou o *City Bank* perante o tribunal americano uma exceção de compensação contra uma pretensão do Banco Nacional de Cuba, com fundamento na desapropriação de propriedades suas em Cuba. Novamente respondeu o Banco Nacional à exceção invocando a *act of state doctrine*. Ainda durante a tramitação em primeira instância, o Departamento de Estado norte-americano interveio no processo, requerendo a não-aplicação da *act of state doctrine*. A maioria dos juizes da Suprema Corte deferiu o requerimento do governo americano, com base na sentença do caso Sabbatino, considerada pela Corte como complemento, e não exceção da *act of state doctrine*, lançada no caso Underhill. Apesar disso, o juiz Rehnquist não mencionou mais o respeito a Estados estrangeiros, mas apenas o princípio constitucional da separação dos Poderes como razão para declínio da competência jurisdicional. De acordo com a nova fórmula, a *act of state doctrine* deixou de ser uma limitação geral do exercício da jurisdição pelos tribunais americanos, passando a ser apenas uma *rule of reason* que exige a tomada em consideração dos *interests* da política externa norte-americana⁽⁵³⁾. Assim

(52) MEAL e TRACHTMANN, p. 631.

(53) *Ibidem*, p. 634.

sendo, tendo em vista que a Constituição americana outorga ao Executivo a competência exclusiva para as relações exteriores, a finalidade da *act of state doctrine* consiste, então, em evitar apenas que o exercício dessa competência seja prejudicado por decisões judiciais. Em casos nos quais a atividade dos tribunais causaria atritos nas relações exteriores dos Estados Unidos, deveriam eles declinar de sua competência. Se, porém, o Executivo comunica ao Judiciário que a decisão do caso concreto não seria capaz de afetar a sua política externa, nada impediria o exercício da jurisdição⁽⁵⁴⁾.

A dispensa de considerações de direito internacional público em proveito de uma avaliação de interesses, do ponto de vista da política externa dos Estados Unidos, mostrou-se fatal, também porque os tribunais posteriormente passaram a fazer uma avaliação autônoma dos reflexos internacionais de suas decisões, deixando fazê-las dependentes de uma manifestação do governo americano.

No caso *Lumber Co. vs. Bank of America* sustentou-se perante o tribunal que o *Bank of America*, através de diversas manobras de empresas coligadas, prejudicara a obtenção, em Honduras, de madeira para exportação, para o que haviam contribuído, entre outros, atos das autoridades hondurenhas, como o confisco de madeira⁽⁵⁵⁾. A Corte de Apelação do 9.º Circuito rejeitou *prima facie* a aplicação da *act of state doctrine*, argumentando que esta significava apenas que o ato da autoridade estrangeira apenas devesse ser plenamente reconhecido, quando o seu não-reconhecimento apresentasse um potencial de conflito suficientemente grave. Decisivo seria apenas que “the interests of, and links to, the United States — including the magnitude of the effects on American Commerce — are

(54) Essa não foi todavia, a primeira decisão judicial a negar aplicação à doutrina *act of state*, por razões de política exterior. Nos casos *Bernstein vs. Van Heyghen Frères Societé Anonyme* e *Bernstein vs. Nederlandsche-Amerikaansche Stoomvaart-Maatschappij* exigira o autor a devolução de bens confiscados pelo governo nacional-socialista e transferidos às sociedades em questão. Ambas as ações foram, de início, rejeitadas, e após processadas normalmente, depois que o *Acting Legal Adviser to the State Department*, Jack B. Tate publicou uma carta to relieve American courts from any restraint upon the exercise of their jurisdiction to pass upon the validity to the acts of Nazi officials. Em virtude disso, deu-se prosseguimento às ações *in view of this supervening expression of Executive policy* (cf. MEAL e TRACHTMANN, p. 628, nota 24)1. A diferença entre essas decisões e a sentença do caso *Citibank* é que aí os juizes levaram em consideração a posição do Departamento de Estado em caráter excepcional, ao passo que isso tornou-se no caso *Citibank* um elemento intrínseco da *act of state doctrine*.

(55) V. JAMES M. GRIPPANDO, *Declining to Exercise Extraterritorial Antitrust jurisdiction on grounds of International Comity: An Illegitimate Extension of Judicial Abstention Doctrine*, V.a.J.Int.L. 23, 1983, p. 406.

sufficiently strong *vis-à-vis* those of other nations, to justify an assertion of extraterritorial authority" (56).

Essa jurisprudência significa praticamente pôr em jogo a própria *act of state doctrine*. Essa conclusão é confirmada pela decisão, em 1979, do caso *Mannington Mills Inc. vs Congoleum Corp.*, na qual essa problemática foi analisada como sendo de um conflito de leis (57). Por essa abordagem trata-se apenas de constatar qual Estado tem maior interesse no cumprimento de suas normas jurídicas. É verdade que a Corte tentou estabelecer um catálogo de critérios para responder a essa questão (58), com o que, contudo, não se atingiu maior segurança jurídica. Na prática a *act of state doctrine* foi com isso violada, através da avaliação dos interesses interno e externo conflitantes, pois um tal procedimento traz consigo um juízo implícito de valor sobre qual interesse merece primazia, o que não é concebível sem que se ponha em dúvida a legitimidade do interesse do Estado estrangeiro (59).

É bem verdade que o ato de sopesar os interesses segundo a teoria do *conflict of laws* permite também uma limitação da jurisdição dos tribunais americanos em casos em que, pelos parâmetros estritos da *act of state doctrine*, isso não seria cabível (60), pois esta exige sempre que a empresa acusada de violar as normas de concorrência tenha sido *obrigada* a tanto por um governo estrangeiro. Um declínio de competência em virtude dessa avaliação de interesses, em contrapartida, também seria possível em casos em que, embora não havendo coagido ninguém a praticar atos atentatórios da livre concorrência, um outro Estado sustente junto ao tribunal americano um grande interesse legítimo que poderia ser afetado pelo eventual exercício da competência pelos tribunais americanos.

Enquanto a doutrina do conflito de interesses for usada para levarem-se em consideração interesses de outras nações, mesmo em casos em que a *act of state doctrine* clássica não o permitiria, nada há a objetar, do ponto de vista do princípio da não-ingerência em assuntos internos, consagrado pelo direito internacional público.

(56) *Apud* MEAL e TRACHTMANN, p. 616.

(57) GRIPPANDO, pp. 408 e s.

(58) Entre outros, *degree of conflict with foreign law or policy; Nationality of the parties; relative importance of the alleged violation of conduct here compared to that abroad; availability of remedy abroad and the pendency of litigation there; existence of interest to harm or affect American commerce and its foreseeability* (*apud* MEAL e TRACHTMANN, p. 616, nota 180).

(59) Nesse sentido, a crítica da literatura americana (cf. referências em BECK, p. 459, nota 68, que, contudo, não compartilha desse ponto de vista).

(60) BECK, p. 459.

A experiência mostra, contudo, como comprova a decisão do caso *Citibank*, que essa avaliação de interesses pode também conduzir ao resultado oposto, isto é, à aplicação extraterritorial do direito antitruste americano, mesmo em casos em que há um ato, o de soberania de outro Estado, que contesta a competência dos tribunais americanos⁽⁶¹⁾.

Enquanto os tribunais americanos observaram os limites tradicionais impostos pela *act of state doctrine*, inexistiram protestos de outras nações contra a aplicação extraterritorial do direito da concorrência tendo os efeitos da conduta ilícita como elemento de conexão determinante da competência nacional. Nos anos de 1970, contudo, em reação à nova tendência da jurisprudência americana, foram diversos os conflitos diplomáticos originados por lides privadas, levando alguns Estados a adotar até mesmo uma legislação destinada a afastar a aplicabilidade do direito americano às suas empresas. O grande perigo que essa jurisprudência traz em si é prejudicar a execução da política nacional de outros Estados para setores específicos⁽⁶²⁾.

Apesar do caráter criticável da nova jurisprudência americana, o seu estudo mantém-se interessante mesmo para outras ordens jurídicas. Mesmo

(61) Eis aí a contradição inerente à decisão do caso *Citibank*. Nesse caso considerou-se a *act of state doctrine* como uma consequência do princípio constitucional da separação dos poderes. Segundo esse entendimento, são os tribunais incompetentes para decisões sobre política externa, não podendo, além disso, tomar quaisquer decisões que possam produzir efeitos negativos sobre a política externa dos Estados Unidos. Se, entretanto, o governo americano manifesta-se no sentido de que a atuação jurisdicional em um caso concreto não lesará os interesses dos EUA, então não estaria justificado qualquer declínio de competência em virtude da *act of state doctrine*. Esquece-se assim, contudo, que o governo, desse modo, busca (como ficou evidente no caso *Citibank*) conduzir a política externa usando decisões judiciais como seus instrumentos. O ponto de partida da decisão do caso *Citibank* — o princípio da separação dos poderes — é, dessa forma, posto de cabeça para baixo, pois só há uma alternativa possível: ou são os tribunais competentes para tomar decisões que possam afetar a política externa (e nesse caso a opinião do governo americano é irrelevante), ou não o são, e não podem adquirir essa competência apenas porque o Executivo não faz objeção a tanto.

(62) Um exemplo recente é o conflito relativo aos diferentes processos do caso *Westinghouse*. Em 1976 sete empresas haviam processado a *Westinghouse Electric Corporation* perante a Corte Distrital de Richmond, Virginia, por inexecução de obrigação contratual, de vez que a companhia não lhes queria fornecer urânio nas quantidades e pelo preço estipulados. A *Westinghouse* defendeu-se alegando que a redução artificial da oferta e a fixação de preços através de um cartel internacional do urânio causaram um aumento imprevisível dos preços da ordem de 800%, o que tornara o negócio comercialmente impraticável. A fim de produzir provas para a execução de impossibilidade de cumprimento da prestação, a *Westinghouse* processou ainda no mesmo ano 17 empresas americanas e 12 estrangeiras, todas alegadamente membros do cartel, exigindo reparação de perdas e danos de acordo com o direito antitruste americano (cf. MENG, ZaöRV, 41, 1981, p. 476). Ao processo deixaram de comparecer 9 empresas estrangeiras (do Canadá, Grã-Bretanha, Austrália e África do Sul) pelo que o tribunal americano sentenciou-as como revéis, proibindo-lhes, entre outras coisas, de transferir, acima de determinado limite,

(continua)

que a *act of state* e a *sovereign compulsion doctrines* nos últimos tempos tenham sido mais e mais descaracterizadas pela sistemática consideração dos eventuais reflexos políticos das decisões judiciais, deve-se ainda aos tribunais americanos o mérito de haverem estabelecido princípios gerais de declínio de competência extraterritorial que iriam influenciar outras ordens jurídicas. Tais limitações à própria jurisdição são particularmente necessárias em países nos quais a legislação antitruste é aplicável a cartéis e acordos restritivos da concorrência firmados por estrangeiros no exterior, pelo simples fato de produzirem efeitos nocivos no mercado interno.

b) A prática da CEE

Concluiu-se anteriormente que o critério para a aplicação extraterritorial do direito brasileiro da concorrência é a localização no espaço dos efeitos da conduta restritiva da concorrência. Viu-se também que, embora o uso da *effects-doctrine* como elemento de conexão não corresponda às doutrinas clássicas sobre a aplicação extraterritorial do direito penal, daí não decorre a sua inaplicabilidade em face do direito internacional público, de vez que este não impõe aos Estados um catálogo fixo de elementos de conexão, restando-lhes, portanto, grande liberdade na escolha destes. O limite imposto pelo direito das gentes é de natureza meramente negativa, depreendido do princípio da não-ingerência em assuntos internos dos outros países.

A jurisprudência americana, que há mais tempo tem-se ocupado dessa problemática, desenvolveu diversos critérios para justificar um declínio da competência jurisdicional nacional, com vistas a garantir o respeito da sobe-

(continuação da nota 62)

bens patrimoniais dos Estados Unidos para o exterior (ibidem, p. 481). Num processo posterior, tendo por objeto a violação da mencionada interdição judicial, intervieram diretamente no processo os governos do Canadá, da Grã-Bretanha, da Austrália e da África do Sul como *amici curiae*, alegando que o julgamento à revelia extrapolara a competência do tribunal americano. Uma limitação à jurisdição americana em virtude da *comitas gentium* foi liminarmente rejeitada pelo tribunal superior, no caso concreto, devido à atitude não-cooperativa das partes revéis: *They have chosen instead to present their entire case through surrogates... and shockingly to us, the governments of the defaulter have subserviently presented for them their case against the exercise of jurisdiction (apud MENG, p. 481)*. Essa decisão provocou indignação e protesto dos governos envolvidos, que já consideravam a sua política oficial de urânio exposta a risco pela atuação dos tribunais americanos no caso *Westinghouse*. O Departamento de Estado teve então de pedir ao Ministério da Justiça que intervisse no feito, esclarecendo que o próprio governo americano encorajara os governos dos demais países envolvidos a intervir diretamente no processo. O *Associate Attorney General Shenefield* teve então de chamar a atenção do tribunal para o fato que a *comitas gentium* sempre exige a consideração dos interesses de outros Estados, *independentemente se foreign government have expressed their views to the Court without the intercession of the Department of State* (ibidem, p. 482).

rania das outras nações. Tais teorias pode-se resumir, a grosso modo, em uma única fórmula: o direito nacional não é aplicável a restrições à concorrência praticadas no estrangeiro, embora produzam efeitos nocivos no território nacional quando tais atos resultarem da intervenção soberana de um outro Estado.

O problema, todavia, reside em que a jurisprudência americana sofreu consideráveis transformações que não mais permitem entrever um critério claro para a limitação da própria jurisdição, como já foi demonstrado. Do ponto de vista dogmático, a prática da Comunidade Econômica Européia, embora não tão arraigada como a norte-americana, oferece maior clareza nesse aspecto.

O Tribunal de Justiça das Comunidades Européias, interpretando o art. 85 do Tratado de Roma, que reprime as distorções da concorrência no mercado comum, já teve oportunidade de fixar o seu entendimento, acompanhando nesse sentido o ponto de vista da Comissão da CEE, segundo o qual o fato de que um ou mais dos participantes de um cartel estarem sediados fora do território da comunidade não impede a aplicação das normas de concorrência da CEE, se o efeito do acordo restritivo da concorrência produzir-se no território do mercado comum europeu⁽⁶³⁾. A posterior adesão do Reino Unido ao mercado comum, em 1973, acarretou a renúncia tácita deste a suas reservas contra a *effects-doctrine*, de vez que, para as restrições de concorrência ocorridas em países não-membros da CEE que afetem o mercado comum, a competência disciplinar é exclusiva da Comissão da CEE. Relativamente a tais fatos a CEE age praticamente como se representasse um único Estado, cujas normas são aplicáveis extra-territorialmente também quando apenas os efeitos da conduta restritiva da concorrência se produzirem no mercado comum.

Nas suas relações com terceiros a Comunidade aplica, portanto, a *effects-doctrine*. Esse fato é atualmente ponto pacífico. Poucas são, contudo, as manifestações da Comunidade relativamente aos limites do exercício de sua jurisdição. Salvo melhor juízo, o Tribunal de Justiça em Luxemburgo ainda não teve oportunidade de decidir a questão. A Comissão, de sua parte, preocupou-se, em casos onde a questão foi levantada, em estabelecer princípios gerais para a limitação de sua própria jurisdição.

O primeiro caso diz respeito a um cartel franco-japonês sobre a comercialização de rolamentos no mercado comum. Em uma sessão da *Chambre syndical nationale de la mécanique de haute précision*, em 16 de fevereiro

(63) Acórdão do Tribunal de Justiça da CEE de 25-11-1971, Assunto 22/71, *Béguelin, Coletânea*, 1971 (ed. alemã), p. 949 (jurisprudência pacífica, vide referências em MENG, *Vorbemerkung zu den Art. 85 bis 89, Rdnr. 30*, in von der Groeben/von Boeck/Thiesing/Ehlermann, *Kommentar zum EWG-Vertrag*, 3ª ed., Baden-Baden, 1983).

de 1972, reuniram-se em Paris produtores franceses e japoneses de rolamentos para discutir a política japonesa de venda de rolamentos. A delegação francesa perguntou aos representantes do Japão quais as medidas que estes estariam dispostos a tomar para reduzir as exportações de rolamentos para a França e aumentar os preços e, bem como para controlar ambas as medidas, em especial qual seria a atitude dos japoneses relativamente ao aumento dos preços previstos para o mercado francês para os meses subsequentes. O porta-voz da delegação japonesa respondeu estarem os japoneses dispostos a buscar uma política de preços comum com seus concorrentes franceses. Constatando haver uma diferença de preços de 15% entre os produtos franceses e japoneses que atingiria a casa de 20% após o aumento previsto pela indústria francesa, manifestaram-se os japoneses dispostos a reduzir a diferença de preços para 5 a 8%. Tal disposição foi confirmada por correspondência de 10 de março de 1972 enviada pela *Japan Bearing Industrial Association*, anunciando um aumento dos preços de rolamentos japoneses da ordem de 10 a 12%, para preservar a margem máxima de diferença de preços acordada em Paris.

A Comissão da CEE processou posteriormente todos os membros do cartel por violação do art. 85 do Tratado de Roma. Todos eles invocaram a inaplicabilidade do dispositivo, argumentando seja que o acordo visava apenas proteger a produção interna do mercado comum contra a concorrência dos japoneses, seja que os empresários japoneses estariam imunes à aplicação do direito europeu. A Comissão estabeleceu então uma relação, ainda que incompleta, de medidas relacionadas ao comércio da Comunidade com terceiros e sua importância para a aplicação do art. 85 do Tratado de Roma ⁽⁶⁴⁾:

a) medidas tomadas de acordo com tratados comerciais da Comunidade com terceiros países. Trata-se nesse caso de decisões da política de comércio exterior, imunes à aplicação do art. 85 do Tratado de Roma;

b) medidas impostas aos empresários estrangeiros pelas autoridades de seus países. Tais medidas escapam igualmente à aplicação do art. 85;

c) medidas resultantes de acordos entre empresários estrangeiros sujeitas à aprovação das autoridades de seus países. Uma tal aprovação é condição para a validade interna do acordo no país de origem; ela não pode, todavia, excluir a aplicabilidade do art. 85 e não altera o fato de que os empresários envolvidos estavam livres para concluir ou não o acordo;

d) medidas resultantes exclusivamente de acordos celebrados ou apenas entre os empresários estrangeiros ou após entendimentos com seus concor-

(64) Decisão de 29-11-1974 (ed. alemã), *Kugellager*, *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften*, L. 343, p. 23.

rentes europeus. Tais medidas também estão sujeitas à aplicação do direito europeu da concorrência.

As hipóteses *b* e *c* representam inconfundivelmente uma transposição da *act of state* e da *foreign sovereign compulsion doctrines* do direito americano, sem todavia distinguir entre uma e outra, e com a vantagem, em favor da segurança jurídica, de não mencionar uma avaliação de interesses políticos, como fazem os tribunais americanos. Quer parecer também que a Comissão da CEE não distingue entre *acta iure imperii* e *acta iure gestionis* quando se tratar de fato de uma coação (em sentido amplo) originada em um ato estatal.

Um critério adicional trouxe uma decisão da Comissão da CEE no caso do cartel de alumínio, capitaneado pela empresa britânica *Brandeis, Goldschmidt & Co.* (65). Nesse caso, a empresa inglesa e diversos produtores ocidentais de alumínio de diversos países-membros e não-membros da CEE haviam, do início dos anos 60 até meados da década de 70, acertado com organizações de comércio exterior da Europa do leste um sistema comum de comercialização, tendo por objeto, principalmente, a manutenção dos preços de alumínio e derivados no mercado comum europeu e em outros mercados do hemisfério ocidental. O cartel de alumínio previa uma série de obrigações recíprocas, entre elas: os compradores ocidentais de alumínio, a fim de manter sua política de preços altos, assumiram o compromisso de não oferecer preço superior ou inferior àquele fixado em comum acordo, com correlata obrigação dos exportadores orientais acerca do preço de venda; os exportadores dos países do leste obrigaram-se também a não oferecer alumínio a outras empresas que não as participantes do cartel, ficando igualmente proibida a venda de objetos de alumínio ou semimanufaturados. Essa obrigação foi compensada pela decisão dos importadores ocidentais de reduzir as quantidades e aumentar o preço de compra por tonelada. Nenhum dos compradores ocidentais podia decidir livremente sobre a quantidade de alumínio que compraria, tocando a cada um deles uma quota fixa, calculada mediante o rateio, proporcional às participações percentuais respectivas das vendas na Europa ocidental em um ano determinado, do montante global de alumínio a ser comprado da Europa oriental. Para preservar o seu acesso exclusivo à fonte representada pelos países do leste europeu, o cartel criou mais uma série de obrigações paralelas, destacando-se a proibição de comercialização de alumínio na bolsa de metais de Londres.

A Comissão da CEE moveu processo administrativo contra todos os participantes do cartel, por violação do art. 85 do Tratado de Roma. As empresas européias alegaram no processo haver unicamente visado à proteção do mercado europeu contra a venda de alumínio a preços de

(65) Decisão de 19-12-1984 (ed. alemã), *Alluminium einführen aus Osteuropa*, *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften*, L. 92 de 30-3-1985, pp. 40 e ss.

dumping pelas organizações estatais do leste. A Comissão rejeitou o argumento dizendo que, mesmo que os preços de exportação fossem anticompetitivos, e que os governos dos países europeus, em tal caso, talvez houvessem tomado medidas similares às decididas pelo cartel, isso não teria o condão de atribuir a empresas privadas a competência de, antecipando-se a uma eventual ação estatal, decidir elas mesmas quanta concorrência há de haver na Europa ocidental e quanto alumínio nela pode circular⁽⁶⁶⁾. Reafirmando o princípio de que a regulação do comércio internacional é matéria da exclusiva competência estatal, afirmou a Comissão da CEE de forma lapidar:

“Caso houvesse existido o risco ou a probabilidade de ‘violentas, globais e imprevisíveis flutuações ou quedas de preços’, seria função dos órgãos públicos tomá-las em consideração no contexto de suas medidas reguladoras do comércio internacional. . . Caso os órgãos em questão não tivessem competência para tanto, ou fosse sua competência inadequada ou ineficaz, seria isso um assunto para o legislador, o que de forma alguma justificaria um acordo entre empresas que, a partir de seus interesses econômicos pessoais, buscassem aplicar elas mesmas as regras existentes ou contorná-las”⁽⁶⁷⁾.

Especificamente no que respeita aos limites da aplicação extraterritorial do direito da concorrência da CEE, teve a Comissão a oportunidade de adicionar um elemento mais no catálogo formulado no caso dos rolamentos. O cartel do alumínio contava com a participação de organizações comerciais dos Estados da Europa do leste. Estas invocaram perante a Comissão imunidade estatal, de vez que elas são inseparáveis do próprio Estado, segundo o direito dos países socialistas. A Comissão rejeitou conceder-lhes imunidade, alegando que esta somente é cabível no caso de atos governamentais, mas não para simples função comercial. Organizações estatais que exerçam uma “atividade puramente comercial” não estão excluídas do âmbito de incidência das normas protetivas da concorrência⁽⁶⁸⁾.

Os princípios até aqui mencionados permitem-se traduzir na regra de que as restrições da concorrência que produzam efeitos no mercado comum

(66) *Ibidem*, p. 44.

(67) *Ibidem*, p. 53.

(68) *Ibidem*, p. 37.

européu estão sujeitas à aplicação do art. 85 do Tratado de Roma, a menos que sejam devidas a um ato de autoridade de um terceiro Estado, com caráter cogente. A dificuldade que permanece consiste em estabelecer, com clareza, a natureza da intervenção estatal, o que, no estágio atual de interação Estado/grande empresa, pode ser extremamente difícil⁽⁶⁹⁾.

IV — Conclusão

Quem houver acompanhado este trabalho poderá ter-se perguntado qual a sua relação com a realidade brasileira, que não possui ainda uma prática relativa à aplicação extraterritorial do direito da concorrência. Ao invés de procurar-se demonstrar tal relação, parece mais interessante destacar alguns aspectos de certa forma negligenciados pelos meios jurídicos e (por outras razões) empresariais brasileiros.

Discute-se muito atualmente a posição a ser adotada pelas empresas nacionais face ao avanço da integração econômica européia, prevista para o ano de 1993 pelo Ato Único Europeu, firmado em 28 de fevereiro de 1986, pelos doze países-membros da Comunidade Econômica Européia. Além de uma nova postura em relação à política de exportações para o mercado comum, intensificou-se o esforço de cooperação com empresas européias, inclusive através da criação de *joint ventures* com firmas sediadas na Comunidade, ou mesmo de formas de coligação, controle ou investimento direto. As empresas nacionais interessadas em não ficar à margem do mercado europeu enfrentarão, porém, uma realidade totalmente distinta da brasileira, no que diz respeito às regras de concorrência. Embora o CADE se tenha tornado muito mais ativo no combate aos cartéis e demais formas de abuso do poder econômico, o direito europeu da concorrência, apesar de mais pragmático e menos rígido que o congêneres norte-americano, é incomparavelmente mais evoluído que o brasileiro, onde a livre concorrência é convenientemente confundida pelo empresariado com o não-intervencionismo estatal. Concorrência não significa, porém, simplesmente liberdade. Acima disso, ela significa responsabilidade pela manutenção das regras do jogo. Pelo respeito à livre iniciativa exige-se em contrapartida que

(69) O Japão, com o seu sistema de orientação econômica por meio de *recomendações* estatais formalmente não-cogentes, a que se deu o nome de *administrative guidance*, é um exemplo muito claro da situação onde fica extremamente difícil definir os âmbitos recíprocos de atuação de Estado e Empresa. Cf. KAZUO YAMANOUCI, *Administrative Guidance and the Rule of Law*, Law in Japan, 7, 1974, pp. 22 e ss. Vide também, para concorrência e comércio exterior, MITSUO MATSUSHITA, *Export Controls and Export Cartels in Japan*, Harv. Int.L.J., 20, 1979, pp. 103 e ss.; MALCOLM D.H. SMITH, *Prices and Petroleum in Japan: 1973-1974 A Study of Administrative Guidance*, Law in Japan, 10, 1977, pp. 81 e ss.

esta saiba agir livremente. Para empresas ainda impregnadas de vezo da economia cartorial, a formação de cartéis parece ser um direito dessa “livre iniciativa”, cujos patronos, nessas condições, parecem esquecer de bom grado que um cartel é a negação da própria concorrência.

Operar com o mercado comum europeu importa, porém, sujeitar-se a regras de concorrência de uma comunidade capitalista avançada, da qual a paradoxal oitava economia do mundo está muito distante. Disso talvez tenha tomado ciência o Instituto Brasileiro do Café, reiteradamente advertido pela Comissão da CEE de que diversas condições dos contratos de comercialização de café no mercado comum violam as suas regras de concorrência.

Sem pretender antever o futuro, quer parecer que os conflitos com a CEE surjam no âmbito das relações puramente comerciais com o Brasil. Se é verdade que a política comercial comum da CEE já existe há muito tempo centralizada em Bruxelas, de modo que o ano de 1993 não trará nenhuma mudança institucional, é também verdade que essa data representará um acirramento da postura protecionista do mercado comum europeu, e, nesse contexto, poderão surgir os confrontos. A experiência mostra o quanto os procedimentos administrativos contra abusos do poder econômico e o espectro de sanções contra violações da concorrência podem ser eficazes para, trazendo os envolvidos à negociação, obter vantagens de natureza comercial. A prática da *International Trade Commission* americana comprova essa afirmação. Além disso, empresários europeus podem ser tentados a eliminar a competição incômoda com concorrentes de outras regiões, oferecendo-lhes a participação em um cartel internacional de redução de oferta e aumento de preços. Diversos desses acordos chegam a ser celebrados entre os governos envolvidos, caso fracassem as negociações entre os empresários. São os chamados “voluntary restraints agreements”, firmados em contrariedade e à revelia do GATT e que hoje representam estimativamente 10% do comércio mundial⁽⁷⁰⁾. Acordos dessa natureza não estão sujeitos

(70) Cf., MICHEL KOSTECKI, *Export-restraint Arrangement and Trade Liberalization*, *The World Economy*, 10, 1987, p. 429. Este autor salienta que essa situação é sujeita a uma grande diferenciação setorial, de modo que, em certos casos *the extensive network of export restraints effectively sanctions a system of managed trade on a global scale*. Cerca de 80% do comércio global de têxteis estão formalmente sujeitos a um sistema de quotas conforme o Acordo Multi-Fibras; com relação ao comércio mundial de aço e produtos siderúrgicos, o volume de acertos dessa zona cinza de legalidade atinge os 20%; e apenas o acordo comercial entre os Estados Unidos e o Japão sobre o comércio com semicondutores (considerado, em parte, ilícito pelo GATT em 1988) compreendia 90% do comércio mundial da mercadoria, afetando diretamente uma indústria com volume de vendas de cerca de 300 bilhões de dólares, em números de 1986.

à aplicação das normas de concorrência, desde que, porém, tenham sido determinados pelos governos envolvidos. A Comissão da CEE, que defende sua competência exclusiva para a política comercial, tem reiteradamente condenado os envolvidos em cartéis semelhantes, que não tenham sido submetidos a sua aprovação (71). Além dos produtos têxteis e siderúrgicos, cuja exportação está limitada por acordos comerciais formais, estes sujeitos apenas ao regime do GATT, pode-se supor que haja outros acordos semelhantes envolvendo interesses comerciais brasileiros potencialmente sujeitos às penas da legislação européia.

No que se refere à legislação brasileira, já foi constatado que ela também é aplicável extraterritorialmente. Não se tem notícia, porém, de denúncias de práticas restritivas de empresas estrangeiras afetando o mercado nacional. É pouco crível que o Brasil tivesse sido graciosamente poupado delas. Os casos certamente existem, e são do conhecimento dos atingidos. Não cabe aqui especular sobre as razões do silêncio. O fato é que a legislação está aí e pode ser aplicada a tais casos. Ao contrário do que diz o ditado, a experiência das empresas norte-americanas tem demonstrado que mais vale uma boa sentença do que um mau acordo. Pelo menos para quem não teme a concorrência.

A prova para o direito nacional da concorrência poderá representar a integração econômica com os países do cone sul, que deverá ser intensificada nos próximos anos, a menos que os próximos governos queiram perder definitivamente o trem da história, que os passados não souberam conduzir. Supondo, porém, que o assunto seja tratado com a seriedade que urge lhe seja dada, Brasil, Argentina e Uruguai estarão no caminho para o mercado comum. Caberá, pois, às regras da concorrência impedir que sejam criadas barreiras privadas no lugar das barreiras estatais que caírem, o que é de supor-se será a tendência natural nestas latitudes, onde o capitalismo sonha com os lucros do século XXI e os costumes do século XIX.

(71) Cf., a título de exemplo, um comunicado da Comissão da CEE a respeito de acordos comerciais com o Japão, em que ela reafirmou que *o fato de que algumas ou todas as empresas envolvidas tenham sua sede fora do Mercado Comum não impede a aplicação desse dispositivo (v.g., do Tratado de Roma), quando os efeitos dos acordos, decisões ou práticas concertadas se produzirem no território do Mercado Comum* ("Bekanntmachung betreffend die Einfuhr japanischer Erzeugnisse in die Gemeinschaft, auf die der Vertrag von Rom anwendbar ist, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, nº C, 111, de 21-10-1972, p. 13).

Distrito Federal: organização e natureza jurídica decorrentes da Constituição de 1988

VITOR ROLF LAUBÉ

Procurador do Município de São Bernardo do Campo. Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo — PUCSP

SUMÁRIO

1. Considerações propedêuticas. 2. O Distrito Federal nos diversos sistemas constitucionais pátrios: a) Etiologia do Distrito Federal; b) O Distrito Federal como plasmado nas Constituições Republicanas. 3. Breves considerações acerca do instituto da Federação. 4. O Distrito Federal no regime erigido pela Constituição de 1988. 5. Organização constitucional do Distrito Federal. 6. Intervenção da União no Distrito Federal. 7. Competências atribuídas ao Distrito Federal: a) competências legislativas; b) competências tributárias. 8. Natureza jurídica do Distrito Federal. 9. Conclusões. Bibliografia

1. Considerações propedêuticas

É incontroverso o fato de que a cada nova Constituição promulgada ter-se-á um Estado distinto daquele existente quando da vigência do Documento Supremo anterior. Assim, o Estado decorrente do Texto Fundamental de 1988 é diverso do verificado sob a égide da Carta de 1967, diferindo ambos daquele criado pelo Estatuto Básico de 1946, e assim por diante. Destarte, óbvio se apresenta que a cada nova Lei Suprema tem-se positivamente um novo Estado.

Logo, o Estado que exsurgiu com o advento da Constituição da República de 1988 evidencia uma série de inovações e particularidades em rela-

ção àqueles que o precederam, especialmente no que toca com a sua organização político-administrativa.

Isso considerado, denota-se que, já no *caput* do art. 1.º da *Lex Legum* de 1988, dispôs o legislador constituinte acerca das notas básicas do atual Estado brasileiro, ou seja, fez consignar que *o Brasil é uma república federativa formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal*.

Dessa forma, ficam iniludivelmente traçados os tipos de Estado e de governo acolhidos em nosso sistema positivo constitucional, quais sejam: Estado *federal*, cuja forma de governo é a *republicana*.

Mas também se percebe, seguramente, no referido preceito, que o constituinte elegeu quatro entidades estatais como componentes da federação brasileira: União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios.

Diversamente do Texto Magno anterior, que nada previa expressamente acerca de os Municípios e o Distrito Federal integrarem a federação pátria, o atual o faz, e, diga-se, de modo inquestionável.

Patente, por conseguinte, a relevância do citado dispositivo constitucional para a caracterização dos traços fundamentais da estruturação do Estado brasileiro.

Ora bem, fixados tais pontos, dos quais não se poderia olvidar nesta oportunidade, cumpre, pois, que efetivamente se passe ao objeto do presente, o Distrito Federal.

Aliás, convém registrar que é extremamente escassa a literatura jurídica específica a respeito.

2. O Distrito Federal nos diversos sistemas constitucionais pátrios

É de indubitosa importância a todo estudo que se proceda acerca de qualquer instituto da Ciência do Direito, que se investigue a sua evolução histórico-jurídica. Nesse sentido, a propósito, são as inextinguíveis ponderações de THEODOR STERNBERG⁽¹⁾: “El que quiera hacer Derecho sin Historia, no es un jurista, ni siquiera un utopista; no traera a la vida espíritu de ordenación social consciente, sino mero disorden y destrucción.”

De se ver então, mesmo que “pela rama”, como se apresenta o Distrito Federal nos diversos textos constitucionais em que foi positivado⁽²⁾. Antes, porém, importa verificar a sua procedência.

(1) THEODOR STERNBERG, *Introducción a la ciencia del derecho*, trad. José Rovira y Ermengol, 2ª ed., Barcelona, Labor, 1930, p. 32, *apud* MARIA HELENA DINIZ, *Normas constitucionais e seus efeitos*, São Paulo, Saraiva, 1989, p. 1.

(2) Sobre a história do DF, leia-se o excelente trabalho de AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO, em seu *Estudos de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro, *Revista Forense*, 1957, pp. 114 e segs.

a) *Etiologia do Distrito Federal*

Pode-se dizer, quanto a sua origem e alheando-se um pouco do rigorismo técnico ante o inicialmente considerado, que o Distrito Federal sucedeu o *Município Neutro*, com este se constituindo, à sua época, a sede da Corte e a capital do Império.

Consoante o escólio de MICHEL TEMER⁽³⁾, na vigência da Constituição Imperial, era o referido Município Neutro “sede do governo nacional”. Mais: “Atribuía-se-lhe organização especial, diferentemente dos demais Municípios que tinham organização geral. Não pertencia ao território de nenhuma Província.” E prossegue o citado jurista: “Por isso que o art. 10 do Decreto 1, de 15-11-1889, que proclamou a República e instituiu a Federação, estabeleceu que o território do ‘Município Neutro’ ficava provisoriamente sob a administração imediata do governo provisório da República e a cidade do Rio de Janeiro constituída, também provisoriamente, sede do Poder Federal.”

b) *O Distrito Federal como plasmado nas Constituições Republicanas*

A primeira *Lei Fundamental Republicana, de 1891*, estabeleceu que o antigo Município Neutro passava a constituir o Distrito Federal, que continuava a ser a capital da União, enquanto não procedida a demarcação de uma área no planalto central da República, de 14.400 km², destinada à futura Capital federal; ocorrida a mudança da mesma para esse local, passaria o então Distrito Federal (Rio de Janeiro) a ser um Estado federado (cf. arts. 2.º, 3.º e 4.º, CF de 1891, com Emenda de 1926). É ainda de se referir que, a exemplo do que se passava com os Estados, era o Distrito Federal representado tanto na Câmara dos Deputados como no Senado Federal (arts. 28 e 30). Sem dúvida foi por essa participação nas decisões do Governo Federal que RUI BARBOSA⁽⁴⁾ qualificou-o como “um semi-Estado, um quase-Estado”.

Sob a égide da *Carta Política de 1934*, o Distrito Federal, que continuava a possuir representação em ambas as Casas Legislativas do Congresso Nacional, tal como os Estados-Membros (arts. 23, § 1.º, e 89, § 1.º), era administrado por um Prefeito de nomeação pelo Presidente da República, mediante aprovação do Senado Federal, e demissível *ad nutum*, além do que eram suas funções deliberativas atribuídas a uma Câmara Municipal. Quanto às fontes de sua receita, competiam-lhe as mesmas outorgadas aos Estados e Municípios (cf. art. 15 c.c. art. 56, § 2.º). No entanto, como já se verificava na ordem constitucional precedente, não lhe era conferida ca-

(3) MICHEL TEMER, *Elementos de Direito Constitucional*, 5ª ed. ampl. e rev., de acordo com a Constituição Federal de 1988, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 1988, p. 101.

(4) RUI BARBOSA, *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, col. e ord. Homero Pires, São Paulo, Saraiva & Cia., 1934, tomo V, p. 39.

pacidade para auto-organização, uma vez que competia privativamente ao Poder Legislativo federal dispor sobre sua organização, bem assim dos serviços nele reservados à União (art. 39, 8, c). Contudo, excetuada essa limitação, importa observar que o Distrito Federal, em outros dispositivos constitucionais, sempre foi tratado conjuntamente com as demais entidades dotadas de capacidade política — União, Estados e Municípios —, sendo que, de modo especial, sempre de forma assemelhada aos Estados, consoante se denota do preceituado nos arts. 17, 19, 90, b, 152, parágrafo único, 156 e 157 da Lei Máxima de 1934.

É de se mencionar ainda que o art. 4.º das Disposições Transitórias dessa Constituição também fazia expressa menção à transferência da Capital da União para um ponto central do território brasileiro, tal qual se vislumbrava no Código Supremo de 1891.

Levando em conta a forma como positivado o Distrito Federal na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1934, MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO leciona que o referido ente estatal restou ainda mais próximo da situação dos Estados-Membros, dando satisfação ao chamado “movimento autonomista” (5).

Outorgada a *Carta Magna de 1937*, experimentou o Distrito Federal um acentuado retrocesso, em face da demasiada centralização conferida ao Governo Federal. Destarte, dispunha o art. 7.º daquele Texto imposto que o Distrito Federal constituía sede do Governo da República e que seria administrado pela União. Mais ainda, ante o disposto naquela Lei Maior e a peculiar situação vivida em tal período constitucional, deixou o Distrito Federal de possuir representação junto ao Legislativo federal, bem assim de contar com órgão deliberativo próprio, particularidades essas que somente foram reconquistadas nos últimos tempos da vigência da Carta de 1937, com a edição da Lei Constitucional n.º 9, de 1945, que alterou a redação de diversos de seus dispositivos.

Accerca desse período, significativas são as palavras de AFONSO ARI-NOS DE MELO FRANCO (6): “Nunca a situação política do Distrito Federal desceu tanto como no regime da Carta outorgada de 1937.” Já em outra oportunidade, assegura o jurista que: “Na escravidão dos Municípios do País, o mais escravo era a sua capital, sem qualquer atenção às suas seculares tradições políticas.” Evidente, portanto, o retrocesso experimentado.

Porém, com a promulgação do Estatuto Supremo de 1946, pôde o Distrito Federal perceber novamente a posição altaneira anteriormente assegurada. No entanto, sob o império dessa *Lex Fundamental*, o Distrito se deparou com três fases distintas. Assim, de acordo com o texto original

(5) MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Curso de Direito Constitucional*, 17ª ed. rev. e atual. São Paulo, Saraiva, 1989, p. 58.

(6) Ob. cit., pp. 138 e 140.

da Lei Magna de 1946, o Distrito Federal, capital da União, era administrado por um prefeito, cuja nomeação, mediante aprovação do Senado, e demissão incumbiam privativamente ao Presidente da República, e dispunha de uma Câmara de Vereadores, com funções legislativas, eleita pelo povo, que também elegia Deputados federais e Senadores.

Com a promulgação da Emenda Constitucional n.º 2, de 3 de julho de 1956, foi inaugurada uma nova fase para o Distrito Federal, posto que, a partir daí, também lhe foi permitido eleger, por sufrágio direto, o Prefeito, assim como, aproximando-o ainda mais dos Estados, lhe foram cometidas as mesmas hipóteses de intervenção federal previstas para estes (7).

Todavia, essa memorável fase do Distrito não persistiu por muito, eis que, com a Emenda n.º 3, de 8 de junho de 1961, e, portanto, já com o DF instalado no planalto central, foi restabelecido o *status quo* que imperava precedentemente à edição da Emenda n.º 2, de 1956, ou seja, voltou o seu Prefeito a ser nomeado e demitido pelo Presidente da República e sua Câmara de Vereadores, apesar de ainda eleita pelo povo, a ter as respectivas funções traçadas por lei federal, com a eleição de seus membros, bem como dos representantes junto ao Senado Federal e à Câmara dos Deputados, dependendo de data que seria fixada pelo Congresso Nacional, sendo que, até tal oportunidade, incumbiria ao referido Congresso as funções legislativas em todos os assuntos da competência do DF. Acontece que o Legislativo da União acabou por não fixar aquela data, ficando o Distrito, em consequência, sem qualquer representação.

Por fim, no *Código Fundamental de 1967*, com a redação imposta pela EC n.º 1, de 1969, foi o Distrito Federal aproximado à condição dos Territórios, meras autarquias territoriais da União. Sob a vigência da sobredita Constituição Nacional, continuou o DF a ser administrado por um agente nomeado pelo Presidente da República, com a tão-só diferença de que agora se tratava de um Governador e não mais um Prefeito. As funções legislativas do Distrito Federal, por sua vez, eram exercidas pelo Senado Federal, órgão ao qual cabia a discussão e votação de projetos de lei sobre "matérias tributárias e orçamentárias, serviços públicos e pessoal da Administração do Distrito Federal". Cite-se, relativamente ao fato de o DF eleger Senadores e Deputados Federais, que isto se tornou novamente possível tão-somente em 1985, com a promulgação da Emenda Constitucional n.º 25.

Esta é, portanto, a síntese do tratamento conferido ao Distrito Federal nos diversos sistemas constitucionais positivos antecessores àquele instalado em 1988.

Pois bem, desse escorço parece óbvia a tendência de, na maioria das vezes, se instituir o Distrito Federal dotado de Chefe do Executivo, ora

(7) Note-se, entretanto, que além de lhe serem atribuídas as mesmas hipóteses de intervenção federal estabelecidas aos Estados federados, mantiveram-se-lhe aquelas por estes aplicáveis aos Municípios.

eleito, ora nomeado, e de órgão deliberativo ou legislativo próprio, bem assim de representação parlamentar junto à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal.

3. *Breves considerações acerca do instituto da Federação*

É assente o entendimento doutrinário de que a Federação, enquanto forma de Estado, se caracteriza pela *descentralização política* entre as diversas pessoas jurídicas de direito público em determinado ordenamento jurídico, decorrente de expressa previsão constitucional⁽⁸⁾. Nesse passo, pois, cada uma dessas entidades estatais deverá ser, necessariamente, dotada de *capacidade política*.

Mas, ao lado daquela nota tipificadora da forma de Estado federal, devem, ainda, concorrer: *a)* a expressa previsão da *repartição de competências*, no texto constitucional, das diversas pessoas de direito público; *b)* a existência de uma *Casa Legislativa* (Senado Federal), composta por representantes das diversas ordens jurídicas parciais (Estados-Membros), possibilitando que a vontade destas repercuta junto à vontade criadora da ordem jurídica global ou nacional (União); e *c)* possibilidade das ordens jurídicas parciais se autoconstituírem através de Constituições locais próprias. Entretanto, ladeando esses traços essenciais, necessário é que se verifique, visando a manutenção da forma de Estado federal, os seguintes característicos: *a)* *rigidez constitucional* que garanta a imutabilidade da aludida forma estatal; e *b)* a existência de um *órgão constitucional incumbido do controle de constitucionalidade das leis*⁽⁹⁾.

Ressalte-se, todavia, que esta não é a única proposição acerca do modelo federal de Estado, uma vez que outras existem. Para o constitucionalista norte-americano BERNARD SCHWARTZ, por exemplo, são características principais de uma federação: "I) a união de certo número de entidades políticas autônomas (os Estados) para finalidades comuns; II) a divisão de poderes legislativos entre o Governo federal e os Estados componentes, divisão regida pelo princípio de que o primeiro é um 'Governo de poderes enumerados', enquanto os últimos são Governos de 'poderes residuais'; III) a operação direta, na maior parte, de cada um desses centros de Governo, dentro de sua esfera específica, sobre todas as pessoas e propriedades compreendidas nos seus limites territoriais; IV) a provisão de cada centro com o completo aparelho de execução da lei, quer por parte do Executivo, quer do Judiciário; V) a supremacia do Governo federal,

(8) Segundo encara CELSO RIBEIRO BASTOS, "Federação" in *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo, Saraiva, 1988, v. 1., p. 215, "a Federação nada mais é do que a transplantação para o plano geográfico da tripartição de poderes, no plano horizontal, de Montesquieu".

(9) Acerca do assunto veja-se MICHEL TEMER, ob. cit., pp. 55 e segs.

dentro de sua esfera específica, sobre qualquer ponto discutível do poder estadual” (10).

No entanto, qualquer diferenciação no caracterizar a Federação não é de causar estranheza ao leitor, eis que, como bem aponta ROQUE CARRAZZA (11), “cada Federação tem uma fisionomia própria: a que lhe imprime o ordenamento jurídico local”. Daí, pois, inexistir uma caracterização doutrinária que sirva a todos os modelos federativos conforme positivados nos respectivos ordenamentos constitucionais. Cada modelo, assim, assume delineamento específico, que acaba por distingui-lo dos demais.

4. O Distrito Federal no regime federativo erigido pela Constituição de 1988

Consoante inicialmente visto, quis o legislador constituinte de 1988, de acordo com o contido no art. 1.º da CF, que o Distrito Federal integrasse a Federação brasileira, posto que o incluiu, ao lado da União, Estados e Municípios, como um de seus componentes. Tal *voluntas legislatoris*, importa notar, foi ratificada no *caput* do art. 18, ao cuidar-se da organização político-administrativa do Estado brasileiro; o referido dispositivo encontra-se assim redigido:

“Art. 18 — A organização político-administrativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.”

Inafastável, portanto, ante o insculpido em ambos preceptivos constitucionais (arts. 1.º e 18), a categorização do Distrito Federal como entidade estatal efetivamente integrante da Federação brasileira.

De se observar, em relação a tais dispositivos e à vista da forma infismável com que estatuídos, que se torna inviável qualquer tentativa de interpretá-los de forma diversa. Com efeito, não deu ensanchas o constituinte, pela ausência de referência aos Territórios, para qualquer afirmativa de que estariam eles só a indicar a base territorial do país, isto é, a estrutura física da Federação, como verificado no sistema constitucional antecedente.

Nesse sentido, sob o aspecto *formal*, é impadecente de dúvida o fato do Distrito Federal se constituir em *unidade federada*. Aliás, a corroborar tal entendimento está o art. 132, uma vez que expressamente a ele assim designa.

(10) BERNARD SCHWARTZ, *Direito Constitucional Americano*, trad. de Carlos Nayfeld, Rio de Janeiro, Forense, 1966, p. 49.

(11) ROQUE CARRAZZA, *Princípio federativo e tributação*, RDP 71: 173, jul./set. 1984.

Todavia, é de se indagar se *materialmente* o Distrito Federal seria parte integrante da Federação pátria. Ora, considerando-se que é da essência de qualquer modelo de federação a coexistência de dois tipos de ordens jurídicas, a União e os Estados federados, certo é que somente com o desaparecimento de uma delas extinguir-se-ia a Federação; em caso contrário, não. Sobre o assunto, vale assinalar, magistrais são as ponderações de MICHEL TEMER: "Ser parte componente, integrante de um todo, é compor a sua substância, o que quer significar que desaparecidas as partes componentes, desaparece o todo. A Federação é formada por departamentos que possuem capacidade política (os Estados). O desaparecimento de tais partes integrantes dela, ou seja, a incapacitação política, implica, necessariamente, no desaparecimento da Federação, porque é de sua substância a composição por segmentos dotados de capacidade de dispor regras sobre negócios seus por meio de autoridades próprias. Por óbvio, extintas as partes que fornecem a sua substância, extinguir-se-á o todo federal. O Estado perderá, no caso, o seu substrato federal, passando a unitário." (12) Isso considerado, certamente fará com que se responda à indagação colocada, asseverando-se que, *materialmente*, não é o Distrito Federal ente imprescindível à subsistência da Federação, pois, ausente o mesmo, certo é que ela persistirá.

Em suma: apesar de o DF não ser, no sentido material, entidade necessária à Federação, foi ele, sob o aspecto formal, nela inserido, consoante a dicção dos arts. 1.º e 18 da Lei Básica de 1988. Portanto, constitui-se em entidade estatal integrante do modelo federativo brasileiro.

5. *Organização Constitucional do Distrito Federal*

A estrutura jurídico-constitucional do Distrito Federal é fornecida essencialmente pelo Capítulo V, Seção I, do Título III do novel Diploma Máximo.

De acordo com o estampado no art. 32, fácil é de se notar que ao DF foram atribuídos tanto um Poder Legislativo como um Poder Judiciário.

Deveras, é a *função legiferante* conferida à *Câmara Legislativa do Distrito Federal*, composta por *Deputados Distritais* eleitos pelos cidadãos locais. O referido órgão legislativo, além de atuar sobre as matérias outorgadas ao DF pela Constituição da República, possui competência haurida em dessa mesma Carta para elaborar a *lei orgânica* do ente federado ora em estudo, a qual deverá ser votada em dois turnos, com interstício mínimo de 10 dias, e aprovada por dois terços dos membros do mencionado órgão, que a promulgará, obedecidos os princípios da *Lex Major* de 1988. Cite-se ainda que aos *Deputados Distritais* e à *Câmara Legislativa* aplica-se o mesmo tratamento constitucional que o dispensado aos *Deputados Estaduais* e

(12) Ob. cit., p. 99.

às Assembléias Legislativas pelo art. 27, e que diz respeito ao número de deputados, duração do mandato, aplicação dos princípios constitucionais sobre sistema eleitoral, inviolabilidade, imunidades, remuneração, perda do mandato, licença, impedimentos e incorporação às Forças Armadas, bem como competência do Legislativo para dispor acerca do seu regimento interno, polícia, organização administrativa de sua secretaria e provimento dos respectivos cargos.

Já o *Poder Executivo*, cuja função precípua é a administrativa, terá como chefe um *Governador*, o qual contará com um *Vice-Governador*, ambos eleitos simultaneamente pelo sufrágio direto e com mandato de igual duração ao dos Governadores de Estado. Inegável, em consequência, o fato de o Distrito Federal ser administrado por autoridades próprias, posto que seus mandatos são obtidos da coletividade local e em nome desta são exercidos.

No que pertine ao *Poder Judiciário*, possui o Distrito Federal, como é de praxe, órgãos de justiça dos dois graus de jurisdição, ou seja, o primeiro, exercido pelos *Juizes de Direito*, enquanto o segundo, pelo *Tribunal de Justiça do Distrito Federal*. Todavia, impende frisar que o seu Poder Judiciário é organizado e mantido pela União, *ex vi* do art. 21, XIII. Aliás, essa particularidade também atinge o *Ministério Público* e a *Defensoria Pública* do Distrito Federal⁽¹³⁾. Por fim, vale anotar que, nada obstando a União estatuir sobre a organização judiciária do DF, é o Judiciário órgão local e não da Justiça Federal, isto é, não é órgão da justiça especial, mas sim da comum.

Demais, foi contemplado com uma Corte de Contas, o *Tribunal de Contas do Distrito Federal*, órgão de auxílio do Legislativo local na fiscalização contábil, financeira e orçamentária dos dinheiros, bens e valores públicos (art. 75).

Quanto às suas *competências*, tem-se que a Constituição, em seu art. 32, § 1.º, ao Distrito Federal reservou as mesmas deferidas aos Estados e Municípios, como adiante se verá de forma mais detida.

Convém ressaltar que não mais é o Distrito Federal a capital da União, pois, conforme o art. 18, § 1.º, "Brasília é a capital federal". No entanto, como se sabe, a cidade de Brasília é uma das regiões subdivididas para fins administrativos, do que resulta permanecer ainda a capital federal contida no DF. Cumpre, por oportuno, anotar que o Distrito Federal somente pode ser subdividido em regiões administrativas, já que vedada constitucionalmente a sua divisão em Municípios (art. 32, *caput*).

(13) Dispõe o art. 21 que: "Compete à União: (...) XIII — organizar e manter o Poder Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios." Cite-se que a competência para sobre tal legislar é atribuída ao Congresso Nacional, conforme o estabelecido pelo art. 48, IX, 2ª parte, da CF.

Pois bem, à vista de como tratado na atual Carta Suprema, incluível é a *autonomia política* conferida ao DF, eis que este, através de autoridades próprias, legisla sobre seus negócios⁽¹⁴⁾. Assinale-se que, por força de permissivo constitucional, pode o Distrito Federal se *auto-organizar*⁽¹⁵⁾ através de *carta própria*, a sua lei orgânica, que, em sentido material, outra coisa não é que uma Constituição⁽¹⁶⁾; é por meio dela que o DF disporá acerca de suas regras básicas, de seus poderes estatais, de sua organização, das funções de suas autoridades (Governador, Vice-Governador e Deputados Distritais) etc.

Dessa conformação constitucional atribuída ao Distrito Federal, transparentemente se vê que detém ele *capacidade de autogoverno, auto-administração e auto-organização*. Esta última, porém, não pode ser admitida como plena, pois à União compete legislar sobre a organização judiciária do DF, bem assim relativamente ao seu Ministério Público e à sua Defensoria Pública. Contudo, esse fato não compromete a sua *autonomia política*, que, repita-se, lhe é constitucionalmente garantida.

Em resumo, a par de titularizar *competências próprias*, é o Distrito Federal dotado de *capacidade legislativa, capacidade administrativa e*, como adiante se verificará, *autonomia financeira*, características essas que obviamente implicam na sua *autonomia política*.

6. Intervenção da União no Distrito Federal

O art. 34 dispõe que: "A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: I — manter a integridade nacional; II —

(14) MICHEL TEMER, ob. cit., p. 104, preleciona que *autonomia política* "é a capacidade conferida a certos entes para a) legislarem sobre; b) negócios seus; c) por meio de autoridades próprias. É nessa trípole que se assenta a autonomia". CELSO BASTOS, *Curso de Direito Constitucional*, 11ª ed., São Paulo, Saraiva, 1989, p. 270, leciona, por sua vez, que *autonomia* "vem a ser o governo mediante autoridades próprias de matérias específicas, irrestringíveis, a não ser por ato de força constitucional". Por fim, OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Forense, 1969, v. 2., pp. 190-1, registra que "a palavra autonomia procede do grego, *autos* (próprio) e *nomos* (lei), o que quer dizer, por conseguinte, que se rege a si próprio, e dá leis a si mesmo".

(15) Segundo MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, ob. cit., p. 59, o DF goza de *autonomia de auto-organização*, "restrita, embora, à organização administrativa, considerando-se a competência da União para legislar sobre a organização judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública, nos termos do art. 22, XVII. Acrescente-se, contudo, que a competência da União cinge-se a normas gerais, conforme decorre do disposto na letra b do inciso II do § 1º do art. 61".

(16) É de se frisar que tal *lei orgânica* só pode ser considerada uma Constituição no sentido material, pois, se formalmente considerada, desta se distingue a começar pelo *nomen iuris* adotado pelo legislador constituinte, que de forma alguma pode ser tomado como mero rótulo, assim como pela ausência dos atributos específicos do poder constituinte derivado e do *quorum* para a sua aprovação, que é de 2/3 e não de 3/5, como o exigido para as Constituições estaduais.

repelir invasão estrangeira ou de uma unidade da Federação em outra; III — pôr termo a grave comprometimento da ordem pública; IV — garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação; V — reorganizar as finanças da unidade da Federação que: a) suspender o pagamento da dívida fundada por mais de dois anos consecutivos, salvo motivo de força maior; b) deixar de entregar aos Municípios receitas tributárias fixadas nesta Constituição, dentro dos prazos estabelecidos na lei; VI — prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial; VII — assegurar a observância dos princípios constitucionais: a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático; b) direitos da pessoa humana; c) autonomia municipal; d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta.”

De logo se denota do dispositivo constitucional em apreço, no que pertine à intervenção pela União, que tanto os Estados-Membros da Federação como o Distrito Federal são alvo de igual tratamento, em nada se distinguindo.

Mais ainda. Através do art. 34 tem-se reafirmada a *autonomia* assegurada ao DF e aos Estados pelo art. 18, uma vez que expressamente consagra o *princípio da não-intervenção*. Aliás, nem poderia ser de outra forma, já que a intervenção é a antítese da autonomia.

Sobre o tema, ROQUE CARRAZZA, com pena de mestre, já anotou que: “A intervenção federal nos Estados” e no Distrito Federal, acresça-se, “é medida excepcionalíssima, que há de ser aplicada com mão avara, para que não reste vulnerado o princípio federativo. Apenas quando se configura uma das situações elencadas, *de modo taxativo (numerus clausus)*, na Constituição da República, é que surgirá, em tese, a possibilidade de a União intervir.” Pontifica, adiante, o jurista que: “O exame, ainda que perfunctório, dos artigos pertinentes da Lei Suprema, revela que somente fatos de gravidade indissolúvel, aptos a pôr em risco a própria integridade da Federação, é que podem render ensejo a esta providência” (17).

7. *Competências atribuídas ao Distrito Federal*

Quanto às competências outorgadas ao DF, importa verificar tanto as legislativas como as tributárias.

a) *Competências legislativas*

De acordo com o expressado no art. 32, § 1.º, “ao Distrito Federal são atribuídas as competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios”.

Em sendo assim, como basicamente são deferidas aos Estados-Membros as competências não vedadas *explícita* ou *implicitamente* pela Lei Fundamental, bem assim aos Municípios aquelas que disserem respeito aos assun-

(17) ROQUE CARRAZZA, ob. cit., p. 185, nota 26.

tos de *interesse local*, consoante, respectivamente, os arts. 25, § 1.º, e 30, I, pode-se dizer que o Distrito Federal titulariza *competências residuais* ou *remanescentes* (no caso, todas aquelas não reservadas à União), *expressas*, que consistem em tudo o que disser respeito ao *interesse local*, ou, em outras palavras, ao seu *peculiar interesse*, e *enumeradas*, que se encontram elencadas nos incisos III a IX do art. 30.

Contudo, ao Distrito Federal não são atribuídas tão-apenas as mesmas competências outorgadas aos Estados e Municípios. Titulariza ele também outros modais de competências: comum, concorrente e suplementar.

As competências *comuns* são aquelas que exercita cumulativamente com os demais entes federados, ou seja, a União, os Estados e os Municípios. Dita espécie de competência tem seus casos arrolados nos incisos do art. 23, sendo que esta, na sua maioria, como assevera MICHEL TEMER⁽¹⁸⁾, abrange “competências de natureza programática” e que “podem cingir-se a atos concretos da Administração”⁽¹⁹⁾.

Competências *concorrentes*, por seu turno, são aquelas enumeradas no art. 24 e cuja legislação compete, como constitucionalmente previsto, concorrentemente, à União, aos Estados e ao Distrito Federal. Note-se que essa espécie de competência, diferentemente da comum, é restrita à atividade legiferante, isto é, à edição de leis do elencado nos incisos do citado dispositivo constitucional. Ressalte-se que dentre esse tipo de competência incluem-se matérias de relevo, como, por exemplo, aquelas atinentes ao Direito Tributário, Financeiro, Previdenciário, Econômico e Urbanístico.

Por fim, a competência *suplementar* deflui da concorrente, uma vez que, nos termos do art. 24, § 1.º, “no âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais”, sendo que, segundo o § 2.º do mesmo preceptivo, “a competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.” Daí, portanto, a referida competência suplementar. Mas, como ao DF cabem as mesmas competências reservadas aos Estados, segundo o já visto, lícito é concluir-se que a ele também se aplica a faculdade de legislar suplementarmente, nos termos do art. 24, § 2.º, da Constituição da República. Aliás, como a ele também são atribuídas as competências conferidas aos Municípios, também poderá suplementar a legislação federal, no que cou-

(18) MICHEL TEMER, ob. cit., p. 86.

(19) Sobre essa espécie de competência, TOSHIO MUKAI, in *Administração pública na Constituição de 1988*, São Paulo, p. 11, observa: “Não atinamos com este tipo de competência, pelo menos no que toca à sua utilidade e eficácia. A nosso ver servirá para trazer confusões na matéria. Foi absoluta e completamente infeliz o legislador constitucional ao prescrever este tipo de competência, mormente quando (...) há matérias que são da competência comum e concorrente ao mesmo tempo. Ora, uma coisa não pode ser ao mesmo tempo duas coisas, a não ser no plano das idéias...”

ber, de acordo com o permissivo insculpido no art. 30, inciso II, do Texto Maior.

Sintetizando: possui o Distrito Federal competências *residual, expressa e enumerada*, bem assim *comum, concorrente e suplementar*.

b) *Competências tributárias*

De se ver, agora, como traçada constitucionalmente a competência tributária da pessoa jurídica de direito público em pauta.

Preliminarmente, com fundamento no art. 145, tem-se que o Distrito Federal, ao lado da União, Estados e Municípios, goza de *capacidade tributária*, eis que contemplado com a faculdade de instituição de tributos. Assim sendo, poderá estabelecer: "I — impostos; II — taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição; III — contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas."

Relativamente à *competência do DF para instituir impostos*, de acordo com o art. 155, poderá criar, como os Estados, impostos: a) sobre transmissão *causa mortis* e doação, de quaisquer bens ou direitos; b) operações relativas a circulação de mercadorias e sobre prestações entre Estados e o DF e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; e c) propriedade de veículos automotores. Como ao Distrito Federal também cabem os impostos municipais, *ex vi* do art. 147, *in fine*, poderá instituir os referentes a: a) propriedade predial e territorial urbana; b) transmissão *inter vivos*, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição; c) vendas a varejo de combustíveis líquidos e gasosos, excetuado o óleo diesel; e d) serviços de qualquer natureza não compreendidos no art. 155, I, b, da Constituição Federal.

Incontrovertível, em consequência, a *competência tributária* conferida ao Distrito Federal, da qual decorre, por óbvio, a sua *autonomia financeira*, com esta reforçando sua autonomia política.

Do exposto, claro fica a largueza de competências atribuídas ao DF.

8. *Natureza jurídica do Distrito Federal*

O Distrito Federal, ente estatal com assento constitucional, é categorizado pelo Código Civil, juntamente com a União, os Estados e os Municípios, como *pessoa jurídica de direito público interno* (20).

(20) Estabelece o Código Civil: "Art. 14 — São pessoas jurídicas de direito público interno: I — a União; II — cada um dos seus Estados e o Distrito Federal; III — cada um dos Municípios legalmente constituídos."

Sem embargo do já vetusto balizamento legal fornecido pelo Estatuto Civil de 1917, certo é que inexistente um consenso entre os doutos sobre a conceituação do Distrito.

Assim é que RUI BARBOSA, como já apontado alhures, qualificava-o como “um semi-Estado, um quase-Estado”. Isso, esclareça-se, ao tempo da primeira Carta Republicana.

CASTRO NUNES, por sua vez, já antes de 1940, entendia tratar-se de uma “autarquia federal”⁽²¹⁾, no que foi acompanhado posteriormente por JOSÉ AFONSO DA SILVA, que, durante a vigência da Constituição de 1967, com a EC n.º 1/69, a tal definição ainda aditava que o DF não se constituía em Estado e tampouco em Município, mas sim possuía uma “posição peculiar”⁽²²⁾.

Discorrendo também sobre o assunto, HELY LOPES MEIRELLES conceituou-o, num primeiro momento, como “município anômalo”, para, depois, sob a ordem constitucional precedente à atual, asseverar tratar-se de um “Estado-Membro anômalo, entidade estatal portanto, e não apenas autarquia territorial, como o são os Territórios Federais. (...) Entretanto, o Distrito Federal não é Estado, nem Município, constituindo uma entidade estatal anômala”⁽²³⁾.

Entrementes, as conceituações do DF não se cingem somente a essas, posto que mais há, como aquela que reza ser ele “mais que um Município, e menos que um Estado”, defendida, entre outros, por juristas da nomeada de DIOGO FIGUEIREDO MOREIRA NETO, JOSÉ PAULO SEPULVEDA PERTENCE, LUIZ RAPHAEL MAYER e PEDRO CALMON⁽²⁴⁾.

(21) CASTRO NUNES, in O Distrito Federal como autarquia local e os serviços a cargo da União, *Revista Direito*, 1:79, 1940, apud JOSÉ CRETELLA JUNIOR, Distrito Federal, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, São Paulo, Saraiva, 1977, v. 29, pp. 21-2.

(22) JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 1976, v. 1, pp. 191-2.

(23) HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 11ª ed. atual., São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 1986, pp. 678-9.

(24) Os três primeiros citados por EMMANUEL FRANCISCO MENDES LYRIO, Distrito Federal: pessoa política e o exercício de suas funções administrativa, legislativa e judiciária, *Revista de Informação Legislativa*, (20) 77:259-60, jan./mar. 1983; o último por HÉBER AMERICANO SILVA, *Direito Constitucional*, São Paulo, Javoli, 1967, v. 1, p. 291.

Similar, ainda, é o prelecionado pelo saudoso mestre PONTES DE MIRANDA: “é entidade municipal, próxima da entidade do Estado-Membro” (25).

Outra definição sobremaneira difundida e por muitos acolhida, entre os quais por EMMANUEL LYRIO (26), é a que apregoa ser o Distrito Federal uma “pessoa jurídica *sui generis* ou peculiar”.

Por fim, importa referir a substanciosa lição de CARLOS AYRES BRITTO (27), que, “em primoroso trabalho apresentado como conclusão de disciplina de mestrado pela PUC-SP”, conforme afirma MICHEL TEMER, atribuiu ao Distrito Federal a “natureza de pessoa jurídica e territorial”. Mais ainda, insurge-se AYRES BRITTO “contra a categorização do DF como autarquia, pois são tais e tantas as peculiaridades de seu regime jurídico que apenas se o identificará mediante a rotulação que o constituinte utilizou: Distrito Federal. *E com esta afirmação, continua o jurista, de aparente tautologia, descartamos, por nos parecerem atécnicas, as asserções de quase Estado, mais que Municípios, um Município sui generis e expressões assemelhadas, com as quais parte da doutrina vem categorizando o Distrito Federal*”.

Ora, bem, através dessas poucas proposições acerca de definição do DF, as quais, vale lembrar, foram emitidas na vigência dos diversos Textos Fundamentais que antecederam o presente, nítida fica a controvérsia sobre o assunto existente na seara doutrinária.

Já sob o regime constitucional inaugurado em 1988, tão apenas três constitucionalistas manifestaram-se, até esta oportunidade, sobre a natureza jurídica do Distrito Federal: MICHEL TEMER, CELSO BASTOS e JOSÉ AFONSO DA SILVA.

O primeiro ensinando que a entidade estatal em questão é “pessoa jurídica de direito público, com capacidade legislativa, administrativa e judiciária. É, hoje, como a União, Estados e Municípios, autônomo politicamente” (28).

O segundo, à sua vez, averbando que: “Com a atual Constituição o Distrito Federal alcança o *status* de pessoa política, uma vez que ganhou

(25) PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1, de 1969*, 2ª ed. rev., São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 1970, t. 1, p. 503.

(26) EMMANUEL FRANCISCO MENDES LYRIO, ob. cit., p. 260.

(27) Cit. por MICHEL TEMER, *Elementos...*, 3ª ed., 2 tir., São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 1985, pp. 106-7.

(28) MICHEL TEMER, ob. cit. nota 3, p. 102.

competências legislativas, a serem desempenhadas pela Câmara Legislativa, que deverá criar, inclusive, a própria lei orgânica do Distrito" (29).

Por fim, o último, entendendo bastar "concebê-lo como uma *unidade federada* com autonomia parcialmente tutelada" (30).

Dessas três categorizações trazidas a lume, forçoso é notar, sem embargo das diferentes redações, que muitos são os pontos de contato existentes.

Assim, sobreleva reparar que, explícita ou implicitamente, estão presentes as seguintes notas caracterizadoras da essência, da natureza do Distrito Federal: o ser *pessoa jurídica de direito público*; o ser dotado de *autonomia político-constitucional*; e o ser *integrante da Federação*.

No entanto, com a devida vênia dos doutos juristas citados, quer parecer que ausente está uma nota estritamente peculiar ao aludido ente estatal, ou seja, a sua especial condição de *abrigar a Capital da União, a Capital Federal*, que, em face do já examinado, é a cidade de *Brasília*, região administrativa do Distrito Federal, que, apesar de não se constituir em Município, possui assento na Constituição.

Nesse passo, pois, parece proceder a conclusão de que o Distrito Federal é de ser entendido como pessoa jurídica de direito público dotada de autonomia político-constitucional e integrante da Federação brasileira, além de abrigar a Capital Federal.

Todavia, como o conceito de pessoa política acaba por abarcar os traços decorrentes da autonomia, possível é sintetizar ainda mais tal definição. Daí se poder dizer que o Distrito Federal é *pessoa política componente da Federação brasileira, que encerra a Capital Federal*. Assim, portanto, se entende a sua natureza jurídica ante o perfil traçado pela Lei Mater de 1988.

9. Conclusões

Em face de todo o expandido, possível é concluir-se o seguinte:

1. Dentre as inovações e particularidades evidenciadas no Estado derivado da Constituição de 1988, está a expressa integração, ao lado da União e dos Estados-Membros, do Distrito Federal e dos Municípios na Federação brasileira.

(29) CELSO BASTOS, *ob. cit.* nota 14, p. 281.

(30) JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 5ª ed. rev. e ampl. de acordo com a nova Constituição, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 1989, p. 545.

2. O Distrito Federal, sucessor do Município Neutro e sede dos Governos Federais, na grande maioria das Cartas Republicanas que a atual precederam, sempre foi instituído de forma a contar com um chefe do Executivo, ora eleito, ora nomeado pelo Presidente da República, e de um órgão deliberativo ou legislativo próprio, bem assim de representação junto ao Senado Federal e à Câmara dos Deputados.

3. Cada ordenamento constitucional empresta feições próprias ao modelo federativo que adota, distinguindo-o dos demais, razão esta pela qual inexistente uma caracterização doutrinária que a todos acolha de forma integral.

4. Apesar de o Distrito Federal não ser, sob o aspecto *material*, entidade necessária à Federação, certo é que foi ele, *formalmente*, nela inserido, consoante o estatuído pelos arts. 1.º e 18 da atual Magna Carta. Por conseguinte, constituiu-se ele em ente estatal efetivamente integrante ao modelo federativo brasileiro.

5. Além de titularizar competências próprias, é o DF detentor de *capacidade legislativa*, *capacidade administrativa* e *autonomia financeira*, características essas que implicam na *autonomia* que lhe é constitucionalmente assegurada.

6. A possibilidade de intervenção federal no Distrito Federal é, antes de mais nada, fato que realça a sua autonomia, já que o constituinte, permitindo a adoção da medida extrema tão apenas em casos excepcionalíssimos e expressamente previstos, consagrou o princípio da não-intervenção.

7. Ao Distrito Federal são atribuídas as mesmas competências deferidas aos Estados e Municípios; daí, pois, titularizar competências *residuais*, *expressas* e *enumeradas*. Mais ainda, também lhe foram outorgadas competências *comuns*, *concorrentes* e *suplementares*.

8. O Distrito Federal se constitui, essencialmente, em *pessoa política componente da Federação brasileira, que encerra a Capital da União*. Esta, em consequência, a sua natureza jurídica.

Bibliografia

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Forense, 1969. V. 2.

BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. Col. e ord. **Miguel Pires**. São Paulo, Saraiva & Cia., 1934. T. 5.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*, 11ª ed., reform. de acordo com a CF de 1988. São Paulo, Saraiva, 1989.

BASTOS, Celso Ribeiro & MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo, Saraiva, 1988. V. 1.

CARRAZZA, Roque Antônio. Princípio federativo e tributação. *Revista de Direito Público* 71:172-86, jul./set. 1984.

CRETELLA JÚNIOR, José. Distrito Federal in *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo, Saraiva, 1979. V. 29.

DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. São Paulo, Saraiva, 1989.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 17ª ed. rev. e atual. São Paulo, Saraiva, 1989.

LYRIO, Emmanuel Francisco Mendes. Distrito Federal: pessoa política e o exercício de suas funções administrativa, legislativa e judiciária. *Revista de Informação Legislativa* (20) 77:259-68, jan./mar. 1983.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 11ª ed. atual. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 1985.

MELO FRANCO, Afonso Arinos de. *Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro, *Revista Forense*, 1957.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com Emenda nº 1, de 1969*. 2ª ed. rev. São Paulo. *Revista dos Tribunais*, 1970. T. 1.

MUKAI, Toshio. *A administração pública na Constituição de 1988*. São Paulo, Saraiva, 1989.

SCHWARTZ, Bernard. *Direito Constitucional Americano*. Trad. Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro, Forense, 1966.

SILVA, Héber Americano. *Direito Constitucional*. São Paulo, Javoli, 1987, V.1.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 1976. V. 1.

_____. 5ª ed. rev. e ampl. de acordo com a nova Constituição. _____, 1989.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 3ª ed., 2. tir. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 1985.

_____. 5ª ed. ampl. e rev., de acordo com a Constituição Federal de 1988. _____, _____, 1989.

O Juiz e a Constituição Federal

SIDNEY SANCHES
Ministro do Supremo Tribunal Federal

O tema “O Juiz e a Constituição” sugere-me duas idéias ou duas indagações: como a Constituição trata o Juiz? E como o Juiz deve tratar a Constituição?

Desdobrarei a exposição à busca de resposta a essas indagações.

1. *Como o Juiz é tratado pela Constituição*

1.1 A Constituição Federal de 5-10-1988 cuida do Poder Judiciário, no Capítulo III, em 34 artigos (92 a 126).

Dedica a Seção I às Disposições Gerais e as seguintes ao Supremo Tribunal Federal, ao Superior Tribunal de Justiça, aos Tribunais Regionais Federais e Juizes Federais, aos Tribunais e Juizes do Trabalho, aos Tribunais e Juizes Eleitorais, aos Tribunais e Juizes Militares, aos Tribunais e Juizes dos Estados.

Não iremos cuidar aqui da estrutura, da organização, da composição, da competência e do funcionamento dos vários órgãos do Poder Judiciário.

Vamos cuidar apenas das normas constitucionais que cuidam da pessoa do Juiz, como membro do Poder Judiciário.

1.2 Começo pelo art. 93, segundo o qual lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura.

Esclareço que, como membro e relator da Comissão do Supremo Tribunal Federal, incumbida de submeter ao Tribunal sugestões para o anteprojeto a ser proposto por este, devo levar, no mês de fevereiro próximo, as primeiras idéias a respeito.

A questão primeira é esta: a expressão “Estatuto da Magistratura” tem o mesmo significado de “Lei Orgânica da Magistratura Nacional”, com a mesma abrangência que a Constituição anterior lhe dava, para estabelecer normas relativas à organização, ao funcionamento, à disciplina, às vantagens, aos direitos e aos deveres da magistratura, ou com um sentido mais restrito de lei reguladora, apenas, de direitos e deveres dos magistrados?

1.3 Observo que a Constituição, ao dizer que lei complementar disporá sobre o Estatuto da Magistratura, fixa, desde logo, alguns princípios,

(*) Palestra proferida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 27 de janeiro de 1989.

que devem ser observados, o que, obviamente, não exclui outros com eles não incompatíveis.

Alguns princípios, desde logo fixados, são os seguintes (art. 93):

I — ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de Juiz Substituto, através de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação;

II — promoção de entrância para entrância, alternadamente, por antigüidade e merecimento, atendidas as seguintes normas:

a) é obrigatória a promoção do juiz que figure por três vezes consecutivas ou alternadas em lista de merecimento;

b) a promoção por merecimento pressupõe dois anos de exercício na respectiva entrância e integrar o juiz a primeira quinta parte da lista de antigüidade desta, salvo se não houver com tais requisitos quem aceite o lugar vago;

c) aferição do merecimento pelos critérios da presteza e segurança no exercício da jurisdição e pela freqüência e aproveitamento em cursos reconhecidos de aperfeiçoamento;

d) na apuração de antigüidade, o tribunal somente poderá recusar o juiz mais antigo pelo voto de dois terços de seus membros, conforme procedimento próprio, repetindo-se a votação até fixar-se a indicação;

III — o acesso aos tribunais de segundo grau far-se-á por antigüidade e merecimento, alternadamente, apurados na última entrância ou, onde houver, no Tribunal de Alçada, quando se tratar de promoção para o Tribunal de Justiça, de acordo com o inciso II e a classe de origem;

IV — previsão de cursos oficiais de preparação e aperfeiçoamento de magistrados como requisitos para ingresso e promoção na carreira;

V — os vencimentos dos magistrados serão fixados com diferença não superior a dez por cento de uma para outra das categorias da carreira, não podendo, a título nenhum, exceder os dos Ministros do Supremo Tribunal Federal;

VI — a aposentadoria com proventos integrais é compulsória por invalidez ou aos setenta anos de idade, e facultativa aos trinta anos de serviço, após cinco anos de exercício efetivo na judicatura;

VII — o juiz titular residirá na respectiva comarca;

VIII — o ato de remoção, disponibilidade e aposentadoria do magistrado, por interesse público, fundar-se-á em decisão por voto de dois terços do respectivo tribunal, assegurada ampla defesa.

1.4 Observo que, dentre os princípios fixados, desde logo, pela Constituição Federal e a serem observados no futuro Estatuto da Magistratura, há

alguns que não dizem respeito apenas a direitos e deveres do Juiz, mas também ao próprio funcionamento da instituição.

Assim é que, pelo inciso IX, todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público exigir, limitar a presença em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes.

Pelo inciso X, as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta.

Nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais da competência do tribunal pleno.

O disposto nesses três incisos, cuidando não apenas de direitos e deveres do Juiz, mas também do funcionamento de órgãos do Poder Judiciário, e envolvendo matéria tratada pela Constituição, a ser observada no futuro Estatuto da Magistratura, permite o entendimento de que este não deve, então, abordar apenas direitos e deveres dos magistrados.

1.5 Outra questão que surge é a seguinte: se a Constituição considera necessária uma lei complementar que disponha sobre o Estatuto da Magistratura Nacional, permitindo-lhe tratar de direitos e deveres dos Magistrados, pergunta-se: o Estatuto, que trata de deveres, deve tratar também das sanções por seu descumprimento? Estaria aí a possibilidade, ou até a necessidade, de recriação de um órgão nacional de disciplina dos magistrados, sem prejuízo dos órgãos estaduais ou federais a que estejam subordinados? Ou a autonomia das Justiças Estaduais e Federal o impediria?

É um tema que exige madura reflexão.

1.6 Quatro quintos dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal e Territórios serão compostos de juizes de carreira, pelo que se extrai, *a contrario sensu* do art. 94, que cuida do quinto destinado a membros do Ministério Público e advogados.

1.7 O art. 95 outorga certas garantias aos juizes:

I — vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado;

II — inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII;

III — irredutibilidade de vencimentos, observado, quanto à remuneração, o que dispõem os arts. 37, XI, 150, II, 153, III, e 153, § 2.º, I.

O art. 37, item XI, mencionado nesse inciso, é o que trata de limite máximo e relação de valores entre a maior e a menor remuneração dos servidores públicos dos três Poderes.

O art. 150, II, também aí referido, é o que veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibindo qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos.

O art. 153, III, é o que trata da competência da União para instituir Imposto sobre Renda e proventos de qualquer natureza.

E o art. 153, § 2.º, I, é o que determina seja tal imposto informado pelos critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade, na forma da lei.

Vale dizer, quanto à garantia da irredutibilidade de vencimentos, a Constituição faz essas restrições.

1.8 Compete aos tribunais, na forma prevista na Constituição, o provimento dos cargos de juízes de carreira da respectiva jurisdição (art. 96, I, c) e conceder licença, férias e outros afastamentos a seus membros e aos juízes que lhes forem imediatamente vinculados (93, I, f).

1.9 Ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça compete propor ao Poder Legislativo, observado o disposto no art. 169, a fixação de vencimentos de seus membros, dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver (art. 96, II, b).

1.10 Aos Tribunais de Justiça compete julgar os juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral (art. 96, III).

1.11 Juízes togados, ou togados e leigos, compõem os juizados especiais de que trata o inciso I do art. 98.

1.12 Os Ministros do Supremo Tribunal Federal são julgados pela própria Corte, nas infrações penais comuns (art. 102, I, b).

1.13 Também são julgados pelo Supremo Tribunal Federal, por infrações penais comuns, os membros dos Tribunais Superiores (art. 102, I, c).

1.14 Compete ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar, originariamente, nos crimes comuns e de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitores e do Trabalho (art. 105, I, a).

1.15 O parágrafo único do art. 107 determina que a lei discipline a remoção ou a permuta de juízes dos Tribunais Regionais Federais, sua jurisdição e sede.

1.16 Nos crimes comuns e de responsabilidade, os juízes federais, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, são processados e julgados, originariamente, pelos Tribunais Regionais Federais de sua área de jurisdição (art. 108, I, *a*)

1.17 A lei disporá sobre a constituição, investidura, jurisdição, competência, garantias e condições de exercício dos Juízes do Trabalho (art. 113), com observância, é óbvio, das normas constitucionais e do Estatuto Nacional da Magistratura, que será lei complementar.

1.18 Os membros dos tribunais, os juízes de direito e os integrantes das juntas eleitorais, no exercício de suas funções, e no que lhes for aplicável, gozarão de plenas garantias e serão inamovíveis (§ 1.º do art. 121).

1.19 Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios da Constituição (art. 125).

A Constituição dos Estados e a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça (§ 1.º) poderão também tratar de direitos e deveres dos Juízes Estaduais, que não sejam incompatíveis com a Constituição Federal e com o Estatuto Nacional da Magistratura.

1.20 Até aqui cuidei, em linhas gerais, de como a Constituição Federal tratou o Juiz.

Cuidarei agora de como o Juiz deve tratar a Constituição.

2. *Como o Juiz deve tratar a Constituição*

Algumas idéias gerais também podem ser expostas sobre o tema.

2.1 Em princípio, deve o Juiz estar sempre atento a que a Constituição Federal, como lei maior do País, há de presidir toda a sua conduta funcional nos despachos, decisões, sentenças, votos e acórdãos.

As demais normas jurídicas têm sua existência, validade e eficácia dependentes, direta ou indiretamente, da Constituição.

Portanto, deve o Juiz, em sua atuação funcional e nos momentos próprios, recusar a incidência de normas jurídicas infraconstitucionais e que firam a Constituição.

Mesmo que não provocado pelas partes a se manifestar a respeito. Trata-se de dever de ofício.

2.2 Observadas as normas processuais, o Juiz, de qualquer instância, pode e deve reconhecer, para os efeitos do julgamento que a ele está submetido, a inconstitucionalidade de qualquer norma jurídica inferior.

Trata-se de julgamento incidental. Vale dizer: a inconstitucionalidade é apenas afirmada para a solução do caso concreto, sem eficácia *erga omnes*.

2.3 Já a eficácia *erga omnes* da declaração de inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo federal ou estadual só pode ser alcançada mediante ação direta, processada e julgada, originariamente, pelo Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, *a*).

Na verdade, o julgamento de procedência da ação direta de inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, desconstitui a lei ou ato normativo federal ou estadual. Esse julgamento não comporta execução exatamente porque é desconstitutivo.

E, nesse caso, a lei ou ato normativo federal ou estadual está desconstituído perante todos e não apenas em face das partes daquele processo.

2.4 Em resumo: todos os Juízes, de qualquer instância, têm competência para declarar, incidentalmente, com eficácia "interpartes", a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, no julgamento de causa de sua competência originária ou recursal.

2.5 É de se observar que o Juiz singular pode declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo ou administrativo federal, estadual ou municipal, no julgamento de causa que lhe cabe, com eficácia "interpartes".

2.6 Assim, também, todos os Tribunais, no exercício de sua competência originária ou recursal.

2.7 Mas, nos Tribunais (órgãos colegiados), somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial é possível, nas causas de sua competência, a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público (federal, estadual ou municipal) (art. 97 da CF).

2.8 Podem os Estados instituir a representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais, em face da Constituição Estadual, com eficácia *erga omnes*. Trata-se de ação direta, perante Tribunal Estadual, para desconstituição de leis ou atos normativos estaduais ou municipais, por violação à própria Constituição local (§ 2.º do art. 125).

2.9 É curioso observar que não se pode interpor recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça, com alegação de que a decisão recorrida contrariou dispositivo da Constituição Federal, ou declarou a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, ou julgou válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição.

É que essa matéria compete ao Supremo Tribunal Federal, em recurso extraordinário (inciso III do art. 102).

E, em recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça só pode apreciar alegação de que a decisão recorrida contrariou tratado ou lei federal, ou lhes negou vigência; de que julgou válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal; ou de que deu a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Mas nada impede que o Superior Tribunal de Justiça, em sua competência originária ou recursal ordinária, declare, incidentalmente, a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo ou administrativo.

2.10 A legislação processual e os regimentos internos dos Tribunais, complementarmente, é que devem regular os julgamentos incidentais de inconstitucionalidade.

2.11 Volto-me agora para outro tipo de preocupações.

Qual a postura ideal do Juiz, em face da Constituição, em sua conduta funcional?

Deve partir do pressuposto de que ela regula a Nação em todos os seus aspectos.

E dar-lhe a interpretação que sua formação jurídica filosófica, política, econômica, social, moral e religiosa lhe impuser.

É inimaginável uma consciência jurídica individual, despojada de toda essa formação.

É exatamente a *disparidade de formação dos indivíduos e, conseqüentemente dos Juizes*, que leva ao desencontro das idéias, no mundo da interpretação jurídica, inclusive em seu campo mais alto, que é o da Constituição.

Mas é do desencontro das idéias, livre e honestamente debatidas, que pode surgir a interpretação ideal, alcançada mediante um *quorum* constitucionalmente previsto.

2.12 Devo, porém, fazer ainda uma observação.

É que o Juiz só deve afirmar a inconstitucionalidade de um ato normativo e mesmo administrativo, quando não puder ficar no terreno da legalidade. Ou seja, quando não puder se limitar à afirmação de sua ilegalidade.

É que se tal ato afronta a própria lei, essa afronta basta para sua inaplicabilidade.

Considerações finais

3. Não gostaria de encerrar estas despretensiosas considerações, sem submeter aos meus ilustres ouvintes, Juizes recém-ingressados na gloriosa Ma-

gistratura de São Paulo, a que tive a honra de pertencer por mais de vinte e dois anos, algumas reflexões finais: o poder do Juiz, em face da Constituição e das leis, é, ou não, suficiente, para que sua conduta o leve à prática do justo e do jurídico?

Se esse poder for insuficiente, para tal fim, deve ele arrostar a Constituição e as leis? Ou lutar, de algum modo, para que elas se reformem e se ajustem as aspirações de justiça.

Deve, ou não, o Juiz postar-se, intelectualmente, como simples espectador da elaboração da Constituição e das leis e como seu aplicador, até as últimas conseqüências? Ou pode e deve interferir de algum modo no processo daquela elaboração, com a experiência e as convicções que tenha, para que chegue a um resultado melhor.

Penso que o Juiz não pode ficar indiferente ao mundo em que vive. E deve oferecer sua quota, para que o ordenamento jurídico do país se aproxime do ideal, seja em trabalhos de doutrina, no magistério ou em simples sugestões ao Poder competente.

Mas também no exercício da judicatura não pode ficar na letra fria da Constituição ou das leis, sem perquirir de suas finalidades maiores.

O que não pode — penso eu — é, a pretexto de não lhe agradarem a Constituição e as leis, deixar de aplicá-las.

A propósito da luta por idéias, devo dizer que as Escolas de Preparação e Aperfeiçoamento de Magistrados, inclusive a paulista, resultaram de idéias antigas, muito debatidas, que as consideravam necessárias ao aperfeiçoamento do Poder Judiciário. E hoje estão consagradas na Constituição.

Urge aperfeiçoá-las, também, para o que os meus prezados amigos não de dar sua contribuição, inicialmente como freqüentadores, depois como auxiliares, mestres, coordenadores e diretores, ou simples incentivadores.

E como Juízes procurem aproximar-se do ser humano ideal: trabalhador, independente, educado, de bons costumes, estudioso, prestativo, atencioso, dedicado aos legítimos interesses do Poder, a que serve, e da coletividade a que este se destina. Servidores da Constituição, das Leis, do Povo, da Pátria. Amantes da Paz e da Verdade.

Tementes apenas da ira de Deus (os que crêem).

Muito obrigado a todos, pelo comparecimento e pela atenção, com que muito me honraram.

Do recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça

ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO
Ministro do Superior Tribunal de Justiça e
Professor Titular de Direito Processual Civil
da AEUDF

S U M Á R I O

- *Introdução.*
- *A nova estrutura do Poder Judiciário.*
- *Origem do recurso especial.*
- *Função do recurso especial.*
- *Pressupostos e casos de cabimento.*
- *Prequestionamento da questão federal.*
- *Casos de cabimento do recurso especial.*
- *Recurso especial e direito intertemporal.*
- *Processamento do recurso especial.*
- *Encerramento.*

Introdução

A Constituição em vigor, promulgada no dia 5 de outubro de 1988, criou o Superior Tribunal de Justiça e deu-lhe competência para “julgar, em *recurso especial*, as causas decididas em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal; c) der a lei federal interpretação divergente da qual lhe haja atribuído outro tribunal” (art. 105, III).

Conforme se depreende do texto constitucional, o recurso especial, em suma, nada mais é do que o recurso extraordinário antes julgado pelo Supremo Tribunal Federal, com exclusão do seu bojo da matéria constitucional. Daí que, para a sua boa compreensão, convém, de início, fazer breve referência sobre a nova estrutura do Poder Judiciário.

A nova estrutura do Poder Judiciário

Observando-se a atual estrutura do Poder Judiciário, nota-se que dois Tribunais são de índole nacional, exercendo jurisdição sobre as justiças federal e estadual: o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça. O primeiro, Corte predominantemente constitucional, é o órgão de cúpula do Poder Judiciário. O outro é o órgão de cúpula da Justiça comum, isto é, da Justiça estadual e da Justiça federal não especializada. Dentre as relevantes competências atribuídas àquelas Cortes, destacam-se duas de natureza eminentemente federativa, que ensejam o maior número de causas a elas submetidas: a de julgar, respectivamente, o recurso extraordinário e o recurso especial. Através do primeiro, o Supremo exerce, em

Palestra proferida em 20-6-89 no Auditório da OAB — Seção Judiciária do DF, a convite desta.

cada caso concreto, a função de guardião da Constituição (art. 102, *caput*) e, via do outro, o Superior Tribunal de Justiça atua no sentido de assegurar a supremacia da legislação federal sobre a legislação local (estadual e municipal).

Origem do recurso especial

A origem do recurso especial é a mesma do recurso extraordinário, vez que o recurso especial, como antes afirmado, é nada mais que o antigo recurso extraordinário adstrito a matéria infraconstitucional.

O recurso extraordinário, no panorama pátrio, foi inspirado no *writ of error* norte-americano, apoiando-se este no *Judiciary Act*, de 24 de setembro de 1789, lei ordinária alterada pelas leis de 5 de fevereiro de 1867 e de 18 de fevereiro de 1975, cujo art. 25 tinha esta redação:

“Deve ser revista pela Suprema Corte, para ser cassada ou confirmada, a decisão da mais alta corte de um dos Estados, em causa em que se questionar sobre a validade de um tratado, lei nacional ou ato de autoridade da União, e a decisão for contrária à validade; quando se questionar sobre a validade de uma lei ou de um ato de autoridade estadual, sob fundamento de serem contrários à Constituição, a tratado ou a leis federais, e a decisão for pela validade; quando se reclamar algum título, direito ou privilégio ou imunidade com fundamento na Constituição, tratado, lei nacional ou ato de autoridade da União, e a decisão for contra o título, direito, privilégio, imunidade, especialmente invocados pela parte, em face de tal Constituição, tratado, lei ou ato.”

O Decreto n.º 848, de 11 de outubro de 1890, organizando a Justiça Federal, criou o Supremo Tribunal Federal, atribuindo-lhe, dentre outras, a competência para julgar recurso especial, ainda sem denominação, análogo àquele do direito norte-americano.

O texto, na sua essência, embora com alterações, foi mantido pelo art. 59, § 1.º, da Constituição de 24 de fevereiro de 1891, modificado pelo art. 60, § 1.º, daquela Constituição, na redação dada pelas emendas de 6 de setembro de 1926 e, posteriormente, pelo art. 76, III, da Constituição de 16 de junho de 1934; art. 101, III, da Carta Constitucional de 10 de novembro de 1937; art. 101, III, da Constituição de 18 de setembro de 1946; art. 114, III, da Constituição de 24 de janeiro de 1967, dispositivo este alterado pelo art. 119, III, da Emenda Constitucional n.º 1, de 17-10-69.

A denominação recurso extraordinário foi empregada no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, de 26 de fevereiro de 1891, e repetida pela Lei n.º 221, de 20 de novembro do mesmo ano, passando a constar da Constituição de 1934 e das Constituições posteriores.

Foi a Constituição em vigor, promulgada em 5 de outubro de 1988, que passou a referir-se a dois recursos excepcionais: o recurso extraordinário, cabível para o Supremo Tribunal Federal, versando matéria constitucional (art. 102, III), e o recurso especial, endereçado ao Superior Tribunal de Justiça, atinente a matéria infraconstitucional (art. 105, III).

Função do recurso especial

Depreende-se do resumo feito que muitos escólios doutrinários e jurisprudenciais aflorados sob a égide dos textos constitucionais anteriores acerca do recurso extraordinário, particularmente sobre aquele concernente à matéria infraconstitucional, devem ser considerados nos estudos relativos ao recurso especial, sobre o qual passamos a refletir de maneira mais específica.

De início, para a boa compreensão do recurso especial, é importante entender a sua filosofia, a razão da sua existência. A sua função precípua é dar prevaência à tutela de um interesse geral do Estado sobre os interesses dos litigantes (LIEBMAN).⁽¹⁾ O motivo está, segundo lembra BUZAID, em que o erro de fato é menos pernicioso do que o erro de direito. Com efeito, o erro de fato, por achar-se circunscrito a determinada causa, não transcende os seus efeitos, enquanto o erro de direito contagia os demais Juízes, podendo servir de antecedente judiciário.⁽²⁾

Tanto quanto nos países europeus em que há juízos de cassação e revisão, parte o nosso sistema jurídico de que, para a satisfação dos anseios dos litigantes, são suficientes dois graus de jurisdição: sentença de primeira instância e julgamento do Tribunal. Por isso, ao apreciar o recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça, mais que o exame do direito das partes, estará a exercer o controle da legalidade do julgado proferido pelo Tribunal *a quo*.

Em suma a função do recurso especial é tutelar a *autoridade e unidade* da lei federal. E essa função é exercida, segundo ensinamentos de PONTES DE MIRANDA, assegurando a sua *inteireza* positiva (art. 105, III, *a*), a sua *autoridade* (art. 105, III, *b*) e a sua *uniformidade de interpretação* (art. 105, III, *c*).

Pressupostos e casos de cabimento

Os pressupostos gerais do recurso especial são mesmos atinentes aos outros recursos. Todavia, adicionam-se a eles pressupostos específicos, quais sejam:

a) existência de causa decidida em única ou última instância por Tribunais;

(1) Perspectivas do Recurso Extraordinário, *Revista Forense* nº 55, p. 605.

(2) Nova Conceituação do Recurso Extraordinário na Constituição do Brasil in *Estudos de Direito*, p. 183, Saraiva, 1972.

b) que a decisão, a ser impugnada através dele, seja definitiva;

c) existência de questão federal enquadrável nas alíneas do inciso III do art. 105 da Constituição.

Aspecto importante a salientar é que a nova Constituição, ao contrário do que acontecia com o recurso extraordinário, versando matéria infra-constitucional, não admite possa o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça restringir os casos de cabimento de recurso especial (ver Constituição de 1967, com a redação da E.C. n.º 1/69, art. 119, parágrafo único).

O exame do inciso III do art. 105 da Constituição leva-nos a importantes reflexões. Diz o texto que cabe ao Superior Tribunal de Justiça:

“julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:”.

Na exegese do inciso, a primeira questão a ser examinada concerne ao conceito de “causas”. A propósito, ensina AMARAL SANTOS que “causa é qualquer questão sujeita à decisão judiciária, tanto em processos de jurisdição contenciosa como em processos de jurisdição voluntária”. (3)

O texto constitucional emprega, portanto, a palavra “causa” em sentido amplo. O seu conceito é mais abrangente que o de “ação”. Lembra CASTRO NUNES que “qualquer processo, seja de que natureza for, se nele for proferida decisão de que resulte comprometida uma lei federal, é uma causa para os efeitos do recurso extraordinário, ensinamento que vale para o recurso especial. Alerta, porém, o grande jurista que certos procedimentos, relativos a atribuições *administrativas* dos órgãos judiciários, não são propriamente *causas*. Nesse sentido, exemplifica:

“É o que ocorre nos casos em que o Tribunal pratica um ato de natureza administrativa, alheio à sua função específica de órgão judiciário. Exemplos: quando elabora o seu Regimento Interno, impõe uma punição disciplinar, organiza uma lista de candidatos para nomeação ou promoção etc. Se o ato lesa um direito individual, cabe ao prejudicado usar do mandado de segurança ou propor a ação que couber, e será esse o *feito judicial* de cuja *decisão final* caberá então o recurso extraordinário” (leia-se: recurso especial). (4)

Fala o preceito constitucional em causas decididas, *em única* ou *última instância* por Tribunais de Apelação. A decisão há de ser final. Portanto,

(3) *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, 3º Volume, pp. 198-199, Max Limonad, 4ª edição (11ª tiragem).

(4) “Teoria e Prática do Poder Judiciário”, pp. 320-330, Edição *Revista Forense*, 1943.

não caberá o recurso se o acórdão for impugnável através de embargos infringentes.

Decisão proferida em única instância é aquela relativa a causas da competência originária dos tribunais como ação rescisória, revisão criminal, *habeas data* e, ainda, mandado de segurança e *habeas corpus*. Todavia, quanto a estes dois últimos, é importante salientar que só cabe recurso especial se o acórdão conceder a ordem. Se a denegar, o recurso cabível será o recurso ordinário (Constituição, art. 105, II, *a* e *b*). Com atinência ao *habeas data*, a Constituição incidiu em equívoco, olvidando o seu sistema, ao deixar de prever o cabimento de recurso ordinário para o Superior Tribunal de Justiça da decisão que o tenha denegado, proferida pelos Tribunais Regionais Federais (ver arts. 105, inciso II, e 108, inciso I, letra *c*). Neste caso, pois, seja a decisão concessiva ou denegatória, se não versar questão constitucional, o recurso dela cabível será o especial.

A decisão impugnável através do recurso especial há de ser proferida por Tribunais de Apelação da Justiça Comum, seja estadual (Tribunais de Justiça, inclusive do DF e Territórios, e Tribunais de Alçada), seja federal (Tribunais Regionais Federais). O recurso, de que tratamos, não é aplicável a acórdãos proferidos por Tribunais integrantes da Justiça Especializada (Eleitoral, Militar e do Trabalho).

No caso de decisão proferida por Tribunal, resulta que não cabe recurso especial em causa de alçada.

É necessário, ainda, que o acórdão do Tribunal de Apelação da Justiça Comum tenha decidido "questão federal", segundo se depreende das alíneas do inciso III do art. 105 da Constituição. A consequência é que não cabe recurso especial para reexaminar matéria de fato; por ofensa a lei local (estadual ou municipal); por ofensa a Regimento de Tribunais; ou para interpretação de cláusulas contratuais.

A manifestação do recurso especial é adstrita a matéria de direito federal. Há de fundar-se em fatos incontroversos, como tais tidos pelas instâncias ordinárias. Todavia, convém alertar que as questões atinentes à valoração da prova são de direito e não de fato.

Prequestionamento da questão federal

A "questão federal" há de ser prequestionada, ou seja, é necessário que o Tribunal *a quo* a tenha apreciado. Portanto, o prequestionamento é um dos pressupostos de admissibilidade do recurso especial. Sobre o assunto cumpre ressaltar que, a partir da Constituição de 1967, houve quem sustentasse a desnecessidade do prequestionamento. Isso porque a referida Constituição não faz referência à palavra "questionar". Fala que o recurso é cabível quando a decisão recorrida "negar vigência de tratado ou de lei federal" (art. 114, III *a*, com a redação mantida pelo art.

119, III, *a*, da E.C. n.º 1/69), diversamente dos textos constitucionais precedentes (Constituição de 1891, art. 59, § 1.º, *a*): “quando se questionar sobre a validade ou a aplicação de tratados e leis federais; Emenda de 1926, art. 60, § 1.º, *a*: “quando se questionar sobre a vigência ou a validade das leis federais”; Constituição de 1934, art. 79, III, *b*: quando se questionar sobre a vigência e validade de lei federal; Constituição de 1937, art. 101, III, *b*: “quando se questionar sobre a vigência ou validade da lei federal”; Constituição de 1946, art. 101, III, *b*: “quando se questionar sobre a validade da lei federal”. Tal orientação, contudo, afigura-se-me que não se compatibiliza com a razão de ser do recurso especial, que, conforme se pode deduzir da explanação antes feita, é um recurso que tem por escopo a inteireza positiva, a autoridade e a uniformidade de interpretação das leis federais. Sem que, concretamente, o acórdão haja apreciado as questões pertinentes aos citados objetivos, consubstanciados nas três letras do permissivo constitucional, não há ensejo para a atuação da jurisdição excepcional competente para decidir o aludido recurso.

No tópico, pois, tem aplicação os princípios consubstanciados nas Súmulas n.ºs 282 e 356 do Supremo, nestes termos:

“É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.”

“O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.”

Sustentou-se, sob a égide da Constituição anterior, a inconstitucionalidade da Súmula n.º 282 supratranscrita, a qual, no entanto, foi repelida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao decidir os ERE 96802 (Ag Rg) — RJ (RTJ 109/299-304). O relator do citado precedente foi o insigne processualista Ministro ALFREDO BUZAID, que, no seu douto voto, demonstrou que a doutrina brasileira nunca hesitou em consagrar a referida orientação, PEDRO LESSA, *Do Poder Judiciário*, p. 101; MATOS PEIXOTO, *Recurso Extraordinário*, pp. 89 e seguintes), sendo coincidente com as doutrinas consagradas sobre o assunto nos Estados Unidos da América (COOLEY, *A Treatise of Constitutional Limitations*, 6.ª edição, Boston, 1890, pp. 18 e 19); na Argentina (BIELSA, *La Proyección Constitucional y el Recurso Extraordinario*, Buenos Aires, 1958, p. 248) e na República Federal da Alemanha (STEIN — IONAS — SCHÖNKE, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 17.ª ed., obs. n.º 1 ao § 561).

Sobre o assunto, não pode ser acolhido o argumento no sentido de que, então, o Supremo podia dispor, no seu Regimento, sobre o processo e julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal. Com efeito, a questão é de ordem constitucional, não se podendo invocar para solucioná-la textos de ordem infraconstitucional.

Assinale-se que a regra do prequestionamento ajusta-se ao princípio da eventualidade, segundo o qual as partes devem suscitar desde logo todas as questões a serem objeto de decisão, não podendo deixar para fazê-lo ao seu talante, surpreendendo o adversário. De outra parte, é dever dos juízes e Tribunais decidir as questões suscitadas, podendo a parte, no caso de omissão, instá-las a solucioná-las através de embargos declaratórios.

Merece, porém, especial reflexão a questão do prequestionamento implícito em certos casos. A jurisprudência do Supremo, prevalente à época da promulgação da atual Constituição, era no sentido da sua inadmissibilidade (ver *RTJ* 122/863; 47/401; 83/859). Mesmo em casos que, segundo a lei, pudessem ser conhecidos de ofício em qualquer tempo ou grau de jurisdição, como a coisa julgada (*RTJ* 94/743; 98/754; 116/451) e a incompetência absoluta (*RTJ* 88/710; 102/775). Outrora, aquela Colenda Corte admitiu a possibilidade do prequestionamento implícito em se tratando de matéria de ordem pública que possa ser reconhecida em qualquer fase processual. É o caso do decidido no RE 66.103, onde se lê: "A decadência é matéria de ordem pública e pode ser declarada em qualquer fase processual, mesmo no recurso extraordinário, e ainda que não prequestionada" (*RTJ* 56/642).

É possível, ainda, divisar casos peculiares que devem escapar à exigência do prequestionamento, como o decidido pelo Supremo no RE 75.413 MG, Relator para o acórdão o preclaro Ministro XAVIER DE ALBUQUERQUE, que, assim, fundamentou, no tópico, o seu douto voto (*RTJ* 65/574):

"O eminente Relator não conheceu do recurso por falta de prequestionamento dessas matérias. Sou forçado a dissentir, *data venia*, menos por contestar as razões de S. Ex.^a do que por verificar que, dadas as circunstâncias do caso, o exame desse requisito técnico de admissibilidade do recurso extraordinário reclama certa tolerância, sem a qual a prevalência da decisão recorrida conduzirá a recorrente à situação esdrúxula de ter, teoricamente, o direito que persegue, mas não ter ação para perseguir-lo. Na verdade, absolvição da instância não a impediria de reiterá-la, propondo nova ação; mas não lhe seria possível, passando em julgado a decisão recorrida, propor essa nova ação, porque condicionada à prova de pagamento devido não por ela, mas por terceiro, o adquirente de imóvel. Basta a perspectiva desse impasse para convencer, a meu ver, de que a aplicação do citado dispositivo legal se fez de modo a lhe negar a vigência, isto é, sua incidência no sentido verdadeiro e limitada ao caso previsto."

Em tal contexto, parece-me que a regra, a ser admitida na grande maioria dos casos de recurso especial, é a do prequestionamento. Todavia,

em casos excepcionalíssimos, especialmente no tocante a questões que possam ser conhecidas, por expressa disposição legal, em qualquer tempo ou grau de jurisdição, é de atenuar-se o rigor da regra.

Sendo o assunto controvertido, penso que os advogados, antes de manifestarem o recurso especial, deverão examinar cuidadosamente se a questão federal que pretendem suscitar foi, ou não, objeto de expressa apreciação pelo Tribunal de apelação. Se não o foi, deverão insistir na sua apreciação através de embargos declaratórios. Interpostos estes, ainda que o Tribunal persista em não apreciar a referida questão, aberta estará a via do recurso especial. É claro que, nos declaratórios, não poderá o recorrente suscitar questão nova, não agitada até o momento da sua interposição, pois, em tal caso, a omissão é do acórdão e não da parte (RTJ 102/412). A sua admissão implicaria, pois, ofensa ao princípio da eventualidade (CPC, art. 300).

Casos de cabimento do recurso especial

Os casos de cabimento do recurso especial são os previstos nas alíneas *a*, *b* e *c* do art. 105 da Constituição.

De acordo com a alínea *a*, cabe recurso especial quando a decisão recorrida “contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhe vigência”.

Os textos constitucionais anteriores usavam expressões semelhantes: decisão for contra a validade, ou a aplicação de tratados ou leis federais (Constituição de 1891); decisão for contra a letra de tratado ou lei federal (Constituição de 1934); decisão for contra a letra de tratado ou lei federal (Constituição de 1937); decisão for contrária à letra de tratado ou lei federal (Constituição de 1946); decisão negar vigência de tratado ou lei federal (Constituição de 1967 e E.C. n.º 1/69).

Do estudo das expressões utilizadas pelas várias Constituições, resulta que “contrariar”, “negar vigência”, “negar vigor” e “negar aplicação” à lei federal é tudo a mesma coisa, segundo se depreende do brilhantíssimo voto que o eminente Ministro Prado Kelly proferiu no RE 42.255 (RTJ 43/666-684), tendo o sentido que, a seguir, passarei a explicitar. Em suma, segundo os autores em que se baseou na fundamentação do seu voto, “aplicar a lei com violação da sua expressa disposição é o mesmo que não aplicá-la ou tê-la por inexistente ou revogada. As leis foram feitas para serem cumpridas e não iludidas ou postergadas” (Ministro AQUINO DE CASTRO). O que importa é que “a tese da lei tenha sido desobedecida” (CÂNDIDO DE OLIVEIRA).

É importante, pois, salientar que a expressão “negar vigência” não se adstringe a mera questão de eficácia da lei no tempo, consistente em saber se “uma lei *vige*, já *não vige* ou *ainda não vige*” (Ministro CASTRO NUNES). A cláusula “negar vigência” equivale à cláusula “negar aplicação”

da Constituição de 1891: deixar de reconhecer eficácia à norma federal no caso concreto. Significa aplicar a lei federal erroneamente com ofensa da sua letra ou do seu espírito. Ou seja: quando o Tribunal recorrido comete erro de direito através de *violação* ou da *falsa aplicação* da lei. Segundo ensina BUZAID, “dá-se a violação, quando no julgamento foi posta norma diversa da existente; dá-se a falsa aplicação, quando se subsumiu na norma posta fato diverso daquele que a norma prevê. Considerando-se a sentença como um silogismo, a violação consiste assim num erro da premissa maior; a falsa aplicação na sua conclusão” (5).

Tais ensinamentos foram bem resumidos pelo Ministro ALIOMAR BALEEIRO, no voto publicado na RTJ 64/677: “Por vezes, sustentei que não aplicar o dispositivo indicado, ou aplicar o não indicado, assim como dar o que a lei nega, ou negar o que ela dá, equivale a negar vigência de tal lei. E ainda continuo convencido disso, pois nenhum juiz recusa vigência à lei, salvo casos excepcionalíssimos de direito intertemporal ou de loucura furiosa” (6).

Assinalo que a expressão lei federal é empregada em sentido amplo, abrangendo, pois, decretos, regulamentos, portarias, avisos e outros atos normativos.

Por último, cumpre fazer breve observação sobre a regra consubstanciada na Súmula n.º 400 do Supremo, segundo a qual “a decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra *a* do art. 101, III, da Constituição Federal”. O verbete é muito criticado — e com razão — pela inclusão no seu texto da expressão “ainda que não seja a melhor”. Todavia, afastado o deslize de ordem redacional, não há como deixar de reconhecer que o princípio que encerra é correto. O que quer dizer é o seguinte: se não se trata de alegação de ofensa ou de negativa de vigência da lei federal, mas de divergência quanto à sua interpretação, o recurso extraordinário (hoje especial no que tange à matéria infraconstitucional) há de fundar-se na letra *d* e não na letra *a* do permissivo constitucional (a letra *d*, hoje, corresponde à letra *c* do inciso III do art. 105).

A alínea *b* admite o recurso especial no caso de a decisão recorrida “julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal”.

Objetiva o dispositivo garantir a observância da hierarquia das leis, com a prevalência das leis federais sobre as locais.

O texto fala em “lei ou ato de governo local”. “Local” é no sentido de estadual ou municipal. “Ato de governo” abrange atos administrativos, em sentido amplo, praticados pelo Poder Executivo, pelo Poder Legislativo

(5) *Opus cit.*, pp. 182 e 183.

(6) Citado por Sérgio Bermudes em seus “Comentários ao Código de Processo Civil”, *Revista dos Tribunais*, 1975, p. 254.

e pelo Poder Judiciário. Para tal efeito, as leis atinentes ao Distrito Federal, como a de organização judiciária, são locais.

Com fundamento na letra *c* do permissivo constitucional, cabe recurso especial quando a decisão recorrida “der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal”.

Em tal hipótese, a finalidade do recurso especial é uniformizar a interpretação da lei federal. A divergência interpretativa há de ocorrer entre dois Tribunais estaduais, entre dois Tribunais Regionais Federais, ou entre um Tribunal Estadual e um Regional Federal. E ainda mais: entre qualquer dos citados Tribunais de Apelação e o Superior Tribunal de Justiça.

O recurso não é, pois, cabível para superar divergência entre órgãos dos próprios Tribunais de Apelação quanto à interpretação de lei federal. Nesse caso, a unicidade interpretativa desta há de ser obtida através da uniformização de jurisprudência. Só a divergência interpretativa externa, isto é, ocorrida entre Tribunais diversos, pode ensejar o recurso especial.

A decisão trazida a confronto, para fins de caracterização da divergência, há de ser final. Se ela ainda pode ser reformada pelo próprio Tribunal que a proferiu — e quem sabe se no sentido do acórdão do que se interpôs o recurso especial? — ainda não se pode falar em divergência entre Tribunais (?).

Julgados do mesmo Tribunal não servem para fundamentar o recurso especial por divergência jurisprudencial (ver Súmula n.º 369 do STF, atinente ao extraordinário). A divergência, porém, pode ocorrer até mesmo entre dois Tribunais do mesmo Estado, entre o Tribunal de Justiça e o Tribunal de Alçada, por exemplo.

Recurso especial e direito intertemporal

Sobrevindo a nova Constituição, diversas questões de direito intertemporal surgiram no que concerne ao recurso extraordinário. Quanto à matéria, limitou-se o § 1.º do art. 27 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias a dizer que, “até que se instale o Superior Tribunal de Justiça, o Supremo Tribunal Federal exercerá as atribuições e competências definidas na ordem constitucional precedente”. Isso significa que até o dia 7 de abril deste ano, data em que foi instalado o Superior Tribunal de Justiça, o recurso extraordinário permaneceu sob a égide da Constituição anterior.

Vigente a nova ordem constitucional, instituidora do recurso especial, várias questões afloraram, tendo em conta a existência de recursos extraordinários cujos processamentos:

(7) SÉRGIO BERMUDEZ, com apelo em precedentes do STF, *opus cit.*, p. 262.

a) haviam sido admitidos pelo Presidente do Tribunal *a quo*;

b) haviam sido denegados, achando-se pendentes de agravo de instrumento ou argüição de relevância;

c) não haviam sido apreciados.

Para solucionar as referidas questões, a regra fundamental é a de que o recurso rege-se pela lei vigorante à época em que foi proferida a decisão. As limitações constitucionais e regimentais, então vigentes, devem incidir, sob pena de ofender direito subjetivo do recorrido. Observadas tais limitações, é razoável admitir-se que o recurso extraordinário concernente a matéria infraconstitucional seja convertido em especial.

Quanto aos recursos admitidos versando sobre matéria infraconstitucional, basta que, após processados, sejam encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça para apreciá-los.

No que tange aos extraordinários admitidos e processados, atinentes a matéria constitucional e infraconstitucional, o Supremo tem encaminhado o processo ao Superior Tribunal de Justiça para julgar, a título de recurso especial, a matéria infraconstitucional, remetendo-lhes após os autos para apreciar a matéria constitucional.

Processando-se o extraordinário em razão unicamente de relevância acolhida, a apreciação do recurso especial em que foi convertido fica adstrita a matéria objeto da relevância.

Se o extraordinário processou-se em razão de provimento de agravo de instrumento, o recurso especial, objeto de conversão, pode ser amplamente examinado, devendo, porém, a extensão do seu cabimento ser apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça, presente a regra antes referida: o recurso rege-se pela lei da época da decisão. Assim, vigentes restrições constitucionais e regimentais à época da decisão recorrida, devem elas incidir.

Interposto o extraordinário por mais de um fundamento infraconstitucional, a sua admissão apenas por um deles não prejudica o seu conhecimento por qualquer outro (Súmula n.º 292-STF).

No tocante aos extraordinários cujo processamento tenha sido denegado, merecem especial reflexão as seguintes hipóteses:

a) Havendo relevância, esta acha-se prejudicada. Todavia, a matéria dela objeto não se acha preclusa, podendo o respectivo extraordinário ser convertido em especial no Tribunal *a quo*.

b) O agravo de instrumento interposto contra a decisão que inadmitiu o extraordinário, versando matéria infraconstitucional, convertido em espe-

cial, com a instalação do Superior Tribunal de Justiça, passa a ser da competência deste.

c) Na hipótese de tratar-se de agravo de instrumento interposto de despacho que indeferiu o extraordinário, manifestado contra acórdão de Tribunal de apelação, *denegatório* de mandado de segurança em instância única, o extraordinário converte-se automaticamente em recurso ordinário para o Superior Tribunal de Justiça (Constituição, art. 105, II, *b*), não se achando este sujeito na origem, a juízo de admissibilidade.

d) Na hipótese da alínea anterior, se a decisão for concessiva do mandado de segurança, o extraordinário, versando matéria infraconstitucional, converte-se em especial, sendo da competência do Superior Tribunal de Justiça o julgamento do agravo interposto contra a inadmissão do seu processamento.

Finalmente, os recursos cuja admissibilidade ainda não havia sido apreciada pelo Presidente do Tribunal *a quo* até 7-4-89, quando sobreveio a instalação do Superior Tribunal de Justiça, deverão sê-lo com observância das regras antes mencionadas.

Processamento do recurso especial

O processamento do recurso especial é análogo ao do recurso extraordinário, eis que aquele é nada mais que este restrito a matéria infraconstitucional.

Portanto, até que seja promulgada lei sobre a matéria, deve ser este o procedimento a ser observado:

a) O recurso deve ser interposto no prazo de quinze dias, contados a partir da publicação do acórdão, através de petição dirigida ao Presidente do Tribunal de Apelação, contendo a exposição do fato e do direito e os fundamentos jurídicos do pedido de reforma da decisão.

b) Recebida a petição, o recorrido será intimado, com vista dos autos pelo prazo de cinco dias, para impugnar o cabimento do recurso.

c) Findo o prazo, com ou sem impugnação, os autos serão conclusos ao Presidente do Tribunal, o qual, em despacho motivado, admitirá, ou não, o recurso no prazo de cinco dias.

d) Admitido o recurso, abrir-se-á vista dos autos, sucessivamente, ao recorrente e ao recorrido, para que cada um, no prazo de dez dias, apresente suas razões.

e) Apresentadas ou não as razões, os autos serão remetidos, dentro de quinze dias, à Secretaria do Superior Tribunal de Justiça, independentemente de preparo (observação: não são devidas custas quanto aos feitos da competência do STJ).

f) O recurso será recebido unicamente no efeito devolutivo.

g) Denegado o recurso especial, caberá agravo de instrumento para o Superior Tribunal de Justiça, no prazo de cinco dias.

h) O agravo de instrumento será instruído com as peças indicadas pelo agravante, dele constando, obrigatoriamente, o despacho denegatório, a certidão de sua publicação, o acórdão recorrido e a petição do recurso extraordinário.

i) O processo e o julgamento do recurso especial, no Superior Tribunal de Justiça, obedecerão ao que dispuser o Regimento deste.

Esclareço que o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça já foi aprovado na sua essência, achando-se, porém, pendente de aprovação a sua redação final, a fim de ser promulgado, o que deverá acontecer nesta semana ou na próxima. Hoje, ainda, vigora o Ato Regimental n.º 1, de 10 de abril deste ano, cujo parágrafo único do art. 24 diz o seguinte:

“Aplicar-se-á ao Superior Tribunal de Justiça, no que couber e não contrariar a Constituição e as disposições deste Ato Regimental, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, na parte relativa ao julgamento de recursos, e o do Tribunal Federal de Recursos, quanto ao mais.”

Cumpre, a propósito, ainda, informar que está tramitando na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n.º 2.255, de 1989, do Deputado Plínio Martins, que institui normas procedimentais para processos perante o Superior Tribunal de Justiça.

No que pertine ao recurso especial, procura-se, com as supervenientes sugestões que foram oferecidas à consideração da douta Comissão de Justiça daquela Casa do Congresso Nacional, equiparar o procedimento do recurso especial ao do extraordinário, excluída a fase das razões e contra-razões após o despacho de admissibilidade do recurso.

A meu ver, o recurso adesivo é cabível no caso de interposição de recurso especial, devendo ser interposto no prazo de dez dias contados da publicação do despacho que admitiu o recurso principal.

Providência importante, objeto do projeto, mais de uma vez referido, concerne à hipótese de o agravo de instrumento, interposto contra a decisão denegatória do recurso especial, ser convertido neste último. Diz o texto o seguinte:

“Na hipótese de provimento, se o instrumento contiver os elementos necessários ao julgamento do mérito do recurso especial,

o relator determinará, desde logo, sua inclusão em pauta, observando-se, daí em diante, o procedimento relativo ao recurso especial, admitida sustentação oral."

Cabe, ainda, algumas palavras com relação ao procedimento concernente à interposição simultânea do recurso especial e do recurso extraordinário. Sobre o assunto o anteprojeto da denominada Comissão Afonso Arinos propôs solução, no seu art. 281, nestes termos:

"Quando, contra o mesmo acórdão, forem interpostos recurso especial e recurso extraordinário, o julgamento deste aguardará decisão definitiva do Superior Tribunal de Justiça, sempre que esta puder prejudicar o recurso extraordinário."

Decidindo questões de direito intertemporal, relativas aos recursos extraordinários admitidos, versando matéria constitucional e infraconstitucional, o Supremo tem encaminhado o processo ao Superior Tribunal de Justiça para julgar, a título de recurso especial, a matéria infraconstitucional, remetendo-lhe, após, os autos para apreciar a matéria constitucional (ver questão de ordem suscitada no RE 111.609-AM, Relator Moreira Alves, Ac. DJ 5-5-89, p. 7.163). No mesmo sentido, tem decidido, no caso de recursos extraordinários, atinentes a matéria constitucional e infraconstitucional, com argüição de relevância prejudicada com a instalação do STJ e com o conseqüente exaurimento da eficácia do art. 27, § 1.º, do ADCT, remeter os autos ao Tribunal de origem para que possa desdobrar o recurso extraordinário em novo recurso extraordinário (só matéria constitucional) e em recurso especial (matéria infraconstitucional).

Em razão do exposto, tudo leva a crer que, no caso de interposição concomitante, só após o julgamento do recurso especial os autos deverão ser remetidos ao Supremo Tribunal Federal para julgamento do recurso extraordinário.

Penso, também, que, diante dos argumentos expendidos, a manifestação, perante o Tribunal *a quo*, do recurso extraordinário e do recurso especial, concomitantemente, deva ser feita em petições apartadas, a fim de evitar tumulto na apreciação dos recursos.

A proposta de exclusão da fase de razões e contra-razões permitirá que o recurso denegado possa ser encaminhado ao Tribunal a que é destinado, no caso de provimento do agravo, sem maiores dificuldades.

Encerramento

Essas eram algumas observações que queria trazer à apreciação deste douto auditório acerca do recurso especial. O tema é palpante. As questões a ele atinentes são numerosas. A minha intenção foi a de, colaborando com esta Seccional, trazer ao debate algumas delas, sugerindo-lhes soluções que, no momento, se me afiguram aceitáveis. Se pude ser útil, sentir-me-ei desvanecido.

Normas constitucionais sobre planejamento e ordenação territorial

WERTER R. FARIA

Presidente do Conselho Administrativo de
Defesa Econômica (CADE)

O art. 3.º, II, da Constituição de 1988, reza que a garantia do desenvolvimento nacional é um dos objetivos da República, sendo os demais: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Em primeiro lugar, precisamos conhecer o significado da expressão “desenvolvimento nacional”. No contexto das normas constitucionais e do próprio artigo em que a expressão está engastada, tem o sentido de desenvolvimento econômico e social, e não de crescimento, puro e simples. Aquele caracteriza-se por ser um processo que gera transformações na estrutura econômica e contribui para elevar os níveis social, cultural e político da nação. O simples crescimento preserva a estrutura fundamental da economia, aumenta-lhe as dimensões e provoca o que se chamou de “desenvolvimento do subdesenvolvimento”. O objetivo básico do Estado, no que respeita à garantia do desenvolvimento nacional, é inseparável dos fins indicados nos outros incisos do mesmo art. 3.º da Constituição: a configuração da futura sociedade, a diminuição dos desníveis entre pessoas e regiões e o bem-estar igualitário de toda a população.

Em continuação, devemos investigar de que maneira se atingirá o objetivo de “garantir o desenvolvimento nacional”. A prescrição, a esse respeito, encontra-se no art. 174: “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

Já que um dos fundamentos do Estado é a livre iniciativa, como proclama o art. 1.º da Constituição, não lhe poderia cometer outro papel que o de impulsor da atividade econômica. Nos seus setores básicos, a ação governamental possui caráter apenas normativo e regulador. A interven-

ção econômica que o art. 174 admite tem de resumir-se na ação indireta do poder público federal sobre o comportamento dos sujeitos econômicos para influir em suas atividades, ação sempre e necessariamente empreendida com amparo na lei. A intervenção direta consiste no exercício de atividades econômicas pelo Estado, quer na qualidade de titular de uma exploração, quer na de interveniente no ciclo econômico, como comprador ou vendedor de bens produzidos pelo setor privado, objetivando-lhe a regularização. A terceira modalidade de intervenção direta ocorre quando o Estado interpõe sua autoridade na gestão das empresas privadas.

Em todas as hipóteses, as medidas intervencionistas são limitadas pelo princípio da liberdade de iniciativa econômica privada e pelo disposto nas leis que criaram ou vierem a criar empresas públicas, sociedades de economia mista, autarquias, fundações e respectivas subsidiárias, na forma do art. 37, XIX e XX, da Constituição Federal, e nas leis que estabelecerem preços regulamentados ou de orientação para os produtos agrícolas, nos termos do art. 187, II, assim como para o dos setores nos quais, por razões de fato ou de direito, não houver concorrência. Nos outros setores, o ajustamento econômico tem de processar-se segundo as regras da concorrência. A intervenção do Estado na racionalização dos circuitos de distribuição, na formação e no controle dos preços, deve ater-se à repressão ao abuso do poder econômico, vale dizer, ao controle e punição das práticas comerciais restritivas e seus reflexos sobre os preços dos bens e serviços.

Ao erigir o valor social da livre iniciativa a princípio fundamental da República, a Constituição atribui ao mercado posição superior à do planejamento. Por essa razão, o plano carece de força vinculativa para o setor privado da economia e não altera fundamentalmente as condições econômicas e sociais. Nas sociedades capitalistas, o desenvolvimento econômico não se subordina a nenhum plano. As derradeiras decisões competem aos produtores e consumidores. A expressão "plano indicativo" sugere, etimologicamente, a finalidade da programação, que consiste em transmitir indicações sobre a evolução da economia global, durante certo lapso de tempo, de acordo com os fins do desenvolvimento econômico e social. As indicações, porém, não possuem o caráter coercitivo das que encontramos nos planos socialistas, exceto quanto ao setor público. Para este, o plano deixa de ser uma simples previsão, visto que lhe impõe obrigações. Constituem o setor público as empresas públicas, as sociedades de economia mista e outros entes que exploram atividade econômica. Além do setor produtivo, os poderes públicos em geral, os órgãos da administração direta e indireta, as fundações mantidas pela União, bem assim o setor público regional, são destinatários do plano. No tocante à sua imperatividade quanto ao setor público do Estado, GUILHERME DE OLI-

VEIRA MARTINS (*Lições sobre a Constituição Econômica Portuguesa*, Lisboa, 1938/84, vol. I, p. 141) distingue: “a) os aspectos de mera previsão técnico-econômica, insuscetíveis pela sua própria natureza de aplicação coercitiva; b) e os aspectos relacionados com a determinação (por diplomas a publicar) dos objetivos e das indicações concretas do próprio plano. O Governo deve, assim, tomar a iniciativa da publicação de diplomas que não poderão ir contra as linhas traçadas naquele instrumento de política econômica, sob pena de ilegalidade”. Para o setor privado, as previsões e os objetivos do plano não geram obrigações, porque se rege pelo princípio constitucional da liberdade de iniciativa. No entanto, o plano é imperativo para as empresas dos ramos da iniciativa econômica privada que se obrigarem a realizar programa de investimentos elaborado conforme diretivas do plano. Os “quase-contratos” originam-se de processos de concertação e diálogo da Administração Pública com empresários.

Entre as formas de intervenção econômica, a mais acabada é o planejamento, que, nos países de economia de mercado, tem como fito corrigir as inadequações das decisões tomadas pelos produtores e consumidores e promover a elevação do nível de vida da população.

As nações classificam-se em economias de mercado e economias de planejamento centralizado. Naquelas não há nenhum órgão central para dirigir as atividades econômicas. Porém, diante da possibilidade de que o funcionamento do sistema não atenda os interesses do povo, algumas Constituições, como a brasileira, permitem a edição de leis, nas quais o Estado fundamente o exercício das suas funções de fiscalização, incentivo e planejamento da atividade econômica.

A nossa exposição restringe-se ao planejamento, no quadro da regulamentação do mercado, para promover o desenvolvimento nacional equilibrado. Recorde-se que a Constituição arrola a liberdade de iniciativa econômica privada entre os princípios fundamentais do Estado. Assim sendo, todas as normas concernentes ao planejamento, ainda quando façam parte da Constituição, subordinam-se ao princípio contido no art. 1.º, IV, que tem categoria superior à de todas elas. A intervenção econômica, sob a forma de planejamento, não pode efetuar-se, portanto, em contraposição com o princípio da livre iniciativa, pelo qual se rege toda a atividade econômica no setor privado.

O planejamento tem limite e objetivo constitucionalmente traçados, que são, respectivamente, o regime de competição e o “desenvolvimento nacional equilibrado”. “Um sistema de mercado”, conforme a definição de ROBERT HENRY HAVEMAN e KENYON A. KNOFF (*O Sistema de Mercado*, trad. bras., São Paulo, 1972, p. 13), “é aquele em que os pro-

blemas econômicos fundamentais são resolvidos não por uma autoridade central, mas pelos produtores e consumidores operando em mercados em resposta aos níveis existentes de preço. A essência do sistema de mercado baseia-se no fato de que os bens são produzidos para a troca, sendo as trocas transações monetárias. Todos os fatores de produção e mercadorias produzidas possuem preços que são fixados, no mercado, em consequência da ação de toda uma série de concorrentes, cada um deles procurando tirar o máximo proveito pessoal". Desse modo, o objetivo da intervenção não pode ser a direção planejada do processo produtivo, mas alguma forma de programação compatível com a organização e o processo da economia de mercado.

A finalidade constitucional do plano também não seria atingida se o programa de desenvolvimento econômico e social atendesse os objetivos gerais de uma política econômica destinada a preservar as disparidades atuais, no que concerne à expansão econômica e ao nível de vida das regiões do país.

O plano de desenvolvimento econômico e social é instrumento de previsão e de orientação das atividades econômicas. "Como instrumento de previsão", escreve BERNARD CAZES (*La Planification en France et le IV.º Plan*, Paris, 1962, p. 8), "ele serve para regularizar o curso das atividades econômicas; como instrumento de orientação, permite corrigir algumas tendências espontâneas, julgadas pouco desejáveis". Utilizado como instrumento de orientação das atividades econômicas, o plano de desenvolvimento nacional deve orientá-las no sentido da redução dos desequilíbrios entre as regiões do país. Para ser cumprido o art. 174, § 1.º, da Constituição, o planejamento necessita levar em conta as desigualdades econômicas entre as regiões, sob o aspecto do desenvolvimento econômico e do nível de vida, e introduzir o equilíbrio, na medida do possível. No plano internacional, admite-se a importância do desenvolvimento dos países pobres para garantir o equilíbrio do mundo, comprometido pela divisão em duas partes: uma que permanece pobre e outra que se enriquece progressivamente. Esta situação, como adverte JAN TIMBERG (*La Planification*, Paris, 1967, p. 31), cedo ou tarde conduz a conflitos, sobretudo porque a inferioridade dos países pobres se agravará se não receberem ajuda dos países mais favorecidos. No plano interno, existe a mesma tensão. Assim, no mínimo, a cautela manda reduzir os contrastes entre as regiões. Nessa conformidade, o art. 23, parágrafo único, da Constituição Federal impõe o estabelecimento de normas, mediante lei complementar, que regulem a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento em âmbito nacional. Portanto, na organização e execução do planejamento nacional, regional e

setorial, não pode a União prescindir da colaboração das outras entidades. Todavia, pelo art. 21, IX, tanto a elaboração como a execução dos planos nacionais e regionais de desenvolvimento econômico e social competem à União. Além de constituir exigência constitucional, a cooperação torna factível o equilíbrio do desenvolvimento econômico e social do país. O art. 43, § 1.º, II, determina que lei complementar defina a composição dos organismos que executarão os planos regionais. A mesma norma constitucional integra-os nos planos nacionais de desenvolvimento econômico e social, e prescreve que sejam aprovadas juntamente com estes. Por outro lado, o art. 159, I, c, impõe a entrega, pela União, de três por cento da parcela de quarenta e sete por cento do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados para aplicação em programas de financiamento ao setor produtivo das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, através de suas instituições financeiras de caráter regional, de acordo com os planos regionais de desenvolvimento, assegurada ao semi-árido do Nordeste a metade dos recursos destinados à Região, na forma que a lei estabelecer. Conforme o art. 161, II, cabe à lei complementar baixar normas sobre a entrega dos recursos, especialmente com relação aos critérios de rateio dos fundos, objetivando o equilíbrio sócio-econômico entre Estados e entre Municípios. O art. 192, § 2.º, determina que a União deposite os recursos financeiros destinados a programas e projetos de caráter regional, de sua responsabilidade, em suas instituições regionais de crédito, para serem aplicados por elas.

O art. 174, § 1.º, da Constituição Federal prescreve: “A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.” O mesmo parágrafo põe o Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica. O Estado compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, mas a atribuição normativa e reguladora não pertence a todas as pessoas jurídicas que o integram. Corresponde à União, porque nenhuma outra delas exerce sua competência em todo o país.

A lei de diretrizes e bases do planejamento, prevista no dispositivo constitucional, determinará o conteúdo dos planos de desenvolvimento nacional e o processo de sua elaboração. De acordo com a referida norma, conterà, ainda, disposições sobre o equilíbrio do desenvolvimento econômico e social, a incorporação no plano de desenvolvimento econômico nacional, dos planos regionais e a compatibilização entre eles.

Ao Congresso Nacional compete aprovar os planos, inclusive pluri-
anuais, por meio de lei. No conceito de RAMON MARTIN MATEO e

FRANCISCO SOSA WAGNER (*Derecho Administrativo Económico*, Madrid, 1977, n.º 52), essa fórmula é a mais idônea para conseguir a autovinculação do Estado e de seus diversos poderes. “Ademais, possibilita que o Congresso Nacional, que, num regime democrático, teoricamente, goza de poderes soberanos e unifica as linhas ideológicas e conflitos de interesses que separam as forças sociais, possa pronunciar-se valorativamente sobre os distintos fins que a comunidade política aspira alcançar através do planejamento. Parece óbvio que, se a Lei é a forma suprema de expressão da vontade do Estado e se o Plano contém, na atualidade, a mais importante das decisões que uma comunidade toma, o papel do Parlamento não pode, de modo algum, ser escamoteado.”

A participação do Poder Legislativo verifica-se mediante a preceituação das diretrizes e bases, isto é, dos objetivos gerais e prioridades da programação para uma economia de mercado e uma “sociedade livre, justa e solidária” e da orientação acerca das opções e atividades da União, no que respeita aos investimentos em setores concretos. A participação se renova cada vez que o Congresso Nacional dispõe sobre o plano que o Poder Executivo lhe remete, mas é permanente no acompanhamento e fiscalização da sua execução, a cargo de Comissão mista a que se refere o art. 166, § 1.º, II, da Constituição Federal. WASHINGTON PELUSO ALBINO DE SOUZA (*Direito Económico*, São Paulo, 1980, p. 453) ensina que, “no Estado de Direito, entretanto, o que importa é a aprovação do plano pela lei, justamente para evitar ou disciplinar os atos autoritários que assumam tanto as características despóticas, como os excessos de competência administrativa das autoridades diante da realidade para a qual se tenham definido determinadas linhas de uma política econômica harmônica”. A norma constitucional não determina a duração de cada planejamento, porém, conforme pondera o Prof. WASHINGTON ALBINO (p. 454), “respeitado princípio democrático de que um governo não pode impor medidas administrativas ou político-econômicas ao seu sucessor, a *Lei do Plano* deve ser elaborada e sua vigência deve extinguir-se dentro do período de mandato de um governo. Não importa, porém, que as obras iniciadas prolonguem-se por um ou mais governos subseqüentes, o que não permite que se confunda o prolongamento da *Lei do Plano* com o ciclo de duração da medida por ela autorizada. Em se tratando, não de obras ou de serviços, mas de elaboração de leis ordinárias por sugestão, da *Lei do Plano*, estas últimas têm a sua duração continuada, somente se extinguindo pelos caminhos normais da cessação da sua própria vigência...”

Por outro lado, de acordo com o art. 167, § 1.º, da Constituição Federal, o início de qualquer investimento, cuja execução ultrapassar um exercício financeiro, somente poderá ocorrer caso exista prévia inclusão no plano plurianual ou lei que a autorize, sob pena de responsabilidade.

O primeiro planejamento econômico, efetuado em 1942, previu investimentos pelo período de dez anos. O Governo Getúlio Vargas, que dera início ao intervencionismo econômico, prosseguiu nessa linha e contratou os serviços de uma equipe técnica norte-americana para elaborar o plano de investimentos, com aquela mesma duração. ROBERT T. DALAND (*Estratégia e Estilo do Planejamento Brasileiro*, trad. bras., Rio de Janeiro, 1967, p. 26) refere que “o interesse dos Estados Unidos nesta atividade era de empregar o Brasil como uma área piloto a fim de testar métodos modernos de desenvolvimento econômico. O relatório foi conservado secreto durante muitos anos, e no fim da guerra, assim com o advento do Estado Novo, o assunto foi abandonado”.

O plano seguinte, feito pelo DASP, tinha prazo de cinco anos. A rigor, segundo a observação de DALAND, “o projeto era meramente uma lista de investimentos. No entanto, sua contribuição ao conceito de planejamento residia na sua duração de cinco anos e sua característica como orçamento especial. Não foram feitos arranjos especiais para a execução desse plano, e ainda é desconhecido o grau com que foi ‘implementado’. Certamente nunca chegou à sua expectativa de vida de cinco anos”.

O novo plano vigorou de 1944 a 1948. No primeiro dos quatro anos ocorreu a aprovação do Regimento da Comissão de Planejamento Econômico. Deposto Getúlio Vargas, o planejamento perdeu apoio. Em 1950 ressurgiu, menos ambicioso, à guisa de plano de empreendimentos relativos à saúde, alimentação, transporte e energia (Plano Salte), pelo período de quatro anos. O retorno de Getúlio Vargas ao poder favoreceu o planejamento, que evoluiu, até assumir papel destacado no desenvolvimento econômico e social do País.

Ao programa de metas do período de 1956 a 1960, considerado por DALAND como primeiro verdadeiro plano econômico para o Brasil, seguiram-se o Plano Trienal e os Planos Nacionais de Desenvolvimento, com duração igual à do mandato do Presidente da República. No começo, o período dos planos tendeu para o prazo longo, porém logo se fixou no prazo médio.

De acordo com os dispositivos constitucionais que denominam essa lei de plano de governo (arts. 49, IX, e 84, XI) ou de metas (art. 74, I), pode definir-se o plano plurianual como um conjunto de disposições ordenadas que visam à execução dos projetos do Poder Executivo para o período do mandato presidencial. Sendo a duração do plano correspondente à do mandato do Presidente da República, ele é obrigado a remeter o projeto de lei ao Congresso Nacional, na Sessão Legislativa do ano em que assumir o cargo, em acatamento à norma do art. 84, XXIII, da Constituição Federal. O art. 84, XI, comete ao Presidente da República a obrigação de remeter o plano de governo ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da Sessão Legislativa. A Sessão Legislativa começa anualmente no dia quinze de fevereiro. Todos os anos, portanto, tem que ser feito um plano de curto prazo. O plano anual tem a finalidade de tornar realizável o plano plurianual. Por isso, o art. 165, § 4.º, da Constituição Federal preceitua que os planos e programas nacionais e setoriais serão elaborados em consonância com o plano plurianual. O plano nacional de educação, exigido pelo art. 214, não foge à regra.

As técnicas de preparação do projeto, recomendadas para a execução dos trabalhos preparatórios, e a elaboração propriamente dita do plano variam em função dos seus objetivos e meios. Sem embargo, por força do art. 165, § 9.º, da Constituição Federal, cabe à lei complementar dispor sobre a elaboração e organização do plano plurianual.

O conteúdo dos planos plurianual e anual não coincide com o do plano nacional de desenvolvimento. Os primeiros encerram as diretrizes para a execução do programa presidencial de governo. O segundo consta da programação para o conjunto da economia, com vistas ao seu desenvolvimento equilibrado.

O art. 165, § 1.º, da Constituição Federal preceitua que as diretrizes, os objetivos e as metas da atividade administrativa federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes constem do plano plurianual, de forma regionalizada. Se, na expressão de CHARLES BETTELHEIM (*Planification & Croissance Accélérée*, Paris, 1967, p. 128), o plano operacional anual representa uma fração de doze meses do plano plurianual, torna-se indispensável que, de forma também regionalizada, fixe as diretivas referentes à atividade administrativa da União quanto aos investimentos. As despesas de capital e derivados, previstas no plano plurianual, correspondem ao cálculo feito pelo Poder Executivo para os investimentos que irá executar.

Deixam de ser mera estimativa e passam a produzir efeitos jurídicos, que vinculam os órgãos da administração pública, depois de aprovadas pelo Congresso Nacional e incluídas no orçamento. Entre as funções dessas despesas, o art. 165, § 7.º, da Constituição Federal destaca “a de reduzir desigualdades inter-regionais, segundo critério populacional”.

O mesmo parágrafo impõe a compatibilização do orçamento anual e do orçamento de investimento das empresas de que a União, direta ou indiretamente, seja sócia majoritária.

Com relação aos problemas dos ajustamentos requeridos pelos planos a médio prazo, como os quinquenais, BETTELHEIM (ob. cit., p. 110) observa que os planos a curto prazo (anuais) devem conceber-se como parte daqueles, aos quais se incorporam; porém, isto não significa que cada plano, a curto e a médio prazos, não deva ter características próprias. De fato, essas características são necessárias, porque sempre há problemas específicos de ajustamento a serem resolvidos no curso de cada período. Esses ajustamentos devem assegurar a compatibilidade no tempo.

Cada plano a curto e a médio prazos deve preencher sua própria parte dos projetos a longo, a médio e a curto prazos (referindo-se esta distinção ao período de gestação — ou de maturação — dos diversos projetos), a fim de que, quando um deles atingir a maturidade, outro tipo similar seja colocado em marcha. Isso é particularmente importante, do ponto de vista do equilíbrio econômico, porque somente por esse modo pode assegurar-se uma taxa regular de progresso. O objetivo dos planos de maior duração (perspectivos), conforme nota JAN TIMBERGEN (ob. cit., p. 52), “é sobretudo o de criar, para os planos a curto prazo, uma base que permita ter em conta os problemas a resolver num prazo mais longo”.

Feita a distinção entre o plano nacional de desenvolvimento econômico e social, o plano plurianual e o plano anual, precisamos, ainda, diferenciar os planos nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento, mencionados nos arts. 58, § 2.º, VI, e 166, § 1.º, II, da Constituição Federal. O critério distintivo é o da extensão de cada um deles, com referência ao processo de desenvolvimento. Assim, o plano nacional abrange o conjunto da economia, o plano regional, uma determinada parte, correspondente a uma ou mais regiões do país, e o setorial, ramos precisos de atividade econômica.

O art. 21, IX, da Constituição Federal não menciona os planos setoriais de desenvolvimento econômico e social entre os que competem à União. Cita os planos nacionais, plurianuais, regionais e de ordenação do

território; todavia, o art. 48, IV, outorga ao Congresso Nacional competência para dispor inclusive a respeito dos planos setoriais. De outra parte, o art. 58, VI, atribui às Comissões do Congresso Nacional competência para apreciar e emitir parecer sobre eles. Os Estados e os Municípios são competentes para legislar sobre o planejamento em suas áreas territoriais.

A existência de planos nacionais, estaduais e municipais, bem como de planos federais, quer regionais, quer setoriais, obriga o órgão central de planejamento a adotar mecanismos de consulta e de participação dos interessados nos trabalhos de elaboração e na execução dos planos e, ainda, mecanismos de coordenação de todos eles.

A Constituição Federal democratizou os procedimentos do plano municipal, mediante o preceito relativo à cooperação das associações representativas. A democratização dos planos nacionais, ao contrário, seguiu confiada à iniciativa da sociedade. Em parte, contudo, a Constituição democratizou o procedimento relativo aos planos, graças ao requisito da aprovação do projeto de lei pelo Congresso Nacional. Pelo menos no tocante à execução dos planos regionais, esperamos que o próximo plano quinquenal venha a ser elaborado por um órgão composto de personalidades independentes e altamente qualificadas, capazes de oferecerem alternativas de solução dos problemas do desenvolvimento econômico e social do país.

FRANÇOIS PERROUX (*Técnicas Quantitativas de la Planificación*, trad. esp., Barcelona, 1967, p. 223) acentua que “a democratização dos poderes que intervêm no plano, principalmente na fase de execução, evidentemente é mais decisiva ainda que a democratização dos procedimentos. Mas provoca um debate tão grave que raramente se aborda em toda a sua amplitude: é o da cooperação e, eventualmente, do conflito entre o Poder do Plano e o Poder da Fazenda e da Moeda. O primeiro escolhe e põe em prática os objetivos entrelaçados de uma ordem econômica proposta à nação inteira; o segundo proporciona os meios financeiros e monetários, ou, então, cuidadoso de seus próprios objetivos, impõe ao plano as correções, as refunções, eventualmente as reelaborações, profundas, que mudam sua própria estrutura”.

Cumprido distinguir as formas do planejamento no tempo do planejamento no espaço. O art. 21, IX, da Constituição Federal confere à União competência para elaborar e executar tanto planos nacionais e regionais de desenvolvimento econômico e social, como de ordenação do território.

Os últimos visam à melhoria na distribuição da população, em função dos recursos naturais e das atividades econômicas. A ordenação territorial cresce de importância nos Estados-Membros de comunidades econômicas, como a que se pretende instituir na América Latina. "A literatura científica de todos os países", na observação de RAMON MARTIN MATEO e FRANCISCO SOSA WAGNER (ob. cit., p. 203), "hoje chama a atenção sobre as relações entre o planejamento físico e o planejamento econômico. Sabe-se, hoje, que o planejamento econômico não se pode desvincular do espaço, não é possível decidir modelos teóricos de decisões desarraigadas do solo". E prosseguem os administrativistas: "o lugar de fixação da atividade econômica tem enorme importância, posto que a urbanização, que por uma parte caracteriza a civilização contemporânea, influi decisivamente no processo econômico, pois se conhece o que pressupõem as aglomerações urbanas, em termos de economias e deseconomias externas, o impacto dos equipamentos de infra-estrutura, o efeito contrário de certas instalações fabris e as conseqüências negativas do excessivo desenvolvimento de certas áreas. Sabe-se, também, que não se pode permitir um crescimento econômico espacialmente arbitrário e anárquico, e que a geografia voluntária deva remodelar o espaço.

Mas as técnicas idôneas ainda não estão maduras, nem se dominaram os princípios científicos que devem reger a ordenação territorial, enquanto síntese do planejamento físico e do planejamento econômico, que coordena, a mais longo prazo, os objetivos do desenvolvimento, situando-os sobre o solo. Uma ordenação integral do território, relativamente operativa, com um horizonte extenso, não é fácil de levar a cabo, com técnicas de planejamento puramente indicativas, motivo pelo qual, nessas circunstâncias, em nenhum lugar tenha sido levado às suas últimas conseqüências".

Por motivo de coerência com o sistema da economia de mercado, inscrito na Constituição de 1988, o planejamento para o setor empresarial privado necessitava ser indicativo. Sendo, pois, destituído de obrigatoriedade, os objetivos do plano são atingíveis se houver a anuência dos agentes econômicos ao programa de investimentos para o período fixado e a submissão à orientação da expansão econômica e do progresso social. A idéia fundamental do planejamento concertado, exposta por ANDRÉ DE LAUBADÈRE (*Direito Público Econômico*, trad. port., Coimbra, 1885 p. 322), "é que, sendo simplesmente indicativo, o plano só terá possibilidade de êxito se for 'aceito' pelas pessoas interessadas na sua aplicação e até se for por elas sentido como uma obra coletiva, uma espécie de bem comum, uma linha de conduta que elas têm interesse em seguir.

Esta idéia, que constitui o corretivo do caráter indicativo do plano, é talvez inerente à natureza de qualquer plano deste gênero. . . .”

A relação entre o plano indicativo e o concerto ou acordo entre o Estado e os empresários, acerca dos objetivos e dos meios previstos, deve encarar-se como uma etapa para a implantação da economia contratual. Esta, como prevê J. SIMÕES PATRÍCIO (*Curso de Direito Econômico*, Lisboa, 1981, p. 359), “aparecerá em certa medida como complemento da economia concertada: executar-se contratualmente o que se concebeu em concerto. . . .”

Para facilitar a concertação, é necessário que, tanto na elaboração, como na execução do plano nacional de desenvolvimento econômico e social, participem personalidades do setor privado e se criem mecanismos para a solução das divergências no seio do órgão central. Recomenda-se, ademais, a instituição de órgãos preparadores do projeto de plano e órgãos consultivos independentes. Com exceção destes, os demais devem ter representantes da administração pública, da iniciativa privada e dos sindicatos de empregados, técnicos e personalidades de reconhecida competência em matérias econômicas e jurídicas.

Na elaboração dos planos regionais, integrantes dos planos nacionais, é imprescindível a participação dos órgãos públicos encarregados da articulação da ação federal nos complexos geoeconômicos e sociais. No que concerne à execução dos planos regionais, o art. 43, § 1.º, II, prevê a criação de organismos regionais, cuja composição será regulada por lei complementar.

A participação do Congresso Nacional dá-se na aprovação do projeto de lei do plano, na apreciação do orçamento e no acompanhamento e na fiscalização da sua execução, por comissão mista de Senadores e Deputados. Para ampliar a democratização dos planos e da sua execução é necessário que a participação substitua a imposição, comumente praticada em questões de política econômica e de intervenção no setor empresarial privado. Para completar a democratização, a avaliação do cumprimento das metas previstas no plano plurianual e da execução dos programas de governo e dos orçamentos federais deverá ser feita por meio do sistema integrado de controle interno pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, como prescreve o art. 74, I, da Constituição Federal. Planos que atingem a atividade econômica produtiva, senão todos os aspectos da vida nacional, e influem na sua evolução, demandam o emprego de mecanismos democráticos de tomada de decisões e de controle, em lugar dos tradicionais, preferidos pela burocracia pública.

A autonomia das universidades públicas na Constituição de 1988

PALHARES MOREIRA REIS

Professor de Direito Constitucional e de Ciência Política; Presidente do Conselho de Curadores da Universidade Federal de Pernambuco. Membro fundador da Academia Brasileira de Ciências Morais e Políticas. Advogado

SUMÁRIO

1. *A noção histórica de autonomia universitária.* 2. *A autonomia universitária no Direito brasileiro.* 3. *A autonomia universitária na nova Constituição.* 4. *A noção de autonomia universitária.* 5. *O Estatuto e o exercício da autonomia das universidades.* 6. *Autonomia: os vetos à Lei nº 5.540, de 1968.* 7. *A autonomia segundo a Consultoria Geral da República.* 8. *A autonomia da Lei nº 5.540, de 1968, face à Constituição.*

1. *A noção histórica de autonomia universitária*

Já na alta Idade Média, quando as universidades eram conventuais ou catedralícias, começaram as tensões entre os professores e as autoridades da Igreja, a quem cabia organizar os estudos e designar os professores. Assim, os docentes buscaram exercer uma certa autonomia, criando uma Universidade separada da Igreja e capaz de conceder a autorização de ensinar aos que, no entender dos próprios professores, estavam em condições de fazê-lo.

As universidades passaram a se organizar em corporações de mestres e alunos, a molde das demais corporações de ofícios, com o direito de reconhecer as pessoas capazes de integrar seu corpo docente, e granjearam o apoio real e do próprio Papa. Depois, as universidades lograram, ademais, autonomia em relação às cidades em que se encontravam situadas.

Num outro passo, com o aparecimento do Estado Moderno — Estado Soberano —, as relações entre as universidades e o pólo de Poder se modificaram, seguindo dois caminhos:

a) um reconhecimento cada vez maior da autonomia das universidades: esta autonomia não era estendida, porém, aos demais centros de ensino superior, como as escolas técnicas;

b) uma crescente vinculação ao Poder Político, o que faz com que sejam criadas universidades de Estado, sendo os professores e servidores incluídos na categoria de funcionários públicos.

A universidade de cunho privado, mantida por donativos de particulares ou por estipêndios de alunos, sem dúvida que passa a dispor de autonomia maior do que a universidade integrada no Serviço Público, quando os seus docentes e servidores são funcionários e as verbas de manutenção decorrem dos orçamentos do Estado.

2. *A autonomia universitária no Direito brasileiro*

No Brasil, onde inicialmente existiram apenas estabelecimentos isolados de ensino superior, como as Academias de Medicina da Bahia e do Rio de Janeiro; a Academia Militar e de Engenharia do Rio de Janeiro (todas ainda no período do Reino Unido), bem como os Cursos Jurídicos de Olinda e de São Paulo (do Império), estes não gozavam da autonomia universitária, posto que universidades não eram.

O estabelecimento isolado de ensino superior, até hoje, ainda não dispõe de autonomia, reservada esta às universidades, na forma da lei e, atualmente, em consonância com a Constituição.

As universidades brasileiras, todas elas, públicas e privadas, organizadas sob a forma de autarquia, associação ou fundação (de direito público ou de direito privado, conforme a regra nova), gozam de autonomia, conforme lhes foi conferida pela lei federal antiga.

Já no Decreto n.º 19.851, de 1931, o denominado “Estatuto das Universidades Brasileiras”, do tempo do Governo Provisório de GETÚLIO VARGAS, se estabelecia que:

“Art. 9.º — As universidades gozarão de personalidade jurídica e de autonomia administrativa, didática e disciplinar, nos limites estabelecidos no presente decreto, sem prejuízo da personalidade jurídica que tenha ou possa ser atribuída pelos estatutos universitários a cada um dos institutos componentes da universidade.

Parágrafo único — Nas universidades oficiais, federais ou estaduais, quaisquer modificações que interessem fundamentalmente à organização administrativa ou didática dos institutos universitários só poderão ser efetivadas mediante sanção dos respectivos Governos, ouvido o Conselho Nacional de Educação.”

Depois da Redemocratização, a Lei n.º 4.024, de 1961, de “Diretrizes e Bases da Educação Nacional”, igualmente assegurava às universidades a autonomia didática, administrativa, financeira e disciplinar, que seria exercida na forma dos respectivos estatutos, no texto do seu art. 80.

Esta regra prevaleceu até 1968, quando a Lei n.º 5.540, ao fixar as normas de organização e funcionamento do ensino superior, em seu art. 3.º, dispôs de modo semelhante, porém com uma ressalva especial, ao dizer

que “as universidades gozarão de autonomia didático-científica, disciplinar, administrativa e financeira, que será exercida *na forma da lei* e dos seus estatutos”.

No entanto, como se disse antes, o princípio da autonomia nunca foi estendido aos estabelecimentos isolados de ensino superior, nem às federações de escolas, nem às fundações privadas ou públicas que congregam diversas entidades escolares, mas que não são universidades. Neste caso, **fundação ou associação operam como entidades mantenedoras, e as escolas continuam com o *status* de estabelecimento isolado.** Não dispõem de autonomia universitária porque o conceito não é extensivo.

3. *A autonomia universitária na nova Constituição*

A Constituição Federal de 1988, no seu art. 207, elevou o princípio da autonomia universitária a um dos fundamentais do sistema nacional de ensino. O seu texto é o seguinte:

“*Art. 207 — As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.*”

A decisão dos Constituintes não criou, a rigor, uma nova autonomia universitária. Ela, como se viu, já existia desde 1931, no Brasil. O fato de estar o mesmo preceito, agora, expressamente consagrado no texto constitucional, em princípio, apenas lhe dá uma segurança maior, eis que deixa de ser decorrente, apenas, de uma norma legal — no sentido estrito — suscetível de ser alterada pela via legislativa ordinária.

A questão que se põe, a rigor, é sobre os limites dessa autonomia, concedida pela Superlei a todas as universidades, e o relacionamento desta com o Governo Federal, dentro da competência deste de supervisionar o ensino e cancelar o seu resultado, na forma da legislação em vigor.

4. *A noção de autonomia universitária*

O entendimento sempre foi de que as universidades gozam de autonomia, porém sempre dentro dos limites que lhes são traçados pela Lei federal. Já em 1947, decidindo sobre questão relativa à Universidade da Bahia, o Conselho Nacional de Educação assim entendia:

“A Universidade tem, não há dúvida, autonomia administrativa, didática, financeira e disciplinar, mas não possui soberania, porquanto sua autonomia foi concedida nos termos da legislação federal sobre o ensino superior.”

Cumpramos analisar dois pontos fundamentais para o entendimento da autonomia universitária e seus limites, mesmo antes do advento da norma constitucional nova.

O primeiro deles está nos limites a essa autonomia. A regra de 1931 dizia que a mesma seria exercida *nos limites estabelecidos no presente decreto*; na de 1961, que seria exercida *na forma dos respectivos estatutos*; e pelo texto de 1968, a autonomia universitária será *exercida na forma da lei e dos seus estatutos*.

O texto constitucional não apresenta este limite. Diz apenas que as *universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial*.

Será que essa autonomia, por não ter a regra constitucional feito referência nem à lei nem aos respectivos estatutos, é mais ampla do que a anteriormente oferecida pelos textos legais?

A este respeito já se pronunciou a Consultoria Geral da República (Parecer n.º SR-78, de 15 de dezembro de 1988, aprovado pelo Presidente da República em despacho publicado no *DOU* de 16-12-88).

Neste parecer, o Consultor Geral da República diz claramente que:

“16. A autonomia universitária, qualquer que seja a dimensão em que se projete, objetiva assegurar às universidades em grau razoável de autogoverno, de auto-administração e de auto-regência dos seus próprios assuntos e interesses, sempre sob controle estatal, em função de sua tríplex destinação: o ensino (transmissão de conhecimentos), a pesquisa (produção de novos conhecimentos) e a extensão (prestação de serviços à comunidade).

17. A noção de autonomia universitária, contudo, não se confunde com a de independência, posto que supõe o exercício limitado de competência e de poderes consoante prescrições e regras estabelecidas pelo ordenamento jurídico.

18. A gestão de bens e interesses próprios e o poder de auto-administração e desempenho de funções específicas não afetam a possibilidade jurídica de controle administrativo do poder público sobre as universidades, nem subtraem, a este, a competência para autorizar-lhes o funcionamento, reconhecê-las e fiscalizar-lhes as atividades. É dever do Estado, diz a Constituição.

19. O regime de tutela que disciplina as relações entre o Estado e as universidades não impede que estas sejam submetidas à fiscalização de ordem institucional, ou de ordem político-administrativa, ou, ainda, de ordem econômico-financeira.

A esse poder de vigilância não é oponível o princípio da autonomia universitária, posto que o exercício da prerrogativa estatal visa, tão-somente, à realização plena, por meios regulares e conformes ao ordenamento jurídico, dos fins institucionais para que a universidade foi concebida, idealizada e criada.

20. O sentido da cláusula constitucional referente à autonomia universitária — inextensível aos estabelecimentos isolados de ensino superior — não despoja o Estado de seu poder de tornar efetivos, mediante ato do Poder Executivo da União, após parecer favorável do Conselho de Educação competente, a autorização para funcionamento e o reconhecimento da universidade.

21. A esse respeito, observa CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO (in *Revista de Direito Público*, vol. 73/57):

... “o reconhecimento da conveniência da adoção de medidas que autonomizem as universidades nos setores aludidos de modo algum significa que o Estado deva ou até mesmo possa despedir-se, seja de providências controladoras, seja de imprimir normativamente certas contenções fundamentais que balizem o âmbito dessa liberdade de auto-administração universitária...”

22. O princípio da autonomia universitária, embora de extração constitucional, não configura um valor absoluto em si mesmo e nem iníbe a ação estatal destinada a tornar efetivos certos comandos inseridos na própria Constituição, cuja formulação objetivou assegurar, em essência, (a) a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber (art. 206, II); (b) o pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas (art. 206, III); (c) a gestão democrática do ensino público (art. 206, IV); (d) a garantia do padrão de qualidade do ensino (art. 206, VII); (e) a promoção humanística, científica e tecnológica do País (art. 214, V).

23. A universidade não se tornou, só por efeito do primado da autonomia, um ente absoluto, dotado de soberania e desvinculado do ordenamento jurídico.

A constitucionalização desse princípio — como já precedentemente observado — não alterou o conteúdo, não modificou a noção, não ampliou o alcance da autonomia universitária e nem conferiu à universidade a prerrogativa de agir à revelia dos órgãos federais competentes, a cujo poder normativo e de controle ainda se encontra sujeita (v. Lei n.º 5.540/68, arts. 47 e 49, v.g.).”

5. O Estatuto e o exercício da autonomia das universidades

O exercício dessa autonomia começa com a elaboração do Estatuto em cada universidade. No entanto, na forma da legislação federal, este estatuto deverá ser aprovado previamente pelo Conselho Federal de Educação, para que possa entrar em vigor.

Dentro dos parâmetros legais, cada universidade pode estabelecer a sua estrutura e suas normas de funcionamento, isto é, determinar de modo inter-no como exercerá a sua autonomia, conferida pela lei, e o faz no respectivo estatuto.

A importância que a lei confere ao estatuto em cada universidade é tão grande que a sua violação se equipara a uma violação de dispositivo legal.

Cabe ao Governo, através do Conselho Federal de Educação, supervisionar o exercício dessa autonomia universitária, podendo chegar mesmo a propor a intervenção na universidade, sempre que houver infringência da legislação de ensino ou de preceito estatutário, conforme enuncia o art. 48 da mencionada Lei n.º 5.540/68:

“Art. 48 — O Conselho Federal de Educação, após inquérito administrativo, poderá suspender o funcionamento de qualquer estabelecimento isolado de ensino superior, ou a autonomia de qualquer universidade, por motivo de infringência da legislação do ensino ou de preceito estatutário ou regimental, designando-se Diretor ou Reitor *pro tempore*.”

6. *Autonomia: os vetos à Lei n.º 5.540, de 1968*

O dispositivo presente no projeto de lei que, sancionado com vetos, se transformou na Lei n.º 5.540, de 1968, explicitava em que consistia a autonomia universitária.

Tais explicitações, entretanto, foram vetadas, sob a estranha alegação de que havia necessidade de ser preservada a autonomia universitária. Entendia-se que, estabelecendo-se na norma legal o elenco de atividades através das quais as universidades exerceriam sua autonomia, esta ficaria limitada pela impossibilidade de surgir uma outra hipótese não prevista em lei, e, portanto, incabível no exercício da autonomia.

No entanto, o argumento não pode prosperar — se bem que o veto tenha prosperado, eis que foi aceito e mantido pelo Congresso Nacional —, posto que o elenco de atividades enunciadas deve ser tomado como apenas exemplificativo e, não, taxativo.

7. *A autonomia segundo a Consultoria Geral da República*

O já mencionado Parecer SR-78, de 15 de dezembro de 1988, em seu texto dá o entendimento oficial, atual, relacionado com a norma constitucional nova, sobre a autonomia universitária.

Deve ser ressaltado que o teor de um parecer da Consultoria Geral da República, desde que aprovado pelo Presidente da República e publicado no *Diário Oficial* da União, tem eficácia cogente, pois adquire caráter normativo e obriga a Administração Federal, consoante o disposto no § 2.º do art. 22 do Decreto n.º 92.889, de 7 de julho de 1986.

Assim, o dantes referido parecer — que não obriga as universidades particulares, mas é cogente para as universidades federais (autarquias ou fundações) — entende a autonomia universitária:

“25. Como anteriormente salientado, a autonomia de que gozam as universidades projeta-se, no que concerne ao seu conteúdo material, em três dimensões, a saber:

a) autonomia didático-científica, de caráter principal, que confere à universidade, sob a égide do pluralismo de idéias, o direito à liberdade de ensino e de comunicação do pensamento. Esta expressão da autonomia universitária transforma a universidade no *locus*, no espaço social privilegiado da liberdade, e é em torno dela que se desenvolvem os demais aspectos. As autonomias de natureza administrativa e financeira ostentam caráter acessório ou instrumental, em face daquela de ordem didático-científica, que apenas buscam complementar. Por isso mesmo, adverte o eminente CAIO TÁCITO (v. Parecer in *RDA* vol. 136/263-268, 265), “na autonomia universitária o que está em causa é o princípio mais alto da liberdade do ensino, que é uma das facetas da liberdade de expressão de pensamento”. E prossegue: “A liberdade de comunicação de conhecimentos no exercício do magistério (. . .) é o fulcro da autonomia didático-científica das universidades”;

b) autonomia administrativa, de caráter acessório, que assegura à universidade, sempre em função do seu tríplice objetivo institucional, capacidade decisória para, de um lado, administrar os seus serviços, agindo e resolvendo, *interna corporis*, os assuntos de sua própria competência, e, de outro, disciplinar as suas relações com os corpos docente, discente e administrativo que a integram;

c) autonomia financeira, de caráter instrumental, que outorga à universidade o direito de gerir e aplicar os seus próprios bens e recursos, em função de objetivos didáticos, científicos e culturais já programados. Esse aspecto da autonomia universitária não tem o condão de exonerar a universidade dos sistemas de controle interno e externo. O Pretório Excelso, ao julgar essa questão, decidiu, pertinentemente ao tema da autonomia universitária, que o “controle financeiro se faz *a posteriori*, através da tomada de contas e das inspeções contábeis” (v. *RTJ*, vol. 94/1. 130).

26. A relação de acessoriedade — que torna ancilares, da autonomia didático-científica, as de caráter administrativo e financeiro — foi enfatizada pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, quando reconheceu que são estas, na realidade, inerentes e impres-

cindíveis à plena realização daquela, que se assenta no princípio assecuratório da liberdade de cátedra (v. *Revista Forense*, vol. 186/149).”

8. *A autonomia da Lei n.º 5.540, de 1968, face à Constituição*

De acordo com o texto constitucional, a autonomia da universidade abrange os seguintes pontos: *didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial*. Já na regra da Lei n.º 5.540, de 1968, as universidades gozam de *autonomia didático-científica, disciplinar, administrativa e financeira, que será exercida na forma da lei e de seus estatutos*.

A questão que se põe é no que concerne a estes textos divergentes entre a lei anterior e a regra constitucional nova.

Claro que, quando a Constituição estabelece que as universidades gozarão de autonomia didático-científica, e administrativa, estão em inteira sintonia com a regra legal, que, por se coadunar inteiramente, está, de modo insofismável, integrada no Direito novo. A questão se coloca nos termos legais da autonomia disciplinar (que a Superlei não especifica) e financeira (que a norma constitucional se refere como sendo de gestão financeira e patrimonial). Do mesmo modo, a Carta Maior não diz que essa autonomia deva ser exercida sob o império da lei, nem de acordo com os estatutos universitários.

Logicamente que, em sendo uma instituição de direito público, como autarquia ou como fundação, uma universidade pública terá de resultar de uma autorização legislativa e da fixação *interna corporis*, de suas normas no respectivo estatuto, a ser aprovado, de acordo com a legislação pertinente, pelo Conselho Federal de Educação.

Quanto ao primado da lei, este é postulado fundamental, enunciado como o princípio da legalidade no inciso II do art. 5.º (*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*) e no *caput* do art. 37, quando enuncia como o primeiro dos princípios que devem reger a administração pública, direta, indireta ou fundacional, o da *legalidade*.

Além de tudo o que foi transcrito do Parecer da Consultoria Geral da República, vale registrar os seguintes pontos:

a) O ensino, em todos os seus graus, é supervisionado e controlado pelo Estado, seja ele ministrado em estabelecimentos públicos ou aberto à iniciativa privada, conforme o disposto no art. 209 da Constituição; também neste caso, há de se ater a universidade ao cumprimento das normas gerais da educação, bem como a autorização para funcionamento e avaliação da qualidade desse ensino pelo Poder Público (art. 209, I e II).

As regras do art. 209 são expressamente destinadas aos estabelecimentos de ensino da rede privada, porque as da rede estatal têm outro sistema de dependência. No entanto, para que uma universidade possa funcionar, depende ela de autorização. Na de Estado, a autorização decorre da lei que cria o ente público, a autarquia ou a fundação.

Para que cada curso superior funcione, há que se considerar se o mesmo gera condições para o exercício de profissão. Neste caso, deverão ser atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (art. 5.º, XIII), lei esta que é da competência privativa da União (art. 22, XVI).

Por outro lado, a autonomia didático-científica implica no exercício da plena "liberdade de cátedra", como se denominava anteriormente, e, hoje, no texto constitucional se diz que *é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença* (art. 5.º, IX); o que casa com o disposto no art. 206, II, *liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber*, e III, *pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência entre instituições públicas e privadas de ensino*.

b) A autonomia administrativa inclui, igualmente, a disciplinar, pois que somente dispondo de todos os meios relativos ao controle do ingresso nos quadros universitários, como docentes ou servidores, de um lado, como alunos de outro, e bem assim o controle da convivência e do trabalho em comum, verificando administrativamente a continuidade e a qualidade dos encargos cometidos aos corpos permanentes, e bem assim a continuidade e a qualidade dos trabalhos acadêmicos, que levam à obtenção dos graus, diplomas e certificados, é que a autonomia administrativa poderá ser plenamente exercida. Nessas relações entre a instituição e seus participantes, se inclui a atividade disciplinar, em todos os seus níveis e penalidades, da simples advertência à exclusão do infrator daquele corpo social. No entanto, o exercício da autonomia universitária de caráter administrativo-disciplinar deverá levar em conta que *aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*, consoante o disposto no art. 5.º, LV.

c) Finalmente a autonomia *financeira*, de que fala a Lei n.º 5.540, de 1968, deve ser entendida, hoje, como sendo a de *gestão financeira e patrimonial*, de modo a usar os recursos oriundos das transferências do Tesouro Nacional, ou gerados por sua própria iniciativa, para atingir as suas finalidades. No entanto, haverá o administrador universitário de levar em consideração o disposto constitucionalmente em dois pontos, pelo menos:

I — somente poderão operar obedecendo ao disposto nas leis orçamentárias e, na hipótese de necessidade de ajuste orçamentário, somente

realizar, com prévia autorização legislativa, a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra, ou de um órgão para outro (art. 167, I e VI);

II — que cabe ao Tribunal de Contas da União *julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo para o Erário Público* (art. 71, II), e bem assim apreciar, para fins de registro, *a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, da administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório* (art. 71, III).

O entendimento é que, em relação à aposentadoria do servidor autárquico, escapa ao Tribunal de Contas da União o seu controle, posto que a norma constitucional não faz remissão nem às autarquias nem às fundações e, em conseqüência, a decisão anterior daquele Tribunal (DOU de 12-12-70 — Proc. n.º 32.393/78) — ainda prevalece.

Compete aos administradores universitários, pois, exercer a sua autonomia de gestão financeira e patrimonial dentro dos limites traçados pela legislação, pois o mesmo art. 71 dá ao Tribunal de Contas da União a competência não só para *aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, dentre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao Erário* (VIII), bem como *sustar, se não atendido, a execução de ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal* (X).

Assim, a autonomia das universidades, hoje estabelecida no texto constitucional, ganhou apenas maior estabilidade como preceito, uma vez que o legislador ordinário nada poderá fazer em contrário a esse postulado. Mas o seu exercício, sem a menor dúvida, deverá se realizar dentro dos limites traçados (a) pela lei federal, para toda a administração indireta (universidades autárquicas) ou fundacional (universidades sob a forma de fundação pública) e (b) pelo respectivo estatuto, adotando o modelo organizacional, a distribuição de competências pelos diversos órgãos, a gestão de recursos e os mecanismos de controle do relacionamento entre os integrantes da comunidade (professores, funcionários e estudantes), que mais lhe convier.

Poder constituinte e a norma fundamental de Hans Kelsen

JOSÉ LUIZ QUADROS DE MAGALHÃES
Professor de Direitos Humanos da APM/MG.
Pesquisador do CNPq. Mestrado da UFMG

SUMÁRIO

1 — *Introdução*. 2 — *O Poder Constituinte (fundamentos)*. 2.1. *A amplitude de Poder Constituinte*. 2.2. *A natureza do Poder Constituinte*. 2.3. *A titularidade*. 3. — *A norma fundamental*. 4 — *Conclusão, Bibliografia*.

1. *Introdução*

No presente trabalho vamos procurar explicar quais as relações entre o Poder Constituinte e a norma fundamental de Hans Kelsen.

Para isto, primeiramente faremos um estudo do Poder Constituinte, analisando os diversos posicionamentos dos doutrinadores a respeito da natureza do Poder Constituinte (poder de fato ou de direito); a titularidade do Poder Constituinte (soberania popular ou governamental) e finalmente com relação a amplitude deste (ou se é também um poder derivado).

Após o estudo das novas teorias à respeito deste Poder Constituinte, analisaremos em um capítulo à parte a norma fundamental de Hans Kelsen, que, no seu livro *Teoria Geral das Normas (Allgemeine Theorie der Normen)*, explica que a origem do Poder Constituinte originário seria uma norma fundamental fictícia.

Nas conclusões finais, procuraremos sintetizar as idéias principais abordadas neste estudo, tentando chegar a uma visão clara do significado do Poder Constituinte, da norma fundamental e da relação existente.

Não se pretende neste trabalho, de forma alguma, esgotar um tema tão discutido. O nosso objetivo principal é jogar uma luz sobre um assunto que nem sempre é tratado com clareza e objetividade.

É a razão da pesquisa científica ordenar a doutrina a respeito de determinado objeto de estudo e, a partir desta colheita e organização de

dados, procurar trazer uma nova contribuição. Seja através do levantamento dos diversos escritos sobre um tema, organizando este material, proporcionando aos interessados um acesso rápido à informação, seja através de uma análise própria que venha confirmar alguma tese já existente, ou seja, também, através de uma contribuição completamente nova, que venha procurar abrir novos caminhos a uma ciência tão dinâmica como o direito.

O presente trabalho tem muitos limites, pois um rápido estudo não se pode querer contestar fundamentadas teses. Pretendemos, tão-somente, despertar interrogações com relação ao tema, para que se desperte o censo crítico, fundamentado, científico, objetivo e lógico, que o direito necessita.

2. O Poder Constituinte

“A diferenciação entre *Poder Constituinte* e *Poder Legislativo* ordinário ganhou ênfase e concretização no momento em que os Estados Gerais, por solicitação do Terceiro Estado, valeram-se das prerrogativas inerentes à Revolução para se considerar Assembléia Nacional Constituinte, sem que, ao menos, existisse uma convocação formal nesse sentido” (1).

Na França revolucionária (1789), foram superadas as velhas teorias que determinavam a origem divina do poder, afirmando a partir de então que a nação, o povo (seja diretamente ou através de uma assembléia representativa), era o titular da soberania, e, por isso, titular do Poder Constituinte. Portanto a Constituição deve ser a expressão da vontade do povo nacional, ela é a expressão da soberania, e esta pertence ao povo (2).

“A elaboração geral da teoria do Poder Constituinte nasceu, na cultura européia, com SIEYES, pensador e revolucionário francês do século XVIII. A concepção da soberania nacional acrisolou-se na época, e coube a SIEYES bosquejar a distinção entre o *pouvoir constituant*, que reside sempre no povo, e os *pouvoirs constitués*, necessitando derivar sua existência e competência do Poder Constituinte.” (3)

De fato SIEYES afirmava que o objetivo ou o fim da Assembléia representativa de uma nação não pode ser outro do que aquele que ocorreria se a própria população pudesse se reunir e deliberar no mesmo lugar. Não se pode admitir que haja tanta insensatez a ponto de alguém, ou um grupo, na Assembléia Geral, afirmar que os que ali estão reunidos devem

(1) ACCIOLI, Wilson. *Instituições de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro. Forense, 1979, 1ª edição, p. 39.

(2) MALUF, Saïd. *Direito Constitucional*, 15ª edição rev. e atualizada, São Paulo. Sugestões Literárias, 1983, p. 59.

(3) PINTO FERREIRA. *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*, 6ª edição ampl. e atualizada, São Paulo. Saraiva, 1983, p. 51.

tratar dos assuntos particulares de uma pessoa ou de um determinado grupo (4).

À conclusão da escola clássica francesa colocando a Constituição como um certificado da vontade política do povo nacional sendo que para que isto ocorra deve ser produto de uma Assembléia Constituinte representativa da vontade deste povo, se opõe HANS KELSEN, que afirma que a Constituição provém de uma norma fundamental (5). Aliás, para se conceituar o Poder Constituinte é necessário se colocar que os conceitos dos diversos autores serão influenciados pela maneira de encarar a natureza do Poder Constituinte: seja um "poder político fático" ou seja um "Poder Jurídico" (6).

Também com relação à amplitude existem opiniões divergentes, que influenciam na sua conceituação. IVO DANTAS explica que "existem os que vinculam o conceito do Poder Constituinte à *criação originária do direito*, ou, mais especificamente, à *criação da Constituição política*, enquanto outros lhe atribuem e lhe identificam uma atuação bem mais ampla, vez que advogam o entendimento de que lhe cabe, igualmente, uma criação derivada do direito, através da reforma ou modificação do texto constitucional, adaptando-o aos processos de mudança sociocultural, fazendo, em consequência, com que se evite um possível choque entre a realidade social e seus valores com a lei, (...) (7).

Em terceiro lugar a divergência existe também com relação à titularidade do Poder Constituinte.

Para uma melhor compreensão destes aspectos diversos é necessário estudar separadamente cada um destes elementos. Não se pode vincular, como pretenderam alguns, o posicionamento com relação à natureza do Poder Constituinte com a sua amplitude, e mesmo com a sua titularidade em determinados casos.

2.1. *A amplitude do Poder Constituinte*

PINTO FERREIRA afirma que "o Poder Constituinte é o poder de criar e revisar a Constituição" (8). Será nesta dupla atividade de produção originária ou mudança da ordem jurídica fundamental que reside a sua distinção.

Discutindo a amplitude de conceito do Poder Constituinte, SCHMITT, HELLER, RECASÉNS SICHES, CARL FRIEDICH e DNEZ defendem que

(4) SIÈYES, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa*. (Qui est-ce que le tiers Etat?) Organização e introd. de Aurélio Wander Bastos, trad. de Norma Azeredo, Rio de Janeiro. *Liber Juris*, 1986, pp. 141/142.

(5) MALUF, Saïid. *Direito Constitucional*. Ob. cit., p. 59.

(6) DANTAS, Ivo. *Poder Constituinte e Revolução*, Rio de Janeiro. Editora Rio Sociedade Cultural Ltda., 1978, p. 33.

(7) DANTAS, Ivo. *Poder Constituinte e Revolução*. Ob. cit., pp. 33-34.

(8) PINTO FERREIRA, *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*, 1º volume. Ob. cit., p. 49. ●

a essência deste está na formação originária do direito, ou seja, ele é o criador da Constituição. Posição contrária adotam WALTER DODD, KELSEN, HAURIOU e REW BARBOSA, que acreditam em uma definição mais ampla, podendo o Poder Constituinte criar e mudar a Constituição⁽⁹⁾.

Entre os brasileiros que defendem a primeira tese, encontramos NELSON SALDANHA e ADERSON DE MENEZES.

SCHMITT, negando a existência de um Poder derivado, afirma:

“É especialmente inexato caracterizar como Poder Constituinte, ou *pouvoir constituant*, a faculdade atribuída e regulada sobre a base de uma lei constitucional de mudar, i.e., de revisar determinações legais constitucionais. Também a faculdade de reformar ou revisar leis constitucionais (p. ex., segundo o art. 76 da Constituição de Weimar) é, como toda faculdade constitucional, uma competência legalmente regulada ou limitada em princípio.

Não pode ultrapassar o marco da regulação legal constitucional em que descansa”⁽¹⁰⁾.

IVO DANTAS escreve a respeito de uma teoria sociológica de Direito Constitucional, onde ele nega a existência de um Poder Constituinte derivado e coloca o Poder Constituinte originário como um poder de fato, com origem na soberania popular:

“O Poder Constituinte interessa à Sociologia, especificamente à Sociologia do Direito e à Sociologia Política, em virtude de ser um *Poder de Facto*, e não um *Poder de Iure*, espécie em que se enquadram os Poderes constituídos, inclusive o chamado Poder de Reforma, erroneamente denominado Poder Constituinte derivado;”⁽¹¹⁾

O mesmo autor ressalta que, embora o Poder Constituinte não sofra limitações jurídicas no seu exercício, ele sofrerá estas limitações, em uma perspectiva sociológica, pelos “valores sociais predominantes na sociedade à época de elaboração do texto constitucional”⁽¹²⁾.

TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR, em obra sobre a Constituinte (Assembléia, processo e poder), admite que o Poder Constituinte originário sofre pressões e limitações. O autor admite a existência do Poder Constituinte derivado e define o Poder Constituinte derivado e originário da seguinte maneira:

(9) PINTO FERREIRA. *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*. 1º volume. Ob. cit., p. 49.

(10) PINTO FERREIRA. *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*. 1º volume, p. 50.

(11) DANTAS, Ivo. *Poder Constituinte e Revolução*. Ob. cit., pp. 40-41.

(12) DANTAS, Ivo. *Poder Constituinte e Revolução*. Ob. cit., p. 41.

“Em tese, o poder originário seria aquele que, a partir do zero, sem nenhum pressuposto que o limite (salvo os limites do Direito Natural, para os que o aceitam), elabora a lei fundamental. Já o poder derivado retira sua competência das normas estabelecidas pelo poder originário.” (13)

Para o autor, o poder originário é “um poder de *fato*, que se supõe legítimo porque baseado na vontade popular; *inicial*, porque a partir dele é que se estabelecem as normas de exercício do poder; *autônomo*, porque não limitado por outras normas postas, e *incondicionado*, porque não tem nenhuma forma preestabelecida para manifestar-se” (14).

O mesmo autor ressalta que o poder originário não é de fato, completamente inicial, autônomo e incondicionado:

“Não é completamente inicial porque o Poder é sempre um conjunto de relações entre diversas forças sociais e só formalmente se pode determinar uma delas como o Poder onde derivam os demais poderes. Não é completamente autônomo porque, não só pela aceitação de um direito natural, mas pelo reconhecimento de uma série de limitações de ordem social, histórica, cultural, econômica, ideológica etc., ele já vem restringindo. Não é completamente incondicionado porque não só freqüentemente já recebe prefixadas certas diretrizes básicas, como, sobretudo, porque tem de atuar e deliberar certas regras que antecedem sua manifestação” (15).

É inegável que o Poder Constituinte originário sofre influências durante o seu exercício. Entendemos entretanto que, para que o poder constituinte represente verdadeiramente a vontade da nação, ele deve sofrer influências dos diversos valores sociais predominantes na sociedade e seja o produto das pretensões desta sociedade. Portanto, não entendemos que se possa colocar como limitações ao exercício do poder constituinte originário as influências sofridas pelas diversas pretensões da sociedade; isto não é uma limitação, mas sim o próprio elemento legitimador deste poder. A limitação na realidade pode existir. É aquela já descrita por SIEYES. Ela ocorre quando os interesses de um pequeno grupo ou de algum particular se impõem no poder constituinte.

Concordamos, entretanto, com IVO DANTAS quando este afirma que este poder originário não sofre, juridicamente, limitações em seu exercício, podendo vir a sofrer limitações em uma perspectiva sociológica, em determinadas circunstâncias, que, no entanto, não devem ser admitidas.

(13) FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. “Constituinte: assembléa, processo, poder”. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 1986, p. 22.

(14) FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. “Constituinte: assembléa, processo, poder”. Ob. cit., p. 22.

(15) FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. “Constituinte: assembléa, processo, poder”. Ob. cit., p. 23.

Portanto, juridicamente, este poder originário é inicial, autônomo e incondicionado. Não acreditamos que as normas de funcionamento de uma assembléia constituinte, estabelecidas pela própria assembléia, podendo ser mudadas por esta mesma assembléia, sejam elemento condicionante deste poder.

HAURIU se refere, na sua obra, a uma operação constituinte que pode criar uma Constituição a modificar esta Constituição. Quando escreve a respeito das Constituições escritas, explica que estas têm duas características:

“1.º — Elles constituent une super-légalité et les lois ordinaires ne peuvent déroger aux dispositions qu’elles ont prévues.”

“2.º — Elles sont rigides, en ce sens qu’elles sont établies par une procédure spéciale et ne peuvent être modifiées que par la même procédure plus rigoureuse que celle usitée pour le vote de lois ordinaires” (16).

HAURIU reconhece então a existência de duas operações constituintes. Uma que cria e uma que modifica a Constituição. Não se refere porém a um poder constituinte, a não ser quando se refere às Constituições escritas, explicando que estas “são leis constitucionais estabelecidas, de uma forma especial, por um Poder Legislativo especial, chamado Poder Constituinte (grifo nosso), que estatui de uma maneira especial em nome da nação. São as Constituições propriamente ditas” (17).

NELSON DE SOUZA SAMPAIO, no seu livro *O Poder de Reforma Constitucional*, explica que o poder reformador está abaixo do Poder Constituinte e jamais será ilimitado como este. Expõe a seguir que seja qual for a maneira como se queira chamar este poder reformador, seja “poder constituinte constituído”, como faz AGESTA; “poder constituinte derivado”, conforme PELAYO, ou “poder constituinte instituído”, segundo BURDEAU, “devemos encará-lo, nas palavras de PONTES DE MIRANDA, como uma atividade constituidora diferida ou um poder constituinte de segundo grau” (18).

O Professor JOSÉ ALFREDO BARACHO, em estudo sobre o poder constituinte, nos ensina que este pode surgir sob modalidades diversas que podem ser nomeadas da seguinte forma:

- a) poder constituinte originário;
- b) poder constituinte derivado, constituído, instituído ou de segundo grau;

(16) HAURIU, André. *Droit Constitutionnel et Institutions politiques*. Editions Montchrestien, 4^{ème} édition, Paris, 1970, p. 291.

(17) SAMPAIO, Nelson de Souza. *O Poder de Reforma Constitucional*. Livraria Progresso Editora, Salvador, 1954, pp. 42 e 43.

(18) HAURIU, André. *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*. Ob. cit., p. 291.

c) poder constituinte decorrente ⁽¹⁹⁾.

O poder constituinte decorrente é o poder do constituinte dos Estados-Membros que é muito bem explicado por ROSAH RUSSOMANO:

“Este poder constituinte, designado de decorrente, é, pois, o que compete aos Estados-Membros de uma Federação. Estes, usufruindo de autonomia, têm-na em várias órbitas, inclusive a constitucional. São, pois, competentes para organizar-se, redatando suas leis fundamentais e emendando-as, quando necessário for a alteração formal.” ⁽²⁰⁾

Este poder, a exemplo do derivado, sofre limitações, uma vez que ele é subordinado, pois se prende ao originário, é secundário e condicionado, pois obedece regras estatuídas na Constituição.

A propósito, ROSAH RUSSOMANO também admite esta amplitude maior, com relação ao poder constituinte, admitindo não só o poder originário como também o poder derivado e o decorrente. ⁽²¹⁾

O Professor JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO, no trabalho que nos referimos anteriormente, seleciona citações importantes que nos ajudam a melhor entender os dois posicionamentos básicos em torno do poder constituinte, ou seja, entre aqueles que aceitam somente a existência de um poder constituinte originário, e aqueles que acreditam numa maior amplitude deste. As duas citações que se seguem demonstram um posicionamento (o primeiro) que aceita e explica a necessidade do poder constituinte instituído, derivado ou reformador, e um outro posicionamento que discorda desta doutrina por esta negar o caráter ou teor soberano, contrariando a essência do poder constituinte.

JOSÉ AFONSO DA SILVA defende que “o poder de emenda constitucional foi atribuído ao Congresso Nacional, que é o poder constituído e órgão da legislatura ordinária. Trata-se de um problema de técnica constitucional. Seria muito complicado ter que convocar o poder constituinte originário todas as vezes que fosse necessário emendar, reformar ou rever a Constituição. Por isso, o próprio poder constituinte originário, ao estabelecer a Constituição da República, instituiu um poder constituinte reformador, que, por isso mesmo, a doutrina denomina o poder constituinte derivado, poder constituinte instituído ou constituído, poder de reforma constitucional”. ⁽²²⁾

(19) BARACHO, José Alfredo de Oliveira. “Teoria Geral do Poder Constituinte”, separata do nº 53 da *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, 1981, p. 40.

(20) RUSSOMANO, Rosah. *Curso de Direito Constitucional*, 3ª ed. rev. ampl., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1978, p. 40.

(21) RUSSOMANO, Rosah. *Curso de Direito Constitucional*. Ob. cit., pp. 43-46.

(22) SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Da Organização Nacional, Editora da Revista dos Tribunais, São Paulo, 1976, vol. I, p. 25.

De outra forma PAULO BONAVIDES explica que, “com efeito, tomada ao pé da letra a distinção clássica usual que separou o poder constituinte em duas modalidades, a saber, poder constituinte originário e poder constituinte derivado, carece, por inteiro, de fundamento, se, mediante a mesma, pretendermos estabelecer limites teóricos ao seu exercício. Equivaleria o reconhecimento de tais limites a negar-lhe caráter ou teor soberano, o que sem dúvida contraria a essência do poder constituinte”. (23)

Entendemos que, apesar de não ser um poder soberano, ilimitado, incondicionado, este poder derivado só é condicionado pelo poder originário, o que não lhe dá um caráter frágil, mas pelo contrário. O poder constituinte derivado deve ser reconhecido como tal, pelos motivos expostos pelos defensores desta tese e pelo fato de ser o único poder capaz de alterar, modificar, aumentar, rever o texto constitucional, que é a lei fundamental superior, criadora do ordenamento jurídico existente, podendo este poder derivado modificar o direito positivo nacional nos seus fundamentos, coisa que somente um poder constituinte originário pode fazer. Portanto, mesmo que condicionado ou, de certa forma, limitado, estes limites e estes condicionamentos serão somente aqueles estabelecidos pelo poder que o criou, ou seja, o poder constituinte originário.

No item que se segue, estudaremos a natureza do poder constituinte. Não entrará, pois, na discussão a natureza do poder constituinte derivado, por ser este, se aceito, claramente um poder de direito. Não se pode ainda, como já se pretendeu, vincular os posicionamentos perante a amplitude do poder constituinte e a natureza deste. A aceitação da existência de um poder constituinte derivado não significa que necessariamente o poder constituinte originário deva ser visto também como um poder de direito. Portanto, analisaremos agora a natureza do poder constituinte originário, para depois, no item 2.3 do nosso trabalho, estudarmos a questão da titularidade do poder constituinte, que se trata também de posicionamento não obrigatoriamente vinculado.

2.2 — A natureza do Poder Constituinte

NELSON SALDANHA, em sua obra *Poder Constituinte*, afirma:

“Em torno do conceito do poder constituinte, ocorre uma espécie de refração quando o poder, fato social primário, assume sentido jurídico. A noção de poder constituinte, que se entende sociologicamente a partir da noção de poder social, apresenta um momento bastante nítido se a interpretamos como concentração de um tipo de passagem do poder ao direito.” (24)

Pode-se notar que neste conceito demonstrado existe a convicção de poder constituinte originário como um poder de fato. Fica bem demonstrada

(23) BONAVIDES, Paulo. *Direito Constitucional*. Forense, Rio de Janeiro, 1980, 1ª edição, p. 146.

(24) SALDANHA, Nelson. *O Poder Constituinte*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 65.

esta posição na afirmação de NELSON SALDANHA citada anteriormente, quando ele afirma ser o poder constituinte o momento de "passagem do poder ao direito".

MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO demonstra que existem duas teses diferentes a respeito da natureza da Constituição, obra do poder constituinte:

1 — A primeira é a tese positivista. "Para o positivismo jurídico, todo o direito se resume no direito positivo; portanto, todo o direito se resume no direito posto pelo Estado" (25).

A partir daí pode-se concluir logicamente que, como o direito positivo surge da Constituição, "a Constituição, da qual parte a ordem jurídica, não é gerada pelo direito, ou melhor, não é gerada por um poder de direito; a Constituição é um fato, e o poder constituinte é simplesmente uma forma social. Em consequência disso, reitera-se, o estabelecimento de uma Constituição é, para o positivismo jurídico, um mero fato, um fato que está fora da ciência jurídica, embora seja o ponto de partida da ciência jurídica" (26).

2 — A segunda tese é a jusnaturalista que se contrapõe à tese positivista:

"Para a tese jusnaturalista o direito não se resume ao direito positivo. Há um direito que não se confunde com o direito positivo. Esse direito é, *grosso modo*, o que resulta da natureza humana. É o chamado direito natural." (27)

Obviamente, esta tese considera o poder constituinte como um poder de direito.

Vamos nos utilizar mais uma vez da obra de MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO para demonstrar que, "contemporaneamente, não se abandonou a idéia de que o ser humano possui como próprios certos direitos fundamentais. Como o consectário de que tais direitos devem ser respeitados por todos os poderes, por todos os Estados. Pôs-se de lado — é verdade — a perquirição sobre o fundamento último desses direitos, estando certamente fora de moda a doutrina jusnaturalista. Dá-se como sustentação da tese, pura e simplesmente, a *communis opinio populorum*" (28).

A expressão dessa idéia é a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, que estabelece no item 3 do art. 21 um princípio diretamente aplicável ao poder constituinte:

"3 — A vontade do povo será a base da autoridade do governo; esta vontade será expressa em eleições periódicas e legi-

(25) FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*, 2ª edição rev. corr. e ampl. — São Paulo. Saraiva, 1985, p. 50.

(26) FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. Ob. cit., p. 50.

(27) FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. Ob. cit., p. 50.

(28) FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. Ob. cit., p. 50.

timas, por sufrágio universal; por voto secreto ou por processo equivalente que assegure a liberdade do voto.”⁽²⁹⁾

ROSAH RUSSOMANO reconhece a divisão com relação ao poder constituinte, pois enquanto uns o consideram um poder de fato, outros o consideram como poder de direito, e, portanto, provindo de “noção jurídica anterior ao Estado que estrutura”⁽³⁰⁾.

Segundo a autora, os que defendem a primeira tese frisam que “a primeira organização de um Estado encarna simples fato, que se não pode inserir em qualquer categoria jurídica, eis que escapa à incidência e à dominância de princípios de direito”⁽³¹⁾. Mesmo quando não se trata da primeira Constituição estatal, mas sim de uma substituição de uma ordem jurídica por outra, como no caso de golpes ou revoluções, os defensores desta corrente acreditam que este poder se vincula a um fato, pois o mais forte será o depositário do poder constituinte⁽³²⁾.

ROSAH RUSSOMANO se posiciona na segunda corrente, afirmando que “os que adotam o segundo ponto de vista observam, com mais propriedade, que o poder constituinte não perde seu caráter específico de poder de direito, pela circunstância de não se alicerçar em preceito jurídico que anteceda ao Estado. Não se condicionando a um estatuto jurídico anterior, é, não obstante, um poder de direito”⁽³³⁾ pelo motivo de o direito não ser apenas direito quando se traduz em termos positivos.

Para encerrar este tópico, é importante anotar a observação de MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, que afirma que, após colocadas as bases do positivismo jurídico, cabe a indagação: “porque, afinal de contas, a Constituição obriga, por que ela comanda?”.

Observa FERREIRA FILHO que, “na doutrina do positivismo jurídico, a obrigatoriedade da Constituição pode ser explicada sociologicamente ou psicologicamente. Mas, também, ela pode ser explicada logicamente. Esta explicação, encontramos-la, por exemplo, na *Teoria pura do direito de Kelsen*”⁽³⁴⁾.

Com relação à norma fundamental de Hans Kelsen, que nega a soberania popular, ou seja, o povo como titular de poder constituinte, este tema será estudado no Capítulo 2, antes porém vamos estudar as doutrinas com relação à titularidade do poder constituinte, para podermos, então, analisar o pensamento de Hans Kelsen.

(29) FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. Ob. cit., p. 53.

(30) RUSSOMANO, Rosah. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª ed. rev. ampl., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1978, p. 39.

(31) RUSSOMANO, Rosah. *Curso de Direito Constitucional*. Ob. cit., p. 39.

(32) RUSSOMANO, Rosah. *Curso de Direito Constitucional*. Ob. cit., p. 40.

(33) RUSSOMANO, Rosah. *Curso de Direito Constitucional*. Ob. cit., p. 40.

(34) FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. Ob. cit., p. 51.

2.3 — A questão da titularidade

SIÈYES afirmou que “a nação existe antes de tudo — é a origem de tudo. Sua vontade é invariavelmente legal — é a própria lei” (35).

Como já vimos, é com o próprio SIÈYES que surge a noção de poder constituinte, diferenciando este do poder constituído, que não pode, na sua ação autônoma, atingir as leis fundamentais contidas na Constituição, criada por um poder constituinte, que, por sua vez, é produto da vontade da nação.

CARL SCHMITT e LUIS RECASÈNS SICHES são seguidores do pensamento de SIÈYES quanto à soberania popular e ao poder constituinte originário. Para eles o conceito de poder constituinte está ligado à criação originária do direito, somente (36).

A respeito do tema, LUÍS RECASÈNS SICHES explica que:

“Según la doctrina democrática — que estimamos es justa — el sujeto o titular del poder constituyente es la nación, como unidad capaz de obrar, dotada de consciencia de su realidad política, con voluntad de afirmarse como tal. Ahora bien: este poder constituyente no está ligado en su actuación a normas o procedimientos jurídicos previos. Se encuentra, por así decirlo, en estado de Naturaleza. (Schmitt). Cuando se está en período constituyente, se debe concebir a las naciones, sobre la tierra, como los individuos antes y a parte del vínculo social, o, como suele decirse, en estado de Naturaleza (Sièyes). Esto es así porque, a diferencia del gobierno, que no puede pertenecer mas que al Derecho positivo, la nación en cambio, se forma tan solo por el Derecho natural: la nación es todo lo que puede ser, por la sencilla razón de que existe.” “La nación existe antes que todo — esto es, antes que todo de Derecho positivo —, y, por consiguiente, ella es el origen de todo. Su voluntad es siempre legal: constituye la ley de sí misma. Antes que ella y for encima de ella no hay más que el derecho natural (Sièyes). É ejercicio de la voluntad natural es libre independiente de todas las formas civiles. Como solo existe, en el orden natural la voluntad natural es livre independiente de todas las formas civiles. Como sólo existe, en el orden natural la voluntad de la nación, para surtir plenos efectos jurídicos, tiene suficiente con poseer los caracteres naturales de una voluntad (Sièyes)” (37).

PINTO FERREIRA acredita que, de acordo com o espírito democrático, somente o povo tem a competência para exercer os poderes da

(35) ACCIOLI, Wilson. *Instituições de Direito Constitucional*. Ob. cit.

(36) DANTAS, Ivo. *Poder Constituinte e Revolução*. (Breve Introdução à Teoria Sociológica de Direito Constitucional). Ob. cit., pp. 33-34.

(37) VIAMONTE, Carlos Sanchez. *Derecho Constitucional*. Tomo I, “Poder Constituyente”, Editorial Kapelusz & Cia. Buenos Aires, Argentina, 1945, pp. 265-266.

soberania. Quando analisa os termos "Convenção constitucional", "Assembléia Constituinte" e "Convenção Nacional Constituinte", PINTO FERREIRA explica que a "assembléia constituinte é o corpo representativo escolhido a fim de criar ou revisar a Constituição" (38). Entretanto, existem dois tipos principais de organização do poder constituinte. Um será o modelo da convenção nacional, que é o tipo primitivo onde existe uma assembléia eleita pelo povo para elaborar a Constituição, e não há necessidade de ratificação popular. O segundo modelo é o sistema popular direto, onde a Constituição é notada pela convenção nacional e posteriormente esta é submetida à aprovação popular através do *referendum*. Para o autor, este segundo modelo está mais próximo do espírito democrático e da soberania popular (39).

Com relação ao sujeito de poder constituinte o seu titular pode ser individual ou coletivo, "capacitado para *criar* ou *revisar* a Constituição". Este titular do poder pode ser um rei, um ditador, uma classe ou o próprio povo. Numa primeira possibilidade histórica este poder pode pertencer a um monarca, um ditador ou tirano. Em outra modalidade histórica pode pertencer a uma classe, aristocracia ou oligarquia e, finalmente, "numa derradeira forma, a própria nação surge como depositária de tal soberania, de sorte que o poder constituinte pertence à comunidade, à nação, diria SIEYES ao povo ele mesmo" (40).

Reconhecendo também a soberania popular, DALMO DE ABREU DALLARI nos explica que "quando se quer saber quem pode fazer uma Constituição é verificar quem tem legitimidade para estabelecer as regras que vão ser incluídas na Constituição. Por outras palavras, pode-se perguntar quem tem o poder constituinte legítimo. E a única resposta adequada ao reconhecimento de que todos os seres humanos nascem iguais em dignidade e direitos, como diz a Declaração Universal dos Direitos do Homem, é que o *poder constituinte legítimo é do povo*" (41).

Outros autores negam totalmente a primeira tese. MAURICE HAURIOU, quando estuda o poder constituinte, nega a soberania popular.

CARLOS SANCHEZ VIAMONTE interpreta HAURIOU da seguinte maneira:

(38) PINTO FERREIRA. *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*. Ob. cit., p. 49.

(39) PINTO FERREIRA. *Princípios Gerais de Direito Constitucional Moderno*. Ob. cit., p. 53.

(40) PINTO FERREIRA. *Princípios Gerais de Direito Constitucional Moderno*. Ob. cit., p. 53.

(41) DALLARI, Dalmo de Abreu. *Constituição e Constituinte*. 3ª edição, São Paulo, Edições Saraiva, 1965, p. 33.

“El profesor MAURICIO HAURIUO, enemigo declarado de la soberanía del pueblo y partidario de reconocerla al gobierno y sus órganos, nega la existencia del poder constituyente, no obstante sostener el reino de la ley y la soberanía del estatuto constitucional, pero se declara partidario de las constituciones escritas y de lo que el llama teoría de la inconstitucionalidad de las leyes, como asimismo de reconocer al poder judicial la atribución de declarar esta inconstitucionalidad.

HAURIUO encuentra en la vida de una nación dos clases de órdenes: el organizado y el inorganizado. El organizado es prácticamente el gobierno, y de ahí concluye que es a éste a quien corresponde la soberanía nacional.” (42)

SAHID MALUF observa que “uma Constituição é precisamente a expressão da soberania. É um certificado da vontade política do povo nacional. Logo, para ser legítima, deve ser elaborada e promulgada por uma assembléia constituinte” (43).

Salienta o autor que a esta tese da soberania popular se opõe HANS Kelsen, que afirma que a Constituição provém de uma norma fundamental destituída de poder (44).

Será a respeito desta norma fundamental como determinante, como justificativa da autoridade constituinte, negando assim a autoridade legitimada pela vontade popular que estudaremos agora.

3 — A norma fundamental

HANS Kelsen, na sua obra *Teoria Geral das Normas*, vai retificar a sua posição anterior com relação à norma fundamental. Após este trabalho, tudo que foi dito sobre a norma fundamental foi revogado. A norma fundamental neste tratado recebe uma nova conceituação, corrigindo Kelsen, o que ele mesmo havia escrito anteriormente, quando a tratava como uma hipótese. Esse acontecimento é de grande importância, pois invalidou tudo que se escreveu sobre esta norma. A norma fundamental, ou seja, aquela que fundamenta um ordenamento jurídico, passa a ser

(42) VIAMONTE, Carlos Sanchez. *Derecho Constitucional*. Tomo I, ob cit., p. 275.

(43) MALUF, Sahid. *Direito Constitucional*. Ob. cit., p. 59.

(44) MALUF, Sahid. *Direito Constitucional*. Ob. cit., p. 59.

vista neste trabalho como uma norma fictícia, meramente pensada, produto de um simples ato de vontade também fictício (45).

Ressalta o tradutor da obra, JOSÉ FLORENTINO DUARTE, que a norma fundamental não é uma hipótese mas sim uma ficção “que se diferencia de uma hipótese pelo fato de que ela é acompanhada pela consciência ou, digo, deve ser acompanhada, pelo fato de que a realidade não lhe corresponde” (46).

Para KELSEN a “norma fundamental de uma ordem jurídica ou moral positiva não é positiva, mas meramente pensada, e isto significa uma fictícia, não o sentido de um real ato de vontade, mas sim de um ato meramente pensado. (...) O fim do pensamento da norma fundamental é: o fundamento de validade das normas instituintes de uma ordem jurídica ou moral positiva é a interpretação do sentido subjetivo dos atos ponentes dessas normas como de seu sentido objetivo; isto significa, porém, como normas válidas, e dos respectivos atos como atos ponentes de norma. Este fim é atingível apenas pela via de uma ficção. Por conseguinte, é de se observar que a norma fundamental, no sentido da vaihigeriana Filosofia do Como-Se não é hipótese — como eu mesmo, acidentalmente, a qualifiquei —, e sim uma ficção que se distingue de uma hipótese pelo fato de que é acompanhada pela consciência ou, então, deve ser acompanhada, porque a ela não corresponde a realidade” (47).

KELSEN explicará que a validade de uma norma fundamenta a validade de outra norma.

Portanto uma norma superior será o fundamento de uma norma inferior, uma vez que esta foi produzida de acordo com o estabelecido pela norma superior. É o mesmo que dizer que a legislação infraconstitucional tem fundamento na Constituição, que é a norma superior. Da mesma forma uma Constituição deve ter origem em uma outra norma. Qual seria esta norma? Para KELSEN, esta norma é uma ficção puramente racional, que dá validade à Constituição, sem entretanto estabelecer o conteúdo desta. Convém destacar aqui um importante trecho da obra de KELSEN, que agora reproduziremos:

“Que a validade de uma norma fundamenta a validade de uma outra norma, de um modo e de outro, constitui a revelação entre uma norma superior e uma inferior. Uma norma está em relação com uma outra norma; a superior em relação com

(45) KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas* (Allgemeine Theorie der Normen), Tradução e Revisão de José Florentino Duarte, Sérgio Antônio Fabris Editor Porto Alegre, RS, 1986, p. VIII.

(46) KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Ob. cit., p. IX.

(47) KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Ob. cit., pp. 328 e 329.

uma inferior, se a validade desta é fundamentada pela validade daquela. A validade da norma inferior é fundamentada pela validade da norma superior pela circunstância de que a norma inferior foi produzida como prescreve a norma superior, pois a norma superior, em relação com a inferior, tem o caráter de Constituição, pois que a natureza da Constituição existe na regulação da produção de normas. Então, a lei, a qual regula o processo, em que o órgão aplicador do Direito, especialmente os Tribunais, produz normas individuais, é a 'Constituição' na relação com o processo desses órgãos, como a 'Constituição' no sentido específico mais restrito da palavra, isto é, na relação com o processo legislativo de produção de leis, e a Constituição no sentido lógico transcendente na relação com a historicamente primeira Constituição, com a Constituição no sentido jurídico positivo.

Assim, o conceito de Constituição é relativo. Visto a partir da Constituição, tanto uma ordem moral positiva quanto um ordenamento jurídico são um concatenamento de produção, porquanto a norma fundamental só determina por quem as normas da ordem moral ou jurídica devem ser estabelecidas, quer dizer, apenas a suprema autoridade ponente de norma é determinada, sem fixar o conteúdo das normas que devem ser estabelecidas por esta autoridade.

Se a norma superior só determina o ato de estabelecimento da norma inferior, não, porém, o conteúdo da norma que deve ser estabelecida, i. e, autoriza o estabelecimento de normas de todo e qualquer conteúdo, a validade da norma inferior é fundamentada pela validade da norma superior, contanto que o ato de estabelecimento da norma inferior corresponda a superior. É isto — como notado — a relação da norma fundamental com as normas de um ordenamento positivo da Moral ou do Direito. Mas as normas estabelecidas pelas supremas autoridades da Moral e do Direito, autorizadas pela norma fundamental — Deus, o Legislador —, podem conferir competência de novo a outras autoridades para estabelecerem normas e, com isso, determinar ou não determinar o conteúdo das normas que devem ser estabelecidas." (48)

Portanto, para Kelsen o fundamento da validade das normas superiores de um ordenamento positivo será a norma fundamental determinando que esta norma poderá estabelecer normas inferiores. É neste único sentido

(48) Kelsen, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Ob. cit., pp. 329-330.

que aparece a norma fundamental, ou seja: determinando como serão produzidas as normas inferiores. O ato de estabelecimento de uma Constituição tem sua validade na autorização da norma fundamental fictícia.

A norma fundamental só determina o ato de estabelecimento das normas de um ordenamento positivo, não determina nunca o conteúdo da norma que deve ser estabelecida. É como se fosse a norma que trata do estabelecimento das leis pela Assembléia Legislativa. Esta norma irá estabelecer como serão produzidas novas normas pela Assembléia, mas não dirá qual deve ser o conteúdo das normas produzidas por aquela Assembléia. Neste sentido a norma fundamental autoriza a produção da primeira Constituição sem entretanto estabelecer qual deve ser o conteúdo desta Constituição a ser produzida: autoriza a produção da norma (Constituição) sem entretanto dizer qual o seu conteúdo.

A Professora ELZA MARIA MIRANDA AFONSO, no seu trabalho *O Positivismo na Epistemologia Jurídica de Hans Kelsen*, nos mostra que, “conforme a teoria de KELSEN, os sistemas normativos podem pertencer ao tipo estático ou ao tipo dinâmico. Nos sistemas do tipo estático as normas valem por seu conteúdo, sendo que este pode ser deduzido por via de operação lógica do conteúdo da norma fundamental. No sistema normativo do tipo dinâmico, a norma fundamental pode fornecer apenas o fundamento de validade das normas do sistema e não o seu conteúdo”⁽⁴⁹⁾.

A Professora ELZA cita um texto de KELSEN, que, em outras palavras, explica:

“O tipo dinâmico é caracterizado pelo fato de a norma fundamental pressuposta não ter por conteúdo senão a instituição de um fato produtor de normas, a atribuição de poder a uma autoridade legisladora ou — o que significa o mesmo — uma regra que determina como devem ser criadas as normas gerais e individuais de ordenamento fundado sobre esta norma fundamental.”⁽⁵⁰⁾

Neste sentido, a norma fundamental apenas instaura a competência conferindo poder para a instituição de normas. “A ordem jurídica”, conforme KELSEN, “não é um sistema de normas justapostas. Ela possui uma estrutura hierárquica na qual a validade de uma norma é determinada por outra norma, e assim sucessivamente, até se chegar à norma fundamental, da qual se deduz o fundamento de validade do sistema”⁽⁵¹⁾. Para KEL-

(49) MIRANDA AFONSO, Elza Maria. *O Positivismo na Epistemologia Jurídica de Hans Kelsen*. UFMG, Belo Horizonte, Minas Gerais, 1984, p. 243.

(50) MIRANDA AFONSO, Elza Maria. *O Positivismo na Epistemologia Jurídica de Hans Kelsen*. Ob. cit., p. 243.

(51) MIRANDA AFONSO, Elza Maria. *O Positivismo na Epistemologia Jurídica de Hans Kelsen*. Ob. cit., p. 243.

SEN o sistema das normas jurídicas tem um caráter essencialmente dinâmico, a norma jurídica não tem valor devido ao seu conteúdo, mas sim por ter sido criada de acordo com uma forma determinada, fixada por uma norma fundamental pressuposta. Só por este motivo, uma norma pertence à ordem jurídica.

“A norma fundamental do sistema jurídico fornece tão-somente o seu fundamento de validade. O conteúdo de uma norma não pode dela ser deduzido.” (52)

Este pensamento de KELSEN corta, pois, qualquer vínculo com o direito natural, eis que “a norma de direito natural é norma com um conteúdo de valor e, por isso mesmo, norma fundamentalmente *justa*” (53). Como vemos, para KELSEN, não é o conteúdo, mas sim a forma que oferece a validade.

Contrário ainda a este pensamento está a teoria sociológica que afirma ser “contrário à experiência um sistema de normas jurídicas, fundado numa norma fundamental, sem a contrapartida de uma realidade social subjacente. Sem a infra-estrutura social da conduta inexistem normas, valores, direito positivo enfim” (54).

ALF ROSS, em seu livro *Lógica das Normas*, no capítulo referente à lógica Deontica, discorda de Kelsen com relação à norma fundamental, explicando que “as ficções nada significam no conhecimento. Uma vez que está claro que a idéia de norma básica não pode manter-se como pré-requisito cognoscitivo necessário, como postulado do ‘pensamento jurídico’ e que não corresponde tampouco a nenhuma realidade, há que se ir até o final; deve abandonar a doutrina da norma básica” (55).

Pensamos que a norma fundamental deve ser negada, pelo fato de acharmos que o direito não pode se fechar à realidade social, não pode se isolar de outras ciências, e não pode se separar nunca do seu valor fundamental, ou seja, o conceito de justo.

(52) MIRANDA AFONSO, Elza Maria. *O Positivismo na Epistemologia Jurídica de Hans Kelsen*. Ob. cit., p. 244.

(53) VILANOVA, Lourival. “Teoria da Norma Fundamental (Comentário à margem de Kelsen)” in *Anuário do Mestrado em Direito*, Recife, 1977, Universidade Federal de Pernambuco, p. 132.

(54) Idem.

(55) BURITY, Tarcísio de Miranda. “Kelsen e o Direito Internacional Consuetudinário”, in “Estudos de Filosofia do direito: uma visão integral da obra de Hans Kelsen” coordenação geral Múmir Karan, Luis Régis Prado, conferencistas ..., São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, p. 123.

A Professora ELZA MIRANDA AFONSO explica de forma clara o que acabamos de afirmar:

“Embora reconhecendo as grandes contribuições de Kelsen para o pensamento jurídico, grandes nomes da doutrina do direito têm apontado a insuficiência de uma Ciência do Direito encerrada em si mesma, a insuficiência de se reduzir o estudo da validade a um plano exclusivamente formal. E tem sentido a necessidade de renovar a discussão desses temas, em uma nova visão crítica, considerando que o direito positivo é pleno de conteúdos valorativos e não pode ser dissociado dos valores éticos da comunidade humana, à qual se destina.” (56)

Conclusões

1. A doutrina não é unânime com respeito à natureza e amplitude do poder constituinte. Certos autores acreditam que o poder constituinte só pode ser originário, negando-se assim a existência de um poder constituinte derivado, que para estes é um poder constituído, criado pela Constituição, produto do poder constituinte originário.

Com relação à natureza do poder constituinte, alguns o colocam como poder de fato, que tem origem na vontade popular.

2. Outros autores acreditam que o poder constituinte tem uma amplitude maior, pois além de ser originário também pode ser um poder derivado, que nesta função tem o poder de revisar a Constituição.

Não é certo que os autores que defendem este ponto de vista acreditam ser o poder constituinte um poder de direito.

Logicamente, se se reconhece o poder constituinte derivado, é este um poder de direito, mas isto não significa que não se possa reconhecer o poder originário como um poder de fato.

3. O poder constituinte originário é um poder inicial, autônomo e incondicionado, pois juridicamente não se admite limitações de nenhuma forma. Entretanto, este poder pode sofrer limitações em uma perspectiva sociológica.

4. As limitações sofridas na perspectiva sociológica entretanto não são a influência dos valores vigentes na sociedade e aspirados pelo povo, pela nação, pois isto na verdade é o elemento legitimador do poder consti-

(56) MIRANDA AFONSO, Elza Maria. *O Positivismo na Epistemologia Jurídica de Hans Kelsen*. Ob. cit., p. 296.

tuinte. As limitações que podem ocorrer são aquelas impostas por uma minoria, atuando em seu interesse, em detrimento da maioria.

5. Com relação ao poder constituinte derivado, entendemos que, apesar de não ser um poder soberano, ilimitado, incondicionado, este poder derivado só é condicionado pelo poder originário, o que não lhe torna frágil, mas pelo contrário. O poder constituinte derivado deve ser reconhecido como tal, pelos motivos expostos pelos defensores desta tese e pelo fato de ser o único poder capaz de alterar, modificar, aumentar, rever o texto constitucional, que é a lei fundamental superior, criadora de ordenamento jurídico existente, podendo este poder derivado modificar o direito positivo nacional nos seus fundamentos, coisa que somente um poder constituinte originário pode fazer.

Portanto, mesmo que condicionados, os limites existentes serão somente aqueles estabelecidos pelo poder que o criou, o poder constituinte originário.

6. A norma fundamental só determina o ato do estabelecimento das normas de um ordenamento positivo, não determina nunca o conteúdo da norma que deve ser estabelecida. É como se fosse a norma que trata do estabelecimento das leis pela Assembléia Legislativa. Esta norma irá estabelecer como serão produzidas novas normas pela Assembléia, mas não dirá qual deve ser o conteúdo das normas produzidas por aquela Assembléia. Neste sentido, a norma fundamental autoriza a produção da primeira Constituição, sem entretanto estabelecer qual deve ser o conteúdo desta. O que oferece validade é a forma estabelecida pela norma fundamental que deve ser seguida e não o conteúdo da norma produzida.

7. Este pensamento vai de encontro com o pensamento jusnaturalista que defende a existência de uma norma com um conteúdo de valor que por este motivo é fundamentalmente justa.

8. Acreditamos que a norma fundamental, conforme Kelsen a previa, deve ser negada pelo fato de acharmos que o direito não pode se afastar da realidade social. Não acreditamos também que o direito se limite à lei positiva. Para conformar este pensamento citamos o jurista MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, quando este afirma que:

“Contemporaneamente, não se abandonou a idéia de que o ser humano possui como próprios certos direitos fundamentais. Com o consuetudinário de que tais direitos devem ser respeitados por todos os poderes, por todos os Estados.

Pôs-se de lado — é verdade — a perseguição sobre o fundamento último desses direitos, estando certamente fora de moda

a doutrina jusnaturalista. Dá-se como sustentação da tese, pura e simplesmente, a *communis opinio populorum*.”⁽⁶⁷⁾

BIBLIOGRAFIA

- ACCIOLI, Wilson. *Instituições de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro. Forense, 1978, 1ª edição.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral do Poder Constituinte*. Separata nº 52 da Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, 1981.
- BONAVIDES, Paulo. *Direito Constitucional*. Forense. Rio de Janeiro, 1980, 1ª edição.
- BURITTY, Tarcísio de Miranda. “Kelsen e o Direito Internacional Consuetudinário” in *Estudos de Filosofia do Direito: uma visão integral da obra de Hans Kelsen*. Coordenação geral Munir Karam, Luls Régis Prado, conferencistas . . ., São Paulo. Editora Revista dos Tribunais.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Constituição e Constituinte*. 3ª edição. São Paulo. Edições Saraiva, 1985.
- DANTAS, Ivo. *Poder Constituinte e Revolução*. Rio de Janeiro. Editora Rio-Sociedade Cultural Ltda., 1978.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Constituinte: assembléa, processo, poder*. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 1985.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 2ª edição rev. corr. e ampl. São Paulo. Saraiva, 1985.
- HAURIUO, André. *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*. Editions Montchrestien, 4ème édition, Paris, 1970.
- KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas (Allgemeine Theorie der Normen)*. Tradução e revisão de José Florentino Duarte, Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, RS. 1986.
- MALUF, Sahid. *Direito Constitucional*, 15ª edição rev. e atualizada, São Paulo. Sugestões Literárias, 1983.
- MIRANDA AFONSO, Elza Maria. *O Positivismo na Epistemologia Jurídica de Hans Kelsen*, UFMG, Belo Horizonte, Minas Gerais, 1984.
- PINTO FERREIRA. *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*, 6ª edição ampl. e atualizada. São Paulo. Saraiva, 1983.
- RUSSOMANO, Rosah. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª edição rev. ampl. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1978.
- SALDANHA, Nelson. *O Poder Constituinte*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1986.
- SAMPAIO, Nelson de Souza. *O Poder de Reforma Constitucional*. Livraria Progresso Editora, Salvador, 1954.
- SLEYES, Emmanuel Joseph. *A Constituição Burguesa (Qu'est-ce que le tiers Etat?)*. Organização e introd. de Amélio Wander Bastos, trad. de Norma Azeredo, Rio de Janeiro. Liber Juris, 1986.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Da Organização Nacional, Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 1976.
- VIAMONTE, Carlos Sanchez. *Derecho Constitucional*. Tomo I, *Poder Constituyente*. Editorial Kapelusz & Cia. — Buenos Ayres, Argentina, 1945.
- VILANOVA, Lourival. “Teoria da Norma Fundamental (comentários à margem de Kelsen)” in *Anuário do Mestrado em Direito*, Recife, 1977, Universidade Federal de Pernambuco.

(67) FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. Ob. cit., p. 52. *Bibliografia*

Os contratos da Administração Pública

CARLOS ROBERTO PELLEGRINO
Docteur d'Etat. Professor na Universidade de
Brasília

SUMÁRIO

I. Notícia introdutória.

A. Histórico. B. A essência do contrato e a intervenção do Estado. A questão doutrinária do direito comparado.

II. A experiência italiana.

III. A experiência francesa.

IV. O regime jurídico dos contratos administrativos.

A. Formação do contrato administrativo.

B. Execução do contrato administrativo.

I. Notícia introdutória

A. Histórico

Os contratos da Administração Pública, nas duas espécies consagradas pelo direito brasileiro — contratos administrativos e contratos privados da Administração —, encontram suas raízes em certos passos da história do Estado francês, cujas doutrinas administrativas influenciaram substancialmente o pensamento jurídico das nações da assim chamada família romano-germânica.

Esta dicotomia constitui-se na base da concepção doutrinária, na medida em que não houve o desenvolvimento de teorização geral dos contratos de Administração. Ocorreu sim a teorização específica quanto a certos con-

tratos da Administração, e que escaparam às regras gerais do Direito Privado — teoria dos contratos administrativos.

Para acompanhar a evolução dessa doutrina, é indispensável compreender alguns fatos decisivos na formação do Direito Administrativo, aqueles que, em verdade, inspiraram o surgimento da jurisdição administrativa francesa.

As Câmaras jurisdicionais especializadas em matéria administrativa remontam a períodos anteriores à Revolução Francesa. O antigo regime, com efeito, contemplava órgãos tais como *Cour de aides*, *Chambres de Comptes* ou *Jurisdiction des eaux et forêts*. O fundamento político da criação desses órgãos estava em que, para vencer os obstáculos postos pelo Parlamento à sua ação administrativa, o rei incumbia os seus delegados do julgamento de diversos litígios dessa natureza.

Instaurada a Revolução e difundida a idéia da tripartição de “poderes”, sistematizada por Montesquieu, surgiu a dúvida acerca da possibilidade ou mesmo a conveniência político-administrativa de se conferir ao Judiciário a atribuição de julgar os atos do Executivo. Temia-se que essa nova responsabilidade conferida ao Judiciário pudesse ser tida como intrusão indevida na esfera de atribuições deste último.

O receio do Parlamento do antigo regime de que o Judiciário viesse assumir uma tal postura de oposição e de ingerência levou a que se mantivesse a tradição do juiz administrativo, é certo que com algum aperfeiçoamento que mais tarde adveio da especialização (a separação entre administrador-ativo e administrador-juiz, dentro do próprio Executivo).

Para ilustrar o entendimento dominante àquela época, interessa reproduzir alguns dos textos legais que afastavam do Judiciário o exame dos atos da Administração (RIVERO, *Droit Administratif*, p. 139).

“Loi des 16-24 août 1790: “Les fonctions judiciaires sont et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux des administrateurs pour raison de leurs fonctions”.

Loi du 16 fructidor an III: “Défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d’administration, de quelque espèce qu’ils soient, aux peines de droit.”

A mesma necessidade de excluir tanto quanto possível a atividade administrativa do controle dos tribunais ordinários (aqueles que integravam o “Poder” Judiciário) manifestou-se no tratamento dos contratos administrativos, como demonstram PALASI e EZCURRA (*Principios*, Tomo III, Contratación Administrativa, p. 9):

“Como se ha indicado, la figura del contrato administrativo tiene un origen procesal que se manifiesta ya en la pugna entre el

poder judicial y el administrativo a finales del siglo XVIII. Esta pugna será heredada por el constitucionalismo dando lugar a sucesivas sustracciones a la competencia de los tribunales ordinarios en beneficio de Tribunales y Consejos especiales, cuyos poderes jurisdiccionales aparecen inicialmente concretados en las facultades de los intendentes y del Consejo del Rey. Tales atribuciones de competencias se realizarón, en un principio, a través de disposiciones aisladas que la Administración irá dictando a medida que aumenten sus competencias y actividades, cuidando en todo momento de evitar que éstas se vean interferidas por los Tribunales ordinarios. Debido a ello, en casi todas las reglamentaciones se insertará una cláusula con el siguiente tenor literal: "Ordena además S.M. que todas las contestaciones a que dé origen la ejecución de este acuerdo y sus circunstancias y consecuencias se lleven ante el intendente, para que éste las resuelva, quedando a salvo la apelación ante el Consejo y prohibimos a nuestros Tribunales entender en estos asuntos".

Ahora bien, cabe preguntarse porqué esas reservas de competencias? Que había de sustantivo en esas relaciones jurídicas reservadas que provocara sua partición jurisdiccional? La cuestión se conecta a los orígenes mismos del Derecho administrativo moderno y, en concreto, a la ya aludida distinción entre *actos de autoridad* y *actos de gestión*. Esta distinción, de origen remoto, aparece formulada en Francia, bajo la doble expresión de "actes de puissance publique" y "actes de gestión". En los primeros, la Administración actúa como titular del poder público, dotada de su "imperium", revestida de soberanía; an los segundos se despoja de su poder, se pone a nivel de los particulares, y actúa como simple sujeto de derechos — ("comme un particulier pourrait le faire dans l'administration de son patrimoine", frase de BERTHELEMY)."

Essa distinção entre atos de império (ou de autoridade) e atos de gestão serviu, posteriormente, para inspirar o regime de partição de competências em matéria administrativa. Ao juiz administrativo cabia examinar os primeiros, ou seja, os atos de autoridades por excelência, enquanto que ao Judiciário eram submetidos os últimos, pois esse entendimento não foi suficiente para sustentar dualidade em bases científicas. A necessidade política de excluir certos contratos da apreciação judicial obrigou a um desvirtuamento da doutrina, o que também é assinalado por PALASI e EZCURRA (ob. cit., p. II/12):

"Pero volvamos a la distinción entre actos de autoridad y actos de gestión en los comienzos mismos de la Revolución Francesa. La distinción es inicialmente clara y la partición jurisdiccional de la actuación administrativa que lleva consigo también. Sin embargo, entre las situaciones contractuales en que la Admi-

nistración es parte, hay tres que van a presionar para que, pese a ser actos de gestión, queden inmunes a la jurisdicción ordinaria. Estas tres situaciones son: los contratos de — suministro al Ejército, la venta de bienes nacionales y los contratos o concesiones de obras. En todos ellos se pretende una estabilidad que no se vea comprometida por posteriores revisiones judiciales, ya que de ser rescindibles los contratos ante los Tribunales ordinarios — integrados en su mayoría por elementos del antiguo régimen — estos se verían revisados, frustrándose así, la desamortización, que constituía un propósito político esencial para la destrucción del antiguo régimen.

Es así como estos contratos, no obstante su naturaleza fundamentalmente civil, se atribuyen al conocimiento de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ya desde los primeros años post-revolucionarios y especialmente en el período napoleónico. El carácter excepcional de esta atribución se patentiza tanto en las disposiciones legales como en las decisiones de la jurisprudencia de las que se deduce que los contratos que celebra la Administración no son considerados como actos de Administración sino meros actos de gestión. Paradójicamente, pues, el contrato administrativo encontrará el fundamento que justifica su origen (exclusión de los Tribunales Ordinarios) en un tipo de actos, como son los de poder, que por su propia esencia no dan lugar a la producción de contratos. Sin embargo, la explicación de esta anomalía es sencilla si se tiene en cuenta que lo importante en este primer momento no consistía tanto en justificar la naturaleza contractual de esta clase de actuaciones como en su fiscalización por Tribunales administrativos especiales, para lo cuál era necesario apoyarse en los actos de poder y no en los de gestión.”

Nasce, assim, o contrato administrativo com os traços essenciais e específicos que até hoje o caracterizam, ao menos em seu país de origem: vinculação ao contencioso administrativo, conteúdo derogatório do direito comum e possibilidade de que, segundo a vontade do legislador, qualquer pacto da Administração Pública adquira essa natureza, à míngua de critérios suficientemente precisos e estáveis para uma definição por parte da doutrina.

Conquanto imperfeita, a fórmula mereceu entusiástica acolhida em grandes centros culturais europeus, como Itália e Espanha, antes de vir a ser divulgada às ordens jurídicas latino-americanas.

É evidente que, a cada país, a doutrina vai assumindo feição peculiar, daí a explicação para alguma divergência de enfoque entre franceses e italianos, como adiante será visto.

B. *A essência do contrato e a intervenção do Estado. A questão doutrinária do direito comparado*

Surgida de circunstâncias históricas nem sempre assemelhadas em todas as ordens jurídicas que se propõem a estudá-la, a teoria do contrato administrativo foi e continua a ser alvo de impugnação e, principalmente, de adaptações para ajustá-la às idéias dominantes a cada parte.

Na verdade, a própria existência de contrato firmado pela Administração foi objeto de severa crítica, em particular na Alemanha do início deste século, por uma corrente dita "negativista" conduzida por OTTO MAYER.

Certo, porém, é que a maior parte da controvérsia em torno da possibilidade do contrato da Administração Pública resultou de perspectivas divergentes acerca da própria noção de contrato, no âmbito da Teoria Geral do Direito.

Assim, a par de alguma discussão acerca do conceito daqueles elementos geralmente aceitos para definir o contrato (como o acordo de vontades, as obrigações recíprocas e a produção de certo efeito desejado pelas partes), a inserção de outros elementos, segundo cada noção particular de contrato, acirrou o debate acerca da compatibilidade do instituto com a presença do Poder Público num dos pólos da relação jurídica.

MARIO GALLO (*Contratto di Diritto Pubblico*, in *Novissimo Digesto Italiano*) dá conta de alguns pontos a cujo respeito se estabeleceu a controvérsia:

1.º — A posição de desigualdade existente entre a vontade da Administração Pública, dotada de supremacia, e a do particular, o que conduziria ao desvirtuamento da relação contratual, que pressupõe a equivalência de vontades e o desenvolvimento do negócio em estrita obediência à igualdade das partes.

2.º — O caráter de monopólio, e não de livre concorrência, que inspiraria o contrato de direito público (o qual, no Brasil, diz-se contrato administrativo).

3.º — A predeterminação, por lei ou por ato administrativo regulamentar, do conteúdo da relação contratual, pelo que a vontade particular se reduziria a simples ato de adesão.

4.º — A identificação do objeto com uma coisa não comerciável (função pública, serviço público etc.).

Para MASSIMO SEVERO GIANNINI, a tese sobre a ação de desigualdade (*Diritto Amministrativo*, Giuffrè, 1970) peca de certo modo por excesso de abstração.

A desigualdade resulta da própria supremacia da Administração Pública, mas, exatamente por isso, é plenamente compensada por mecanismos implicitamente contidos no pacto, como o equilíbrio econômico e financeiro ou o dever de indenizar.

Além disso, as relações contratuais privadas estão repletas de semelhantes *deformações*, vale dizer, de fenômenos que, embora não se enquadrem fielmente numa concepção ortodoxa de contrato, são admitidos como exceções que não desnaturam o instituto. Neste sentido, por exemplo, a vontade *enfraquecida* do patrão em face da vontade do empregado, em diversos aspectos do contrato individual de trabalho (pacto que pode surgir sem qualquer manifestação de vontade do empregador).

É de ser ainda notado que as cláusulas exorbitantes, ou legais, presumem-se de antemão conhecidas pelo particular que contrata com a Administração Pública. A sua vontade, assim, é de celebrar o acordo, sem embargo de todas as peculiaridades.

Monopólio e adesão, de outra parte, representam características não raro presentes nos contratos privados, particularmente a última, em face da crescente intervenção legislativa do Estado no campo das relações contratuais de direito comum.

Já a peculiaridade do objeto, que constitui um *objeto público*, de que só a administração pública dispõe — porque reflete a chamada potestade administrativa pública (GIANNINI, ob. cit., p. 500) —, é algo que apenas diferencia o contrato da Administração, mas que não exclui a sua natureza contratual. De qualquer forma, porém, o objeto daquele contrato não é, via de regra, *não-comerciável* ou indispensável entre particulares; é apenas impossível em contratos privados, porque estranho à esfera de disposição dos particulares.

Por causa dessa contestação, a corrente negativista reúne, hoje, poucos adeptos. As teses muitas vezes são outras, como aquela que pretende justificar a ausência de contrato da Administração ao argumento de que o ente público (agindo em prol do interesse coletivo) somente pode emitir declarações de vontade, às quais o particular adere para a formação ou eficácia do ato, mas nunca para a produção de efeitos jurídicos próprios advindos de um acordo, já que a vontade pública não pode fazer concessões em face da vontade do particular, gerando obrigações em favor deste último.

Trata-se, ao que parece, de uma divagação que fecha os olhos à realidade das coisas, porquanto a Administração usualmente contrai deveres e obrigações, sem prejuízo das suas finalidades, visto que é no interesse público que tais encargos são assumidos.

Feitas essas considerações, é oportuno tecer breve comentário sobre o estado atual da doutrina dos contratos da Administração Pública na

Itália e na França, e em especial sobre os critérios utilizados para classificá-los, pois, como já se demonstrou, a distinção entre as modalidades de contratos do Poder Público é a base de toda a doutrina.

II. *A experiência italiana*

GIANNINI, seguindo entendimento que parece majoritário na Itália, vê três espécies de contratos firmados pela Administração Pública:

1 — Contratos ordinários, ou de direito comum, como vendas, locação ou fornecimento (“*contratti di somministrazione*”, que na França têm similar nos “*marchés de fournitures*”, os quais, todavia, ali são contratados administrativos típicos), que a Administração pode celebrar sob as regras do direito privado, como se um particular fosse. É admissível, nessa categoria, até mesmo a criação de formas contratuais mistas ou inominadas.

2 — Contratos especiais (para alguns, “administrativos”), que são aqueles dotados de específica disciplina legal para o Poder Público — Ex.: contrato de empreitada pública, que tem regulamentação própria, diversa da empreitada civil.

3 — Contratos de objeto público, ou de direito público, que são os resultantes da chamada potestade pública da Administração, conjugada com um ato de submissão do particular.

Nesse caso, a Administração emite um ato administrativo típico, cujos exemplos mais citados são a concessão de serviço público, a concessão de uso de bem público, e o contrato constitui um complemento necessário, seja para a própria existência, seja para uma certa alternativa de realização do ato (o exemplo dado, nessa hipótese mais rara, é o que os italianos chamam *convenzioni di piano*, com relação às *convenzioni urbanistiche*).

Essa é a modalidade que mais despertou discussão naquele país, na medida em que não faltaram aqueles que (como CAMMEO e, principalmente, RANELLETTI), formulando tese semelhante à da doutrina negatvista, julgavam ser impossível a conjugação do exercício da soberania (a noção de *potestá*, muito desenvolvida no Direito Administrativo italiano) com o exercício do direito subjetivo do particular.

O ato do particular, segundo essa concepção, seria apenas condição de *eficácia* ou de *legitimidade* do ato administrativo, quando houvesse exigência legal de acordo (*intesa*) posterior ou anterior à emissão deste último.

É como sustenta, modernamente, PIETRO VIRGA (verbete “*Contratto, Diritto Amministrativo*”, na *Enciclopédia del Diritto*), ao contestar a possibilidade de fusão de faculdades heterogêneas, como são o poder público (da Administração) e o poder dispositivo (do particular), de tal sorte que apenas este último contrairia, de fato, obrigações ou cederia direitos reais.

Embora essa corrente tenha sido acolhida pela legislação em setores específicos, como na relação de *pubblico impiego* (a tradução para o português não deve ser *emprego público*, dado que a vinculação é de natureza estatutária), onde a aceitação do cargo é considerada enquanto complemento da nomeação e retroage ao momento desta, a orientação dominante contempla a figura do contrato de direito público, nada obstante o seu feitio *sui generis*, em face da supremacia da Administração.

É importante observar que há, na Itália, institutos denominados *contratti ad evidenza pubblica* que não formam categoria à parte, contraposta àquelas que foram examinadas.

Cuida-se de disciplina jurídica que pode ser aplicada a qualquer um dos três tipos de contrato, e que foi concebida com o propósito de cercar de maior controle a celebração de contratos pela Administração Pública.

A rigor, os contratos inseridos nessa disciplina obedecem a dois procedimentos distintos: um, natural, de celebração do pacto; e outro, paralelo, mediante o qual a autoridade que o celebra presta esclarecimentos a outra autoridade, que exerce o controle, sobre os motivos de interesse público que conduziram ou vão conduzir à formalização do contrato, inclusive no que diz respeito ao contrato escolhido.

Originalmente concebido como procedimento de caráter geral, o instituto foi paulatinamente perdendo seu alcance, na proporção em que normas legais abriram exceções à sua aplicabilidade e as partes criaram engenhosas formas de burlar essa disciplina. Hoje, aplica-se essencialmente aos contratos do Estado. É possível que a sua operacionalidade se tenha tornado muito pesada para as diversas entidades administrativas, daí a sua pouca utilização.

Para finalizar este tópico, convém assinalar que os autores italianos não vislumbram diferença radical de regime jurídico entre os diversos tipos de contratos firmados pela Administração Pública. A *evidenza pubblica* é um bom exemplo disto. Na verdade, considera-se que certas regras comuns atingem o pacto pela simples presença da Administração, e do interesse público — ainda que mediato ou indireto — que ela deve perseguir.

III. *A experiência francesa*

A doutrina francesa, que muito inspira o Direito administrativo brasileiro, contempla duas figuras básicas: o contrato administrativo e o contrato privado da Administração.

Sob o primeiro conceito abrigam-se indiferentemente os contratos com disciplina legal específica para o poder público (contratos especiais, para os italianos), chamados "contratos administrativos por determinação da lei", e aqueles em que a Administração manifesta a sua supremacia, ou autoridade, e gera uma situação de desigualdade entre as partes contratantes (idéia que muito se aproxima daquela do contrato de direito público, na Itália).

O contrato privado da Administração é aquele firmado pela Administração sob as regras do direito comum, como nos contratos ordinários do Direito italiano.

A distinção tem por motivação histórica, aliás já referida: o propósito de excluir certos contratos de controle pelo Poder Judiciário.

Eis por que, até hoje, na França, a investigação do regime jurídico aplicável ao contrato tem o seu elemento decisivo na determinação legal da competência: o contrato é administrativo porque alguma lei submete expressamente à jurisdição administrativa o seu eventual controle, independentemente da matéria ali versada.

Essa perspectiva, que parece inverter a ordem natural das coisas, é alvo da preocupação do jurista francês, que está continuamente procurando sistematizar a teoria em bases científicas, daí as diversas teses que surgiram ao longo do tempo, para identificar o traço essencial do contrato administrativo.

É evidente que o móvel político não se transmuda em critério lógico — jurídico de um momento a outro, pelo que se explica a controvérsia ainda existente sobre a matéria, após decênios de meditação.

O ponto de partida das novas reflexões, além disso, ainda repousa na concepção de que os atos da Administração não são todos iguais, e de que alguns deles, por representarem manifestação de supremacia, devem estar sujeitos à jurisdição administrativa. Isto é pacífico na França e praticamente se confunde com a própria noção de Direito Administrativo naquele país.

A partir daí, a doutrina e a jurisprudência do Conselho de Estado desenvolveram, particularmente no último século, doutrinas voltadas para extrair de elementos do próprio contrato algo que identificasse a posição de supremacia da Administração na relação jurídica, e, por conseqüência (não mais como causa) a competência do juiz administrativo.

Surgem, assim, as investigações voltadas para o *regime jurídico do contrato*, com o objetivo final de identificar aqueles *índices de supremacia* necessários a caracterizá-lo como *administrativo*.

Não importa, no momento, discorrer sobre essa análise do regime jurídico, o que será feito adiante. Interessa, tão-somente, assinalar que dois critérios (ou índices) obtiveram ampla aceitação para identificar o contrato administrativo: a *execução do serviço público* e a *cláusula exorbitante*, ora alternativamente, ora cumulativamente.

Depois de períodos históricos em que cada um deles exerceu preponderância, a jurisprudência atual do Conselho de Estado tende a admitir que há contrato administrativo desde que uma das partes seja pessoa de direito público (ou, excepcionalmente, pessoa de direito privado incumbida da

execução de obras públicas, ou mandatária de pessoa pública) e que se observe um dos dois critérios alternativos:

1 — Ter como objeto, na dicção de RIVERO, *l'execution même* do serviço público, vale dizer, a execução do próprio serviço, e não de serviço auxiliar.

2 — Conter uma cláusula exorbitante de direito comum.

A inserção deste último elemento, com força suficiente para imprimir regime peculiar ao contrato, é algo que cria acirrada polêmica, como se verá.

IV. *O regime jurídico dos contratos administrativos*

Examinou-se o delicado trabalho de delimitação das fronteiras existentes entre os contratos administrativos e os contratos de direito comum, à vista dos critérios de identificação revelados pela doutrina francesa deste século, haurida na jurisprudência do Conselho de Estado, e de onde o sistema jurídico brasileiro recebeu a noção de contrato administrativo, tributário que é do Direito francês.

Superando as idéias de DUGUIT para quem inexistia diferença de fundo entre os contratos privados e os contratos administrativos celebrados pelo poder público — estes últimos caracterizados pela finalidade de serviço público em vista da qual são celebrados —, a doutrina francesa propendeu, notadamente em JEZE, para o princípio de que existe entre os dois tipos de contrato uma diferença intrínseca derivada da diversidade de efeitos jurídicos decorrentes de cada um deles. Para JEZE, o que dá matiz peculiar aos contratos administrativos é o fato de se submeterem a um conjunto de regras especiais que determinam efeitos jurídicos peculiares, embora seja verdadeiro — e JEZE o reconhece no pensamento de DUGUIT — que as regras especiais dos contratos administrativos têm por finalidade assegurar o bom funcionamento do serviço público.

Há um vínculo indissociável entre a idéia de funcionamento regular e contínuo do serviço público, pedra angular de toda a teoria dos contratos administrativos, e regime especial de direito público; vale dizer, o contrato está de tal modo relacionado com o funcionamento do serviço público que enseja, pela própria natureza do serviço, o regime especial que derroga as regras de direito comum.

Efetivamente, no século XIX, consagrou-se o princípio de que o contrato administrativo é aquele que concerne à organização e ao funcionamento do serviço público. Assim, a noção do contrato administrativo foi construída a partir da idéia de serviço público, de modo que o nexó existente entre contrato administrativo e regime derogatório do direito civil se afirmava em face da participação no serviço público.

No início deste século, entretanto, o critério proveniente da previsão, em contrato celebrado pela Administração, de cláusulas exorbitantes do

direito comum foi posto em relevo pela jurisprudência do Conselho de Estado, em França.

Por cláusula exorbitante entendia-se não apenas aquela que, em sentido literal, não pudesse figurar, por ilegal, em contrato de direito comum, quer dizer, insusceptível, de ser consentida na órbita das leis civis, mas assim também a que, embora sem contrair a ordem pública, por ser bastante incomum, raras vezes é inserida em contratos civis. As cláusulas exorbitantes do direito comum portariam a “marca administrativa”, no sentido de que surgem inspiradas por considerações de interesse geral, consoante lição do Conselho de Estado, que nos é transmitida por ANDRÉ DE LAUBADÈRE. Também para GEORGE VEDEL, a maior parte das cláusulas a que a jurisprudência imprime o caráter de exorbitante não são necessariamente ilícitas em um contrato regido pelo direito comum, mas simplesmente pouco usuais.

O retorno vitorioso do critério ligado à noção de serviço público apenas ocorre em meados deste século. Embora sem abandonar o critério da cláusula exorbitante, a jurisprudência aos poucos emprestou-lhe primazia, ao passo que as estipulações exorbitantes adquiriram caráter subsidiário.

Consagrou-se o critério alternativo do contrato administrativo, distinguindo-se entre contratos submetidos em sua totalidade a um regime de direito público, em face de seu objeto estar diretamente ligado às exigências do serviço público, e os contratos que, embora desprovidos de relação com o serviço público, comportem uma cláusula exorbitante.

Segundo os teóricos da cláusula exorbitante, as estipulações contratuais, tendo por objeto submeter os particulares a obrigações estranhas, por sua natureza, àquelas passíveis de serem livremente consentidas, nos quadros da lei civil, se previstas em ajustes celebrados pela Administração, revelariam a intenção das partes de colocar-se sob um regime de poder público. Esse, o entendimento de AMSELEK, revelado em artigo publicado em 1983, sob o título “La qualification des contrats de l’Administration par la jurisprudence”, e que é examinado por JEAN-MARIE RAINAUD (“Le contrat Administratif: Volonté des Parties ou Loi de Service Public?” in *Revue du Droit Public*, 5 — 1985). A cláusula exorbitante exprime a escolha deliberada das partes de celebrar um contrato administrativo, afirma AMSELEK, devendo o elemento subjetivo ser perquirido pelo juiz. Destarte, para esse estudioso, as partes são livres para submeter o contrato ao direito público ou direito privado e sua escolha se manifesta pela presença ou falta de cláusula exorbitante dos quadros do direito comum.

Com a revalorização da noção de serviço público, o fundamento subjetivo, revelado pela presença ou inexistência de cláusula exorbitante, passou a ser posto em questão pela doutrina. A vontade das partes deve ser apreciada em função das exigências do serviço público, afirma JEAN-MARIE RAINAUD, para quem a cláusula exorbitante não pode ser o primeiro critério do contrato.

Com efeito, a valer o princípio de que a cláusula exorbitante é o indicador da vontade das partes, o regime jurídico do contrato não poderia escapar desta mesma vontade, devendo o juiz, na interpretação do ajuste, considerar os efeitos a partir da vontade das partes e não ultrapassá-la. Entretanto, isso não acontece, adverte RAINAUD. A mutabilidade do serviço implica o poder de modificação unilateral do contrato, a indenização de imprevisão, o poder de sanção, irrelegáveis pela Administração e que, por isso, existem fora das estipulações contratuais. O princípio reitor da atividade administrativa, assenta o estudioso, é ainda o da continuidade do serviço público.

Cumpra concluir, de conseqüência, que na interpretação, validade e execução do contrato administrativo a noção de serviço público é dominante, devendo-se ir além das estipulações contratuais, segundo a mais recente doutrina francesa. Para JEAN-MARIE RAINAUD, a cláusula exorbitante origina um regime que a ultrapassa e, por isso, o juiz não lança senão uma olhadela furtiva nas estipulações contratuais.

Essa assertiva quer significar, em conclusão, que o critério cardeal para a identificação do regime aplicável haverá de ser o da relação do contrato com o serviço público, ainda na linha de idéias desenvolvida pelo doutrinador, ao passo que a cláusula exorbitante seria um simples elemento complementar às regras gerais especiais que asseguram à Administração prerrogativas próprias que transbordam os quadros do direito comum, decorrentes da presença do serviço público.

Essa colocação teórica, usualmente aceita pela doutrina, em especial pelo estudioso do direito pátrio, apresenta extensão mais estreita do que aparenta. Se é inerente à idéia de serviço público a mutabilidade à qual se deve afeiçoar o contrato administrativo, conferindo ao poder público uma série de prerrogativas, sem equivalentes nos contratos privados, é preciso, de outro passo, assegurar a natureza comutativa e sinalagmática do avençado, preservando-se a intangibilidade da situação financeira do contratante. A onipotência da Administração encontra freio no direito fundamental do contratante que pactua com o Estado. O particular não está nas mãos da Administração: "o que ele perde em teoria (jurídica), ele ganha em realidade (financeira)", ainda no magistério de JEAN-MARIE RAINAUD.

Este estudo sumário do sistema autoriza a convicção da absoluta influência entre nós exercida pelas construções da jurisprudência francesa em teoria de contrato administrativo, através da chamada mutabilidade do contrato de direito público como forma de garantia à continuidade do serviço público e à plena satisfação do interesse coletivo. A teoria fundamental da cláusula exorbitante, configurando um regime especial de direito público, não encontra outra concepção do direito brasileiro. A noção de estabilidade financeira do contrato, reverso da medalha das prerrogativas de potestade da Administração, é acolhida pelo Direito brasileiro, tal como na construção da jurisprudência francesa.

A. *Formação do contrato administrativo*

— *Limites à liberdade contratual da Administração*

Quando se fala em regime de direito público aplicável aos contratos administrativos, isso quer significar que, em face da finalidade de serviço público buscada pela Administração, este é o regime preponderante. Em matéria de execução, cumprimento e extinção do contrato que concerne à organização e funcionamento do serviço público, como será visto a seguir, relevam-se, com maior clareza e em maior número, os elementos originais dos contratos administrativos.

Entretanto, respeitante às normas relativas à formação do contrato, o regime comum a todos os ajustes celebrados pela Administração é o de direito público, seja qual for a finalidade perseguida pelo poder contratante.

Com efeito, toda a atividade contratual da Administração é de caráter administrativo, no sentido de que o interesse público está sempre presente em qualquer contrato da Administração, quer sejam públicos, quer sejam privados, como condição necessária de toda a atividade administrativa. Por isso é pertinente a afirmativa de que os contratos privados celebrados pelo poder público têm, na realidade, um regime misto de direito público, no que diz com as normas relativas à formação do contrato, e de direito privado, em matéria de execução, cumprimento e extinção do ajuste.

Não se pode admitir que a Administração celebre contratos que venham a se mostrar contrários ao interesse público. Os ajustes devem pautar-se, necessariamente, pelo princípio da moralidade e probidade administrativa. Daí por que todos os contratos realizados pelo poder público se regem por certo número de regras comuns concernentes à competência do agente público, decorrente de leis e regulamentos, de procedimento administrativo a seguir, relativas às formalidades prévias requeridas para certas relações contratuais, às previsões orçamentárias, ao controle fiscal externo e o obrigatório princípio da licitação, salvo nos casos excepcionais de dispensa e inexistibilidade, para a seleção do melhor serviço, nas condições mais favoráveis, preservando tanto a economicidade quanto a qualidade das prestações.

B. *Execução do contrato administrativo*

a) *As prerrogativas da Administração*

É na fase executória dos contratos administrativos, com a realização de seu objeto, que surgem com maior nitidez os inconfundíveis elementos caracterizadores da autonomia e originalidade dos contratos administrativos, particularismo fácil de se compreender diante do traço de continuidade que marca a dinâmica dos serviços públicos.

O regime especial de direito público dos contratos administrativos consiste, de início, na derrogação do princípio de que o contrato constitui-se lei imutável entre as partes. O caráter exorbitante que introduz natureza admi-

nistrativa confere ao poder público uma congêrie de prerrogativas que revelam a participação da Administração no contrato com supremacia de poder. O regime exorbitante, que transborda dos quadros do direito privado por imposição da necessidade de garantia do serviço público, decorre não só de estipulações contratuais expressas, mas é também consectário da própria natureza do contrato ou ainda deriva de determinação de lei.

As cláusulas exorbitantes podem consignar as mais diversas prerrogativas, no interesse do serviço público. Representam poderes da Administração de alteração e rescisão unilateral do contrato, fiscalização e controle de sua execução, aplicação de penalidades, inoponibilidade da exceção do contrato não cumprido, que imprimem ao contrato administrativo a marca do direito público.

Ainda que não prevista em lei ou consignada em cláusula contratual, constitui preceito de ordem pública a possibilidade de modificação e rescisão do contrato administrativo, irrevogável pela Administração.

O particular, quando contrata com a Administração, sujeita-se à faculdade do poder público de modificar, em maior ou menor grau, a extensão de suas prestações, não podendo a ela opor-se, pois ao pactuar não adquire direito à imutabilidade do contrato.

Esta particularidade representa uma das regras especiais mais marcantes do contrato administrativo, encontrando seu fundamento nas exigências do serviço público, que, sendo mutáveis, exigem rápida adaptação para que a Administração melhor realize seus cometimentos. A tangibilidade das estipulações regulamentares e de serviço não constitui prerrogativa ilimitada. Ilegítima será sua imposição quando por ela se pretenda obrigar o contratante a uma nova obra, serviço ou fornecimento. Ainda, o poder de modificação não poderá alcançar as cláusulas financeiras do contrato convencionadas a favor do particular, porque, se com efeito são legítimas as alterações que interessam ao funcionamento do serviço público e põem em jogo suas necessidades, por outro lado, se a situação do contratante pudesse ser agravada sem mais, "a administração não encontraria particulares que se dispusessem a contratar com ela; assim, este interesse é compensado pela regra essencial do direito do contratante a uma indenização pelas novas obrigações que lhe são impostas e que romperam o equilíbrio financeiro do contrato" (LAUBADERE). Essa contrapartida é essencial: não se sacrificará o direito do contratante. Daí dizer-se que a verdadeira cláusula contratual na textura do ajuste é a equação financeira, que assegura a comutatividade inerente a todo contrato, estabelecendo proporcionalmente entre encargos assumidos e a remuneração originalmente avençada.

A rescisão unilateral encontra fundamento idêntico, podendo ocorrer tanto por inadimplência do contratante (rescisão — sanção) como por interesse público na cessação da normal execução do contrato. Mas "se o juiz constata a irregularidade de uma rescisão, não poderá pronunciar a anulação do contrato — pois que a rescisão é sempre possível da parte da Admi-

nistração — mas somente reparar as perdas e danos sofridos pelo contratante lesado” (G. VEDEL). Para LAUBADÈRE, o distrato unilateral constitui para a Administração o exercício de uma competência discricionária. Doutrinadores pátrios assentam, ao revés, que a rescisão pressupõe justa causa e, destarte, constitui ato vinculado ao motivo que a norma legal ou as estipulações das partes estatua para dar causa à rescisão.

Frente ao contratante, tem ainda a Administração o poder permanente de direção e controle dos contratos que celebra, supervisionando e intervindo na execução das prestações. Esta cláusula insere-se em qualquer contrato administrativo de forma expressa ou implícita porque existe “por princípio”, no dizer de MARIENHOFF.

Como corolário deste princípio dispõe a Administração do poder de aplicar penalidades contratuais ou outras sanções legais não previstas no ajuste, sem o que seria inócuo o acompanhamento da execução contratual. Essas penalidades decorrem da inexecução, retardo na execução, cessão não autorizada, execução imprópria, e em geral compreendem advertências, multas e até rescisão unilateral pela Administração, além da suspensão provisória e da declaração de inidoneidade para contratar com a Administração. O regime especial das sanções constitui para a autoridade contratante privilégio acentuado que encontra fundamento no fato de que o escopo das penalidades não se resume na repressão das faltas contratuais, mas visa o asseguramento da marcha dos serviços públicos. Na aplicação dessas penalidades, a Administração independe de prévia intervenção do Poder Judiciário, a não ser que o particular contratante ofereça resistência.

Por fim, é ainda por força do princípio superior da continuidade do serviço público que o regime de direito público dos contratos administrativos traz a derrogação da exceção usualmente invocada nos ajustes de direito privado, a *exceptio non adimpleti contractus*, regra do art. 1.092 do Código Civil, que autoriza a suspensão da execução do contrato por uma das partes, face à inadimplência da outra. A inoponibilidade da exceção — registre-se — é a regra quando a falta é da Administração, vale dizer, o inadimplemento das obrigações pelo poder público não autoriza a suspensão da execução do contrato pelo particular contratante. Se ocorre atraso ou omissão da Administração na execução de suas prestações, o particular não pode paralisar sumariamente o cumprimento do contrato. Mas se a falta é do particular, a *exceptio* é invocável pela Administração em seu favor.

O princípio vem sofrendo atenuações de seus rigores, já admitindo a doutrina mais recente (com LAUBADÈRE, MARIENHOFF, CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO) que a exceção possa ser argüida quando a inadimplência da Administração vier criar gravame insuportável para o contratante, excedente da área normal dos ajustes administrativos.

Acentuando as prerrogativas da Administração, acabaríamos por assimilar os contratantes a "espécies de santos que aceitariam submeter-se a todas as vontades da administração para satisfazer o bem comum" (DRAGO). Tal, entretanto, está longe de ser realidade. Este poder comporta para o particular contratante a garantia correspectiva:

b) *O princípio do equilíbrio econômico e financeiro do contrato*

1. *Os direitos do contratante*

O principal direito do contratante, considerando o interesse econômico-financeiro do particular em todos os contratos com a Administração Pública, está consubstanciado na sua remuneração, que varia de acordo com a forma como se apresenta o contrato. Nos contratos de obras, serviços e fornecimentos, por exemplo, ela consiste no pagamento do preço na forma e no prazo convencionados.

Tais vantagens financeiras, como já foi dito, não podem ser unilateralmente modificadas pela Administração.

A esse direito segue-se a possibilidade que tem o contratante de ser indenizado por diversas causas que se manifestam durante a execução da avença. Uma das mais importantes, que, aliás, constitui elemento fundamental na teoria do contrato administrativo, é o direito do contratante de manter o equilíbrio financeiro.

Para que o contratante assegure o seu interesse financeiro, é essencial a manutenção do equilíbrio (econômico-financeiro) do contrato ou o restabelecimento da equação financeira, face ao "princípio da integridade" da remuneração do contratado.

Essa regra de equilíbrio é considerada como resultante da intenção comum das partes e se aplica a todos os contratos, mesmo àqueles em que não figura expressamente.

Portanto, todos os contratos administrativos contêm, explícita ou implicitamente, o direito do contratante de manter o equilíbrio financeiro do contrato.

A relação estabelecida inicialmente pelas partes entre os encargos do contratante e a retribuição da Administração no atendimento da justa remuneração do objeto do contrato deve ser mantida durante toda a execução do contrato, a fim de que o contratante não sofra indevida redução nos lucros normais que pretende obter.

Daí por que a Administração, ao alterar unilateralmente as cláusulas regulamentares do contrato administrativo, não pode violar o direito do contratante de ver mantida a equação financeira originariamente estabelecida, cabendo-lhe operar os necessários reajustes econômicos para o restabelecimento do equilíbrio financeiro.

Essa doutrina, universalmente consagrada, foi inicialmente acolhida pelo Conselho de Estado Francês, sendo célebre o caso da "Cie. Française des Tramways" (11 mars 1910), lembrado por ANDRÉ DE LAUBADÈRE, in *Traité de Droit Administratif*, p. 415.

A alteração do equilíbrio econômico-financeiro pode responder a três causas:

1.ª) imputáveis diretamente à Administração contratante (responsabilidade contratual do Estado), como, por exemplo, os "fatos da administração";

2.ª) imputáveis indiretamente à Administração contratante (responsabilidade extracontratual do Estado). ("Fato do príncipe", "atos do poder público" ou áleas administrativas);

3.ª) não imputáveis ao Estado (responsabilidade extracontratual) ("teoria da imprevisão" e "áleas econômicas" extra-estatais).

Em consequência, o direito à indenização se manifesta em várias hipóteses.

Merece destaque especial a indenização fundada na idéia de enriquecimento sem causa e nas hipóteses do fato do príncipe e da imprevisão.

A jurisprudência tem admitido que os serviços e obras efetuados espontaneamente pelo contratante, quando os trabalhos se revelam indispensáveis à boa execução do contrato e são úteis à Administração, devem ser pagos, a despeito de não terem sido previamente contratados, isto ao fundamento da teoria do enriquecimento sem causa.

Durante a execução dos contratos administrativos podem surgir eventos novos, que impedem ou retardam a execução do contrato, modificando as condições inicialmente pactuadas.

Esses eventos podem decorrer de circunstâncias exteriores ou advir de fatos da Administração, como será visto.

2. A teoria da força maior

A força maior é um evento exterior, independente da vontade dos contratantes e impeditivo para a execução do contrato. Há no caso uma im-

possibilidade intransponível, daí por que libera o contratante de sua obrigação.

Para que a força maior determine suas conseqüências jurídicas é preciso a ocorrência de três condições:

a) o fato invocado como “caso de força maior” deve ser absolutamente independente da vontade do contratante, não pode ser provocado por ele;

b) o fato deve ser imprevisto e imprevisível (inevitabilidade da sua ocorrência);

c) e, finalmente, o fato deve impedir radicalmente a execução do contrato. O contratante não se vê liberado pela simples dificuldade, mas em decorrência da impossibilidade insuportável.

Essas condições são particularmente significativas na hipótese de aplicação da força maior em casos como o de greve. Caso o contratante possa exercer qualquer ação para impedi-la ou evitá-la, ou mesmo contorná-la em seus efeitos, não será força maior.

A força maior tem por efeito liberar o contratante de sua obrigação de executar o contrato, exonerando-o da responsabilidade contratual e impedindo que a Administração lhe aplique sanções pela inexecução. Por outro lado, permite ao contratante rescindir o contrato.

Comprovada força maior, ou mesmo o caso fortuito (Código Civil, art. 1.058, parágrafo único), que se lhe equipara, não se pode exigir a ruína do particular contratante para dar cumprimento a um ajuste que se tornou parcial ou totalmente inexecutível. Seria quebrar a comutatividade do contrato administrativo, criando encargo insuportável para uma das partes com vantagem só para a outra.

3. A teoria do “fato do príncipe”

Denomina-se “fato do príncipe” todo ato editado pelo poder público que onera substancialmente o contrato administrativo impedindo a sua execução. Essa oneração chamada *álea administrativa* (em oposição à idéia de *álea econômica* que se encontra na teoria da imprevisão) desde que intolerável e impeditiva da execução do ajuste obriga o poder público contratante a compensar integralmente os prejuízos suportados pela outra parte para prosseguir na execução ou, se impossível, dá ensejo a rescisão com as indenizações cabíveis.

As características dessas medidas, em síntese feita por ANDRÉ LAUBADÈRE, podem emanar da pessoa pública; podem consistir em medidas

particulares ou em leis ou regulamentos (ex: a modificação das leis fiscais ou de leis sociais agravando a situação dos contratantes); podem incidir diretamente sobre o objeto do contrato (novas imposições da administração em virtude de seu poder de modificação unilateral) ou ainda sobre as repercussões sobre o contrato.

Na ocorrência de qualquer dessas hipóteses, o contratante tem direito de ser integralmente indenizado das consequências onerosas causadas pela álea administrativa.

É conveniente registrar que, na França, a teoria do “fato do príncipe” abrangia todo e qualquer ato de autoridade pública, que viesse a onerar, direta ou indiretamente, os encargos da exploração do concessionário, fora dos riscos normais e previsíveis.

A partir de 1949, o Conselho de Estado passou a limitar a aplicação dessa teoria às medidas tomadas pela própria administração concedente, e a remeter para a teoria da imprevisão a hipótese em que o prejuízo é oriundo de ato de autoridade estranha ao contrato.

4. *A teoria da imprevisão*

A teoria da imprevisão, também denominada “riesgo imprevisible”, “lesión sobrevenida”, “onerosidad sobrevenida”, “le Bouleversement” (França), “lo sconvolgimento o sopravvienza” (Itália), decorre do surgimento, no curso de execução de um contrato, de eventos anormais e imprevisíveis, independentes da vontade do contratante, que tornam impossível a execução (diferente de força maior) e alteram profundamente a economia do contrato: aumento considerável das flutuações econômicas e dos preços dos materiais utilizados pelo contratante.

MARIENHOFF define a imprevisão como o meio pelo qual a Administração, diante de circunstâncias extraordinárias anormais e imprevisíveis, posteriores supervenientes à celebração de um contrato administrativo, porém temporários ou transitórios, altera a equação econômico-financeira em prejuízo do contratante, que determina a obrigação do Estado em assisti-lo para que possa assim cumprir ou seguir cumprindo o contrato.

Em direito privado, a idéia de que o contrato é lei entre as partes é rigorosamente aplicada: a situação de imprevisão não modifica as obrigações dos contratantes.

No direito administrativo, entretanto, a solução é diferente. Os interesses presentes não são os mesmos: a idéia do serviço público e de suas

exigências predominam. Em decorrência surge uma teoria da imprevisão bastante original, limitada na sua aplicação aos contratos administrativos e que, aliás, constitui um traço peculiar a esses contratos.

A teoria da imprevisão é também construção jurisprudencial do Conselho de Estado da França ao julgar os pedidos de revisão de contratos administrativos durante a Primeira Guerra Mundial, a partir do famoso caso do "Compagnie do Gaz de Bordeaux".

A aplicação dessa teoria, conforme assinala HELY LOPES MEIRELLES, "consiste no reconhecimento de que eventos novos, imprevisíveis e imputáveis pelas partes e a elas não imputáveis, refletindo sobre a economia ou a execução do contrato, autorizam a sua revisão para ajustá-los às circunstâncias supervenientes". É a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* em oposição à regra *pacta sunt servanda*, nos contratos administrativos, a exemplo do que ocorre nos contratos privados, para que a execução se realize sem a ruína do contratante, na superveniência de fatos não cogitados pelas partes, criando ônus excessivo para uma delas com vantagem apenas para a outra.

O estado da imprevisão para ser indenizável deve ser anormal, intolerável e, por óbvio, imprevisível.

A álea econômica é por natureza extraordinária, excedente aos riscos normais admitidos pela natureza do negócio.

Os fenômenos da instabilidade econômica ou social (greves, crises econômicas, desvalorização da moeda) são as causas principais do estado da imprevisão, tanto pela importância do impacto de seus efeitos, como pela imprevisibilidade de suas conseqüências.

No Direito francês as "sujétions imprévues" estão reguladas no art. 17 do "Cahier de Clauses Administratives Générales-CCAG", nos seguintes termos:

"No caso de obras acordadas sobre preços unitários, quando, como conseqüência de ordens de serviço ou de circunstâncias que não são imputáveis ao empresário, a importância de certas naturezas de obras se modifica de tal maneira que as quantidades executadas diferem mais de um terço e mais ou mais de um quarto e menos das inicialmente levadas a detalhe estimativo do contrato, o empresário tem direito a ser indenizado do prejuízo que lhe haviam eventualmente causado tais alterações."

Se bem que nessas hipóteses se reconheça ao empresário o direito à indenização cobrindo a totalidade dos prejuízos, GASPAR ARIÑO observa

que o Conselho de Estado Francês exige, na sua apreciação, as seguintes condições:

- a dificuldade deve ter caráter material ou técnico;
- tais dificuldades devem ser imprevisíveis;
- que tais circunstâncias não tenham podido ser evitadas de alguma maneira pelo contratante;
- finalmente, que tenham como efeito alterar sobremaneira o contrato.

Na Itália também existe um regime análogo, mediante a aplicação do art. 1.664 do Código Civil, pelo qual:

“Se no curso da obra se manifestam dificuldades de execução derivadas de causas geológicas, hidrológicas ou similares, não previstas pelas partes, que tornam notadamente mais onerosas a prestação do construtor, este tem direito a uma compensação equitativa.”

No Brasil, o Decreto-Lei n.º 2.300, de 21 de novembro de 1986, permite a alteração dos contratos administrativos, por acordo entre as partes nos casos previstos na letra *d* do art. 55, que dispõe, *in verbis*:

“*d*) para restabelecer a relação, que as partes pactuaram inicialmente, entre os encargos do contrato e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do inicial equilíbrio econômico e financeiro do contrato.

§ 1.º — O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, ou acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% do valor inicial do contrato e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% para os seus acréscimos.

§ 2.º — Se no contrato não houvesse sido contemplados preços unitários para obras ou serviços, esses serão fixados mediante acordo entre as partes, respeitados os limites estabelecidos no parágrafo anterior.

§ 3.º — No caso de supressão de obras ou serviços, se o contratado já houver adquirido os materiais e posto no local dos

trabalhos, deverão ser pagos pela Administração pelos custos de aquisição, regularmente comprovados.

§ 4.º — No caso de acréscimo de obras, serviços ou compras, os aditamentos contratuais poderão ultrapassar os limites previstos no § 1.º deste artigo, desde que não haja alteração do objeto do contrato.

§ 5.º — Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, após a assinatura do contrato, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou menos, conforme o caso.

§ 6.º — Em havendo alteração unilateral do contrato, que aumente os encargos do contratado, a administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.”

5. A jurisprudência

A jurisprudência brasileira tem admitido a revisão dos ajustes administrativos em razão de fatos supervenientes e altamente onerosos para o particular contratante.

A revisão do contrato e dos preços pela aplicação da teoria da imprevisão não se confunde com o reajustamento contratual de preços que se faz em atendimento à condição do próprio contrato.

Somente a álea econômica extraordinária e extracontratual, desequilibrando totalmente a equação financeira estabelecida pelas partes, autoriza a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*.

A jurisprudência brasileira, seguindo os rumos do Conselho de Estado da França, permite a revisão dos ajustes administrativos em várias hipóteses.

São bastante ilustrativos os acórdãos:

“CONTRATO ADMINISTRATIVO. Enriquecimento sem causa. Contrato anulado. Prestação de serviços à administração. *Actio de in rem verso*. Atendidos os pressupostos que justificam a *actio de in rem verso*, cabe admiti-la e como tal decidi-la. Embora nulo o contrato para prestação de serviços técnicos a entidade pública, mas sem que se comprove ter havido má fé na sua realização, devem ser pagos pela administração os realmente prestados a fim de que não obtenha este enriquecimento sem causa, com prejuízo do prestador dos serviços. A indenização deve fazer-se pelo justo e exato valor do custo dos serviços, sem inclusão de qualquer lucro, doutrina a respeito. Direito estrangeiro.” (TFR. EAC.

“CONTRATO ADMINISTRATIVO. Concessão de serviço portuário. Rescisão. Indenização. Na rescisão unilateral do contrato de concessão, é cabível o exame da concorrência de culpas. Entendimento do Supremo Tribunal Federal no MS. 18.028. Caracterizada a concorrência de culpas, pela omissão da administração quanto a dragagem do porto e pelo fato do príncipe que onerou os custos dos serviços, sem a providência necessária para manter o equilíbrio financeiro da concessão. Tem o concessionário direito a indenização.” (TFR. AC. 0051700/BA — Min. Relator CARLOS MADEIRA, publ. DJ 4-10-84.)

“CIVIL E ADMINISTRATIVO. Empreitada. Reajustamento de preço cláusula *rebus sic stantibus*. Modificadas as condições vigentes ao tempo do contrato de empreitada, pela superveniência de surto inclusive por decisões governamentais como foi a mudança na política salarial ocorrida em 1979, de forma a provocar prejuízo para o empreiteiro, é lícito invocar a cláusula implícita *rebus sic stantibus*.” (TFR. AC. 0091450/RS — Min. Relator JESUS COSTA LIMA, publ. DJ 27-6-85.)

“ADMINISTRATIVO. Contrato de prestação de serviços e fornecimento de material. Fato imprevisto. Indenização: 1) Comprovado que houve a prestação de serviços, com fornecimento de material e mão-de-obra e que a área constante do edital era menor do que a real, devida é a diferença do preço ajustado como decorrência da aplicação da teoria da imprevisão (cláusula *rebus sic stantibus*). 2) Recurso parcialmente provido.” (TFR. AC. Número 0062353/AM — Min. Relator JESUS COSTA LIMA, publ. DJ 6-8-87.)

Bibliografia

ALESSI, Renato. *Instituciones de Derecho Administrativo*, Tomo I, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1970.

ARIÑO, Gaspar. *La reforma de la ley de contratos del Estado*. Unión Editorial. Madrid.

BIELSA, Rafael. *Derecho Administrativo*, Tomo II, Sexta edición. La ley sociedad anônima. Editora e Impressora Buenos Aires, 1964.

- CAETANO. *Manual de Direito Administrativo*. Tomo I, 1970. Ed. Forense.
- CANASI, José. *Derecho Administrativo*, Vol. II, Parte Especial. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1974.
- FRAGA, Gabino. *Derecho Administrativo*, Editorial Porrúa. Mexico, 1948. Cuarta Edición.
- FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. O Contrato Administrativo. Noção e Fundamentos in *Estudos de Direito Público*. Edições do MJ. Secr. de Doc. e Inf. 2ª ed. 1977.
- GALLO, Mario. Contrato di Diritto Privato degli enti Pubblici e Contrato di Diritto Pubblico, in *Novissimo Digesto Italiano*.
- GARRI, Francesco. Contrato di Diritto Privato degli enti Pubblici, in *Novissimo Digesto Italiano*.
- GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto Amministrativo*. Volume Primo, Giuffrè, 1970.
- GORDILLO AGUSTIN, A; GAMBINO, Erique Sanchez e outros. *Contratos Administrativos*. Tomo I, Astrea, Buenos Aires, 1982.
- GRISEL, André. *Droit Administratif Suisse*, Éditions Idees et Calendes, Neuchatel, 1975.
- JÉZE, Gaston. *Principios Generales del Derecho Administrativo*. Vols. III e IV, Ed. Depalma, 1950, Buenos Aires.
- LAUBADERI, André de. *Traité de Droit Administratif*, Neuvième Edition, Tome I, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1984.
- LONG, M. Weil, P. BRAIBART, G. *Les grandes arrêts de la Jurisprudence Administrative*, 8e. édition, Sirey, 1984.
- MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III, Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*, 5ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1983.
- PALASI, José Luis Villa e EZCURRA, José Luiz Villa. *Principios de Derecho Administrativo*, Tomo II, Universidad de Madrid, 1982.
- RAIMAUD, Jean-Marie. Le Contrat Administratif: volonté des parties ou loi de service public? in *Revue du Droit Public*, nº 5/1985.
- RENZO, Francesco Di. I — *Contratti della Pubblica Amministrazione*, Seconda edizione, Giuffrè Editore, Milano, 1975.
- RIVERO, Jean. *Droit Administratif*, Deuxième édition, Dalloz, 1983.
- VEDEL, Georges. *Droit Administratif*, Thémis, Press Universitaires de France.
- VIRGA, Pietro. *Contrato (di Diritto Pubblico)* ("Voce" in Enc. del Diritto), Vol. IX, Giuffrè Editore.

Evolução do controle orçamentário pelos Parlamentos e órgãos técnicos

Novas formas do controle parlamentar

JARBAS MARANHÃO

Secretário de Estado. Deputado Constituinte em 1946. Senador. Presidente do Tribunal de Contas de Pernambuco. Professor de Direito Constitucional. Membro da Academia Pernambucana de Letras

Os ingleses conquistaram, pelas armas impostas ao Rei João Sem Terra, o direito de discutir e aprovar os impostos, consagrando essa prerrogativa na primeira Constituição escrita, a Magna Carta de 1215.

Essa conquista alcançada na Idade Média sofreu no decurso dos tempos muitos embates, mas acabou prevalecendo como inerente ao Estado de Direito. Por isso é natural que as ditaduras limitem as Assembléias, em matéria orçamentária.

Aos Parlamentos cabe votar a Lei de Meios, em que é prevista a receita e fixada a despesa para determinado exercício, na obediência aos princípios de unidade, universalidade, anualidade, sinceridade, equilíbrio, especialização etc.

Compete-lhes, também, fiscalizar a execução das receitas e despesas públicas.

Mas as Câmaras vibram nas divergências e pulsações dos partidos políticos; e assim foram levadas a instituir um órgão que pela sua isenção ou imparcialidade pode com elas colaborar, mediante um trabalho ponderado e constante, na apreciação dos fatos financeiros.

Surgiram dessa maneira as Cortes de Contas e, com elas, ao lado do controle político, o controle técnico.

O quadro das instituições orçamentárias não pode resumir-se, como entendia RENÉ STOURM, apenas na votação das receitas e das despesas

com o que surge, segundo ele, o direito orçamentário; nem tampouco na votação das receitas e despesas e em sua discussão anual, como afirmava outro grande financista francês, GASTON JEZE.

O quadro das instituições orçamentárias tem um ciclo maior, completa-se com a prestação de contas.

Deve-se aos barões feudais, com a Carta Magna que exigiram João Sem Terra assinasse, o início do processo democrático no campo das finanças públicas.

A Inglaterra tem a glória de haver instituído o orçamento pelo voto da nação. A sua Revolução de 1688 firmou outro princípio fundamental: o de que “não há tributação sem representação”.

Enfim, as lutas políticas da Inglaterra foram construindo paulatinamente o direito do povo de anuir na contribuição pública, de concordar na cobrança dos tributos, de saber por que os tributos são requeridos pelos governantes e, mais, como eles são gastos e se são gastos visando ao interesse coletivo.

Com o desenvolvimento das funções do Estado, a fiscalização parlamentar tornou-se a etapa final do ciclo financeiro.

Não é uma conquista de nossos dias. A prestação de contas vem de longos tempos. Na Grécia antiga, perdoem-me essa evocação histórica, a assembléia popular — a “Eclésia” — reunida na Agora — a praça pública — elegia dez oficiais, anualmente, com a missão de tomar contas de arcontes, embaixadores, generais, comandantes de galeras, sacerdotes, de todos aqueles que geriam o dinheiro público.

Roma dava essa importante atribuição ao todo poderoso Senado Romano, que, muitas vezes, a delegava a comissões especiais.

Na Idade Média, os monarcas, preocupados com o patrimônio público, que confundiam com o patrimônio pessoal, criaram as Câmaras de Contas junto ao Conselho do Rei.

O Estado moderno criou os Conselhos de Finanças, com atribuições administrativas e judicantes.

No início do século XIX, surgiram as Cortes de Contas, primeiramente na França e, depois, na Holanda, Bélgica e Itália.

Os ingleses e os americanos preferiram outra modalidade de fiscalizar as finanças públicas — as comissões de contas na Câmara dos Comuns e as comissões do Congresso Americano, assessoradas pelo Controlador e Auditor Geral, um funcionário de muitos poderes e prerrogativas, auxiliado por uma enorme equipe de servidores, empenhados na fiscalização dos dinheiros públicos.

É o controle mais direto pelo Legislativo. Na Inglaterra, o Controlador e Auditor Geral é nomeado pela Coroa e somente demissível com a concordância das duas Casas políticas. É reputado funcionário do Parlamento e, perante ele, responsável.

Nos Estados Unidos, o Controlador Geral é nomeado pelo Presidente da República por um prazo de 15 anos, mas com a prévia consulta e aprovação do Senado. A Lei de Reorganização Legislativa, de 1946, expressou que o *General Accounting Office* é integrante do Poder Legislativo, constituindo-se repartição superentendida pelo Controlador Geral, o qual só pode ser exonerado por *impeachment*, ou decisão conjunta da Câmara e do Senado.

Segundo ensina ALIOMAR BALEEIRO, “o protótipo inglês inspirou o sistema de controle dos países escandinavos, Estados Unidos e algumas repúblicas hispano-americanas do Pacífico, por influência das comissões de peritos que os aconselharam sob a direção do economista Kemmerer”.

Outro sistema de controle é o do *Ombudsman*, peculiar aos países nórdicos, iniciado pela Suécia na Constituição de 1809 e, em seguida, pela Noruega, Dinamarca e Finlândia. Estendeu-se, depois, à Nova Zelândia.

O *Ombudsman* é um Procurador ou Comissário Parlamentar (pode ser uma comissão), nomeado pelo Poder Legislativo para exercer em seu nome, mas com absoluta independência e vastas atribuições, o controle dos atos das administrações civil e militar.

É uma salvaguarda contra abusos “dentro de todo o sistema judicial e administrativo, tanto em nível nacional como local”.

Outra salvaguarda é a resultante do princípio da publicidade, ou seja, do livre acesso de qualquer cidadão aos documentos públicos.

O *Ombudsman*, conforme ensina JOSÉ AFONSO DA SILVA, pode ser exonerado, se perder a confiança do Parlamento, mas exerce suas funções com inteira autonomia, não se admitindo qualquer ingerência daquele nos assuntos de que conhece.

O escritor e jurista pernambucano BERGUEDOF ELLIOT estudou a matéria com detalhes e proficiência em seu destacado livro *Suécia, uma Democracia Social*.

Existe, ainda, outro tipo de controle das Contas. É o controle Partidário. Sistema adotado na URSS, caracterizado pela fiscalização de um partido único, a prestação de contas devendo fazer-se perante órgãos partidários. Segundo estudiosos, foi criado, em 1944, um Ministério especial para o aludido fim.

No Brasil

Entre nós, foi o Marquês de Pombal que, em 1761, criou o Erário Real, o Tesouro Geral e os Conselhos de Fazenda.

D. João, ao chegar ao Brasil, estabeleceu três Contadorias Gerais para a escrituração por partidas dobradas.

Determinou o lançamento das despesas em livros, disciplinando os pagamentos de natureza civil e militar.

Instituiu uma Conta Geral e um Balanço Semestral.

Era o início do controle interno e de preceitos jurídicos orçamentários.

Em 1821 foi criado o cargo de Ministro da Fazenda. Em 1823, com a dissolução da Assembléia Constituinte, surge o Conselho de Estado.

Os Conselhos de Fazenda, antes aludidos, inspiraram os elaboradores da Constituição Imperial de 1824, que determinaram num dos seus artigos a criação do Tesouro Nacional, organizado sob a forma de Tribunal. Esse Tesouro Nacional mereceu atenção especial do Visconde de Barbacena e do Marquês de Abrantes, tomando, afinal, forma concreta em 1883.

Não só o Marquês de Abrantes, também o Ministro da Fazenda, Alves Branco, em 1845, apresentou projeto de criação de um Tribunal de Contas.

Em 1826 os Senadores Felisberto Caldeira Brant Pontes (mineiro) e José Inácio Borges (pernambucano) apresentaram projetos visando à criação de um Tribunal de Revisão de Contas para conter os descabidos financeiros da época. O projeto não logrou aprovação, havendo sido combatido principalmente pelo Senador mineiro Manoel Jacinto Nogueira da Gama, Visconde e, depois, Marquês de Baependi.

Em 1837 a idéia foi, outra vez, agitada por Manoel Alves Branco (baiano), que voltou, em 1845, a apresentar, no Senado, com esse objetivo um projeto de lei; ainda, nessa oportunidade, a idéia não prosperou, havendo dela discrepado Joaquim José Rodrigues Torres, Visconde de Itaboraí e Senador pela província do Rio de Janeiro.

No entanto, o pensamento de ALVES BRANCO era exato quanto à necessidade de ser o órgão dotado da mais plena autonomia e selecionados, com muito zelo, os seus componentes.

Assim ele o dizia:

“A verdadeira necessidade de um Tribunal de Contas é o poder manifestar-se livremente, com independência e conhecimento de causa; por isso, devem procurar-se para ele ilustrações não só científicas, mas também morais. Sem independência não é possível tomar contas.”

No Império, ainda, destacaram-se no empenho de dar à Administração um órgão para fiscalizar os recursos públicos Pimenta Bueno, político e jurista, grande intérprete da Constituição Imperial, e Gaspar Silveira Martins, que foi Ministro da Fazenda e deu autonomia ao chamado Tribunal do Tesouro Nacional. De tal forma ele pugnou pelo fortalecimento deste órgão, que o Professor Paulino Jacques, catedrático de Direito Constitucional da Faculdade de Direito do Rio de Janeiro, diz que se deve a ele a criação dos Tribunais de Contas no Brasil.

É justo lembrar a diligência do Visconde de Ouro Preto, em 1879, e, mais justo ainda, por tocar de perto a nós pernambucanos, a contribuição de João Alfredo Corrêa de Oliveira, que lutou por um Tribunal de Contas visando a boa aplicação dos dinheiros públicos e fosse como que o alicerce da fiscalização parlamentar.

Afinal, Rui Barbosa, ao alvorecer da República, com o Decreto n.º 966-A, de 7-11-1890, criou o Tribunal de Contas.

Tribunal criado, mas não organizado; e instituído, logo em seguida, no art. 89 da Constituição de 1891. Instituído, como dizia a Constituição, "para liquidar as contas da receita e da despesa e verificar sua legalidade, antes de serem prestadas ao Congresso".

Todas as Constituições Republicanas do Brasil consagraram os Tribunais de Contas nos seus textos, ora aperfeiçoando, ora ampliando as suas atribuições.

Todas reconheceram a sua grande importância como órgão situado entre os Poderes, de relevantes e indispensáveis atribuições para a vida pública.

Novas formas do controle parlamentar

A regra da separação dos Poderes, em respeito a atribuições nítidas, distintas, tem se alterado no tempo, em razão do crescimento das atividades do Estado e de outros fatores, que conduziram a uma ampliação da competência do Poder Executivo.

Contemporaneamente, observa-se, no plano institucional, uma participação maior do aludido Poder no trabalho de elaborar as leis.

Em compensação, ao Poder Legislativo, sem perda da tarefa normativa ou da faculdade específica de fazer o direito, foram propiciadas mais largas condições de controle, na procura de uma caracterização das competências e da autonomia e interdependência dos Poderes.

Distendeu-se o Poder do Estado e dilataram-se as funções e responsabilidades da Administração, impondo-se, ao menos nas democracias, maior vigilância quanto à ação dos administradores públicos, numa atmosfera de poderes exacerbados.

As Constituições mais recentes mostram a tendência de fortalecer a capacidade de fiscalização do Poder Legislativo.

Não me refiro, aqui, especificamente, à fiscalização financeira e orçamentária exercida pelos representantes do povo, com a colaboração das Cortes de Contas ou outros órgãos, visando à legitimidade dos procedimentos, à exatidão das contas, moralidade administrativa e avaliação dos desempenhos.

Refiro-me, sim, a um controle de caráter político-jurídico para a defesa dos direitos fundamentais do homem, quando ameaçados ou violentados por atos abusivos de governantes ou autoridades.

A finalidade é buscar o equilíbrio necessário entre os órgãos da soberania, conforme a índole democrática de limitação ou equivalência dos Poderes.

Desenvolve-se, por isso, o controle vinculado às funções do Parlamento, no objetivo — segundo salienta, em magnífico estudo, o ex-Senador JOSAPHAT MARINHO — “de desdobrar a crítica em ação corretiva ... conforme a inclinação constitucional de reconhecer-se ao Legislativo aptidão ampla para adotar providências ou criar cargos visando à apuração e punição de abusos administrativos”.

Desse modo, objetivando a defesa das liberdades e direitos humanos e bem assim o controle da Administração, os Textos Supremos da República Federal da Alemanha (1949), de Portugal (1976) e Espanha (1979) instituíram, respectivamente, as figuras do *Comissário Parlamentar*, *Provedor de Justiça* e *Defensor do Povo*, todos designados pelo Poder Legislativo, assegurada independência ou autonomia de função.

Diferente pelo motivo de haver sido criado por lei ordinária e nomeação do Conselho de Ministros é, na França, o *Médiateur*, que atua como “intercessor para atender à necessidade social de diálogo e compreensão entre os poderes públicos e os administrados”.

Por sua vez, nossa Constituição determina que a lei regulará o processo de fiscalização, pela Câmara dos Deputados e Senado Federal, dos atos do Poder Executivo, inclusive os da administração indireta.

Verifica-se, assim, uma propensão nas Constituições de aumentar o zelo ou diligência das assembléias políticas sobre a conduta dos agentes do Executivo.

É um desdobramento ou uma outra face do controle parlamentar, mediante normas e órgãos de competências definidas, que não afetam os Tribunais de Contas nem interferem com as suas atribuições.

Órgãos que — como enfatiza o jurista baiano antes aludido — representam nova dimensão do controle, correspondente à revisão do princípio de partilha dos Poderes.

Pressupostos da interpretação em matéria tributária

CARLOS VALDER DO NASCIMENTO

Professor de Legislação Tributária e Direito
Constitucional da Faculdade de Direito da
Universidade de Santa Cruz — BA

S U M Á R I O

1. *Preliminares.* 2. *O sentido do termo interpretação.* 3. *Métodos de interpretação.* 4. *A interpretação na disciplina do CTN.* 4.1. *Interpretação integrativa.* 4.2. *Princípios gerais do direito privado.* 4.3. *Interpretação literal.* 4.4. *Interpretação favorável ao contribuinte.* 5. *Conclusão.*

1. *Preliminares*

Este estudo objetiva formular a noção conceitual do termo e dos métodos de interpretação, como elementos de fundamental importância para a compreensão *a priori* da matéria na disciplina do Código Tributário Nacional. Antes, porém, é traçado um breve perfil do direito positivo na sua unidade, a fim de respaldar o entendimento doutrinário segundo o qual a interpretação, por se configurar um processo, sempre se opera num contexto lógico-sistemático.

Implica dizer que a ordem jurídica caracteriza-se por um conjunto de regras coercitivas, produto do processo legislativo, como “expressão da

vontade do Estado" (1), cujo exercício constitucional tem sede no Poder Legislativo. Esse corpo orgânico normativo disciplinador das relações sociais é que, enfeixado em mandamentos e princípios essenciais, forma o sistema jurídico.

De conformação deveras abrangente, mas constitutivo de uma unidade, como bem acentua NORBERTO BOBBIO, o ordenamento visualizado de uma perspectiva positiva contempla

"o conjunto de normas de conduta e de organização, constituindo uma unidade e tendo por conteúdo a regulamentação das relações fundamentais para a convivência e sobrevivência do grupo social, tais como as relações familiares, as relações econômicas, as relações superiores de poder, também chamadas de relações políticas, e ainda a regulamentação dos modos e das formas através dos quais o grupo social reage à violação das normas de primeiro grau ou a institucionalização da sanção" (2).

O consectário dessa inferência não é destituído de certo fundamento, posto enaltecer a valorização do sentido lógico decorrente da interação do complexo de preceitos objetivos que dão consistência ao ordenamento legal. Decerto, o texto da lei não pode ser apreendido de maneira isolada sem o devido cotejo dentro do universo de que é integrante. Na sua formulação os ingredientes utilizados pelos legisladores são variados, levando, portanto, em conta o momento histórico em que é concebido.

Enfocando essa questão, ORLANDO GOMES assinala que a unidade lógica das construções legais é um imperativo do espírito humano. Os institutos são produtos das regras "atinentes às diversas relações jurídicas agrupadas sistematicamente" (3). E arremata o insigne jurista: "a coordenação dos diversos e múltiplos institutos jurídicos em um todo harmônico forma o sistema jurídico" (4).

Inconcebível, por todos os títulos, uma lei dissociada do contexto jurídico, sobressaindo-se como conteúdo estanque, que se baste por si só. Com efeito, a legislação tributária, como de resto outros segmentos do direito, é um todo orgânico. A visão da regra jurídica embutida no sistema é essencial em qualquer esforço hermenêutico.

(1) FERRARA, Francesco. *Interpretação e Aplicação das Leis*. 3ª ed., Coimbra, Arménio Amado — Editor, p. 134.

(2) BOBBIO, Norberto. *Dicionário de Política*. Brasília, Ed. Universidade de Brasília, 1986, p. 349.

(3) GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 4ª ed. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1974, p. 24.

(4) GOMES, Orlando. *Ob. cit.*, p. 25.

Dando maior amplitude ao exame do assunto, W. FRIEDMAN releva que a aceitação de um sistema legal estruturado, permitindo a interligação de órgãos com prescrições de natureza jurídica, é o corolário da complexidade da sociedade moderna, na qual as pessoas dependem de um sistema de regras legais e da interatuação de autoridades públicas, conforme assevera:

“The awareness of a legal system as a structure in which the different organs, participants, and substantive prescriptions of the legal order react upon each other, is essentially the corollary to the increasing complexity of modern society, in which millions of individuals depend of the functioning of a complicated net work of legal rules of many different types, and the interplay of public authorities of many levels” (5).

Disso resulta claro o entendimento de que o subsistema jurídico tributário está estruturado no ordenamento positivo, ou seja, no sistema jurídico global, interagindo de modo harmônico e coordenado, como complemento necessário à adequada disciplina de relações jurídicas entre o poder fiscal e o contribuinte, possibilitando, assim, a perfeita identificação do sentido e alcance da norma no contexto legal onde se acha inserida.

2. O sentido do termo interpretação

O ato de se perquirir com o objetivo precípuo de delimitar o exato significado do texto legal denomina-se interpretação. Interpretar é, pois, desvendar o conteúdo, a essência da lei, pelo ângulo intencional nela contido, que exprime o seu verdadeiro sentido.

PLÁCIDO E SILVA aborda de modo conceitual o termo em evidência, assim explicitando:

“Do latim *interpretatio*, do verbo *interpretare* (explicar, traduzir, comentar, esclarecer), é compreendido, na acepção jurídica, como a tradução do sentido ou do pensamento, que está contido na lei, na decisão, no ato ou no contrato” (6).

Para FRANCESCO FERRARA a interpretação é a atividade de indagação profunda do pensamento do Legislativo, descendo “da superfície verbal ao conceito íntimo que o texto encerra” (7). E acrescenta o mesmo autor, enriquecendo o seu raciocínio esclarecedor em torno do assunto:

(5) FRIEDMAN, W. *Legal Theory*. New York, Columbia University Press, 1967, p. 16.

(6) SILVA, de Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 8ª ed. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1984, p. 502.

(7) FERRARA, Francesco. Ob. cit., p. 128.

"A missão do intérprete é justamente descobrir o conteúdo real da norma jurídica, determinar em toda a plenitude o seu valor, penetrar o mais que possível (como diz Windscheid) na alma do legislador, reconstruir o pensamento legislativo" (8).

Interpretar lei, segundo PONTES DE MIRANDA (9), é ler, entender, criticar o texto e revelar o seu conteúdo. Mesmo que ela se choque com outras leis, assegura o referido autor, tais choques têm de ser minimizados ou mesmo eliminados, já que a lei não pode trazer em seu bojo qualquer contradição, e o sistema jurídico ou lógico deve ser compreendido em toda a sua pureza.

HECTOR VILLEGAS também não discrepa desse entendimento ao assegurar que "interpretar una ley es descubrir su sentido y alcance. Ser intérprete corresponde determinar qué quiso decir la norma y en qué caso es aplicable" (10).

A interpretação jurídica, para MIGUEL REALE, é sempre de ordem teleológica assentada em pressuposto axiológico do direito, cuja articulação não se verifica de modo isolado, mas dentro de uma "estrutura de significações" (11) que povoa o ordenamento jurídico. Como se vê, ela valoriza os elementos finalísticos e valorativos como componentes essenciais do processo hermenêutico.

3. Métodos de interpretação

O deslinde da lei resulta, sem dúvida, do entrelaçamento entre os métodos literal e lógico-sistemático. A combinação desses critérios é relevante, na medida em que permite a correta compreensão do conteúdo analisado. É assente na doutrina que a interpretação não se opera tão somente sob ponto de vista literal ou lógico. A integração desses dois fatores postos a serviço do exegeta é fator preponderante na fixação do real sentido do texto normativo.

As duas vertentes formadoras do convencimento são os pressupostos lógicos formais que dão ao intérprete o embasamento indispensável à exata inteligência da lei. O primeiro método, o literal, gramatical ou filosófico,

(8) Idem, p. 128.

(9) MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 4ª ed. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, v. 1, 1983, p. XII.

(10) VILLEGAS, Héctor. *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario*. 3ª edición, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1980, p. 161.

(11) REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 13ª ed. São Paulo, Ed. Saraiva, 1986, p. 287.

e o outro contempla o sistemático e lógico que, harmonizados entre si, dão escopo à doutrina interpretativa.

Daí a exortação de HECTOR VILLEGAS no sentido de que ao intérprete cabe recorrer, para analisar a letra da lei, a todos os métodos ao seu alcance:

“De esto se desprende que el intérprete puede y debe utilizar todos los métodos a su alcance, debe examinar la letra de la ley, necesita analizar cuál ha sido la intención del legislador, y tiene que adecuar ese pensamiento a la realidad circundante, debe coordinar la norma con todo el sistema jurídico, así como contemplar la realidad económica que se ha querido reglar y la finalidad perseguida” (12).

De fato, segundo MIGUEL REALE (13), o trabalho de perquirição da realidade morfológica, condição intrínseca da própria estrutura da lei, pressupõe uma operação lógica, “pois nenhum trabalho está separado dos demais”. Para o mesmo autor, tal trabalho de exame “de um preceito, em correlação com todos os que com ele se articulam logicamente, denomina-se interpretação lógico-sistemática”.

Pontificando como ponto de vista consagrado, a matéria encontra também ampla ressonância na doutrina de RUY BARBOSA NOGUEIRA, para quem o direito se compõe de uma estrutura “de normas gerais, especiais e específicas” (14). E complementa seu raciocínio, esclarecendo que:

“As normas jurídicas têm um nexo, são todas membros de um único organismo. Por isso o intérprete não deve limitar-se a examinar apenas o texto de uma disposição, mas pesquisar em todo o sistema do direito, do respectivo ramo do direito, das leis orgânicas, códigos e dentro da própria estrutura da lei, para encontrar os dispositivos ligados ou correlacionados” (15).

A doutrina francesa, representada pelo vigor do pensamento de FRANÇOIS GENY, filia-se, também, a essa corrente em razão de sustentar a unicidade da interpretação. Entende, pois, ser descabido opor-se a interpretação gramatical à lógica, tanto que ao combater esse posicionamento o faz até com certa veemência:

“Dans ce but, il me paraît assez vain d’opposer, comme on l’a fait souvent, l’interprétation grammaticale à l’interprétation

(12) VILLEGAS, Héctor. Ob. cit., p. 161.

(13) REALE, Miguel. Ob. cit., p. 275.

(14) NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de Direito Tributário*. 5ª ed. São Paulo, Ed. Saraiva, 1980, p. 98.

(15) Idem, p. 98.

logique. Il est trop clair, que l'une et l'autre se complètent nécessairement, et que les déductions rationnelles suivant les inspirations d'une saine logique, interviendront pour donner son plein développement à la volonté, dont l'expression, gramaticalment analysée, ne peut jamais représenter que le squelette" (16).

Referida posição é de igual modo compartilhada por NICOLA COVIELLO quando defende a operação harmônica entre os vários meios de interpretação. Vai mais além, a ponto de proclamar em tom incisivo: "deve rejeitar-se a distinção das várias espécies de interpretação em literal, lógica, histórica e sistemática" (17).

No mesmo sentido, doutrina RUDOLF STAMMLER, citado por ALÍPIO SILVEIRA: "não foi feliz a idéia de distinguir entre a interpretação gramatical e interpretação lógica" (18).

4. A interpretação na disciplina do CTN

Reveste-se da maior relevância a interpretação em matéria tributária. Tanto que o Código Tributário Nacional dedicou-lhe capítulo específico. Reuniu em torno dele uma série de artigos visando a bem ordenar o assunto. Traça, portanto, o norte em que o intérprete deve, inicialmente, seguir na busca de apreensão do conteúdo pertinente às normas gerais de direito tributário.

Conquanto se reconheço não contemplar todas as situações possíveis de interpretação no campo fiscal, o diploma codificado principia por estatuir de modo expresso: "a legislação tributária será interpretada conforme o disposto neste capítulo" (19).

É irrecusável reconhecer que o dispositivo acima transcrito, sobre achar-se inserido no contexto da legislação codificada, enuncia apenas o elemento de orientação norteador da senda que deve trilhar o exegeta. Com efeito, ele por si só não basta ao esforço da atividade hermenêutica. Tanto que não esgota todas as situações susceptíveis de se deparar quando da aplicação do direito.

(16) GENY, François. *Méthode d'Interprétation et Sources en Droit Privé Positif*. Paris, Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, tomo I, 1954, p. 276.

(17) COVIELLO, Nicola. *Manuale di Diritto Civile Italiano*, p. 67.

(18) SILVEIRA, Alípio. *Hermenêutica no Direito Brasileiro*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, v. 1, 1968, p. 5.

(19) Código Tributário Nacional, art. 107.

4.1. *Interpretação integrativa*

Regra subsequente inserta no Código Tributário Nacional ressalta que, inexistindo disposição expressa disciplinadora da interpretação das normas jurídico-tributárias, o intérprete tomará sucessivamente, na ordem indicada: “a analogia, os princípios gerais do direito tributário, os princípios gerais do direito público e a equidade” (20), constitutivos da chamada interpretação integrativa.

A analogia caracteriza-se pela aplicação de um preceito jurídico disciplinador de determinado fato a outro fato não regulamentado, mas que guarda estreita correlação com o primeiro. Trata-se, como se vê, de metodologia integrativa das lacunas das leis, visando a assegurar que “os fatos de igual natureza devem possuir regulamento” (21).

É corrente a lição acima, tanto que encontra arrimo na doutrina de FRANCESCO FERRARA: “l’analogia é l’applicazione d’un principio giuridico che la legge pone per un certo fatto ad un altro fatto non regolato ma simile giuridicamente al primo” (22).

E acrescenta em tom explicativo:

“É poichè ricercando nel sistema si possono trovare dei casi analoghi già regolati, si estrae per un processo d’astrozione il regolamento giuridico che per quelli vale, allargandolo fino a comprendervi i casi non preveduti che presentino però la stessa essenza giuridica” (23).

Desse entendimento também compartilha HECTOR VILLEGAS, para quem utilizar a analogia “significa aplicar a un caso concreto, no previsto por la ley, una norma que rija un caso semejante” (24). No mesmo sentido LIMONGI FRANÇA aduz: “analogia é a aplicação de un princípio jurídico regulador de certo fato a outro fato não regulado, mas semelhante ao primeiro” (25).

Impõe consignar, de logo, que os princípios transcendem o ordenamento positivo, tanto que não se circunscrevem tão-somente ao âmbito deste, ao contrário, como máximas supremas contemplam “todo axioma ju-

(20) *Idem*, art. 108.

(21) FRANÇA, Limongi. “Analogia”. In *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo, Ed. Saraiva, 1978, p. 371.

(22) FERRARA, Francesco. *Tratado di Diritto Italiano*. Roma, Athenaeun, 1921, p. 227.

(23) *Idem*, p. 227.

(24) VILLEGAS, Héctor. *Ob. cit.*, p. 170.

(25) FRANÇA, Limongi. *Ob. cit.*, v. 6, p. 371.

rídico derivado da cultura jurídica universal” (26). Por sua vez, os princípios jurídicos decorrem do conjunto de preceitos que alicerçam a base fundamental do direito.

Para PAULO DE BARROS CARVALHO, que também comunga com entendimento acima expandido, “os princípios são linhas diretivas que informam e iluminam a compreensão de segmentos normativos, cumprindo-lhes um caráter de unidade relativa e servindo de fator de agregação num feixe dado de normas” (27). Neste mesmo sentido, CARLOS MAXIMILIANO afirma que eles são “as diretivas idéias do hermeneuta, os pressupostos científicos da ordem jurídica” (28).

Os princípios, por consubstanciarem regras de validade inquestionável, são levados em conta pela norma tributária codificada. Destarte, é lícito ao intérprete recorrer aos princípios gerais do direito tributário e do direito público visando à aplicação do direito, visto como não poderá escusar-se de fazê-lo sob a alegação da inexistência de dispositivo normativo expresso.

Cumprir enfatizar, pois, que os princípios basilares que dão consistência e, portanto, auxiliam na formulação de uma doutrina interpretativa repousam, iniludivelmente, na ordem jurídico-constitucional. Revestindo-se às vezes de conotação dogmática, tais preceitos, visto darem a devida adequação a situações vinculadas à problemática tributária, não podem ser relegados.

Os princípios gerais de Direito Tributário podem ser extraídos do sistema tributário nacional, especialmente do direito positivo fiscal, e se caracterizam, conforme BERNARDO RIBEIRO DE MORAES, como “as verdades cardiais e supremas que dominam todas as normas jurídicas tributárias e inspiram o respectivo sistema. Estão no espírito da legislação tributária, constituindo a base e pressuposto lógico de todas as disposições legais específicas” (29).

Os princípios de direito tributário podem ser assim resumidos: princípio das competências tributárias privativas, princípio das imunidades, princípio da legalidade, princípio da reserva de lei, princípio da anualidade e princípio da capacidade contributiva.

Por outro lado, os princípios gerais do direito público consistem em axiomas essenciais de conteúdo amplo. Cumpre destacar, dentre eles, o

(26) SILVA, de Plácido e Silva. Ob. cit., v. III, p. 447.

(27) CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo, Ed. Saraiva, 1985, p. 72.

(28) MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 9ª ed. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1981, p. 295.

(29) MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Compêndio de Direito Tributário*. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1984, p. 479.

princípio republicano, o princípio da federação, o princípio da igualdade ou da isonomia, o princípio da separação dos Poderes, o princípio da vedação do confisco, o princípio da irretroatividade das leis, o princípio da ampla defesa, o princípio da autonomia municipal, o princípio da indisponibilidade dos bens públicos e o princípio da universalidade da jurisdição.

Visto sob o ângulo jurídico-tributário, o princípio da equidade se confunde com a noção de justiça fiscal a que deve o intérprete recorrer na aplicação da lei. Consiste, conforme JOSÉ CARLOS FREIRE, em que “os elementos da comunidade devem despender esforço idêntico para cumprir suas obrigações fiscais, ou seja, o sacrifício deve ser igual para todos” (30). Persegue, portanto, uma repartição mais justa da carga tributária, de sorte que os cidadãos devam contribuir para o Estado em consonância com sua capacidade contributiva.

Tanto subsiste esse exioma plasmador da doutrina comprometida com a promoção do bem-estar social que, hodiernamente, a equidade se vincula à aspiração de um ideal maior de justiça. Evidentemente, faz ressurgir translúcida a máxima romana segundo a qual *aequitas sequitur legem*, isto é, a equidade acompanha a lei.

Trazendo alguns achegos da doutrina para ilustrar o entendimento esposado, ressalte-se a posição de WAGNER GIGLIO (31), para quem a equidade é um pressuposto lógico da atividade interpretativa, tendente a alcançar a finalidade do direito, na sua expressão mais justa. FÁBIO FANUCCHI também perfilha esse entendimento: “a equidade encontra justaposição com o conceito de justiça. Há proximidade entre o justo e c equitativo” (32).

Impondo-se como uma regra de moderação no contexto interpretativo, a equidade, sobreleva notar sua função significativa ao constituir-se como um instrumento de arrefecimento da severidade da lei. Os fundamentos consubstanciadores dessa afirmativa podem ser encontrados nos argumentos desenvolvidos por VICENTE RÃO, assim dispostos:

“a) por igual modo devem ser tratadas as cousas iguais e desigualmente as desiguais;

(30) FREIRE, José Carlos Soares. “As Funções do Ministério da Fazenda no Sistema Econômico”. *Revista de Finanças Públicas*. Ano XXXV, nº 323, 1975, p. 34.

(31) GIGLIO, Wagner D. “Equidade e relação de trabalho”. In *Enciclopédia Saraiva do Direito*. Coord. FRANÇA, Limongi. São Paulo, Ed. Saraiva, v. 32, 1973, p. 413.

(32) FANUCCHI, Fábio. *Curso Tributário Brasileiro*. 4ª ed. São Paulo, Ed. Resenha Tributária — IBET, 1978, p. 206.

b) todos os elementos que concorreram para constituir a relação *sub judice*, coisa ou pessoa, ou que, no tocante a estas tenham importância, ou sobre elas exerçam influência, devem ser devidamente considerados;

c) entre várias soluções possíveis, deve-se preferir a mais suave e humana, por ser a que melhor atende ao sentido de piedade e de benevolência da justiça; *jus bonum et aequum*" (33).

Por sua vez, vale ponderar que a dispensa da prestação do tributo não se coaduna com o espírito inspirador da equidade, tanto que o Código Tributário Nacional elimina essa possibilidade, dispondo *ad litteram*: "o emprego da equidade não poderá resultar na dispensa do pagamento de tributo devido" (34).

4.2. Princípios gerais do direito privado

Descartada a possibilidade da interpretação integrativa, o intérprete recorrer-se-á aos princípios gerais de direito privado, que poderão ser utilizados para pesquisa da definição, do conteúdo, e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários. Isto é o que dispõe o Código Tributário Nacional (35).

Para ALIOMAR BALEEIRO, o dispositivo codificado acima "pretende fornecer, em forma geral e sintética, a diretriz para estremar-se a fronteira entre o direito privado e o tributário, resguardando a autonomia deste" (36).

A questão definitória dos efeitos tributários foi então dissipada por dissonar como meio de integração da legislação tributária. Isto pressupõe, segundo RUY BARBOSA NOGUEIRA, a assertiva de que quando as categorias privatistas estejam irradiadas na lei tributária, há de se adentrar no direito privado para entendê-las, porquanto "não foram alteradas pelo direito tributário mas incorporadas sem alteração e portanto vinculantes dentro deste" (37).

A evidência, outro dispositivo da lei complementar (CNT) defluiu do mesmo sentido filosófico que inspirou o antecedente, encontrando-se vazado nos seguintes termos: *in verbis*:

(33) RAO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. São Paulo, Max Limonad, v. I, 1952, p. 88.

(34) CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, art. 108, § 2º

(35) *Idem*, art. 109.

(36) BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*, 8ª ed. Rio de Janeiro, Ed. Forense, p. 443.

(37) NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Ob. cit.*, p. 111.

“a lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias” (38).

Validando esse raciocínio, ALIOMAR BALEEIRO empresta contribuição valiosa ao colocar exemplo tão consentâneo com argumentação expendida, assim posto: “a quitação fiscal, p. ex., é dada sob ressalva implícita de revisão do código fiscal (art. 158 do CNT)” (39). Explica, dando consistência a sua lição, em torno da momentosa questão que o texto normativo sob exame:

“ao invés de enfatizar a possibilidade de não modificação dos princípios gerais do direito privado, afirmou a sua eficácia, embora limitando-a e resguardando a alteração dos efeitos tributários” (40).

Depreende-se do preceito acima citado que, não obstante reconhecer a supremacia do direito privado no pertinente ao conteúdo, definição, conceitos, formas e ao alcance dos seus institutos, proclama a autonomia do direito tributário ao tornar-lhe legítima a possibilidade de modificação dos efeitos fiscais dos institutos circunscritos ao seu campo.

Tanto prospera a posição científica desse enunciado, que se inserem na práxis, a título exemplificativo, a remissão, a compensação, o pagamento, ou a quitação, aos quais se pode aplicar tratamento diverso do preconizado pela regra privada, face dos seus efeitos diversificados na seara fiscal.

4.3. *Interpretação literal*

Para determinadas matérias, o Código Tributário Nacional reservou a interpretação literal, conforme assinala em uma das suas disposições, *in verbis*:

“interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre: suspensão ou exclusão do crédito tributário; outorga de isenção; dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias” (41).

(38) CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, art. 110.

(39) BALEEIRO, Aliomar. Ob. cit., p. 444.

(40) Idem, p. 445.

(41) CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, art. 111.

Convém assinalar que o método proposto pelo CTN é aquele que consiste no exame do texto legislado na forma em que se apresenta, sem maiores indagações de ordem filosófica e ideológica. Mas na verdade, por melhor que seja o legislador, o conteúdo da lei nem sempre se revela claro, estreme de dúvida, pois, segundo FRANCESCO FERRARA, “o sentido literal é incerto, hipotético, equívoco” (42).

PARA LUIS ALBERTO WARAT, o presente método deita raízes no direito romano, cuja crença fundamental “é a mesma que inspira todas as correntes jurídicas formalistas: consiste na idéia de que as palavras de lei têm sentido unívoco que o intérprete deve descobrir e sistematizar” (43).

Na verdade, é justo supor que o preceito vertente encerra apenas conteúdo de mera orientação, partindo-se da inferência lógica de que, no dizer de EMILIO BETTI *apud* RUY BARBOSA NOGUEIRA (44), a interpretação pressupõe sempre um processo. E, como tal, não pode ter aplicação meramente estática, mas sim conciliada com os métodos dessa natureza existentes.

Detendo-se, entretanto, numa análise mais aprofundada do tema, pode-se compreender perfeitamente que o dispositivo examinado apenas remete o intérprete a outras regras codificadas que tentam realçar a proeminência da lei para a regulação de importantes matérias.

Assim é que as causas excludentes e suspensivas do crédito tributário (art. 97, VI), a obrigação tributária acessória (art. 113, § 2.º) e isenção (art. 176) obedecem rigorosamente ao princípio da legalidade tributária, portanto não podem resultar de “indução, dedução ou analogia” (45).

4.4. *Interpretação favorável ao contribuinte*

A matéria em cima, que fixa regras de direito penal tributário, vem, finalmente, inserta no Código Tributário Nacional, que enumera quatro situações suscetíveis de aplicação do meio de interpretação favorável ao sujeito passivo da obrigação tributária. A disposição codificada está assim vazada:

“A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto:

- 1) à capacidade do fato legal;

(42) FERRARA, Francesco. *Interpretação e Aplicação das Leis*. 3ª ed., Coimbra, Arménio Amado — Editor, p. 140.

(43) WARAT, Luis Alberto. *Mitos e Teorias na Interpretação da Lei*. Porto Alegre, Ed. Síntese, 1979, p. 75.

(44) NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Ob. cit.*, p. 96.

2) à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos;

3) à autoria, imputabilidade ou punibilidade;

4) à natureza da penalidade aplicável ou à sua graduação" (46).

Tem-se como certo que a diretriz acima traçada pelo CTN é de inspiração romana e reflete a máxima consagração pelo direito penal: *in dubio pro reo*, que autoriza, no campo do direito tributário, a interpretação favorável ao acusado no campo das penalidades e das infrações verificadas no território da incerteza.

Trata-se do princípio geral do direito público de indiscutível relevância, na medida em que permite o abrandamento das regras de tributação, permitindo a aplicação mais justa do direito. Tanto que sua aplicação é acentuada e encontra guarida na copiosa manifestação jurisprudencial que já consagra o fundamento de sua aplicabilidade.

O primeiro caso aventado pelo CTN diz respeito à capitulação do fato legal. Esta hipótese se configura quando a situação fática, embora transparecendo evidente, é duvidosa quanto à norma que lhe é aplicável. Revela-se aí que se pode enquadrar o autor da infração cometida.

A outra hipótese preconizada no item 2 se ocupa do caso de dúvida quanto à natureza do fato ou dos seus efeitos. Pode-se estar diante de uma situação conhecida, palpável, mas incerta quanto à sua índole ou quanto às circunstâncias materiais que ensejaram o seu nascimento.

A terceira refere-se ao caso de dúvida quanto à autoria, imputabilidade ou punibilidade. Neste caso a dúvida é na *imputatio facti*, isto é, há dificuldade de se determinar o autor da prática do delito e a dúvida quanto ao atributo de imputabilidade do infrator. Dúvida quanto à punibilidade, "incerteza quanto à condição de ser punível ou não o autor que seja certo e imputável" (47).

A última trata da dúvida quanto à natureza da penalidade aplicável ou a sua graduação. Trata de incerteza inerente à caracterização da penalidade, pois, neste caso, não se sabe ao certo qual o tipo de pena a ser aplicada, dentre aquelas elencadas pela legislação tributária, *verbi gratia* apreensão de mercadorias, multa e confisco. No outro, refere-se ao problema da graduação da penalidade.

(45) Idem, p. 98.

(46) CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, art. 112, I, II, III e IV.

(47) MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 3ª ed. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1985, p. 51.

5. Conclusão

Conclui-se que a argumentação esposada induz a se perfilhar o entendimento de que a interpretação em matéria tributária não se constitui numa atividade isolada. Nem tampouco a interpretação literal ou gramatical, sem contrapartida do critério lógico, é suficiente para a construção do processo hermenêutico.

Em razão dessa assertiva é que se acolhe a escola lógico-sistemática, por se entender a fragilidade do método literal. Na verdade, ele se revela insuficiente para a perfeita caracterização do direito e a conseqüente segurança jurídica que deve nortear a sua aplicabilidade.

Inspira a filosofia dessa doutrina o pressuposto de que a exegese constitui-se numa "atividade complexa, de natureza lógica e prática" (48). Disso é razoável deduzir-se que há uma interação dos meios de interpretação que buscam estabelecer o exato significado e alcance do texto legislativo.

Reflete, pois, a interpretação toda uma construção do arcabouço jurídico, que "exprime a ordem da sociedade nas relações intersubjetivas" (49). Daí por que, em qualquer campo do direito, o jurista deverá recorrer ao procedimento tradicional de combinação dos métodos gramatical e lógico-sistemático.

Tanto isso é verdade que o próprio Código Tributário Nacional, ao traçar orientação nesse campo, conduz o intérprete a se socorrer, inclusive, de princípios gerais do direito tributário, público e privado, além da analogia e equidade, para a correta aplicação do direito tributário.

Não se pode deixar de considerar que o direito tributário tem as suas particularidades, motivo por que a legislação complementar, sem descartar a possibilidade de remeter o intérprete às leis de conteúdo caracterizado por princípios ou comandos mais gerais, fixa determinadas regras de interpretação, sem, contudo, exaurir a matéria, cujo raio de amplitude não se cinge tão-somente àqueles enunciados, mas assenta seus postulados na doutrina de ressonância universal.

Assim, é no quadro do sistema positivo que se deve captar o verdadeiro sentido e alcance de uma norma jurídica tributária, pois é do cotejo de um dispositivo isolado em confronto com o ordenamento geral que se pode colher o conteúdo que a norma encerra. Isto porque a evolução das relações sociais impõe um processo legiferante cada vez mais complexo, a exigir uma filosofia uniforme na reunião de dispositivos que dão ao diploma legal a devida organicidade.

(48) FERRARA, Francesco. Ob. cit., p. 131.

(49) COELHO, Luís Fernando. *Lógica Jurídica e Interpretação das Leis*. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1979, p. 72.

A Revolução Francesa e o pensamento jurídico-político contemporâneo

NELSON SALDANHA

Todas essas comemorações e rememorações, referentes à Revolução ocorrida na França a partir de 1789, nos convocam a contemplar novamente as figuras daquela época: as estranhas e ambíguas estampas do fim do século XVIII, tão antigas e ao mesmo tempo tão modernas, situadas em um passado cujo sentido interno não apreendemos de todo, mas ligadas ao nosso presente por ligações tão fortes, que às vezes parece que nos movemos dentro delas. As imagens da Revolução nos impõem a presença ostensiva da história; entretanto não é fácil delinear as relações entre a atitude revolucionária e o pensamento histórico. Com frequência ocorre que o ponto de vista conservador produz antes do revolucionário o relato histórico; ocorre às vezes que o relato histórico revolucionário é uma resposta à versão conservadora. Entretanto o ato revolucionário tende a ser em essência anti-histórico, ao rejeitar os processos históricos em seu andamento e ao introduzir neles um novo corte ou uma alavanca específica. O próprio conceito de revolução foi veiculado naqueles tempos, entre a Revolução Inglesa de 1688, tão peculiar (e até de certa sorte conservadora), e as críticas à Revolução Francesa partidas de BURKE, entre outros. As reflexões de VOLNEY sobre as “revoluções dos Impérios” não tinham muito o que ver com o conceito político que corresponderia aos eventos iniciados em 1789; a sociologia do século XIX, contudo, giraria em grande medida em torno das “crises” desencadeadas por aqueles eventos.

Às vezes parece que o que se denomina *Revolução Francesa* terá sido um conjunto de conflitos e de convergências, uma série de lutas distintas, tudo unificado por alguns elementos comuns, tomados em conta pela historiografia e pelo pensamento social dos coetâneos e das gerações seguintes.

Conferência pronunciada no Conselho Estadual de Cultura de Pernambuco, em 19 de setembro de 1989, no Curso Comemorativo do Bicentenário da Revolução Francesa.

Entretanto é evidente que um conceito valorativo como o de *revolução* somente poderia adquirir sentido em função de uma determinada concepção da história. Esta concepção, que se estabeleceu no espírito do Ocidente desde o declínio da crença na providência divina, correspondeu ao processo de secularização da cultura e tomou a forma de teoria do progresso. O progresso, apresentado como lei inexorável, passou a ser entendido como um aperfeiçoamento, um longo suceder-se de etapas iniciais até estágios finais. Com base nisso se entenderam certas épocas como “arcaicas” ou como “bárbaras”, considerando-se o simples fluir do tempo como garantia de superioridade; e se valorizou então o esforço revolucionário como algo avalizado pelo próprio apelo ao progresso.

* * *

Na evolução da experiência política ocidental, o antecedente do conceito de Revolução foi a Resistência, ou antes o *Direito de Resistência*. A idéia veio da teoria da resistência ao *tirano*, que se encontrava nos teólogos medievais, como Manegold von Lautenbach no século XI e John of Salisbury no século XII. O tema, incorporado pela escolástica, aparece inclusive em TOMÁS DE AQUINO. Na verdade a concepção do direito de resistência — como o demonstrou FRITZ KERN — se fundava sobre a idéia de uma essencial submissão do poder ao *direito*, isto é, a limites constitucionais (MAC ILWAIN também estudou acuradamente o problema).

No sentido da dinâmica política, entretanto, a *resistência* representou uma atitude reparadora, voltada contra um desvio ou uma exorbitação de poder e visando à manutenção de uma ordem dada, dentro de um quadro estático, que não comportava algo como a noção do progresso e que se encaixava por sua vez em outro quadro, representado pela cosmovisão medieval com suas hierarquias estáveis e seus valores fixos.

Com os huguenotes, no século XVI, o princípio de resistência veio a combinar-se com uma especial versão do contratualismo, que se expressou, por exemplo, no famoso panfleto *Vindyciae contra tirannos*, de 1579, que falava de um duplo pacto: o que existiria entre a comunidade e a divindade e o que vincularia, dentro da comunidade, o povo e o governante. Se uma parte descumprisse sua obrigação o pacto estaria rompido. Na França o fortalecimento da concepção contratualista (que entre os ingleses apareceria no século XVII na obra de HOBBS) correu paralelamente à consolidação da idéia de *lei fundamental*, chamada “lei do reino”, *loi du royaume*, por certos autores do século XVI. Note-se que com isto se consagrava, com a referência a uma lei (ou um tipo de lei), o caráter institucional e impessoal do poder; abria-se um pedaço do caminho para ROUSSEAU, que acolheria a noção do contrato e afirmaria com ênfase o ideal do poder impessoal. Tudo isso revela que a idéia de revolução, que pode ser aplicada por extensão a contextos mais antigos, tem na história moderno-contemporânea um sentido específico, ela realiza no plano

político um dos aspectos do processo de secularização sócio-cultural. As revoluções seguintes à de 1789 estarão por isso vinculadas a ela, e ORTEGA percebeu (apesar dos exageros e simplificações de seu ensaio a respeito) que as revoluções formam um ciclo.

A imagem do progresso, dominando os espíritos durante o iluminismo, deu a estas idéias um sentido de conquista histórica, fazendo com que se considerasse mais racional a versão contratual da origem dos governos e dando a estes um sentido impessoal. E se os governos deviam ser impessoais, ou ao menos fundados sobre princípios fundamentais, era preciso vincular esta idéia a uma imagem genérica: a *nação*, ou o *povo*. Ambas as coisas tomadas como entidades racionais ao mesmo tempo que históricas, mantidas coesas pelo fundo contratual originário e entretanto alimentadas por uma continuidade no tempo.

A esta altura há que mencionar também a burguesia, o capitalismo, a cultura urbana e o jusnaturalismo. A nosso ver a situação histórica de cada um destes elementos se compreende em função do processo de laicização cultural, cujo papel basilar mencionamos de novo. É claro que certos traços permanecem, mas os encaixes se alteram, dentro de um crescente movimento diferenciador que se torna mais perceptivo a partir do *quattrocento* ou do *cinquecento*. A economia, a religião, a vida privada e a pública, tudo se reorganizou. Para JÜRGEN HABERMAS a burguesia criou um novo sentido de espaço público dentro da própria tendência à racionalização. A concepção do *Estado* como obra humana, já perceptível em MACCHIAVELLI, se reafirma na teorização sobre como devem ser as cidades e como devem ser os governos: SIÉYES em plena Revolução delinearía sua doutrina do poder constituinte como uma criação política. Latente estava em tudo isso o conceito da criatividade revolucionária: romper com as formas dadas, impor à realidade o esquema racional, resgatar nos homens o que a história vinha impedindo.

A Revolução Inglesa de 1688 tinha abolido os abusos do poder real, recolocando em seus moldes anteriores as relações entre o monarca e os representantes do povo. A guerra norte-americana de independência, que ficaria chamada de "Revolução", veio inovar a estrutura do Estado com o federalismo (criado de pronto sem as lentidões do caso suíço) e com o presidencialismo. Mas na França se debatiam, convergentes, as grandes questões do racionalismo político: a dos fundamentos da obediência, a da legitimidade do poder, a da reformulação da sociedade segundo um esquema não-feudal. E aqui entra de novo uma alusão à burguesia, protagonista não meramente econômico da secularização da vida social do Ocidente. A burguesia cumpre o racionalismo em suas aplicações práticas e propicia seu desenvolvimento conceitual.

Aliás, SPENGLER, na *Decadência do Ocidente*, ao falar das relações entre a história das cidades e a dos Estados, mencionando a atuação histórica da buerguesia e seu profundo sentido urbano, refere-se à ligação

entre a liberdade e as cidades. Velho tema, na verdade: na Idade Média já se dizia que o ar da cidade torna livres os homens, e os gregos relacionavam a liberdade de um povo ao fato de possuírem (ou não) uma *ágora*. Se recuarmos a alusão, poderemos apontar para a origem das cidades, nas diversas civilizações, como um rompimento com o estágio rural, que contudo persistirá como arquétipo e contraste não só no mundo clássico como no moderno; e poderemos ver o advento de uma mentalidade *urbana* como condicionadora de novas estruturas e novos valores, em economia e em direito, em religião e em política, em ética e em estética.

* * *

Mas retornando ao racionalismo iluminista, e ao contratualismo: a partir dos princípios políticos liberais, esboçados ainda no século XVII, reformulou-se o entendimento das relações entre o Estado e os seus súditos, que passariam a chamar-se *cidadãos* desde que se entendeu o governo como algo decorrente da concordância dos governados. A Revolução Inglesa limitou-se a arrolar alguns direitos, próprios dos indivíduos e do parlamento; a norte-americana colocou na Constituição escrita (1787) uma lista específica de garantias; os franceses parecem ter dado ao problema uma ênfase mais dramática, pondo uma inconfundível pretensão de universalidade em suas declarações. Não entraremos aqui na questão da origem destas declarações, debatida desde os fins do século passado por autores como JELLINECK e DEL VECCHIO.

Voltemos ao problema da Revolução como corte histórico. A Revolução golpeia: ou secciona a linha do curso histórico — gerações, dinastias — ou bloqueia as passagens e esmaga os percursos anteriores com paredes novas. Ela tem sua geometria própria. Com a Revolução Francesa se colocou em termos talvez definitivos uma velha alternativa, reaparecida em determinadas ocasiões e objeto de um erudito livro de REINHARD BENDIX: *Reis ou Povo?*

Aos críticos da Revolução, em particular aos de fora da França, sempre pareceu extravagante o caráter racional senão mesmo “abstrato” das intenções de seus líderes. EDMUND BURKE, sempre citado, condenou os franceses por tentarem pôr em prática uma metafísica política; GUILHERME DE HUMBOLDT, menos citado, também os condenou, afirmando que nenhum projeto de Estado, fundado pela razão sobre um plano predeterminado, pode prosperar. Talvez lhes faltasse mais um pouco de distanciamento histórico para compreender a vigência das idéias gerais na época. Ou por outra a vigência dos princípios, tão característica que ORTEGA chegou a escrever, com um pouco de humor e muito de acuidade, que naquele tempo os *príncipes* foram derrotados pelos *princípios*.

A contraposição dos dois termos, afins na etimologia e antagonicos na configuração objetiva, nos remete entretanto ao problema da *legitimidade*. Certamente os reis representavam, ao tempo, uma experiência milenar,

chancelada por um conspícuo acervo de imagens arquetípicas: o palácio, a espada, o mando, o trono, paralelas ao templo, o altar, a crença, o culto. É fácil, depois dos últimos duzentos anos, desvalorizar estas coisas e dar ao traste com os símbolos, mas o fato é que a maioria das concepções básicas que integram a vida dos grupos humanos se formou debaixo daquelas imagens. E ao tomar o poder, tomando a cena e o prosclênio do poder, os princípios democráticos e liberais — que no século XVIII as duas coisas subiram juntas — adotaram vários pedaços daquelas imagens, do mesmo modo que a Igreja Cristã (depois católica) adotara alguns ritos e algumas figuras que vinham do paganismo.

A alternativa não foi colocada desde o início e até certo momento admitia-se a permanência do rei. O modelo inglês ali estava, incluindo o monarca. Mas o crescimento das tensões e da retórica aguçaram o dilema, fazendo crer que o povo e a nação só seriam povo e nação sem a presença da coroa. O direito público francês tentaria voltar atrás após 1814, com a monarquia da *carta* e o constitucionalismo de Benjamin Constant; mas o golpe fora dado, o impulso vinha no sentido de identificar a monarquia com o feudalismo e o progresso com sua eliminação. Ficariam resquícios: revanches do poder pessoal sempre recorrente, autocracias piores do que monarquias, ditaduras “modernizadas” que o mundo contemporâneo vem conhecendo. Mas o *princípio dominante* ficou sendo o da democracia (aliás, percebido por TOCQUEVILLE), com sua rica abertura de possibilidades e seu ininterrupto processo de reexames e debates, parte integrante de seu surgimento e marca específica de sua permanência, sempre difícil.

* * *

Na linguagem dos revolucionários da segunda metade do século XVIII, e isto inclui os próceres da Independência norte-americana, podem-se encontrar traços típicos do espírito iluminista. Entre eles a crença da razão e o amor às generalizações, que tornam os contemporâneos da *Encyclopédie* e da guilhotina emparentados ao linearismo da arte de David, tema estudado por STAROBINSKI em 1789: *os emblemas da razão*. Razão e generalizações, e com elas uma visão seletiva do passado: se a um eclético e moderado como MONTESQUIEU agradava o lento e prolixo estudo da história com método comparativo e paciência etnográfica, aos criadores de governos novos a história oferecia alimento específico, em poucas e peculiares figuras. Amavam-se sobretudo determinados personagens, determinados componentes. ROUSSEAU, por exemplo, amava a virtude, sobretudo a austera virtude cívica tal como parecia visível nos antigos espartanos e nos romanos de certo tipo: superação do interesse pessoal, adesão inteira ao interesse da comunidade. Da glorificação da virtude se passaria, na Revolução, ao amor da lei e à reorganização legal dos poderes do Estado. A admiração pelos antigos, em ROUSSEAU, incluiu a preferência por Esparta, contra Atenas: esta simbolizando a “civilização” que ele próprio condenaria como cenário de corrupção e de egoísmo. Entretanto, ao que nos parece, este voltar-se para a antigüidade não excluiria no autor do *Contrato Social* a consciência da modernidade, antes a acentuaria.

Certos antropólogos vêem nos rituais etrusco-romanos de fundação-de-cidades um modelo em que a ordem social se prefigura e se configura em consonância com paradigmas divinos. A inclinação dos revolucionários para as imagens clássicas teria sido uma busca instintiva de identificação com aqueles rituais, que freqüentemente pressupunham a violência mas nos quais prevalecia o sentido de *criação* política. Nem deixa de haver nas grandes revoluções um sentido de ortodoxia que se liga a um fundo dogmático, com elementos sagrados e um clero rigidamente escalonado.

Insistimos todavia em mencionar ROUSSEAU, cujas ambigüidades são correlatas das da própria Revolução. Ao absorver o indivíduo na *volonté générale*, o pensador genebrino abriu o caminho — como observou TALMON — para a chamada “democracia totalitária”; mas ele nunca tentou apagar o rastro pré-romântico de seu individualismo, estadeado nas *Confissões* e em outros escritos. O conceito de *lei* em ROUSSEAU, que deve ter tido algo com a noção romana de *lex*, pretendia ser por si mesmo o fundamento do governo, constituindo-se em “expressão da vontade geral”, mas na verdade o exclusivismo da lei como fonte do direito veio a dar no estatismo, valendo para o caso a observação de HAROLD LASKI, segundo a qual a liberdade rousseauniana não diferia muito da hegeliana. Além disso, a consolidação do legalismo jurídico veio a entronizar a forma como critério de validade das normas, apagando-se a distinção que sempre foi essencial entre legalidade e legitimidade. Apagando-se, bem entendido, para os formalistas, não para os que encaram o tema do fundamento como questão não redutível aos critérios formais.

* * *

Ao focar as relações entre a Revolução e o pensamento jurídico-político contemporâneo, não estamos tratando do que muitos intitulam “conceito jurídico” de revolução, embora estejamos próximos da idéia da “revolução como fonte do direito”, no sentido utilizado por GURVITCH e por BURDEAU. Referimo-nos na verdade à presença do experimento revolucionário dentro do percurso da experiência política e jurídica do Ocidente moderno, com seus correlatos teóricos. Por mais que se devam ter em conta os condicionamentos sócio-econômicos de toda revolução, não se poderá compreendê-la em profundidade sem aqueles correlatos teóricos que a acompanham: no caso da Francesa o *essor* do racionalismo e da secularização, o jusnaturalismo leigo, a noção de progresso, o contratualismo.

Os conteúdos *metafísicos*, latentes na Revolução, se revelam inclusive na retomada de antigos *dualismos* jurídicos: direito público e direito privado (obscurecido durante os séculos feudais), direito natural e direito positivo, direito objetivo e direito subjetivo. A Revolução os redimensiona. GROETHUYSEN remeteu as bases do direito público revolucionário ao jusnaturalismo, e as do privado ao direito romano: esquema discutível mas revelador de um dualismo que realmente existiu. Talvez o romantismo dos privatistas tenha o que ver com o fato de terem sido mais “juristas” ou

mais legistas do que os publicistas: recordo que ALBERT SOREL, em livro notável e hoje meio esquecido, *L'Europe et la Révolution Française*, anotou que os legistas representaram o próprio espírito do "terceiro estado" em sua projeção prática.

Com a Revolução Francesa e com o modelo político-jurídico que ela implanta, torna-se como que definitiva para o Ocidente contemporâneo a presença de uma alternativa muito peculiar, entre formalismos e não-formalismos. A Revolução implicou concepções formalistas, encontráveis no racionalismo iluminista, mas seu impacto arrastou, em termos de valores, opções sociais não meramente formais. Ela, para falar em termos weberianos, tentou destruir os esquemas tradicionais, inclusive no tocante à legitimidade, e impor a racionalidade; mas dentro dela própria eclodiu o fenômeno do *carisma*, e vários traços da dominação tradicional persistiram. Do cartesianismo, que dera PASCAL e veio a dar ROUSSEAU, ao formalismo jurídico kelseniano, poderemos encontrar uma linha contínua, embora nuançada. Permito-me citar aqui o livro de EMMANUELE CASTRUCCI, *La forma e la decisione*, que relaciona com a teoria da forma na ontologia clássica a pretensão "netralista" do formalismo moderno, que inclui a visão do Estado como máquina e a imagem impessoal do poder.

Do mesmo modo há uma linha mais ou menos contínua que vai do jusnaturalismo racionalista, o da geração de GRÓCIO, ao juspositivismo racionalista, que em nosso século se desvencilha dos sociologismos e se apresenta como o único metodologicamente "puro". Poderemos inclusive mencionar a ligação entre o liberalismo, que cresceu durante os séculos XVIII e XIX, e a visão jurídicista das relações entre a sociedade e o Estado: o liberalismo como visão específica das relações entre o poder e a obediência.

* * *

Entretanto, latejava em tudo isso um toque de utopia. Não por acaso certos autores já têm colocado o tema das conexões entre utopia e violência, que não vamos aqui explorar. Observe-se, contudo, que nas *utopias* desde o Renascimento até o século XVIII não se colocou a questão da *legitimidade*. A questão aparece em ROUSSEAU, que teve seu lado utópico e que revela, nesta questão, sua dívida para com o liberalismo. Nas utopias não havia, por outro lado, o problema do Direito como experiência dinâmica, mas somente a vigência de regras imutáveis. Ao recolocar as relações entre o indivíduo e o Estado, e ao refazer o estatuto das funções estatais, as revoluções liberais construíram o Direito constitucional moderno, Direito dos poderes estatais e dos direitos individuais, que a ala mais extrema dos formalistas de nosso século vem ameaçando esvaziar, ao substituir a noção de poderes pela de "órgãos". Foi com as constituições e com as codificações, obra do que alguns chamam "razão burguesa", que se pôs com sentido novo a questão do Direito como experiência dinâmica, ligada

a modelos e fórmulas de cunho teórico mas ao mesmo tempo dependente dos legislativos — os mesmos legislativos onde se abrigaria o debate político que é próprio da democracia, e que os comtistas detestavam.

O jusnaturalismo, fundamento do trabalho legislativo da Revolução — tanto no caso dos *direitos* dados nas Constituições quanto no caso do Código Civil —, encontraria no século XIX alguns desdobramentos, ao contacto com o empirismo e com fatores sociais específicos. Aliás, ERNST TROELTSCH, em seu ensaio sobre o Direito Natural e a idéia de Humanidade na política internacional, observou que o jusnaturalismo dos autores da independência norte-americana veio a se transformar, durante o oitocentos, em força conservadora e avessa a inovações.

* * *

A emergência do sujeito individual, que certos autores situam como tendo ocorrido no limiar dos séculos ditos modernos, e que teve relação inclusive com o advento do conceito de direito subjetivo, caracteriza um outro traço do espírito contemporâneo. Para muitos este traço significa, sem mais, “individualismo”. Este individualismo, contudo, conflitará sempre com o coletivismo também contemporâneo: cumpre lembrar que as duas coisas se acham dentro do próprio ROUSSEAU, como dentro da Revolução, que ensejou a disputa entre liberais e babouvistas.

Ao lado dos dualismos, que mencionamos acima, uma série de dilemas se colocou para o mundo ocidental a partir dos fatos começados em 1789. Mencionamos os dualismos jurídicos, inclusive o que se refere ao Direito Natural e ao Direito positivo. A grande realidade do Direito escrito, com textos para o Direito público e textos para o Direito privado, condicionou na França o nascimento de um positivismo legalista, com a “Escola da Exegese”. Entretanto, a cultura francesa, no geral, continuou abrigando o tema do Direito Natural. O problema da legitimidade, retomado com a Restauração monárquica, trouxe para o romantismo jurídico inclinações peculiares, diversas do positivismo. A Revolução cortou a monarquia, implantou o constitucionalismo liberal, promulgou os códigos; mas Napoleão, que representou o apogeu do classicismo francês, representou também seu ponto de crise, e sua derrota trouxe o ecletismo político, que levaria ao ecletismo cultural e filosófico, tão marcante na França durante o século XIX. A democracia e o liberalismo, convivendo com os bimarquismos e com os socialismos, estabeleceram para o Ocidente uma onda de *ismos* e de debates — falamos nisto mais acima —, obrigando o espírito contemporâneo a dedicar-se permanentemente aos reexames históricos. Reexames, método comparativo, impasses metodológicos e propostas hermenêuticas, eis o que, na teoria política e jurídica dos dois últimos séculos, tem havido de mais característico. Não podemos escapar de nada disto: temos de compreender, incorporar e atravessar.

Direito de participação no governo e na oposição

CELSO FERNANDES CAMPILONGO

Advogado em São Paulo e professor-colaborador do Programa Especial de Treinamento patrocinado pela CAPES em convênio com o Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

I — *Introdução*

Quando e por que razões ganha importância o debate sobre o direito de participação no governo e na oposição? O que é participação política? Como compatibilizar a visão restritiva e tecnicista de democracia com os anseios por maior participação popular nos processos de decisão? É este, em síntese, o conjunto de questões que o tema “Direito de participação no governo e na oposição” coloca.

Tais indagações, é óbvio, comportam múltiplas e divergentes abordagens teóricas. Entretanto, ao nível do Direito, algumas considerações preliminares de ordem metodológica parecem inescapáveis. O estudo do “direito de participação”, numa abordagem jurídica tradicional, poderia conduzir o trabalho para uma análise das possibilidades normativas desse Direito. Ou, ainda, para uma exegese dos institutos formais de participação política incorporados à maioria das Constituições dos países ocidentais, como o plebiscito e o *referendum*.

Mesmo sem deixar de reconhecer a importância da abordagem teórica estritamente dogmática, a investigação sobre o direito de participação é reveladora das insuficiências e do empobrecimento científico que o exame estritamente formal e metodologicamente “puro” do tema encerra.

Sem uma consideração sobre a dimensão social do direito de participação e sem a explicitação do universo axiológico que o envolve, fica impossível uma compreensão efetiva dos fenômenos ligados à participação política. Em outras palavras, o pluralismo metodológico — envolvendo o estudo das instituições, dos processos sociais e dos valores — tem especial e indispensável importância para o estudo do direito. Fica nítida, também, a vinculação entre direito e política de um lado e instituições e processos sociais de outro. Ou seja, o sincretismo entre a participação política como norma e a participação política como função e valor.

II — *Conflito Social e Participação Política*

O direito de participação política engloba-se entre os chamados direitos da cidadania. T. H. MARSHALL (1067:57) elaborou, em termos hoje considerados clássicos, um esboço da evolução desses direitos. Num primeiro

período, situado no século XVIII, MARSHALL identifica o incremento dos direitos civis: ir e vir, liberdade contratual, liberdade individual, direito de propriedade etc. Num segundo momento, cronologicamente situado no século XIX, dá-se o desenvolvimento dos direitos políticos: votar e ser votado. Já no século XX ocorre a terceira fase do desenvolvimento dos direitos da cidadania. É o momento do surgimento dos direitos sociais.

O avanço dos direitos sociais — que compreende o acesso à justiça, a assistência médica, a habitação, a educação e o salário mínimo, entre outros direitos —, segundo MARSHALL, provoca um grande impacto sobre as classes sociais. A ampliação dos direitos políticos possibilitou o alargamento das reivindicações de cunho social, o que revelou a contradição entre a igualdade de direitos e obrigações da cidadania e a desigualdade das classes sociais. Em outros termos: princípios de igualdade social e política sendo esvaziados pela desigualdade de poder econômico entre as classes.

Paralelamente a esse esquema evolutivo dos direitos da cidadania, é possível estabelecer uma classificação, fundamentada em C. B. MACPHERSON (1978), que diz respeito às fases da democracia liberal. Para este autor, a democracia passou por 4 fases distintas: a democracia protetora, a democracia desenvolvimentista, a democracia como equilíbrio e, finalmente, a democracia como participação.

A democracia protetora tem como maior característica a definição de mecanismos de proteção contra a opressão dos governantes, mediante a combinação dos princípios de igualdade e de mercado. É o modelo que reflete a economia concorrencial do início do século XIX, individualista e utilitarista.

O segundo modelo, da democracia desenvolvimentista, surge como decorrência de dois fatos: 1) a emergência da cidadania dos trabalhadores; e 2) as intoleráveis condições de trabalho da sua época (2.^a metade do século XIX até primeiras décadas do século XX). Sua maior característica é conceber o sistema político como meio de desenvolvimento individual. Este modelo procura conciliar as franquias democráticas com as possibilidades de aperfeiçoamento da ordem social. Ao contrário do modelo anterior, aqui já se dá um relativo destaque às condições desumanas de trabalho da classe operária.

O terceiro modelo é o da democracia do equilíbrio. Sua característica peculiar é deixar de lado o moralismo do modelo desenvolvimentista e adotar uma postura pluralista e elitista. Pluralista na medida em que só concebe a democracia como possível em sociedades dotadas de um mínimo de complexidade. Elitista na medida em que vê a democracia como um simples mecanismo de preenchimento de cargos governamentais, isento de preocupações de ordem moral ou valorativa, privilegiando a capacidade técnica de tomada de decisões como algo privativo de uma casta de profissionais com "competência" para tanto. Esse tipo de visão de democracia foi relativamente predominante até meados do século XX.

O último modelo, que para os propósitos deste trabalho tem maior importância, será analisado no tópico seguinte. Resumindo, verifica-se a existência de dois esquemas de evolução dos direitos da cidadania e das fases da democracia liberal. Para MARSHALL, os direitos da cidadania evoluem no seguinte sentido: dos direitos civis para os direitos políticos e destes para os direitos sociais. Para MACPHERSON, a democracia liberal passa pelas seguintes fases: protetora, desenvolvimentista, do equilíbrio e participativa.

Os dois processos históricos convergem no mesmo sentido, ou seja, em direção a um rompimento dos limites da democracia liberal ou, até mesmo, da sua superação. O liberalismo sempre teve dificuldades em lidar com o problema da luta de classes e da desigualdade social. Preferiu sempre a democracia representativa do que as formas de participação direta da população no processo político. O direito de participação no governo e na oposição, tomado como um direito fundamental, toca exatamente nesse ponto. A sociedade de classes, marcada por intensos conflitos sociais, pode conceber formas mais densas de participação popular? Uma maior participação política depende de uma prévia eliminação das desigualdades sociais ou, ao contrário, é a eliminação das desigualdades que pressupõe uma maior participação no governo e na oposição?

III — *A Participação Popular*

A partir do pós-guerra, e com mais ênfase nos anos 60 e 70, ganhou impulso a idéia de maior participação popular no processo de decisão política. Na Europa, por exemplo, França e Itália patrocinaram amplas consultas populares para estabelecer, de forma direta, qual a forma de governo a ser observada. Na década de 60, especialmente nos Estados Unidos, a ação da nova esquerda, os movimentos estudantis e o sentimento generalizado de insatisfação dos trabalhadores contra as condições de trabalho alienantes provocaram novo surto de reivindicações por maior participação de todos nas empresas, nas universidades, nos sindicatos e nos centros de decisão política.

Entretanto, dada a natureza complexa das sociedades industrializadas, a participação política em larga escala torna-se, no mínimo, problemática. Como funcionaria e como se atingiria a democracia participativa? Quais as mudanças necessárias para que fosse obtida?

Em primeiro lugar, uma mudança da consciência popular seria um dos requisitos básicos. Nas sociedades capitalistas o cidadão tem sua personalidade e seus hábitos voltados para o consumo. O consumo, neste caso, extrapola o âmbito meramente econômico do mercado de bens e serviços e passa a orientar a atuação política dos homens. Significativa, nesse sentido, é a frase mencionada por SCHUMPETER (1984 :356), atribuída a um grande político, para o qual "o que os empresários não compreendem é que, exatamente como eles negociam com petróleo, eu negocio com votos". Nessa visão, a atividade política equipara-se a qualquer outro tipo de negócio onde uns vendem e outros compram ou, então, uns produzem e outros consomem.

Eleitos e eleitores, votos e partidos, cargos e eleições não passam, nesse esquema, de meros “produtos” do “mercado” político.

Evidentemente, cidadãos condicionados a simples “consumidores” da política não podem ter nem interesse e muito menos condições de atuar como participantes. De consumidor o homem deve passar a executor do processo político. Como já salientou DALLARI (1983:37), “para que os indivíduos marginalizados conquistem a possibilidade de participar ativamente das decisões é indispensável que ocorra primeiro sua transformação interior. É preciso que dentro de cada um nasça a convicção de que é justo e possível participar. Depois virá automaticamente o desejo de participação, sobretudo para os mais injustiçados”. Ou ainda, nas palavras de OSMAN LINS, citado por DALLARI (1983:43), “não se pode conseguir qualquer mudança profunda na sociedade se não houver antes a mudança na consciência de cada um”.

A quem interessa o sistema político em que o cidadão seja mero consumidor da política? Só mesmo a “uma sociedade em que reine a desigualdade e antagonismos de consumidores e apropriadores”, como diz MACPHERSON (1978:102), “com suas elites políticas em competição e a apatia dos volantes”. Deste modo, ao primeiro requisito necessário à democracia participativa, ou seja, uma mudança na consciência popular, acrescenta-se uma segunda exigência: uma grande diminuição da atual desigualdade social e econômica. A desigualdade social exige um sistema político de não participação para manutenção da coesão social, o que, por sua vez, fornece pistas substanciais para a resposta à pergunta formulada por DALLARI (1978:84): desinteresse político, a quem interessa? Em primeiro lugar, é claro, interessa aos beneficiários do sistema baseado na desigualdade econômica. Em segundo lugar, a despolítica também interessa a todos os grupos autoritários que não acreditam nos processos democráticos.

Caso seja verdadeira a hipótese de que a democracia participativa exige essas duas mudanças na sociedade — mudança de mentalidade do homem e redução da desigualdade social — cairíamos naquilo que MACPHERSON (1978:103) qualificou de “círculo vicioso”. Isso porque é pouco provável que qualquer dos dois requisitos sejam satisfeitos sem uma participação democrática muito maior do que o simulacro de participação que vemos atualmente.

Entretanto, atingidos esses requisitos, ou seja, obtida a nova consciência popular e eliminada a desigualdade social, estariam dadas as condições para o funcionamento pleno da democracia participativa?

Poder-se-ia argumentar, num primeiro momento, que numa sociedade de 200 ou 400 milhões de habitantes, com o desenvolvimento da tecnologia, os problemas práticos da participação popular direta no processo decisório seriam facilmente resolvidos. Bastaria a instalação de um pequeno terminal de computador na cabeceira da cama de cada cidadão para que as consultas

e as respostas fossem rapidamente equacionadas. Entretanto, essa idéia, que não deixa de ser fascinante, não dá a devida atenção a uma exigência irrecusável de qualquer processo decisório: quem deve formular as questões? Parece inevitável admitir que o organismo governamental ou instituições representativas teriam que decidir sobre quais as questões que deveriam ser submetidas ao sufrágio popular por via eletrônica.

Por outro lado, surgiriam, também, as respostas inconsistentes. Por exemplo: as mesmas pessoas pediriam ao mesmo tempo uma redução do desemprego e uma redução da inflação; ou, ainda, um aumento dos serviços públicos com uma redução dos impostos.

Poderia se objetar que numa sociedade igualitária essas questões de distribuição de custos e vantagens não seriam relevantes na medida em que a escassez material se torna diminuta. Entretanto, surgiram outros problemas, senão relacionados com a distribuição, ligados à própria produção, estímulo ou não ao crescimento econômico e demográfico, fomento ou não de determinadas atividades culturais ou educacionais e assim por diante.

Questões como essas — diferentemente de questões do tipo ABORTO: SIM OU NÃO; DIVÓRCIO: SIM OU NÃO; ELEIÇÕES DIRETAS: SIM OU NÃO — não se prestam facilmente a formulação por iniciativa popular.

Talvez o problema mais importante não seja o do funcionamento da democracia participativa mas o de como chegar a ela.

Há, num primeiro momento, um círculo vicioso entre participação, igualdade e consciência do cidadão. A participação pressupõe igualdade e uma consciência participativa (de consumidor para participante). Mas, por sua vez, a igualdade e a mudança de consciência pressupõem participação. Como escapar disso?

Não devemos esperar que a igualdade se atinja plenamente para que, aí, passemos a falar em participação. Devemos, isto sim, procurar quais as mudanças já visíveis, seja ao nível da participação ou ao nível da igualdade e mudança de consciência.

Procuremos essas aberturas na situação menos favorável, ou seja, admitindo a hipótese de que a grande maioria das pessoas atue como maximizadora de lucros e infinita consumidora. Aí, o círculo vicioso poderia fluir naturalmente; o desenvolvimento econômico geraria apatia ou apoio. Mas, mesmo nesse caso, há brechas visíveis no sentido de se obter um nível maior de participação. Por exemplo: (a) o crescimento econômico gera problemas sérios para a qualidade de vida; no que diz respeito à poluição, às instalações nucleares e ao esgotamento de recursos naturais. Esses problemas despertam para a necessidade de maior participação na defesa de um determinado padrão de vida; (b) a apatia política também possibilita o crescimento do poder do capital sobre o trabalho, o que, como contra-resposta, impõe o surgimento de movimentos participatórios; (c) o

capitalismo, na medida em que funciona como reprodutor de desigualdade social, pode conduzir a um incremento de militância política e de participação sindical.

Esse conjunto de pontos vulneráveis abre boas perspectivas à participação real. Mesmo que, num primeiro momento, ela seja apenas formal, como ressalta DALLARI (1983 :94), “se nessa oportunidade houver um trabalho eficiente de conscientização e organização do povo, com exploração do povo, com exploração inteligente das fraquezas e das incompetências do grupo dominante, aquela abertura restrita poderá ser ampliada e o povo poderá conquistar a participação real”.

IV — *Representação e Participação*

Como a democracia representativa foi, até hoje, a fórmula clássica de manutenção das liberdades burguesas e a expressão típica do Estado de Direito liberal, não são poucos os que postulam sua radical superação por fórmulas de democracia participativa. Cabe verificar duas coisas: de um lado, se a democracia representativa é, efetivamente, algo “em si” viciado e quais as alternativas que se apresentam para sua superação; de outro lado, se democracia representativa e democracia participativa são, de fato, mecanismos excludentes ou, ao contrário, podem ser combinados e complementados reciprocamente.

Não se vê como, nas sociedades atuais, de grandes densidades populacionais e extremamente diferenciadas em sua estrutura social, é possível abrir mão da democracia representativa. Sem instrumentos como o voto livre, igual e decisório de todos para a escolha de legisladores e governantes não há democracia viável. A crítica de esquerda à noção de Estado de Direito, se bem que seja a única aceitável nos dias de hoje, incorre em simplificações grosseiras que não vêem esse tipo de coisas. Não basta acusar a democracia representativa e a idéia de Estado de Direito de insuficientes. Se a crítica procede no que diz respeito às dificuldades práticas de exercício das garantias democráticas em sociedades economicamente desiguais, ela é totalmente improcedente quando identifica de maneira inseparável a representação e o Estado de Direito com a burguesia. Há que se provar que as instituições representativas são inconvenientes para uma sociedade igualitária, e isso não tem sido feito. Se foi viável para LENIN desfazer-se da democracia representativa, não é mais possível, especialmente diante do que ocorreu após LENIN, abandoná-la.

Qual é, então, a alternativa para a democracia representativa? Esse é o problema. Não há, como destacou BOBBIO (1979 :46), um modelo alternativo. Talvez fascinados pela idéia do “fim do Estado”, os teóricos marxistas sempre estiveram muito mais preocupados com a crítica ao Estado representativo do que com a construção de um novo modelo de Estado.

Muitas vezes tem sido colocada, como alternativa à democracia representativa, a democracia participativa. Para a aferição da veracidade da polaridade representação-participação é necessário, preliminarmente, um exame

do que é a participação. Participação não pode ser entendida somente como o ato de votar em eleições. O voto é, com efeito, uma das maiores manifestações de participação política de massa, mas não é a única. A participação pode ser individual ou coletiva e exercida dentro ou fora de organizações. Pode ser eventual ou organizada. Pode ter por objeto a organização de entidades, a conscientização dos membros de uma coletividade ou a ação propriamente dita, ou seja, a mobilização organizada das pessoas conscientizadas. Exercer uma função pública, tomar parte de uma reunião, associar-se a uma entidade sindical ou comunitária são outras formas de participação política.

Enfim, a vida social, dada a natureza conflituosa da convivência humana, exige inúmeras formas de atuação do homem no sentido de diminuir e conciliar as divergências sociais. Esses conflitos nos levam, como assinala DALLARI (1983 :16), a “encontrar uma forma de organização social que torne menos graves os conflitos e que solucione as divergências, de modo que fique assegurado o respeito à individualidade de cada um”. Assim, onde existe conflito existe mais de um caminho a ser escolhido. E para que uma decisão seja tomada é necessária a existência de um sistema democrático que permita a liberdade de manifestação de todas as correntes em conflito e o respeito à vontade da maioria. Nesse contexto, a participação passa a ser não só um direito fundamental mas também um dever do cidadão. Nas palavras de DALLARI (1983 :38), “o direito e o dever de participação política são duas faces da mesma realidade: a natureza associativa do ser humano”. Isso porque a caracterização da maioria pressupõe uma identificação inequívoca dos seus membros, o que só pode ser feito através dos canais normais de participação.

Analisada nestes termos, a participação poderia ser incompatível e disfuncional para os interesses do capital, mas nunca incompatível com a democracia representativa. Adensar os canais de participação significa, ao mesmo tempo, criar maiores vínculos entre representantes e representados, ou seja, aperfeiçoar os elos da representação. A democracia representativa não pode ser identificada, isso sim, seria inconciliável com a democracia participativa, com o monopólio da representação atribuído ao sistema partidário e eleitoral. A complexidade do Estado intervencionista e planejador tornou obsoleto esse monopólio. A diversificação da ação política, entretanto, não implica na eliminação dos canais tradicionais de representação parlamentar e de participação eleitoral. Há que se desenvolver, paralelamente ao sistema partidário-eleitoral, novas e maiores formas de representação e de participação. Evidentemente que esse desenvolvimento, sendo trabalho inovador, prospectivo e inédito, não tem suas linhas mestras claramente definidas. O mesmo ocorre com o modelo da democracia participativa. Porém, o adensamento dos elos da representação poderia partir dos seguintes pontos: (a) um revigoramento dos órgãos partidários extraparlamentares e um aumento no número de militantes partidários; (b) uma profunda descentralização do Estado; (c) a abertura de canais de participação e controle do aparelho estatal. Concluindo: participação e representação, longe de serem contradi-

tórias, fazem parte de um processo combinado de construção de uma ordem social mais justa, democrática e igualitária.

V — Partidos, Maiorias e Participação

O modelo de democracia representativa herdado do liberalismo, apesar de ser extremamente formalista, vem merecendo cada vez mais a atenção dos teóricos de esquerda. CERRONI (1979 :61) e SANTOS (1980 :247), por exemplo, falam na “utilização não burguesa da legalidade burguesa” e no direito como “instrumento essencial de tutela do indivíduo perante o Estado e seu aparato e, além do mais, um meio para assegurar que a participação de todos na vida política seja formalmente garantida”.

Inobstante a isso, existem aspectos da democracia representativa que, pelas deficiências que apresentam nas sociedades complexas, merecem ser criticados e avaliados. Mesmo porque esses aspectos negativos, quando aguçados, abrem espaços institucionais para novos mecanismos de superação de conflitos, especialmente aqueles que combinam representação e participação. Entre esses aspectos negativos destacam-se dois: o sistema de democracia partidária competitiva e os procedimentos decisórios por regra de maioria.

O sistema de democracia partidária competitiva, numa sociedade de massas, impõe algumas características organizacionais que pervertem e desnaturam o partido político como canal institucional apto a representar os interesses da sociedade civil. Para que um partido político participe com possibilidades mínimas de êxito no “mercado eleitoral”, são necessárias algumas condições que colaboram para essa perversão institucional do sistema partidário. Entre esses pré-requisitos destacam-se três: desradicalização ideológica do partido, organização burocrática e dissolução do sentido de identidade coletiva entre os militantes.

A primeira condição — desradicalização ideológica — está vinculada à necessidade de o partido político atender aos setores mais diferenciados da sociedade. Isso força uma certa homogeneização ideológica dos programas partidários, capaz de evitar antagonismos que afastem qualquer segmento do eleitorado da “clientela” do partido. Em outras palavras: o discurso partidário é pasteurizado de forma a ser facilmente assimilado por diferentes classes sociais.

A segunda exigência — organização burocrática — prende-se às características numéricas dos colégios eleitorais (entendidos, aqui, como os conjuntos de eleitores) e à extensão territorial de atuação dos partidos nacionais. A organização burocratizada da estrutura partidária, estabelecida em termos de hierarquia, racionalidade e impessoalidade da organização, provoca uma desativação significativa das bases militantes.

O terceiro requisito a ser preenchido por um partido político decidido a tomar parte do processo de competição pelo poder — dissolução do sen-

tido de identidade coletiva — é fruto da heterogeneidade estrutural e cultural dos filiados.

Esses três fatores reforçam, de um lado, uma estrutura partidária fortemente autoritária e deixam nítidos os limites e a inutilidade de uma participação política que confere o monopólio da representação ao sistema partidário burocratizado e oligarquizado pela conhecida “lei de ferro” de MICHELS. Mas, de outro lado, entreabrem a necessidade da participação popular por outras formas. Surgem, deste modo, uma infinidade de movimentos sociais dotados de autonomia em relação ao Estado, que compreendem, por exemplo, os movimentos ecológicos, pelos direitos humanos, pacifistas, étnicos e urbanos.

O outro aspecto negativo que se pode constatar na democracia representativa, além das apontadas deficiências do sistema partidário, são os procedimentos decisórios por regra de maioria. É claro que em toda democracia, como postulado de base, deve prevalecer a vontade da maioria. Porém, as propaladas racionalidades formais que configuram os procedimentos de decisão política por maioria são esvaziadas e desacreditadas pela própria práxis política do aparato estatal.

OFFE (1981:81) indica várias condições que limitam a validade da regra de maioria. Sem se preocupar com o problema do ponto de vista da teoria do Direito ou da Constituição, OFFE desenvolve sua análise, a partir de um prisma político-social, para constatar fatores que negam autoridade política legitimante às maiorias eleitorais e parlamentares. Entre esses fatores destacam-se: (a) as decisões de maioria valem para o âmbito público ou político, não interferindo no campo privado (ora, como fazer uma distinção nítida entre público e privado num estado crescentemente intervencionista?); (b) a regra de maioria só pode ser utilizada no quadro das instituições juridicamente definidas (op. cit., p. 84), mediadas por aparatos partidários pouco abertos às novas correntes ideológicas (op. cit., p. 84); (c) as regras de maioria devem ser aplicadas a questões corrigíveis e reversíveis, futuramente, pelo menos em tese, pela minoria (contudo, questões como as das usinas nucleares ou do ciclo de plutônio condicionam a vida de futuras gerações por milhares de anos (op. cit., p. 87), o que torna discutível o direito da maioria circunstancial); (d) a extensão geográfica e social de validade das decisões majoritárias também são problemáticas (na escolha do local para a construção de um aeroporto supersônico quem deve votar: os moradores da região ou o conjunto de futuros passageiros? Deve prevalecer o interesse local, nacional ou internacional?); e, por fim, OFFE (op. cit., p. 94) destaca que nas sociedades avançadas não são só as maioria que decidem. Algumas decisões da maioria, para serem implementadas, dependem da ação de terceiros (proprietários do capital, funcionários da burocracia privada e estatal etc.) que nem sempre estão dispostos a cumpri-las. Nesses casos, como ressalta OFFE (op. cit., p. 94), o princípio da maioria carece de força obrigatória, visto que é apli-

cado de forma lacunosa, ou seja, “não se aplica a todos os objetos de decisão relacionados ao bem público”.

Ora, todas essas objeções de ordem sociológica ao princípio da maioria impõem que sejam repensados os critérios jurídicos que definem suas regras. Como definir a maioria numa sociedade estimulada a não participar? Ficam claros, aqui também, os pontos de convergência que devem ser estabelecidos entre os procedimentos decisórios por regra de maioria e a criação de efetivos canais de participação no governo e na oposição.

VI — Conclusão

Tudo o que foi visto nos leva a uma conclusão: a necessidade de ampliação do direito de participação no governo e na oposição. Ampliar esse direito não significa, por sua vez, contrapô-lo ao direito de representação. A participação deve ser encarada não como um substitutivo da representação, mas sim como um corretivo de um mecanismo de equacionamento de conflitos sociais já inadaptado às exigências igualitárias dos amplos setores sociais que conquistaram cidadania política no século XX.

Nesse contexto, também ficam nítidos os limites de uma abordagem essencialmente normativista do direito de participação. Entretanto, é necessário frisar que, de um lado, é inafastável a necessidade de um mínimo de formalização e positivação do direito que garantam, ainda que apenas ao nível normativo, uma igualdade básica de participação e, de outro, a irredutibilidade do Direito à norma.

O direito de participação está inserido no conjunto de postulados jurídico-políticos capazes de institucionalizar um autêntico controle popular do poder. Nas palavras de DALLARI (1983 :96): “o homem consciente luta pela participação política e trabalha para despertar novas consciências, pois o aumento do número de participantes será a grande força, capaz de eliminar as injustiças e restaurar a dignidade humana. . . (o que) apressará a construção de nova sociedade, na qual as decisões políticas serão de todos”. Que assim seja!

Bibliografia

- BOBBIO, Norberto. *Quals as alternativas para a democracia representativa*, in *O marxismo e o Estado*, Rio, Graal, 1979.
- CERRONI, Umberto. *Existe uma ciência política marxista?*, in *O marxismo e o Estado*, Rio, Graal, 1979.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *O que é Participação Política*, São Paulo, Brasiliense, 1983.
- MACPHERSON, C. B. *A Democracia Liberal*, Rio, Zahar, 1978, cap. V.
- MARSHALL, T. H. *Cidadania, Classe Social e Status*, Rio, Zahar, 1967, cap. 3.
- OFFE, Claus. *Ligittimazione politica mediante decisione a maggioranza?* in *Democrazia, Maggioranza e Minoranze*, Bologna, Il mulino, 1981.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *Justiça popular, dualidad de poderes y estrategia socialista*, in *Revista de Sociologia*, v. 13, 1980.
- SCHUMPETER, J. A. *Capitalismo, Socialismo e Democracia*, Rio, Zahar, 1984.

Direito e práxis social

JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES
Professor Assistente da Faculdade de
Direito da USP

I. Os Termos

Práxis tornou-se um conceito chave para a compreensão do mundo. É a categoria fundante de todo o conhecimento filosófico das ciências humanas. E é assim porque vivemos hoje sob o signo da historicidade. Temos consciência da história na qual nos inserimos, apesar de todas as formas de inconsciência sob as quais também vivemos. É práxis está intimamente ligada à idéia de história.

Para um exame um pouco mais acurado da práxis vamos nos socorrer de alguns autores, sem retornar propriamente aos clássicos da filosofia da história. Refiro-me em primeiro lugar à obra de *ADOLFO SANCHEZ VASQUEZ* (1). Com ele, seguindo seu raciocínio, podemos esclarecer pontos essenciais. No decorrer da exposição serão feitas referências a outros autores.

Em primeiro lugar ele destaca a distinção entre práxis e ação utilitária (que etimologicamente em grego era designada pelo verbo *poiéio*). A atitude cotidiana natural vê a ação humana sob a espécie da utilidade: o objeto tem uma utilidade em si, desligada do seu processo de fabricação e do sujeito que o produz. Atividades ou ações humanas fora deste círculo utilitário são incompreensíveis: assim a arte, a política, a luta por justiça, a revolução. Os resultados imediatos de tais ações não são utilitários, não criam benefícios, às vezes até criam direta e imediatamente males, prejuízos.

A par disso, no mundo ocidental, com alguma tradição escravista, existe uma desqualificação do trabalho de transformação do mundo material. Valoriza-se no helenismo a atitude e a atividade do homem livre, teórica, contemplativa e na modernidade ocorre o mesmo. Seria o caso de se perguntar se a moral capitalista, conforme analisada por WEBER, (2) não constitui uma reviravolta. Talvez parcialmente; é preciso ver que a valorização do trabalho nas sociedades capitalistas é sempre valorização do trabalho de organização, isto é, o trabalho burguês. O trabalho do operário e do camponês só pode ser valorizado se for idealizado, isto é, depurado dos seus elementos concretos, que são a repetitividade, a exaustão etc.

Outra idéia fundamental para a filosofia da práxis é a de transformação. Talvez ela seja propriamente o núcleo do conceito. A transformação só pode se colocar no fio da navalha entre as determinações exteriores, por

(1) ADOLFO SANCHEZ VASQUEZ. *Filosofia de la Praxis*. 1ª ed. México: Grijalbo, 1967 (384 pp.).

(2) Cf. MAX WEBER. *A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo*. (Trad. M. J. Szmrecsanyi e T. Szmrecsanyi), Brasília/São Paulo: Ed. UnB/Pioneira, 1981.

assim dizer, da ação humana, e a subjetividade desta ação. Neste ponto é conveniente esclarecer que a descoberta desta subjetividade também se faz com a modernidade de forma nova: a explosão das técnicas novas a partir do Renascimento vai impulsionando esta idéia fundamental de transformação humana do mundo. Ela poderá cair justamente no idealismo, isto é, na subordinação às idéias como o absoluto exterior ao homem, hipostasiadas em algo que se impõe também como determinismo ideal e não material. A práxis está vinculada a esta linha divisória muito sutil e escorregadia entre materialismo mecanicista e determinismo idealista.

Levando a sério estas duas balizas, SANCHEZ VASQUEZ chega a uma expressão que vale a pena citar literalmente: "A atividade propriamente humana só ocorre quando os atos dirigidos a um objeto para transformá-lo se iniciam com um resultado ideal, ou fim, e terminam com um resultado ou produto efetivos, reais. Neste caso, os atos não apenas se acham determinados causalmente por um estado anterior que efetivamente se deu — determinação do passado pelo presente —, senão por algo que não tem uma existência efetiva, ainda que, sem dúvida, determina e regula os diferentes atos antes de desembocar num resultado real; ou seja, a determinação não vem do passado mas do futuro⁽³⁾. Conclui ele que o resultado da ação humana existe duas vezes: como resultado ideal e como resultado e produto real.

Estas considerações são importantíssimas: na ação humana o passado pesa sobre a sua efetividade, mas também pesa o futuro. A imaginação, o fim, o projeto, a fantasia, tudo isto expressa a consciência da ação humana como ação transformadora. Existe uma intencionalidade da ação. Intencionalidade condicionada, é certo, mas de certa forma aberta também. Ao lado disso a ação humana, a práxis, é irrepetível em si. Está sempre referida à sua experiência. Nesta tensão entre passado e futuro está o homem concreto, determinado a um tempo pelas suas condições materiais e históricas gerais, de classe, de indivíduo, as quais de algum modo ele conhece — o que o faz *homo sapiens* —, mas também sujeito a uma tarefa que em parte lhe vem de sua inserção material na história e em parte é construída e o torna mais do que um sujeito cognoscente, contemplativo, um sujeito atuante, um *homo practicus*.

Esta tarefa, este projeto que dá forma ao futuro constitui os fins dos homens. Não é pensável a história sem que se pensem os fins da ação humana. Mas de onde vêm estes fins? Na verdade eles procedem de uma conjugação da resistência exterior ao sujeito e da ação do sujeito sobre tais resistências exteriores. Eles não procedem apenas da imaginação, porque derivam do imaginável/pensável que leva em conta o existente. Neste sentido os fins são ao mesmo tempo confirmação e negação da realidade presente. Não é atoa que muitas vezes se fale em sonho, em ideais a atingir (os "Wunschbilder" sobre os quais longamente reflete ERNST BLOCH) e em utopias. Há um perigo no discurso do ideal e da utopia: pode levar à não consideração da realidade

(3) SANCHEZ VASQUEZ. Op. cit., p. 154.

existente, à fuga, à alienação, ao voluntarismo, à crença no poder mágico das palavras, como se bastasse dizer um sonho para que ele se realizasse. No entanto, a práxis, apesar de tais perigos, não é pensável e compreensível sem os fins. Só que estes fins não são fantasias loucas: por serem fins da ação humana partem do real e do seu conhecimento (com todas as complicações que se possa imaginar na teoria e na filosofia do conhecimento) do presente, ao qual se opõem. De modo que os fins constituidores da ação humana pressupõem o conhecimento da realidade: em poucas palavras, a idéia de *sujeito atuante* implica a de *sujeito cognoscente*, e vice-versa. Os fins medeiam conhecimento e ação: o real somente se desvenda para o sujeito cognoscente se este se aproxima dele com uma intenção, um fim. De outro modo, o sujeito não se interrogaria sobre as coisas, sua existência, suas características etc. Por outro lado, sem finalidades não seria preciso agir, bastaria responder a reflexos autônomos com relação à consciência. Estaríamos aí sem o problema do sujeito atuante e diante do ser simples, daquela natureza, ilustrada no belo verso de FERNANDO PESSOA, que "não tem dentro, senão não era a natureza". Conhece-se para agir e porque já se agiu é preciso conhecer outra vez.

Se os fins medeiam conhecimento e ação, os fins não são exteriores aos homens. E sendo a ação dos homens uma ação social, os fins também o são. Todavia os fins não bastam. A ação para ser efetiva tem que ser exterior, não se esgota na intencionalidade. Logo, são necessários os instrumentos, os meios da ação, meios e instrumentos de transformação, conduzindo ao resultado real e efetivo. Por aqui já se vê como não existem instrumentos desvinculados de fins, ou seja, como meios e fins estão em relação de mútua dependência, visto serem duas condições da ação humana. Os fins determinam a escolha dos instrumentos, mas a relativa imprevisibilidade dos resultados coloca sempre em questão os meios empregados, quanto à sua eficácia, adequação ao fim proposto. Do mesmo modo o fim é medido pelo seu resultado e tem como medida outros fins que o superam, até que se chegue a um fim fundante, o qual é, sem qualquer dúvida, a vida material dos homens, pelo muito simples fato de que sem homens vivos não há ação. O limite e o critério último da ação humana é, pois, a vida, para além da qual nada é factível e nem pensável.

Tudo o que foi dito pode causar a errônea impressão de que a ação dos homens é a ação somada de indivíduos. Já não é possível fazer tal afirmação hoje em dia. Depois do avanço de uma teoria social, propriamente teoria da ação social, já se sabe que a ação dos homens é ação-relação. Não existem ações puramente individuais. A língua que falamos, os gestos que fazemos, o gosto por isto não por aquilo não são frutos de caprichos individuais apenas, mas nos vêm chegando desde incontáveis gerações. MARX mesmo já alertava nos seus escritos de juventude que o homem, no seu momento mais íntimo — a relação entre o homem e mulher —, é um ser social. A própria individualidade, já se sabe hoje com o auxílio da psicologia, é constituída por uma rede de relações nas quais se insere cada ser humano. A práxis social não é, pois, soma de ações individuais, mas é atividade

de social de grupos buscando a transformação. O Estado, a burocracia, as grandes unidades de produção empresarial são exemplos de enormes instrumentos de ação social. O capital mesmo não é uma coisa ou um conjunto de capitalistas: é uma lógica da ação social e da produção material da vida. É claro, quando falamos do capital, do Estado, das empresas e da burocracia, destaca-se uma profunda divisão de tarefas de tal forma que a prática predominante pode ser apenas repetitiva: as grandes organizações funcionam na medida em que os operários/funcionários sejam o mais possível parecidos com máquinas, sejam um prolongamento delas. Já não são os instrumentos que prolongam as mãos dos homens, mas os homens passam a ser prolongamentos das máquinas. A promessa do capitalismo de diminuir a fadiga e a alienação por meio do progresso tecnológico, científico etc. não foi cumprida para a imensa maioria dos homens. Eles foram *reificados* e o mundo foi outra vez *fetichizado* (4). O único trabalho criativo, que implica tomada de decisão, portanto colocação de fins e sua avaliação, está cada vez mais concentrado na burguesia gerencial. Para o resto da humanidade não sobrou senão a prática repetitiva. O mundo está *coisificado* na força de trabalho como mercadoria: os homens se constituem pelo seu trabalho, não pelo seu simples pensamento, como quer uma certa antropologia dualista e idealista. No trabalho estão implicados conhecimento, ação, imaginação. O mundo é *fetichizado* porque aquilo que é produto da ação humana na história aparece como se fosse algo dispondo de dinâmica independente, sobrenatural. Mas, enfim, dentro destas relações coisificadas e fetichizadas pode-se ainda perceber a ação social. Quando a ação social não é consciente — quer do seu passado e das condições dadas de seu surgimento, quer do seu futuro e dos fins aos quais se propõe ou pode se propor —, ela não existe como práxis propriamente, ela é quase que apenas reflexo, sujeição, repetição.

Mais dois pontos a destacar a partir disso: a práxis não se confunde com a reflexão ou teoria da ação humana e, no entanto, ela exige uma reflexão. A falta da reflexão crítica sobre o agir humano reforça uma reprodução do real: é o erro da velha idéia de que a prática se basta a si mesma. Isto é a opinião do senso comum elevada à categoria de explicação última do mundo. De outro lado, para que a ação transformadora exista é necessário ter clareza quanto à causalidade e à finalidade, clareza esta sumariada por SANCHEZ VASQUEZ em quatro requisitos mínimos: 1) conhecer o objeto a transformar (que podemos chamar *momento teórico-crítico*); 2) conhecer os meios técnicos (*momento tecnológico*); 3) conhecer a prática já acumulada (*momento da historicidade*) e finalmente 4) antecipação ideal (*momento utópico/transcendente*) (5).

Mesmo assim, respeitadas estes passos constitutivos da unidade teoria/práxis, os resultados são indeterminados. Diz-nos SANCHEZ VASQUEZ

(4) Cf. GEORG LUKACS. "A Retificação e a Consciência do Proletariado" in *História e Consciência de Classe*. (Trad. Telma Costa Porto): Publicações Escorpiano, 1974, pp. 113 e ss.

(5) SANCHEZ VASQUEZ. Op. cit., p. 197. Em resumo, trata-se da questão finalidade x causalidade.

que muitas vezes isto se deve à inadequação de meios e fins, o que se vai superando na história até o ponto de se chegar à adequação ótima, quase que a um conhecimento absoluto. Só que aí estaríamos diante da possibilidade de cair na reiteração pura e simples: é o caso da ação política transformada em burocracia, é o trabalho repetitivo, é o academismo nas artes. No fundo seria imaginar o não-futuro, porque o saber acumulado já nos desvendou tudo o que houve e o que haverá. Por causa deste limite é interessante trazer aqui um outro ponto de vista: a indeterminação dos resultados está, é certo, ligada a um conhecimento insuficiente de certas condições e causas, a uma certa inadequação dos meios etc., mas também está ligada à "lucidez relativa da práxis", para usar a expressão de CORNELIUS CASTORIADIS (6). Esta lucidez relativa impede a garantia do resultado não porque falte algo, ou porque se trate de um mal menor, porém simplesmente porque se trata do novo, e não da simples reprodução de algo já conhecido ou previamente conhecível. Esta afirmação é muito importante, para não cairmos no engano, a meu ver derivado de um certo positivismo científico tornado ideologia do progresso e da evolução, de acreditar na "marcha inexorável da história" e das coisas em geral. Na feliz expressão de CASTORIADIS, se tudo que é novo e futuro for conhecível, então não haverá mais espaço para o fazer (factível), mas apenas para o dizer (7). De modo que é preciso conhecer e controlar algumas condições — no caso da ação política condições estruturais da sociedade —, mas este conhecimento não garante o resultado.

Por fim vale a pena lembrar outra afirmação de CASTORIADIS, (8) muito pertinente, a meu ver, quando vamos abordar o direito e a práxis política. O projeto ou fim ideal capaz de moldar e orientar a práxis não se demonstra como um teorema. Justamente porque ele não é inelutável, ou seja, ele é apenas construível. Não se pode dizer que inevitavelmente se caminha para este ou aquele projeto/resultado. Mesmo que se possa demonstrar um rumo, uma tendência dos acontecimentos e da história, não existe a necessidade de se aderir pessoalmente a tal tendência ou a seu possível resultado, ou ainda ao projeto que a orienta. CAMUS, aliás, já alertava para isto, quando, de maneira um pouco chocante, dizia que o desejo de permanecer vivo é mais fundamental do que a indagação sobre o número de categorias do espírito (9). Bem, esta dicotomia entre *affectio* e *scientia* é um tema clássico na filosofia ocidental e não há respostas definitivas, em-

(6) CORNELIUS CASTORIADIS. *A Instituição Imaginária da Sociedade*. (Trad. Guy Reynaud), 2ª ed. Rio: Paz e Terra, 1988, p. 97.

(7) Idem, op. cit., p. 99.

(8) Idem, op. cit., p. 116.

(9) Só há um problema filosófico verdadeiramente sério: é o suicídio. Julgar se a vida merece ou não ser vivida é responder a uma questão fundamental da filosofia. O resto, se o mundo tem três dimensões, se o espírito tem nove ou doze categorias, vem depois. São apenas jogos; primeiro é preciso responder. (...) Nunca vi ninguém morrer pelo argumento ontológico. GALILEU, que possuía uma verdade científica importante, dela abjurou com a maior das facilidades deste mundo, logo que tal verdade pôs a sua vida em perigo. (ALBERT CAMUS. *O Mito de Sísifo*. Lisboa: Ed. Livros do Brasil, sdp., p. 13.

bora se possa dizer que existem respostas mais convincentes do que um simples corte analítico entre querer e saber. Este não é o momento de aprofundar o tema: basta-nos ter consciência de que os fins não se colocam por mera demonstração. Se assim fosse, a ação política não seria necessária, bastaria o discurso e teríamos o convencimento dos outros. Ora, existem muitas razões, até de ordem individual inconsciente, impedindo a adesão a fins determinados, daí o problema fundamental de coordenar a ação social livre e humanizadora. Pela via da coerção e da ameaça eu posso conseguir ações, mas não consigo cooperação, adesão etc. Isto numa sociedade como a nossa, em que aparentemente cada indivíduo é livre; na verdade sabemos de quantas limitações e necessidades somos feitos. Já nas sociedades em que o indivíduo não dispõe da mesma autonomia, a adesão aos fins coletivos dá-se de outra forma. Isto também é um tema central da sociologia geral e da antropologia cultural, impossível de ser analisado aqui. Levá-lo em conta, porém, vai ser essencial para termos uma idéia menos estreita da função do direito.

Antes de abordar diretamente o fenômeno jurídico seria importante mencionar ainda duas idéias sugeridas por FRANZ HINKELAMMERT⁽¹⁰⁾. Trata-se da díade possível-impossível. Ele nos alerta para o seguinte: não existe o impossível sem o sujeito humano. As leis das ciências empíricas, cuja característica é descrever a realidade, só podem ser compreendidas como limites da ação humana. Quando se diz: isto é impossível, ou não acontece etc., o que se diz de fato é que o cientista, o pesquisador, o técnico, não podem fazer outra coisa senão isto ou aquilo. E esta outra coisa que se desejaria fazer, ou com a qual se compara o existente, só existe no sujeito da investigação. Para um aprofundamento maior só mesmo fazendo uma leitura especial da obra citada. No campo do direito esta sua colocação tem uma importância extraordinária: já se percebe que o possível e o impossível são nitidamente limites dentro de determinadas regras ou sistemas de regras, cuja existência, por sua vez, tem a possibilidade referida à história. A impossibilidade jurídica está ligada aos fins e projetos colocados dentro da ordem jurídica, da sua racionalidade, de seu sentido. Além, é claro, de todas as circunstâncias consideradas externas ao sistema jurídico visto como conjunto de normas⁽¹¹⁾.

II. O Direito

Existe uma pergunta clássica: o que é o direito? Bem, a pergunta tem a sua impoção essencialista, metafísica, ontológica. Interessam-nos as espécies de respostas que já lhe foram dadas. Elas podem ser dadas em pelo menos três níveis, ou pelo menos vêm sendo dadas por aí. Em primeiro lugar é dada ao nível da teoria geral do direito. Neste nível ela é

(10) FRANZ HINKELAMMERT. *Crítica à Razão Utópica*. São Paulo: Paulinas, 1985, esp. o capítulo 8.

(11) A formalização mais completa e a separação mais nítida entre sistema normativo e realidade ainda é a da *Teoria Pura do Direito*, de HANS KELSEN.

sempre normativista, ou seja, privilegia a norma como fenômeno jurídico característico. A teoria geral do direito partindo daí não pode escapar de formular uma dogmática geral, visto que não se dispõe a avançar para além das normas. No entanto, dentro da teoria geral, as abordagens podem ser diversas: há uma teoria geral pura, cujo autor paradigmático é KELSEN, há uma teoria geral realista, cujos paradigmas podem ser ROSS ou HOLMES, há uma teoria geral analítica, cujo paradigma é HART, há também uma teoria geral pragmática, cujo paradigma entre nós é TERCIO S. FERRAZ JR., há uma teoria geral crítica ou da semiologia do poder com WARAT etc. Cada uma destas teorias, e muitas outras, tem por trás de si uma certa filosofia, seja ela uma antologia, uma ética, uma antropologia, uma gnoseologia.

Ao lado da resposta normativista da teoria geral do direito encontram-se respostas de cunho antropológico e sociológico. Também aqui as variantes são muitas, filiando-se a tradições já clássicas, como a de EHR- LICH, DURKHEIM, WEBER, FRIEDMAN, RENNER. Conforme o caso elas podem estar mais próximas ou mais distantes da teoria geral do direito. Em geral os culturalistas estão mais próximos do normativismo jurídico porque assumem uma série de construções da dogmática como conceitos heurísticos importantes para si. Um certo idealismo também aproxima normativistas e culturalistas. Os materialistas estão mais distantes, na medida em que põe em questão a capacidade explicativa das categorias jurídicas. O que as visões sociológicas têm em comum, apesar das diferenças enormes entre as diversas abordagens, é a pretensão de observar as normas de fora, isto é, sem submeter-se a elas e às regras internas da produção do discurso jurídico para compreendê-las na sua gênese e nos seus efeitos. Pode pesar muito — e realmente pesa — a intuição fundamental de tomar direito como fato, na tradição de DURKHEIM. Na verdade, a tradição weberiana tem se mostrado mais formidável e fecunda ao introduzir a interação (ação intencional relacional) como ponto de partida. Esta abordagem é de enorme riqueza para a sociologia do direito. De qualquer maneira, a abordagem sociológica do direito revela — em qualquer uma de suas matrizes teóricas — coisas ocultas do ponto de vista da dogmática (12).

Quando se ultrapassa a indagação dogmática por meio da sociologia, já se está lançando a ponte em direção à filosofia do direito. A resposta filosófica à pergunta "o que é o direito?" pretende ser a mais abrangente e a mais ampla. Vão colocar-se problemas clássicos, como o da relação entre direito e justiça. Hoje, por várias razões, a entrada na filosofia do direito é particularmente facilitada pela sociologia jurídica geral. Não se trata aqui de nada parecido com a idéia de COMTE da sociologia como ciência geral substituindo a filosofia. Trata-se de ver como as perguntas

(12) Para um sumário da história do período clássico e heróico da sociologia jurídica cf. CLAUDIO SOUTO, *Introdução ao Direito como Ciência Social*. Brasília/Rio: UnB/Tempo Brasileiro, 1971.

e problemas da sociologia jurídica nem sempre têm respostas dentro da mesma sociologia. Aliás isto não é só no direito que acontece. Um pouco todas as ciências se vêm questionadas a partir da sociologia do conhecimento, cuja contribuição maior tem sido provocar as críticas da epistemologia como um todo.

Existe outra questão a esclarecer. Além de podermos abordar o direito sob três ângulos (dogmático, sociológico/antropológico e filosófico), podemos ainda distinguir vários usos da expressão direito: 1) como ordenamento ou conjunto de normas; 2) como saber a respeito deste ordenamento (dogmático, filosófico); 3) como fenômeno de organização social. Por aí já se vê como a linguagem nos confunde, visto que estes três usos estão respectivamente ligados às três abordagens referidas acima. Ora, se eu percebo o direito como conjunto de normas, ele não passará de palavras: poderei então submetê-lo a uma análise lógica e a conexão entre direito e práxis será vista como uma conexão exterior. Se, ao contrário, eu o percebo como forma de ação social, então a conexão ficará evidente e terá um caráter interno, constitutivo do direito. Na verdade o direito é uma ação social qualificada, porque incorpora o fato da resistência já na sua origem, resistência à ação humana não da parte da natureza, dos objetos, mas da parte dos próprios homens. Ele tem um caráter agonístico ou de luta inerente. Este caráter agonístico/lúdico é destacado na "ontologia dialética do direito" aventada por ROBERTO LYRA FILHO nas suas últimas obras⁽¹³⁾. Encarar o direito como luta permite abordar de uma só vez vários de seus aspectos normalmente analisados de forma separada. Só assim a dogmática jurídica assume suas reais proporções dentro da especulação teórica, ocupando o lugar de uma técnica/arte instrumental, com certa ambigüidade na sua relação quer com os fins da ação, quer com o conhecimento de suas condições.

Pensar o direito sob o signo da práxis tornou-se possível na medida em que o positivismo jurídico cumpriu a tarefa de dessacralizá-lo e de reconhecer e reforçar a sua disponibilidade temporal histórica, além de desmistificar de forma definitiva o jusnaturalismo tradicional, um pouco ingênuo, um pouco racionalista e um pouco fingido nos últimos tempos. A partir disto podemos pensar também que a práxis jurídica desemboca em duas vertentes: a *modernizadora* e a alternativa ou *transformadora*. A primeira, livre da ética como limite exterior do direito, tem como característica a busca da eficácia do discurso normativo da autoridade, além de reforçar — por seu caráter eminentemente técnico de adequação meios/fins — a reprodução das condições existentes de ampliação do capital. Uma práxis alternativa está assentada na busca do novo, do diverso, e com muitas ambigüidades está de alguma forma interessada no processo de ascensão das "classes populares", ou pelo menos naqueles setores sociais

(13) ROBERTO LYRA FILHO. *O que é Direito*. S. Paulo, Brasiliense; Desordem e Processo Pós-fácio. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, ed. 1986.

excluídos dos benefícios materiais/sociais gerados pelo desenvolvimento econômico e pelo progresso. Esta prática alternativa dá um passo à frente da dessacralização positivista, na medida em que nega uma certa forma de direito.

Sendo práticas diversas, ensejam reflexões teóricas diversas. A prática modernizadora é no fundo sustentada por uma teoria ou talvez uma ideologia tradicional. Ao continuar aplicando métodos tradicionais, já está determinando previamente um resultado incapaz do novo. Talvez seja capaz da "novidade", conforme uma distinção esboçada por BLOCH (14). O capitalismo vive da novidade, da obsolescência programada, mas não elabora um *novum* ou *ultimum* no sentido da história e da ação humana, ou seja, não elabora um horizonte novo. Esta espécie de teoria modernizadora, que poderia ser chamada mais apropriadamente tradicional-modernizada, tem uma característica primeira: está apoiada em umas tantas categorias vistas como antropológicas mais do que históricas. Algumas destas categorias são: lei, sanção/repressão, contrato, propriedade, pessoa, vontade, culpa etc. Elas são tomadas do ponto de vista da sua abstração, da sua imutabilidade e não podem ser compreendidas plenamente, sendo que delas se faz um uso reiterativo. Um grande esforço precisa ser feito para mostrar a sua historicidade, que não é a simples cronologia das idéias ou das formulações verbais de tais idéias, como parece ter sido o ponto de partida de KARL RENNER. (15) O trabalho é de história mesmo, quase que de arqueologia (sem querer citar indevidamente FOUCAULT).

Outra característica desta teoria modernizadora do direito está na pressuposição do mercado como dado natural. O mercado é, sem dúvida, real, mas não é natural: é instituído e procede de relações construídas (com ou sem consciência, não vem ao caso aqui) historicamente. Ao assumir o mercado como realidade estrutural última, a racionalidade desta modernização não pode deixar de ser formal. O mercado aparece como uma força supra-humana e supra-histórica. Torna-se necessidade inelutável. Ora, de fato há leis da necessidade que brotam da *instituição* do mercado, mas estatal como a conhecemos hoje — está longe de ser uma natureza em si.

Finalmente esta prática e esta teoria modernizadoras não são capazes de rearticular o papel de intelectuais e não-intelectuais pelo simples fato de que está inserida no próprio cerne da administração da sociedade. Ao proceder sobretudo analiticamente, elas não dão o passo seguinte do saber e do agir, que é reorganizar a totalidade. Desta forma se vai perpetuando a abstração do discurso dos juristas, assim como o seu isolamento social, sua relação paternalista com os não-iniciados. Trata-se da reprodução —

(14) ERNST BLOCH. *Das Prinzip Hoffnung*. Frankfurt: Suhrkamp Verlag, 1968, p. 231.

(15) KARL RENNER. *The Institutions of Private Law and Their Social Function*. Londres: Routledge & Kegan Paul, 1949.

dentro da profissão jurídica — da especialização imposta pelo desenvolvimento do mercado.

Quando se está diante de uma teoria do direito de cunho modernizador, há o risco de confundi-la com algo de inovador, capaz de iluminar uma práxis verdadeiramente transformadora. Não é bem isso o que se vê quando se leva em consideração com mais vagar a sua característica mais fundamental. É claro, a teoria tradicional, também na sua versão maquiada de modernidade ou “pós-modernidade”, traz consigo alguma coisa que a seu tempo já foi verdadeira teoria e verdadeira práxis. Por exemplo, a construção do indivíduo e de seu valor e dignidade particulares, das formas de neutralizar certos desvios no julgamento de conflitos interindividuais, tudo isto que procede de um modo ou de outro do individualismo burguês e que não pode mais ser perdido. Além disso, a própria teoria tradicional, antes de se constituir numa dogmática formal e vazia, desempenhou papel importante na constituição da civilização burguesa. Hoje, no entanto, esta função já não pode ser cumprida por ela. Vale a pena ver a respeito disso as considerações de CLAUS OFFE sobre como a sociologia e a economia fazem hoje aquilo que a filosofia do direito fez nos séculos XVII e XVIII na Europa em termos de crítica e desmascaramento do antigo regime (16).

A prática alternativa e a reflexão teórica por ela ensejada são bastante visíveis nos atuais conflitos jurídico-políticos a afetar a América Latina. Muitos teóricos do direito com formação filosófica e multidisciplinar, portanto um pouco ao lado da dogmática tradicional, começam a dar-se o trabalho de observar tal práxis. A primeira característica a ser observada é o “uso combativo” do Direito, o que eu chamaria de apropriação retórica do Direito (normas e teorias). Esta “insurgência” está associada a um fato significativo nos anos 70/80: o fracasso das revoluções na América Latina (17). As suas revoluções que vingaram não são exemplares, diz-se, do restante da América. Cuba, pelo fato de seu pioneirismo, apresentou circunstâncias irrepetíveis ao nível da conjuntura internacional. Ao lado disso, compartilhava com a Nicarágua (talvez um pouco com o restante da América Central) duas outras coisas: uma economia essencialmente agrária e uma posição geográfica muito peculiar com relação aos Estados Unidos da América. Toda a América do Sul e o próprio México estão fora de tais condições. Além disso, há diferenças culturais marcantes com relação aos países de forte tradição cultural indígena (Peru, México, Equador, Colômbia, Bolívia, um pouco o Chile) ou de forte imigração européia (Argentina, Uruguai, um pouco o Chile e a Venezuela), só para ficar em dois pólos. Finalmente, a base econômica dos outros países latino-ameri-

(16) CLAUS OFFE. *Problemas Estruturais do Estado Capitalista*. (Trad. Barbara Freitag) Rio: Tempo Brasileiro, 1984, cf. esp. “Duas Lógicas da Ação Coletiva”, em colaboração com HELMUT WIESENTHAL, p. 56 ss.

(17) Cf. OSCAR CORREAS. “La Democracia y la Tarea de los Abogados en América Latina” in *Crítica Jurídica*. Puebla, nº 1, ano I, 1984, pp. 51 a 57.

canos é também diversa: relativa modernização industrial em alguns, economia de mineração em outros etc. . . . De fato, as revoluções não vingaram, e nada indica que vingarão brevemente. O conjunto da população latino-americana não acreditou na saída revolucionária por várias razões que não cabe analisar profundamente aqui.

A alternativa foi resistir ao avanço da exploração econômica e do autoritarismo por outros meios. Os Estados de Segurança Nacional, ao contrário de seus próprios propósitos, ajudaram a dar a resposta: foram vitoriosos contra as insurgências armadas, mas valeram-se de uma retórica institucional e até certo ponto do discurso jurídico também ⁽¹⁸⁾. O caso mais curioso é o do Peru: a revolução nacionalista de Velasco Alvarado se transforma no Estado de Segurança Nacional. Ao servir-se da burocracia e do direito, os regimes empresariais militares latino-americanos acabaram por dessacralizá-lo. Então a resistência popular também começou a utilizá-lo. É evidente que este uso jurídico-político da legalidade estatal como arma de combate tem suas ambigüidades e limites hoje cada vez mais claramente vistos. Permite algumas conquistas, alguns benefícios, mas também permite que o próprio Estado e o capital se reorganizem e absorvam estes desafios. Adaptando-se, o sistema social volta a parecer como força histórica, supra-humana, de modo que recentemente os movimentos sociais começam a entrar num refluxo e podem até ser vencidos pelo cansaço neste final de década. Não importa: aqui ressaltamos esta combatividade redescoberta, declarada. Ela implica nova teoria, nova reflexão, novas explicações e — por que não? — novas justificativas.

Mais importante talvez seja outra característica: as novas relações entre profissionais do direito/homens comuns, instituições jurídicas/movimentos organizados e ação coletiva. Os sujeitos desta nova prática tornam-se sujeitos coletivos. A longa história da técnica jurídico-processual de individualizar os conflitos começa a ser questionada por movimentos reivindicando soluções coletivas. É claro que os movimentos têm perfis diferentes: podem ser de reivindicação — o que é mais comum — ou de contestação — mais raro. Conforme o caso serão mais flexíveis as acomodações e a cooptação etc. No entanto, demonstram esta idéia de ver o processo como uma disputa entre grupos, não entre indivíduos apenas. Quanto aos profissionais, estes são confrontados com duas novidades: a descoberta da função política do direito — ou seja, da lei e da teoria jurídica como instrumentos de ação coletiva — e com a necessidade de submeter-se às exigências desta ação. Nisto eles são transformados em agentes de um processo judicial do qual não podem dispor livremente. A interação entre as partes propriamente ditas e os profissionais (advogados, promotores) sofre um processo de ação/reflexão de cunho pedagógico para todos os envolvidos. Destrói-se um pouco a crença no direito-mito, mas fica aberta a crença no direito-ação. Este desenvolvimento — observável ao nível das ações judiciais — corresponde até certo

(18) Cf. JOSÉ EDUARDO FARIA, *Retórica Política e Ideologia Democrática*. (Tese). São Paulo, 1982, esp. a Introdução.

ponto ao corporativismo novo de que falam tanto, seja ele em corporativismo nascido de baixo, seja ele um corporativismo regulado. (19) O encontro dos profissionais com os movimentos populares é também encontro de duas racionalidades: uma analítica e formal, outra material. Este encontro não deixa de ter influência sobre a práxis jurídica.

Não é só do avanço do uso combativo do direito que se pode aprender e fazer teoria. Também de seu refluxo. Este refluxo exige o exame, ou pelo menos a menção, de cinco aspectos: *a)* mostra como a institucionalização jurídica dos conflitos tende a desarmá-los (banalizá-los, individualizá-los ou excluí-los) conforme evidencia BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS (20); *b)* mostra como os controles difusos (culturais, convencionais, ideológicos) são capazes de conservar a existência sob o signo da necessidade e do conformismo; *c)* mostra como os profissionais do direito sem formação multidisciplinar tendem a ser incapazes de formular e explicitar a novidade e a transformação da ordem jurídica (o que nos lembra justamente a histórica instauração de uma legalidade revolucionária soviética incapaz de admitir uma teoria jurídica nova como a de PASUKANIS); *d)* mostra como as classes populares são sobretudo conservadoras, e que sem libertar-se do peso de certas necessidades materiais não há como desenvolver-se um imaginário social distinto; *e)* finalmente, o refluxo observável neste final de anos 80 deixa claro o abismo cultural aberto entre a sociedade cibernética e a sociedade rural tradicional que sobrevive nos homens latino-americanos ainda quando habitam as cidades, saídos dos campos de onde vieram há uma geração apenas. Nos movimentos sociais estão em confronto mais além de duas classes quase que duas civilizações, uma que produz césio radioativo e o despeja na rua, e outra que não sabe o que é radioatividade e o apanha nas mãos.

III. *Concluindo*

Um passeio pelo direito enquanto práxis descortinou-nos muitas coisas. Resta ver quais as tarefas atribuíveis hoje aos profissionais do direito. Em primeiro lugar está a de serem capazes de decifrar duas coisas: *a)* perceber quem detém efetivo poder e como o exerce na sociedade; e *b)* serem capazes de formular um projeto para a sociedade nova e não um simples sonho de retorno ao passado. Em segundo lugar coloca-se o problema de como rearticular seu papel de intelectuais do direito com os sujeitos da ação coletiva. Este problema, clássico na teoria dos partidos, coloca-se aqui pelo fato de tais movimentos se constituírem, hoje, em instâncias de ação política paralelas às instituições tradicionais.

(19) Cf. F. C. SCHMITTER. "Still the Century of Corporatism?" in *The New Corporatism*. Notre Dame, 1974.

(20) BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS. "O Estado, o Direito e a Questão Urbana", in J. FALCAO (org.) *Conflito de Direito de Propriedade*. Rio: Forense, 1984, pp. 1-77.

Produção publicitária

Proteção pelo direito de autor

ANTÔNIO CHAVES

SUMÁRIO

1. A mensagem publicitária criativa é amparada pelo direito de autor. 2. Propaganda é arte, publicidade, mera divulgação. 3. As agências de publicidade. Origem, vida e paixão. 4. Direito à imagem e direito à intimidade. 5. Uniformes e equipamentos esportivos usados para fins de propaganda. 6. Inserções publicitárias em filmes de televisão. 7. A preconizada regulamentação do tempo de publicidade pela TV. 8. A inserção publicitária nos programas de televisão por assinatura. 9. A paródia na obra publicitária.

1. *A mensagem publicitária criativa é amparada pelo direito de autor*

Direito de autor é o conjunto de prerrogativas que a lei reconhece a todo criador intelectual sobre suas produções literárias, artísticas ou científicas de alguma originalidade; de ordem extrapecuniária, em princípio, sem limitação de tempo; e de ordem patrimonial, ao autor, durante toda a sua vida, com o acréscimo, para os sucessores indicados na lei, do prazo por ela fixado.

É um dos rebentos mais novos e promissores da frondosa árvore da ciência jurídica. Se ampara todas as formas de genuína criatividade, como poderia ficar alheio a essa antiga, mas moderníssima, ágil, imaginativa expressão que é a produção publicitária, talvez a mais “comunicativa” de todas, e tanto mais comunicativa quanto mais inspirada, informando, encantando, comovendo, tocando, enfim, crianças, moços e velhos, homens e mulheres?

Versamos amplamente essa matéria no § 18 de nosso *Direito de Autor. Princípios Fundamentais*, Rio, Forense, 1987, pp. 371-394, em seus diferen-

Palestra proferida no dia 24-8-1988, no 2º FILM & VIDEO — Seminário de Criação e Produção Publicitárias, em São Paulo.

tes aspectos: expressões ou sinais de propaganda. Modalidades. Importância. Abrangência do amparo legal. Autoria da obra publicitária. As Agências de Propaganda. Seu Código de Ética. Condições formais e materiais da proteção. Reutilização. Jurisprudência. Cartunismo. Filme publicitário. Marcas e sinais de propaganda. A matéria, *de lege ferenda*. Publicidade musicada.

Voltamos ao tema em *Cinema, TV, Publicidade Cinematográfica*, S. Paulo, Editora Universitária de Direito, 1987, pp. 235-278, abordando os assuntos: Publicidade cinematográfica e televisiva. Requisitos. Importância. Natureza jurídica do filme publicitário. O certificado de produto brasileiro de filme publicitário. Interrupções publicitárias em filmes de televisão. Reprodução de filmes publicitários pelo sistema de videoteipes ou videocassetes. Direitos autorais dos produtores cinematográficos de filmes publicitários. O ECAD na cobrança de direitos autorais relativos aos *jingles* e modelo de contrato de autorização.

Para não ficar repetindo conceitos já expendidos, coordenamos alguns elementos colhidos, para corresponder ao amável convite que me formularam os idealizadores deste oportuno seminário. ARMANDO FERRENTINI e PAULO SÉRGIO CARNEIRO.

Antes de mais nada: por que deve ser criativo, por que deve ter alguma originalidade a produção publicitária, para ser protegida?

Porque não pode ser privilegiada a mera função instrumental da venda de um produto, sem que estejam caracterizados aqueles requisitos.

Foi o caso da pretensão de amparo como objeto de direito de autor de uma transmissão pela TV conduzida por um personagem do espetáculo que, com a assistência do comerciante interessado, fazia publicidade de determinados produtos convidando o público para gozar de um desconto telefonando para a estação emissora.

Um Juiz de Roma, mediante decisão de 18-2-1982, não reconheceu os requisitos da obra intelectual desse programa, excluindo, pois, a proteção.

A Corte de Apelação de Milão, em acórdão de 2-10-1983, publicado na revista especializada *Il Diritto d'Autore*, 1983, p. 204, negou, todavia, à idéia publicitária, ainda que tenha caráter criativo — proteção, atendo-se rigidamente à enumeração das obras protegidas, contida no art. 2.575 do Código Civil e no art. 1.º da Lei n.º 633, de 22-4-1941.

Critica-a PIERLUIGI LAX, *Transmissioni pubblicitarie, opera dell'ingegno e diritti degli interpreti*, "Temì Romana", 1985, II, p. 203, fazendo ver que um juízo relativo ao caráter artístico de uma transmissão publicitária somente pode surgir de uma avaliação fundamentada no critério da prevalência, mediante um processo de isolamento de cada uma das partes que compõem a própria transmissão (puramente propagandísticas, coreográficas, musicais, dramáticas etc.) para o fim de individualizar qual delas

assuma nítido predomínio, ao ponto de caracterizar o programa na sua globalidade.

Menciona, a título de exemplos, o modelo do *jingle* publicitário e o do programa "patrocinado".

No primeiro caso, a própria exigüidade da duração, não passando, em geral, de cerca de 30 segundos, evidencia a proeminência do aspecto de propaganda comercial, o que impede materialmente a manifestação dos dotes artísticos do autor ou do intérprete.

No segundo caso, ao invés, o componente publicitário apresenta-se, com freqüência totalmente ocasional e acessória, tratando-se de um normal programa de televisão associado ao nome de um produto industrial ou a uma marca de fábrica. Daí decorre que a eventual qualidade artística da transmissão poderá manifestar-se livremente, com independência do assunto propagandístico. Mesmo nas situações intermediárias poder-se-á levar em conta o critério da supremacia como instrumento idôneo a identificar a obra intelectual, estabelecendo a diferença daquilo que não merece semelhante definição.

Comentando esse artigo, a mesma revista, 1986, p. 122, traz à confrontação acórdão da Corte de Cassação de 23-1-1969, que considerou que a atividade publicitária, quando expressa em formas que apresentam os requisitos da originalidade e da criatividade, resulta merecedora de proteção.

Nega PIERLUIGI LAX que a proteção prevista nos arts. 80 e ss. da lei italiana seja aplicável aos *atores* e *executores* de simples *shorts* publicitários, mesmo no caso de notórias personalidades do espetáculo ou de mundo teatral. Os atores que neles comparecem não podem portanto gozar dos "direitos conexos" ao direito de autor, e, de forma particular, não podem pretender a interdição da programação dos comunicados publicitários.

Mesmo no caso em que caiba amparo legal a tais anúncios, as prestações recitativas, seja porque realizadas exclusivamente com finalidade de mera propaganda comercial, seja devido à exigüidade da sua duração, não podem certamente ser definidas como "parte de notável importância artística", requisito essencial, nos termos do art. 82, n.º 1, da mesma lei, para que subsista a qualificação do artista ator ou intérprete e artista executante.

2. *Propaganda é arte, publicidade, mera divulgação*

Situa JORGE MARANHÃO o fenômeno da propaganda, particularmente na sua modalidade da publicidade dita comercial, como fenômeno típico da cultura de massa, apenas reconhecido enquanto técnica e prática pela crítica da arte ou pela ensaística moderna, tratado de maneira superficial, quando não escamoteado — estudando, em tese defendida no dia 30-6-1988, perante o Instituto de Filosofia e Ciências Sociais da Universidade Federal do Rio de Janeiro, suas aproximações e relações com outro objeto

típico da cultura de massa: o desenho industrial, já provido, no entanto, de uma teoria e crítica estéticas particulares.

Num resumo da mesma, *A Arte da Propaganda como Crítica ao Kitsch*, "O Estado de S. Paulo", 26-7-1988, p. 46, encarece que se são reconhecidamente férteis as articulações críticas entre as linguagens artísticas da pintura e da fotografia, por exemplo, ou da literatura e do cinema, enquanto argumentos narrativos, são também férteis as articulações críticas entre a publicidade e o desenho industrial.

Procurando resgatar a *publicidade da propaganda* enquanto arte e retórica de venda a um só tempo, e como objeto estético autônomo, determina as respectivas terminologias, que, mesmo nos centros acadêmicos, são erroneamente sinonimizadas.

Entende, além das distinções terminológicas, que a publicidade é arte, e não apenas técnicas artísticas recuperadas no seu ofício profissional, sobretudo no momento da propaganda crítica e em crise de credibilidade e eficácia retórica.

"Uma coisa é a retórica de uma mercadoria, concebida enquanto *design* industrial na sociedade capitalista mercantil. Outra coisa é a retórica de sua publicidade enquanto objetos estéticos autônomos, mesmo que contíguos."

Conclui reconhecendo o estatuto estético tanto do desenho industrial contemporâneo, despojado de seus florilégios, como da publicidade comercial, que, enquanto arte, reflete sobretudo a crítica da propaganda retórica. É justamente esta prática crítica que confere aos objetos artísticos da cultura de massa o seu estatuto estético.

"Assim como a mercadoria é *design* quando disputa entre outras as parcelas e a preferência do mercado consumidor, a propaganda é arte, entre outras mensagens como até mesmo os telejornais noticiosos, quando disputa parcelas da opinião pública re-fletida na audiência da televisão."

3. *As agências de publicidade. Origem, vida e paixão*

O Boletim Informativo n.º 1, de setembro de 1986, da Associação Brasileira das Empresas Produtoras de Filmes e Video Tapes Publicitários, que já reunia, nessa ocasião, 85 filiadas, lembra, à p. 12, que a forma moderna de propaganda comercial proveio mais do trabalho de *marketing* dos veículos de comunicação (na época, a Imprensa) do que das necessidades conscientes dos anunciantes. A procura de uma renda de publicidade paga, os jornais criaram a figura do "agenciador de propaganda", de que nasceu a "agência". Essa vinculação umbilical à mídia deixou marcas profundas na filosofia e na economia da Propaganda.

Só em recente época é que as melhores agências transformaram-se em verdadeiras empresas de comunicação (nome que muitas preferem adotar),

a serviço dos anunciantes. Mas do processo evolutivo ficaram algumas formas arcaicas, especialmente no sistema de remuneração, que privilegia a renda proveniente da veiculação (comissão de 20% por dentro, mais eventuais bonificações de volume), em relação à renda proveniente da produção (comissão de 15% por fora, que corresponde a 13% por dentro). Cada cruzado de verba do anunciante gasto em veiculação gera de 20 a 30 centavos de renda para a agência, enquanto cada cruzado investido em produção só gera 13 centavos.

Por mais altamente profissional que seja a empresa de comunicação, esse fator econômico não pode deixar de influenciar decisões. Disto decorre a ênfase na mídia, numa obsessão por um GRP ou CPM que geralmente não leva em conta um fato essencial, que é a atenção do consumidor.

É neste contexto, comercialmente muito pouco favorável à produção, que nasceram essas empresas.

A remuneração, ou "taxa" bruta das produtoras, foi estabelecida, por praxe, em 50% da estimativa do custo, o que corresponde a 33,3% do preço cobrado da agência, representado o custo estimado de produção 66,6% do faturamento bruto.

Traça um quadro da distribuição da receita, no caso de anunciantes e veículos, aproveitando-se de publicações em balanços em jornais para uma avaliação destes percentuais, não conseguindo encontrar, em atividades industriais, nenhuma relação para esta taxa ou lucro bruto que se aproxime da dos custos de produção e a receita correspondente das agências de publicidade: 31,35%: Pirelli, 41,79%; Souza Cruz, 56,19%, Nestlé, 37,95%, Editora Abril, 52,36%, RTV Bandeirantes, 60,20%, todas no exercício de 1985.

Aponta os fatores que agravam essa inferioridade: irregularidade na demanda, com períodos de quase total ociosidade, conjugada com a impossibilidade de produzir para estocagem, riscos inerentes ao fato de que cada comercial é um protótipo para o qual têm que ser inventadas novas soluções de trucagem e efeitos, criados novos cenários, testados novos intérpretes, muitas vezes não profissionais em função do tipo exigido, e alguns de reações imprevisíveis, como crianças e animais. Tudo isso numa extrema dependência das condições meteorológicas e da boa vontade de terceiros envolvidos em cessão de locais, empréstimos de objetos etc. Sem contar ainda com os riscos próprios de um equipamento sofisticado e de uma numerosa equipe, sujeitos ambos a acidentes pelas condições em que se realizam as filmagens ou gravações.

"E, finalmente, é preciso levar em conta os riscos de aprovação. Os comerciais, sobre os quais são investidas grandes verbas, são objetos de um crivo rigoroso da parte das agências e anunciantes. Os critérios, por mais profissionais que sejam, não podem deixar de ser muito subjetivos, porque envolvem concei-

tos estéticos, fatores de simpatia ou antipatia por tipos e comportamentos humanos, que conferem aos julgamentos um cunho mais emocional do que racional. Os riscos de desaprovacão são muito altos, exatamente porque a participacão das produtoras, contrariamente a algumas opinões que pretendem negar os nossos direitos autorais, não é de simples reproduçao mecânica, e sim de uma criaçao de alta complexidade.

Numa média, os imprevistos decorrentes destes riscos representam cerca de 10% do custo estimado, e absorvem assim mais de 6% dos 33,3% brutos da taxa, da qual outros 3% (em São Paulo) se destinam ao pagamento do ISS.

A experiência ensinou logo às produtoras pioneiras que esta taxa não permitia o mínimo de rentabilidade necessária para a continuidade, e menos ainda o progresso das empresas.

A soluçao encontrada há 25 anos, quando foi fundada a Associação das Produtoras, foi uma sobretaxa incidindo sobre as cópias. É fato amplamente conhecido das agências e anunciantes que a base de rentabilidade efetiva das produtoras foi, até cerca de seis anos atrás, o fornecimento de cópias de uma margem muito alta de renda. Esse faturamento em cópias chegou a ser, em média, de 20% do total, e a sua alta rentabilidade fazia com que, em muitos casos, fosse essa a única fonte real de lucros.

A sobretaxa sobre as cópias cobria as despesas com a guarda das matrizes, mas era sobretudo uma forma de cobranca de direitos de alguma forma relacionada à veiculaçao. Como as cópias sofrem um desgaste técnico, a sua renovaçao periódica constituía uma fonte de renda proporcional ao tempo de veiculaçao.

Vários fatores vieram a modificar completamente essa situaçao. Um deles é o aumento do custo industrial das cópias em filmes, e o custo tecnicamente mais elevado das cópias de VT fornecidas em carretéis individuais.

Outro, foi a drástica reduçao do número de cópias encomendadas às produtoras, a partir da introduçao da copiagem em VT pelas emissoras, ou a veiculaçao em rede nacional via ondas. As mudanças tecnológicas vieram modificar o *modus vivendi* de nossas associadas, assim como as gravaçoes magnéticas piratas prejudicam a indústria de discos e de filmes, e o xerox, a edição de livros.

Hoje, o faturamento de cópias é muito pouco significativo. Enquanto era freqüente, na década passada, receber-se um pedi-

do de 50 ou mais cópias de um mesmo comercial, hoje muito raramente esse número passa de oito. E a margem de rentabilidade bruta desceu de uma relação, no caso de filmes, de 1 x 6 para 1 x 3, e muito menos ainda para as cópias em VT (carretéis), cujo preço de custo é muito próximo do preço de venda.

Pressionadas por essa queda na sua renda (que não significa lucro), as produtoras passaram a reivindicar uma nova forma de remuneração, e após anos de trabalhos em que se empenharam as entidades representativas de anunciantes, agências e produtoras, chegou-se finalmente à assinatura da convenção de 1985.

Como sabe qualquer empresário, o aumento de rentabilidade pode ser obtido através de dois caminhos: aumento dos preços, ou aumento da produtividade. O aumento da produtividade é fruto da racionalização, da eliminação dos desperdícios, mas está fundamentalmente ligado ao crescimento da demanda, e à sua regularização.”

Os resultados dos onze meses decorridos depois da convenção mostram que este último caminho é o certo. Houve redução de preços, compensados para as produtoras pelo aumento de comerciais produzidos. O preço pago pelos anunciantes sofreu um acréscimo no único caso dos anunciantes que optaram pela reveiculação, enfrentando os riscos de desperdício inerentes ao excesso de repetição. Globalmente, essa cobrança de remuneração por veiculação só onerou em cerca de 0,64% as verbas dos anunciantes. Em compensação, os clientes foram beneficiados pela queda do valor real das cópias e serviços constantes da lista, o congelamento dos preços unitários dos orçamentos, e, sobretudo, por uma maior competência na administração da frequência eficaz, que está ainda muito afastada do que os estudos revelam como nível adequado, mas melhorou durante o período.

“Se os benefícios da convenção para os anunciantes não foram ainda maiores, é em grande parte porque deixaram, talvez por desconhecimento, de usar o instrumental do “Pedido de orçamento-padrão” e do “Orçamento-modelo”, integrados à convenção, que dão os meios de pôr fim a eventuais distorções de que se fez alarde num recente debate promovido pela ABA no Rio de Janeiro. Sem uma completa transparência e clareza na informação, e o respeito às regras contratuais, há sempre um terreno propício a toda sorte de desonestidade, que é, em última análise, sobretudo fruto da desinformação e incompetência. É função precípua de nossas entidades contribuir para a profissionalização de nossos filiados e a moralização do meio publicitário. A Convenção foi, para anunciantes, agências e produtoras, um passo decisivo neste caminho, que devemos seguir juntos, numa procura constante de aperfeiçoamento.”

4. *Direito à imagem e direito à intimidade*

São outros temas que não podem deixar de interessar pelos delicados problemas que podem levantar, já tendo dado margem, mesmo entre nós, a numerosas demandas, quando, sem a necessária permissão, são abordados aspectos da vida íntima de pessoas, conhecidas (ou não), ou, simplesmente, reproduzida a sua imagem. Alcançam mesmo o aproveitamento, tão frequente e tão bem humorado, de sócias de personalidade, vivas ou mortas.

Envolvendo não só esse tema, como também o do reaproveitamento de uma mensagem, foi o caso de WELLINGTON ALBERTO LANDER-DAHL, que, contratado verbalmente pelas Produções Cinematográficas Guaíra Ltda. para apresentar comercial em favor da empresa Homeopatia Waldemiro Pereira, a ser veiculado em Porto Alegre, viu ampliado unilateralmente o prazo para a veiculação, de três para dezesseis meses, estendendo-a para outras emissoras.

Alegando ter ficado sem trabalhar enquanto apresentado o comercial na Rede Globo de Televisão, eis que os anunciantes consideravam cansativa a sua imagem como ator em mais de uma propaganda, sem que houvesse pagamento pelo serviço prestado, propôs ação de cobrança de honorários contra aquela firma, visando obter indenização dos juros e correção monetária.

Contestou Produções Cinematográficas Guaíra Ltda: por não ter praticado qualquer ato de veiculação do comercial, não podia ter a obrigação de suportar qualquer ônus de honorários devidos ao autor, sendo parte ilegítima. Denunciou à lide a Equipe Propaganda.

Alegou a Homeopatia, por sua vez, não ter firmado com o autor contrato algum de trabalho, nada estando a lhe dever; não teria o autor feito prova das demais veiculações a que alude.

Também Equipe Propaganda requereu sua exclusão da relação jurídica: seria parte ilegítima, eis que não se enquadra no art. 70, III, do Código de Processo Civil.

O Juiz da 19.^a Vara Cível de Curitiba julgou procedente a ação para condenar os réus e excluiu da lide a denunciada Equipe Propaganda.

Apelaram: em parte, Produções Cinematográficas Guaíra Ltda., pleiteando o reconhecimento de sua ilegitimidade passiva; e a Homeopatia, aduzindo não ter sido estipulado em quais emissoras de TV e por que prazo seria veiculado o videoteípe, bem como não haveria prova de que o prazo seria de três meses. Não aceita vir o autor querer cobrar depois por algo que não fora combinado.

O Tribunal de Alçada do Paraná, Acórdão n.º 27.643 — CIV, não conheceu dos apelos por ausência de previsão do art. 108, III, da Lei Complementar n.º 15, de 14-3-1979, e remeteu os autos ao TJ (Ac. n.º 1.724/87), decidindo a 3.^a Câmara, por ac. un. de 1.º-3-1988, ainda não divulgado:

“Ação Ordinária de Cobrança. Ilegitimidade passiva. Não fixação das emissoras de TV que veiculariam o comercial e nem do prazo de veiculação. Alegação de cobrança indevida.

1. Ficou inequivocamente demonstrado que o apelado vendeu sua imagem à Produções Cinematográficas Guaíra Ltda., que produziu o comercial “Tome Forteviron”, não sendo a afirmação do autor contestada, de que fora contratado pela referida firma.

Ao concordar a primeira apelante em regravar o comercial com outro ator, restou evidenciada a existência de contrato verbal do autor apelado pelo sócio da apelante. Assim não há que se falar em ilegitimidade passiva *ad causam*, sendo escorreita a decisão quando condenou a apelante ao pagamento dos honorários do autor pelo seu trabalho no comercial e apresentação pelos três primeiros meses.

2. Também andou certa a sentença ao decidir que a indenização pela ampliação da veiculação além do prazo avençado deveria recair sobre a outra apelante, Homeopatia Waldemiro Pereira, já que essa ampliação foi feita unilateralmente sem consentimento do autor apelado, tirando proveito econômico da utilização do comercial, com a imagem do ator, locupletando-se indevidamente e por isso passível de reparar o dano.

3. Apelações improvidas.”

Esclareceu o Relator, Des. ADOLPHO PEREIRA, as razões por que a insurgência recursal da Produções Cinematográficas Guaíra Ltda., quanto à ilegitimidade *ad causam*, não merecia prosperar: ficara inequivocamente demonstrado que o apelado vendera-lhe sua imagem, que produziu o comercial “TOME FORTEVIRON”, não sendo a afirmação do autor contestada, de que fora por ela contratado.

“É evidente que a concordância em regravar o comercial com o outro ator por essa apelante está a evidenciar que de fato fora contratado verbalmente pelo sócio Mauro Krueger, como afirma o apelado na inicial. É curial que o contrato de trabalho seja feito entre o ator e a produtora do comercial, já que esse é pago em seu todo pelo cliente que autoriza a produção. Assim não há que se falar em ilegitimidade passiva *ad causam*.”

Escorreita lhe parece a decisão quando aludiu à primeira suplicada o encargo do pagamento dos honorários do autor pelo seu trabalho no comercial e apresentação pelos três primeiros meses.

“Certo também andou ao decidir que a indenização pela ampliação da veiculação além do prazo avençado deveria recair sobre a apelante Homeopatia Waldemiro Pereira — Laboratório

Industrial Farmacêutico Ltda., já que essa ampliação foi feita unilateralmente sem consentimento do autor apelado, tirando proveito econômico da utilização do comercial, com a imagem do ator, locupletando-se indevidamente e por isso passível de reparar o dano.”

Devem pois os publicitários contornar cuidadosamente as pressões que alguns clientes possam exercer no sentido de um uso deturpado da imagem ou das expressões usadas por determinadas pessoas, principalmente cientistas.

Tivemos ocasião de emanar parecer contrário à inserção, numa bula farmacêutica, de uma frase desfigurada de dois professores da Faculdade Paulista de Medicina, retirada de um artigo divulgado numa revista especializada do Hospital das Clínicas.

Fato análogo ocorreu em Milão, perante cujo Tribunal o Instituto Nacional para o Estudo e o Tratamento dos Tumores e o Diretor do mesmo, Prof. Umberto Veronesi, moveram ação de indenização contra a Áustria Tabakwerke, a Eurotab S.A. e a Comet Pubblicità, por terem, em publicidade dos cigarros “Milde Sorte”, afirmado que, de acordo com o mesmo Diretor, eles “reduzem pela metade o risco do câncer”, prejudicando assim a reputação e a imagem de uma entidade que objetivava não somente tratar dos afetados por essa doença, mas também desenvolver obra de prevenção contra a mesma.

A decisão foi referendada pela Corte de Apelação que considerou o nome sinal de identificação da pessoa, constituindo o símbolo de sua integridade moral, intelectual e social, devendo considerar-se ilícito seu uso cada vez que, independentemente mesmo de ofensa à honra e à reputação, possa influir negativamente, inclusive nas pessoas jurídicas.

Ocorrera, no caso, uma dissimulada distorção da imagem do Prof. Veronesi, relacionada à obra incansável por ele desenvolvida, generosamente e sem qualquer compromisso, no plano lógico e no científico, para combater a terrível doença, bem como a do Instituto por ele dirigido.

A Corte Suprema de Cassação, Seção I, em acórdão de 22-6-1985, *Il Diritto di Autore*, 1986, p. 307, confirmou:

“Existe um direito à identidade pessoal como interesse juridicamente protegido em não ver desfigurado ou alterado o próprio patrimônio intelectual, político, social, religioso, ideológico, profissional; semelhante direito pode ser relacionado ao art. 2.º da Constituição e pode ser deduzido, por analogia, da regulamentação relativa ao direito ao nome.”

5. Uniformes e equipamentos esportivos usados para fins de propaganda

A camisa de um esportista pertence sem dúvida ao clube de que faz parte, possivelmente a uma federação ou confederação.

Mas apenas materialmente, porque idealmente ela é muito mais do torcedor, ou mesmo de qualquer espectador, ou, ainda, de qualquer membro da população, até mesmo estrangeiro: não é ela, inteira, que vibra nos grandes pleitos internacionais, com os lances mais empolgantes, não é ela que amarga na derrota (sempre imerecida!)?

Poderão essas imagens, lançadas pela televisão, mediante satélites, à vista de centenas de milhões de espectadores, serem “maculadas” com a propaganda de produtos comerciais?

E os próprios jogadores não se sentirão contrafeitos, constrangidos, não contribuirá esse estado psicológico para que sintam dificuldade em entrar-se, tornando-se fácil presa de equipes adversárias, mesmo tecnicamente inferiores?

Pensamentos dessa natureza devem ter levado três advogados de Niterói, ao assistirem o jogo da equipe da seleção brasileira de futebol, ostentando, pela primeira vez, uma logomarca comercial, em contraste com a do Chile, que exibia tão-somente as cores nacionais, no dia 9-12-87, em Uberlândia, Minas Gerais, a adentrarem, dois dias depois, com ação popular, em processo que foi distribuído ao Juiz da 7.^a Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro.

Noticiava *O Globo*, seção de esportes, de sua edição de 10-12-87, p. 35, que, naquela data, o administrador da seleção brasileira, Paulo Dutra, teve que acordar cedo para arrumar, ainda pela manhã, todos os uniformes que seriam usados à noite, no desempenho da importante missão de levar as camisas a uma costureira, para que ela pregasse o logotipo da Coca-Cola, empresa que — fato inédito — passara a patrocinar a seleção.

Pelo jogo e pelo seguinte, a Confederação Brasileira de Futebol receberia US\$ 80.000, correspondentes, na ocasião, a Cz\$ 6,4 milhões, além dos US\$ 400.000 (32 milhões de cruzados) pagos pela Rede Globo de Televisão, com o que pretendia reduzir o seu déficit.

Anteriormente, num acordo com o Instituto Brasileiro do Café (IBC), somente um discreto raminho de café havia sido utilizado na camisa da seleção.

Nem foi essa a primeira tentativa da multinacional de investir no futebol: lembram todos da anterior, frustrada, com a proibição da Federação Internacional de Futebol Association, FIFA, de pintar o logotipo da empresa no centro do campo.

Comprimindo sua indignação em oito bem lançadas laudas, Alexandre Duardo Scisínio, José Garcia Menezes Júnior e Paulo Cesar de Almeida

Sodré, depois da “estranheza inicial” a que se seguiu “a perplexidade nacional, ante o inusitado do que se via: a Seleção Brasileira servindo de veículo de propaganda para empresa estrangeira, no caso a Coca-Cola”, perplexidade que “efervesceu durante os 90 minutos de partida”, transformando-se, ao final, em indignação incontida, algo que mescla vergonha e imensa sensação de impotência — moveram contra o ato da Confederação Brasileira de Futebol que autorizou a aludida propaganda ação popular para que ela seja proibida.

Fundamentaram-na no art. 153, § 31, da Constituição Federal, que legitima qualquer cidadão, como parte, para propor ação popular que vise a anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas, e no art. 1.º da Lei n.º 4.717, de 29-6-65, que regulamenta tal ação.

E passam a explicar os motivos da revolta que levou torcedores a telefonar aos órgãos de comunicação para expressá-la, sobrepujando-se até mesmo à alegria da vitória: é que o brasileiro, desiludido, amargurado, sofrido, descrente de planos governamentais, passou a materializar nas cores da sua seleção de futebol aquele ideal que impulsiona um povo, que mantém viva sua esperança, que é um elo de aglutinação da vontade nacional.

“A camisa da ‘Seleção Canarinho’, ante tal realidade, não poderia, como não pode, manchar-se de sangue, expondo-se um ferimento desnecessário, praticado unicamente com *animus lu-crandi*, que atinge a própria alma, a própria consciência nacional, porque daí advém o sentimento de brasilidade de forma tão intensa como dos outros valores nacionais.”

Demonstram que tal ato implica em ofensa ao patrimônio material porque os uniformes com a malfadada publicidade serão repudiados em todos os campos de futebol do mundo, não podendo ser usados em jogos internacionais.

“Ao patrimônio moral porque é nítida a impressão de que a Coca-Cola representa a Nação brasileira em virtude do grandioso poder econômico-financeiro de que estamos vendidos por preço estipulado em dólares americanos.”

Ao patrimônio estético porque não só os brasileiros mas todos os demais países que passaram a admirar o nosso futebol nunca imaginaram que a tradicional camisa amarela pudesse um dia conter uma ridícula e desentoante logomarca vermelha e branca.

E ao patrimônio histórico porque nossa camisa amarela já foi abrilhantada pelos dribles, jogadas e defesas inesquecíveis dos craques que enumeram.

“E o futebol faz parte da cultura brasileira, enraizado na alma do povo, enredo de sambas, motivo de canções, poemas, filmes, livros, documentários etc. É arte.”

Refutam, por antecipação, eventual argumentação da CBF de que ela tem poderes discricionários para escolher qualquer camisa para nossa Seleção, como um particular tem o livre arbítrio da escolha da sua camisa.

E admitem até mesmo que pode haver comportamento lesivo por parte da CBF ao nosso patrimônio, não simplesmente cultural, mas também etno-sócio-econômico, uma discriminação racial, pois aos olhos do mundo seremos, sempre, a representação de uma espécie servil, submissa, ignorante e vendida.

Em sua contestação alegou a CBF, quanto ao mérito, que o ato que lhe é imputado tem fincas no art. 183 do Decreto n.º 80.228, de 25-8-77, que, regulamentando a Lei n.º 6.251, de 8-10-75, permite, no art. 183, a propaganda e a publicidade nos equipamentos e uniformes dos atletas, na forma a ser estabelecida pelo Conselho Nacional de Desportos, observadas a legislação e as normas desportivas internacionais. Invoca também a Resolução do CND n.º 6/87, que, dando nova redação ao art. 9.º da Deliberação NND n.º 5/82, publicada no *DO* de 1.º-6-82, permite tal utilização.

Por despacho de 11-12-87, o Juiz Federal da 7.ª Vara do Rio de Janeiro, HENRY BIANOR CHALU BARBOSA, reconheceu, diante do disposto no § 1.º do art. 1.º da Lei n.º 4.717, não haver dúvida de que a camisa da Seleção Brasileira de Futebol atende a pelo menos dois itens da definição legal de patrimônio público: O VALOR HISTÓRICO E O ESTÉTICO: “o estético, porque, sendo o futebol espetáculo, tornou-se indissociável de sua beleza o uniforme da Seleção nos jogos internacionais. O histórico, porque o referido esporte integra nossa cultura e, portanto, a memória da coletiva nacionalidade”.

6. *Inserções publicitárias em filmes de televisão*

Franco Zeffirelli moveu contra o Canal 5 italiano uma ação de perdas e danos pelas inserções publicitárias ocorridas na transmissão de seu filme *La bisbetica domata* (A ranzinza domada) transmitido no dia 19-10-1983, obtendo da I Seção Civil do Tribunal de Roma, aos 20-2-1987, sentença reconhecendo terem ocorrido oito interrupções, cada uma delas de entre dois a quatro minutos, num total de 26 minutos e 61 slides, sobre as duas horas de duração líquida do filme. Nem por isso reconheceu o direito do diretor do filme.

A matéria foi objeto de amplos debates, do qual participaram produtores de filmes, organizadores, elementos da TV, magistrados, advogados, gerentes de entidades arrecadoras, jornalistas etc., sintetizados por VINICIO MARINUCCI, em página inteira, sob o título em epígrafe de “Cinema d’oggi”, de 9-7-1987, promovidos pelo “Istituto Giuridico dello Spettacolo e dell’Informazione” — IGSi.

O Presidente do IGSi, Prof. AUGUSTO FRAGOLA, destacou, inicialmente, quatro elementos que se deduzem da decisão.

De acordo com o primeiro, relativo ao mérito, a intercalação não implicou numa quebra da continuidade narrativa, tendo sido feito “um uso sábio e uma dosagem equilibrada das inscrições publicitárias, que não envolveram nenhuma depreciação estética do filme”.

A sentença, comparando a difusão pela televisão e a obra cinematográfica propriamente dita, admite uma “deteração” por parte daquela, ocasionado pela ambientação diferente, a diminuição das figuras, uma pior definição dos contornos, alteração das cores etc.

Daí deduz a diminuição necessária do apreço do autor.

Preconiza, finalmente, uma intervenção legislativa para solução da matéria.

Dos longos debates travados, parece-me mereçam ser postos em realce as *Relações entre TV e publicidade*.

Lembrou o Prof. GINO GALTIERI, da Sociedade Italiana de Autores e Editores, SIAE, decisão do Tribunal de Roma de 30-5-1984, de acordo com a qual

“A transmissão por TV acompanhada por interrupções publicitárias, quando estabeleçam condições desfavoráveis à avaliação da efetiva identidade da obra e, reflexamente, contribuam para oferecer uma imagem alterada do valor e da personalidade do autor, constituem lesão do direito moral, nos termos do art. 20 da Lei n.º 633/1941.”

A posição hodierna — assinala — afasta-se bastante da anterior e levanta acentuada perplexidade. Por exemplo, quando afirma a liceidade das missões publicitárias, desde que se faça “um uso sábio e uma dosagem equilibrada, sem lacerações da continuidade narrativa”, faz pressupor a determinação de parâmetros e de regulamentos hoje inexistentes, além do fato que semelhante inscrição é sempre uma quebra do tecido narrativo de obra, mais ou menos grave.

Outrossim, maior perturbação acarreta a interrupção do comentário musical do filme, cuja ruptura é irremediável.

Contesta que a comunicação de um filme pela TV seja imprópria, em contraste com a do cinema: é apenas diferente, mas igualmente adequada, como outras facultadas pelas novas formas tecnológicas. Não se pode falar, com efeito, de uma “adaptação televisual” do filme nem de uma sua “forma deteriorada de comunicação”, mesmo com base na Convenção de Berna e dos desenvolvimentos tecnológicos.

A interrupção não é uma *modificação* da obra, de que o autor tenha conhecimento, mas é uma *perturbação*.

Nem se pode dizer esteja o espectador ciente de que a difusão pela TV de um filme constitua sempre uma forma de difusão “sucessiva e

acrescida": basta lembrar dos filmes para TV o dos destinados ao mesmo tempo a esse e ao circuito cinematográfico.

Além do mais, o espectador pode pensar que as inserções publicitárias tenham sido admitidas pelo autor mediante compensação, mesmo aquelas de mau gosto, daí decorrendo um juízo negativo no sentido de sua dignidade.

Foi lembrado na ocasião terem sido justamente as excessivas interrupções publicitárias que provocaram revolta que levou à TV por cabo.

É verdade que também os jornais estão submersos em publicidade, que chega aos 60% das páginas. Mas poder-se-ia ao menos evitar que caia sobre o espectador sem um aviso prévio.

Entende o vice-presidente do IGS, Prof. Massimo Ferrara Santamaria, não se dever de modo algum atribuir ao autor do filme a inserção do *jingle* publicitário, não podendo, por essa forma, causar-lhe prejuízo algum à sua honra e reputação. É uma interrupção do normal desenvolvimento narrativo da obra cinematográfica, mas não se pode dizer que a modifique em si mesma. O que pode ocorrer é que ela tenha sido inadequadamente apresentada ao público da TV, que, por outro lado, não é aquele ao qual a obra havia sido destinada.

Quem a vendeu à TV deve obter previamente o consentimento dos titulares de direito. É indispensável regular e limitar a publicidade inserida nos filmes teletransmitidos, concentrando-a no início, na metade e no fim da obra.

O advogado do Canal 5 italiano, VITTORIO DOTTI, entende que a sentença é digna da maior consideração como exemplo de modo de prestar justiça com base na pesquisa da mais correta interpretação dos fenômenos sociais e na focalização da relação entre a norma, o fato e as finalidades da regulamentação normativa, num sentido sabiamente evolutivo. A sentença cuidou de verificar o fenômeno atual das TVs comerciais sob um ponto de vista psicocultural, sancionando a diferença entre a feitura e a comunicação da obra.

A inserção da publicidade em TV era um velho falso problema: a obra deve permanecer íntegra somente no salão de cinema. O autor pode negar seu consentimento às inserções, mas, se ele não se opõe, a aquiescência está concedida, e a ele cabe até mesmo colaborar, indicando os pontos mais aptos a tais intercalações.

A presença da publicidade é, no seu entender, um mal necessário não somente no interesse vital das TVs particulares, mas também da indústria cinematográfica, a cujo sustento ela colabora de maneira relevante.

Como encaminhar uma solução para o problema?

O Prof. AUGUSTO FRAGOLA entende que pode encontrar-se numa distinção entre *direitos econômicos e regras de correção da comunicação*.

Os primeiros devem ser harmonizados mediante negociação individual ou coletiva, as segundas devem ser conquistadas por meio de uma espécie de “código de comportamento” ou de auto-regulamentação.

Lembremos, a propósito, que entre nós está em vigor, desde 1-1-1979, o Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária, aprovado no III Congresso Brasileiro de Propaganda, realizado em abril de 1988, em S. Paulo, com 72 artigos e 16 anexos, que contou com a adesão inicial de 13 entidades de classe, 197 anunciantes, todas as agências filiadas à ABP — Associação Brasileira de Agências de Propaganda, 1.200 emissoras filiadas à ABERT — Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão, e 33 veículos de comunicação, incluindo os grandes jornais do País, a que fizemos referência às pp. 379 a 381 de nosso já mencionado *Direito de Autor. Princípios Fundamentais*.

7. A preconizada regulamentação do tempo de publicidade pela TV

É sem dúvida de interesse dos anunciantes e, pois, das agências de publicidade, bem como do público em geral, que a propaganda não aborresca os telespectadores. Não ocorre isto, certamente, pela excelência dos produtos, em geral, que têm recebido reconhecimento e numerosos galardões internacionais. Mas pode verificar-se pela repetição excessiva, ou pela demasia do tempo ocupado.

O Decreto n.º 50.450, de 12-4-1961, regulava a projeção de películas cinematográficas e a propaganda comercial através das emissoras de televisão, não admitindo (art. 10) que, quando *ao vivo*, através de mensagens, comunicações ou arranjos teatrais, excedesse de cinco minutos entre um e outro programa.

Foi todavia revogado pelo Decreto n.º 544, de 31-1-1962, que instituiu novas normas que passaram a regular a mesma matéria nos seguintes termos:

“Art. 10 — O tempo destinado à propaganda comercial entre um e outro programa não poderá exceder de 4 (quatro) minutos de anúncios sob as formas denominadas “Cts”, “slide” ou “jingles” e 4 (quatro) minutos sob a forma de propaganda comercial “ao vivo” através de mensagens, comunicações ou arranjos teatrais.”

Não existe, pois, critério de proporcionalidade entre publicidade e programação.

Sentindo a necessidade de uma regulamentação, os deputados norte-americanos aprovaram, no dia 9-6-1988, segundo anunciava a imprensa do dia seguinte, um projeto de lei que protege as crianças da “excessiva exposição” à propaganda pela televisão, limitando-a em 12 minutos por hora. Calcula-se que os petizes americanos permanecem em média até seis horas diárias diante de um aparelho de televisão.

Quando uma lei eliminou, em 1984, todas as restrições impostas aos comerciais nos horários infantis, muitas empresas do setor de brinquedos passaram a fazer programas utilizando, num método qualificado de subliminar para forçar o consumo, como personagens seus próprios produtos.

8. *A inserção publicitária nos programas de televisão por assinatura*

Estava prevista no projeto governamental que deu origem ao Regulamento do Serviço Especial de Televisão por Assinatura — TVA.

Art. 41 — As entidades exploradoras do TVA poderão destinar, no máximo, cinco minutos, em cada hora, do tempo diário de suas transmissões a inserções publicitárias.

Parágrafo único — Qualquer forma de publicidade direta (“merchandising”) será computada no limite estabelecido.

Mas o Decreto n.º 95.744, de 23-2-1988, que o aprovou limita-se, sumariamente, a aceitar a inserção publicitária na programação do TVA.

Esclarecia a exposição de motivos ter-se admitido a *inserção publicitária a um terço (5 minutos por hora)* da TV convencional, com vistas a se obter uma certa modicidade de preço de assinatura, a par de não se estabelecer concorrência prejudicial à televisão em circuito aberto, que não conta com receita proveniente de faturamento de assinaturas.

9. *A paródia na obra publicitária*

Determinado quadro da “TV Pirata” satirizou comerciais de empresas aéreas, o que as levou a requisitar a fita original do programa com o intuito de promover uma eventual ação indenizatória.

O tema foi ventilado pelo Professor de Direito e Advogado Walter Ceneviva (*Lei Garante Direito à Imagem Publicitária*, publicado na *Folha de S. Paulo*), que distinguiu os dois ramos jurídicos envolvidos: o direito autoral e o do direito à imagem. O primeiro aspecto decorre da natureza artística do anúncio de publicidade. Este pode ser, apesar de seu fundamento comercial, uma criação coletiva de arte, protegida como tal pela lei. Essa conclusão pode ser confirmada em estudo de ANTONIO CHAVES sobre o assunto no livro “Cinema, TV — Publicidade cinematográfica” (LEUD Editora, 328 páginas).

“O anúncio para a televisão é um produto intelectual, enquanto criação exteriorizada sob forma de filme ou de videotape. Trata-se de uma obra de arte aplicada e como tal assim considerada sempre que o valor artístico possa ser dissociado do caráter comercial de seu objeto. O autor do anúncio — a agência de publicidade ou terceiro contratado — cede seus direitos ao anunciante, para utilização plena ou restrita.

Tanto o autor do anúncio quanto os artistas (atores, compositores, intérpretes) têm exclusivo direito de colher os benefícios da criação ou de permitir seu aproveitamento, por quem quer que seja.

Quando a autorização não existe ou quando é negada, o uso do anúncio, no todo ou em parte, é proibido. Se alguém o usar sem ser autorizado, arrisca-se a sofrer duas conseqüências básicas. A primeira é uma interpelação que proíba novas infrações, mediante ordem expedida pelo juiz. A segunda consiste na cobrança das perdas e danos provocados pelo ato ilícito do mau uso, conforme vier a ser comprovado em juízo.

O direito veda o uso da imagem física ou moral de alguém sem seu consentimento. A "imagem" da pessoa jurídica é imaterial, mas também encontra proteção no direito. Para fins publicitários a imagem é exteriorizada por vários modos, nos quais a identificação é imediata. Ninguém tem dúvida de que as letras "TAP" na cauda de um avião indicam a "Air Portugal" (Transportes Aéreos Portugueses"). Talvez nem todos saibam o que é a Viação Aérea São Paulo Sociedade Anônima, mas serão raros aqueles que ignorem o que é a VASP.

Prosegue no assunto, por sua vez, o advogado, compositor e ex-Presidente do Conselho Nacional de Direito Autoral, JOSÉ CARLOS COSTA NETTO, destacando ser a paródia permitida pelo art. 50 da Lei n.º 5.988/73, art. 50:

"São livres as paráfrases e paródias que não forem verdadeiras reproduções da obra originária, nem lhe implicarem em descrédito."

"No caso concreto, que não consiste (a exemplo, também, dos demais quadros satíricos do programa) mera reprodução (mesmo que parcial) da obra originária, é necessário, apenas, que se verifique se estaria acarretando, ou não, descrédito à obra originária (o filme publicitário em discussão).

Não deixa de ser uma tarefa delicada tal verificação: a simples forma "jocosa", cômica, até ridícula de utilização (criativa) da obra intelectual (que pode ser uma música, uma poesia, ou, como é o caso, um *jingle* sincronizado em filme publicitário) é própria à conceituação de "paródia", que é a imitação burlesca (ridicularizante) da obra."

Assim, o seu "descrédito" (terminologia legal) não pode se limitar apenas a esse conteúdo satírico. É necessário que o escárnio empregado implique em verdadeira "disonra", em real "depreciação" da obra aproveitada. A dificuldade, no seu entender, será precisar com exatidão essa tênue linha que separa o "ridículo" do "depreciativo" e, a partir daí, reprimir — ou não — os autores da paródia e os co-responsáveis pela ilicitude (no caso a Rede Globo e demais envolvidos). Naturalmente, se fosse o caso de "concorrência desleal" (se a paródia fosse patrocinada, direta ou indiretamente, por alguém que tivesse interesse em prejudicar as atividades da concorrente), o tratamento do assunto deveria levar em conta esse fator, em benefício do prejudicado (aqui a má-fé seria evidente e a penalização do infrator seria merecida).

Direito de Autor: violações em obra arquitetônica encomendada

CARLOS ALBERTO BITTAR

Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. Professor Adjunto de Direito Civil na Faculdade de Direito da USP. Regente de Direito de Autor nos Cursos de Bacharelado e de Pós-Graduação

“Tout le système du droit d'auteur, y compris les dispositions relatives aux contrats de cessions, a pour but d'assurer une protection efficace des intérêts qu'attache le créateur intellectuel à ses productions. C'est dans ce but que les législateurs modernes ont édité des règles plus ou moins complètes tendant à *limiter strictment la portée des cessions, à réserver à l'auteur* tous les prérogatives qui ne rentrant, pas, selon une *interprétation étroite*, parmi les droits dont il s'est départi” (STIG STROMBÖLM: “La concurrence entre l'auteur d'une oeuvre de l'esprit et le cessionnaire d'un droit d'exploitation”, 1969, p. 11).

SUMÁRIO

1. Direitos autorais nos contratos de prestação de serviços: a reserva ao autor dos direitos não previstos por expresso. 2. O uso não autorizado como ato ilícito. 3. A situação na obra de encomenda. 4. A posição da obra arquitetônica nesse contexto. 5. A obra arquitetônica como ideação. 6. Condições da proteção em concreto. 7. Alcance do requisito da originalidade. 8. A plena protegibilidade da obra arquitetônica. 9. Situação dos direitos de autor nessa obra: a obra sob encomenda. 10. Atos ilícitos em usos de obras intelectuais. 11. Os ilícitos praticados contra obras arquitetônicas. 12. Sanções a esses ilícitos: a reparação dos danos. 13. A posição da matéria na jurisprudência: o caráter protetivo ao criador. 14. A jurisprudência nacional quanto a obras arquitetônicas. 15. Análise dos casos mais recentes. 16. Conclusões.

1. *Direitos autorais nos contratos de prestação de serviços: a reserva ao autor dos direitos não previstos por expresso.*

Estruturado para reger as relações jurídicas decorrentes da criação e da utilização econômica de obras intelectuais estéticas, das artes, da literatura e das ciências, o Direito de Autor reveste-se de sistematização própria, em função da existência de vínculos pessoais e patrimoniais entre o autor e a obra, edificada à luz de duas noções fundamentais: a da *intangibilidade* do liame subjetivo e a da *exclusividade* do titular para a utilização econômica da obra.

Com efeito, nascidos com a criação da obra e perenemente relacionados com o seu autor, os direitos denominados “morais” são inatingíveis, espalhando-se pela vida toda do criador e, mesmo, após a morte, na defesa dos *laços pessoais* que ligam o homem às emanções de cunho estético de seu intelecto.

Por sua vez, os direitos “patrimoniais” — por meio dos quais se realiza a participação do autor na utilização econômica da obra — traduzem-se por diferentes prerrogativas que, surgidas de fato com a comunicação da obra, ingressam na circulação jurídica, carreando, para o criador, os *proventos pecuniários* correspondentes a cada distinto processo, mas sempre sob a égide do princípio basilar que nela impera, a saber, o da autorização do autor para cada uso possível.

Destinado a possibilitar ao criador o controle da utilização de sua obra, na preservação dos direitos mencionados, a inobservância desse preceito, ao mesmo tempo em que *rompe* o elo entre o autor e sua criação, *deixa de integrar* a seu patrimônio os resultados econômicos correspondentes, caracterizando, pois, como ato ilícito, violação a direitos autorais, mesmo quando, originariamente, vinculados por contrato o autor e o usuário da obra.

Aplicável, aliás, a situações outras nascidas de relações contratuais — em que o *ilícito* pode existir, tanto no descumprimento, total ou parcial, do avençado, como no abuso, ou na extrapolação de seus termos — assume especial gravidade no plano do Direito de Autor, ante aos delicados mecanismos de defesa da personalidade ínsitos nos direitos morais, como bem anota HENRI DESBOIS:

“Sans doute, il a comme point d’application l’oeuvre, mais en tant qu’elle porte l’empreinte de la sensibilité, de l’intelligence de celui qui l’a conçue et réalisée.

Par la même, les attributs du droit moral se situent parmi les droits de la personnalité: ils occupent la sphère de la personnal-

té intellectuelle, en tant qu'elle s'extériorise en des oeuvres marquées de son sceau." (*Le Droit d'Auteur en France*, 1966, p. 422).

Conseqüentemente, pela imposição da *reserva ao autor* de todos os direitos não expressamente compreendidos no âmbito do ajuste — tanto os de reprodução, como os de representação, eis que a obra se comunica com ou sem fixação material —, a sistemática do Direito de Autor protege o criador, mantendo em seu patrimônio usos não autorizados; por isso é que, em todas as convenções sobre direitos autorais, depois de assinalar que:

"L'objet de l'autorisation accordé par l'auteur sur son oeuvre, d'une manière générale, l'objet du contrat, doit être rigoureusement précisé."

salienta ALAIN LE TARNEC:

"S'il ne l'est pas d'une manière suffisante, il appartient au judge d'interpréter étroitement la convention, le cas échéant",
concluindo, ao depois, que:

"l'auteur conserve tous les droits autres que ceux dont il n'a pas disposé en termes précis et non équivoques." ("Manuel de la propriété littéraire et artistique," 1966, p. 110).

Essa orientação, aliás, coaduna-se com a própria essência do Direito de Autor, que, como direito especial, sujeito a princípios e a regras próprias, reclama interpretação *estricta* dos negócios jurídicos com os direitos patrimoniais, face à sua *ratio* especial de proteção do homem enquanto criador de obras intelectuais, como assentamos em nossos artigos "Interpretação no Direito em geral" (RT — 493/24) e "Interpretação no Direito de Autor" (RF 266/67) (em nosso direito, Lei n.º 5.988/73, art. 3.º).

2. O uso não autorizado como ato ilícito

Com isso, o *uso não autorizado* da obra constitui ato ilícito, consistente em violação a direitos autorais, enquadrando-se, como tal, aquele oriundo de ação, ou de repetições de ações, não previstas no âmbito do ajuste, seja ele de direito comum, seja específico de direito autoral.

Com efeito, compatível a utilização econômica de direitos com várias modalidades contratuais — que enumeramos e discutimos em nosso livro *Direito de Autor na Obra Feita sob Encomenda* (pp. 27 e ss.) —, em qualquer delas a extrapolação aos limites contratuais representa *violação* aos direitos autorais, podendo atingir, a um só tempo, componentes morais e patrimoniais de sua estrutura e distintos entre si, face aos princípios básicos

da individualização dos direitos em questão, de sua independência teórica e prática e da geração de direitos em cada processo de comunicação da obra, aliás, sufragados, expressamente, em nossa legislação (Lei n.º 5.988 de 1973, arts. 25, 29, 30 e 35).

Seja na vinculação autônoma de prestação de serviços, seja na relação empregatícia, donde se originam diferentes tipos de obras sob encomenda (livro cit., pp. 117 e ss), a verdade é que, à exceção da obra dirigida pelo encomendante — a saber, aquela em que a sua participação reduz a atividade do autor a puro trabalho mecânico —, *nenhum outro direito* adquire o encomendante senão aqueles definidos no contrato ou referentes ao uso da obra da *finalidade ajustada*.

3. A situação na obra de encomenda

Mais limitado, ainda, mostra-se o espectro de direitos do encomendante na contratação autônoma de serviços, em função da própria índole da obra sob encomenda, eis que, criando livremente, como anotamos no citado livro:

“o autor goza da totalidade dos direitos que a lei lhe assegura”
(p. 124).

Daí, aos expressos termos do respectivo ajuste resume-se o elenco de direitos que compõe a *posição jurídica* das partes, observadas sempre as premissas expostas, face à natureza mesma dos direitos autorais e à essência da encomenda que constitui, como frisamos, mero título *derivado* de aquisição de direitos patrimoniais (p. 72), de sorte que o encomendante, na obra de arte,

“não adquire senão a propriedade corporal do objeto em que se insere a obra.”

Em nada altera, ademais, a situação face à existência de vínculo laboral, pois, mesmo nessa hipótese, ou seja, de autor assalariado, a remuneração restringe-se ao uso da obra na finalidade contratada, não podendo, pois, extrapolar a empresa aos termos do ajuste, aplicando-se o raciocínio com precisão à obra arquitetônica, de sorte que, sem autorização do autor do projeto, não pode a empresa construtora (ou outra) utilizá-lo em finalidades distintas, ou reproduzi-lo em planos sucessivos (p. 150).

4. A posição da obra arquitetônica nesse contexto

A propósito, insere-se perfeitamente a esse sistema a obra arquitetônica, desde que, como as demais criações protegidas pelo Direito de Autor, se revista de *originalidade*.

Com efeito, de há muito goza a referida espécie de *proteção* autoral e, no Brasil, por expressa disposição da lei própria, que contempla:

“os projetos, esboços e obras plásticas concernentes à geografia, topografia, engenharia, arquitetura, cenografia e ciência” (art. 6.º, inciso X).

Definindo a arquitetura, salienta ISIDRO SATANOWSKY que:

“Es el arte de proyectar y construir edificios y sus interiores por medio de planos y dibujos. Crea la decoración, en la que desarrolla la vida humana.”

Nessa arte, os criadores têm, ao longo dos tempos, agido em função das idéias de comodidade e do bom gosto, de sorte que, como acentua,

“De la combinación no sempre racional y equilibrada de estos dos elementos y con la intervención de factores concurrentes, han surgido los estilos de la arquitectura y del mobiliario, caracterizado por rasgos más o menos constantes y que responden a las ideas generales y las condiciones sociales y políticas de la época en que nacen” (*Derecho Intelectual*, 1954, I, pp. 223 e 224).

Denotando integração, como em outras espécies de obras, de elementos estéticos e utilitários, encontrou essa espécie certa discussão, quando de sua inserção ao sistema autoral, exatamente quanto à definição de sua essência, ou seja, na determinação da configuração do tipo: se o projeto ou se a sua materialização.

5. *A obra arquitetônica como ideação*

Mostrando, a propósito, a diferença entre ideação e reprodução e separando esta da atuação, explica CARLO CRISTOFARO a proteção da obra arquitetônica como ideação no âmbito do direito autoral, eliminando certas arestas que a confusão entre esses conceitos provocava, para assentar que:

“Quel complesso di disegni o piani son per lui, graficamente riprodotto, il suo edificio o il suo monumento. Piu si avvicina alla riproduzione típica se egli, valendosi del tipo di riproduzioni plastico, esegue un modelo; ma la riproduzione típica rimarrà sempre quella architetonica perchè in una architettura consiste la sua ideazione e non in altro. La notazione grafica è una riproduzione abbreviata, una sorta di cifra. Egli vede per entro i brevi segni il movimento delle masse, vi aggiunge i rapporti di colore che mancano, supplisce con l'immaginazione a quanto difetta nel disegno: il contenuto dell'ideazione coincide soltanto con le dimensioni, le proporzioni, i colori dell'edificio intero.” (*Trattato del Diritto d'Autore e d'inventore*”, 1931, p. 183).

Reafirma, na verdade, esse autor a posição defendida por PIOLA CASELLI — o mais importante tratadista da matéria e responsável pela defesa e pela sagração da unidade do Direito de Autor, na Convenção de Roma, de 1928 —, que, a respeito da situação da obra arquitetônica, havia assentado que:

“L’opera architettonica, infatti, ha in sè tutti i requisiti di un’operatutelabile, ed essa non esiste realmente, come opera compiuta e perfetta, se non quale costruzione architettonica, i disegni e modelli architettonici in piano o rilievo non essendo che abbozzi, elementi o frammenti dell’opera stessa. La costruzione architettonica è, veramente, il risultato di un’attività mentale creatrice che porta nil mondo esterno una rappresentazione artistica di un contenuto di fatti o di idee, e se, per le esigenze della costruzione e il numero relativamente limitato di tipi di costruzione, possono esse acarsi i casi di architettura originale, ciò deve portare alla conseguenza, non escludere la tutelabilità, ma di accordarle solo quando tali casi si ritrovino, tenendo sempre presente il principio che l’originalità dell’opera può essere data dalla nuova armoniariunione o combinazione di elementi o stili noti e di dominio pubblico. (*Trattato del Diritto di Autore e del contratto di Edizione*, 1927, pp. 190 e 191).

Inserindo-a como representação — dentro de sua concepção do caráter representativo da obra —, define, com precisão, que *da harmonia nova de elementos conhecidos* é que se deduz a originalidade na arquitetura, realçando, ainda, que:

“E non osta nemmeno alla tutelabilità la destinazione immobiliare dell’opera, l’essere questa una parte di vie, piazze, prospetti pubblici e l’impossibilità di confiscare costruzioni chesiano contraffazione; perchè tutto — ciò — come altresì l’esercizio del diritto di proprietà sull’opera costruita — porterà soltanto a modificazioni od attenuazioni nell’esercizio — delle facoltà contenute nel diritto di autore, senza però paralizzare l’esercizio medesimo, nè escludere però l’interesse dell’architetto alla tutela dell’opera architettonica” (p. 191).

Como se verifica, consistindo a criação na ideação arquitetônica e expressando-se em um plano, a obra em questão goza de plena proteção, na medida em que represente, pela *escolha, pela ordenação e pela combinação de vários elementos*, forma original, em estruturação harmônica e individualizada.

6. Condições de proteção em concreto

É que, a exemplo das demais obras de cunho estético, o amparo legal estende-se à forma criada pelo autor, de caráter original, dotada de um *mínimo de originalidade* que revele o esforço criativo do autor.

Bem distingue esses fatores MARIO ARE, que, analisando o objeto do Direito de Autor em todas as suas nuances, explica a criatividade como:

“il fatto che l’opera de ll’ingegno costituisca un *quid novi*, un prodotto dell’intelletto concretante apporto del singolo al preesistente patrimonio intellettuale comune.”

Daí decorre a sua originalidade, que, objetivamente, constitui:

“l’attitudine che l’opera presenta, in misura corrispondente, a distinguersi dalle altre produzioni, in conseguenza della *creatività* degli elementi da cui è composta.” (L’Oggetto del Diritto di Autore, 1963, pp. 49 e 63).

Por isso é que, em outro livro, escrevemos que, por *criatividade*, se deve entender:

“o algo novo, o produto intelectual inserido pelo autor no mundo exterior ou a individualização da representação do pensamento.”

enquanto que, por *originalidade*, cumpre considerar-se:

“os elementos distintos da obra, vale dizer, as características intrínsecas próprias que a distinguem de outras.”

Face a isso, deve a obra encerrar contribuição do autor em sua *organização, escolha e disposição* das matérias, enfim, ter caracteres distintivos próprios (*Direito de Autor na Obra Publicitária*, 1981, pp. 42 e 43).

Nesse sentido, escreve ZARA ALGARDI, mostrando que, pelo critério comparativo, o *confronto* entre os elementos criativos do respectivo contexto poderá individualizar a existência, ou não, de identidade:

“La personalità creative dell’autore si manifesta nella organizzazione e composizione originale degli elementi che concorrono a formare l’opera e che costituiscono la “forma individuale di espressione”; conseguentemente, mentre la utilizzazione di elementi individuali dell’opera altrui è lecita, la usurpazione illecita di tutti gli elementi fondamentali nei quali si concretizza la creazione originale, costituisce un plagio. Per constatare se vi è contraffazione nella utilizzazione di elementi di un’opera preesistente, occorre quindi esaminare se la forma di espressione dell’una e dell’outra opera è identica o sostanzialmente la stessa o se le due opere costituiscono due espressioni originali differenti.”

A *individualidade* da criação resulta, pois, como

“frutto di una speciale elaborazione psichica, implicante un organico collegamento delle varie parti o unità elementari di un’attività complessa dello spirito, che si presenti in una forma ben definita e individuata.” (*Il Plagio Letterario e il Carattere Creativo dell’Opera*, 1966, pp. 377 e 378).

7. *Alcance do requisito da originalidade*

Na explicação desses conceitos e com profundidade, esclarece MARIO ARE que esse fator se revela, no contexto criativo existente, pelas *diferenças* que a obra apresenta em relação ao acervo do momento, mostrando-se, pois, distinta das demais:

“Perchè un’entità possa divenire oggetto di rapporti giuridici è necessario che sussistano i presupposti essenziali della sua identificabilità e determinabilità. A tal fine è necessario che l’entità considerata abbia una ‘forma’ e cioè una sua costituzioni sostanziale ed una sua delimitazione che permettano di isolarla, sia pure idealmente, dalla reattà, circostante. Nè il possedere una ‘forma’ è caratteristica esclusiva delle cose materiali, dato che anche il frutto di sensiero acquista una sua individualità oggettiva solo in virtù di caratteristiche organiche e della possibilità di individuazione nell’ambito della realtà intellettuale, distinguendosi così dal pensiero degli altri soggetti e fissandosi nel divenire della stessa vita spirituale del suo autore.” (Pp. 130 e 131.)

Isso se justifica exatamente porque, em toda criação intelectual existe o *inexorável aproveitamento do acervo comum* da humanidade, de que mesmo inconscientemente, o autor se vale, em todo e qualquer gênero, daí por que o conceito de originalidade se reveste de sentido relativo, permitindo a tranqüila absorção, pelo Direito de Autor, de derivações de textos primígenos (como, por exemplo, o resumo, a adaptação, o arranjo etc.)

Esse, aliás, é o ponto *diferencial* dos direitos autorais dos direitos industriais, prevalecendo, nos últimos, a novidade em sentido absoluto, exatamente em função de princípios e de regras próprias do setor.

Por essa razão é que, resumindo o entendimento prevalecente, HENRI DESBOIS salienta que:

“Il suffit, pour qu’une oeuvre donne prise aux droits d’auteur qu’elle soit originale, au sens *subjectif* du mot: point n’est besoin qu’elle soit *nouvelle*, au sens *objectif*. (Ob. cit. p. 5.)

Isso significa que prospera, na matéria, a noção de que, para a proteção pelo Direito de Autor, deve a obra primígena oferecer um *mínimo de originalidade*, sustentando, assim, NICOLA STOLFI que:

“É tutelata delle lege nel diritto di autore ogni opera litteraria, scientifica o artistica, che presenti un minimo d'impronta dell'attività personale dell'autore.” (*Il Diritto di Autore*, 1932, I, p. 123.)

8. *A plena protegibilidade da obra arquitetônica*

A protegibilidade dessa criação, na lei, é *plena*, recebendo, a nível internacional, consagração tranqüila em todos os países que têm editado normas próprias para a regência dos direitos autorais.

Já NICOLA STOLFI atestava esse fato, depois de discutir as *peculiaridades* desse tipo de obra, salientando que, como nas demais criações,

“Il diritto di autore é sorto per incoraggiare l'iniziativa individualè, in vista dei progressi che da questa sarebbero potuti derivare alle arti e alla scienze.

L'utilità generale deve quindi cedere davanti ai diritti riconosciuti all'artista. Nè poi deve preoccupare il fato, che è impossibile la confisca dell'opera contraffatta, perchè la stessa impossibilità si avvera tal volta anche per la privative industriali. Inoltre si possono ben domandare le altre conseguenze derivanti dalla contraffazione, ad es. il sequestro e la confisca dei piani, dei disegni che sono stati necessari per scrizione sull'opera del nome dell'architetto, ecc. In fine, l'uso inveterato di non sperimentare le proprie ragioni non prova nulla, e, anzi, rende più necessaria una benefica reazione nella dotrina e nella giurisprudenza.” (Ob. cit. p. 234.)

A inserção no sistema significa, pois, a plena subsunção aos princípios expostos, de sorte que, *vedado* a terceiros, fica qualquer uso não consentido pelo autor.

Realçam PAOLO GRECO e PAOLO VERCELLONE esse ponto, explicando o *alcance*, pelo regime, tanto do projeto como da obra arquitetônica resultante:

“La legge prevede como oggetto della protezione alternativamente le opere ed i disegni. Ovviamente ciò non significa che nel caso di opera architettonica realizzata concretamente vi sia una doppia protezione: più semplicemente la norma assicura protezione autonoma ai progetti ancora non realizzati o addirittura destinati a priori a non esseri realizzati: protezione che significa divieto per i terzi sia di riprodurre il progetto come tale, sia di utilizzarlo per la realizzazione di una determinata opera architettonica.” (*I Diritti sulle opere dell'ingegno*, 1974, p. 80.)

9. Situação dos direitos de autor nessa obra: a obra de encomenda

Nessa obra, pois, como nas demais, ao autor é reservado o respectivo uso, que pode autorizar a terceiros, se e quando lhe aprouver e nos exatos termos dos negócios jurídicos celebrados, observadas, ainda, as normas de ordem pública existentes na lei para a defesa do criador, sob pena de nulidade.

Como bem salienta ANDRÉ HUGUET:

“*Toute règle contenue dans la loi du 11 mars 1957*” (a lei francesa de direito autoral, na qual se abeberou o nosso legislador) “*destinée à défendre les droits des auteurs est une règle d’ordre public, à moins que le texte ne contienne des expressions analogues à celles-ci: “sauf convention contraire” ou “à défaut de convention contraire.”*”

Daí por que convenções em contrário são despidas de eficácia, circunscrevendo-se, aos respectivos limites, os ajustes correspondentes, que se interpretarão à luz do critério exposto, tornando, outrossim, ilícitos usos não correspondidos ou que extrapolem ao respectivo alcance.

Analizando obras de arquitetura feitas por encomenda, PAUL DANIEL GÉRARD assinala que:

“Los arquitectos, a pesar del contrato de arrendamiento de obra que les liga a sus clientes, conservan los derechos de autor sobre sus planos”,

referindo-se à sentença do Tribunal de Paris (28-4-1921), em que se decidiu que:

“el contrato por el cual el propietario de un terreno encomienda a un arquitecto la construcción en el mismo de un edificio, constituye un arrendamiento de obra que excluye toda idea de cesión o de venta por parte del arquitecto, el cual conserva la propiedad de sus planos y tiene la facultad para perseguir por vía judicial la imitación de su obra, sobre la cual puede alegar el derecho de propiedad artística...” (*Los Derechos de Autor en la Obra Matográfica*, trad., 1958, pp. 130 e 131).

Por isso é que, no caso de cessão expressa de direitos, conforme manifestação em várias decisões, os autores

“conservan en todos los casos las prerrogativas de orden moral sobre sus obras” (p. 131).

10. Atos ilícitos em usos de obras intelectuais

Definindo em concreto os ilícitos na arquitetura, depois de demonstrar a *protegiabilidade* da correspondente criação, salienta EUGENE POUILLET, em função do exposto, que:

“Nul ne pourra s'emparer de son travail à son détriment, et, par suite, il y aura contrefaçon, non seulement à reproduire un édifice qui serait la copie de l'édifice objet du droit privatif, mais encore à copier celui par le dessin ou tout autre art semblable.” (*Traité Théorique et Pratique de la Propriété Littéraire et Artistique et du Droit de Répresentation*, 1908, p. 125.)

Os limites da utilização são descritos por STOLFI, à luz da circulação jurídica da obra, fazendo a diferenciação entre a criação e o seu suporte material, para demonstrar que o *uso se circunscreve à finalidade própria*, vedada a reprodução, inclusive para o adquirente de exemplar da obra, *verbis*:

“Per altro il diritto di riproduzione non può andare oltre i limiti, che lo stesso suo scopo gl'impone.

Infatti esso mira a riserbare all'autore la diffusione dell'opera; ma può non essere vietato che l'acquirente di un 'esemplare' di essa ne ritragga tutte le altre utilità di cui è capace.

Perciò egli lo potrà alienare, donare o dare in comodato; transcrivere i brani che gli piacciono dappiù in appositi quaderni; farsene addirittura una copia autografa, se il capriccio glielo suggerisca, o se egli voglia meglio fissare nella mente il contenuto dell'opera distruggerlo finanche, salvo che ciò non leda altro diritto dell'autore come se, per fargli ingiuria, alcuno gli stracciasse in faccia il libro o pubblicamente lo bruciasse. Insomma l'esemplare è un oggetto materiale capace di dominio, e su di esso si possono esercitare tutti i diritti dominicali. Ma non potrebbe l'acquirente dell'esemplare invadere la sfera giuridica riserbata all'autore dell'opera; non potrebbe riprodurlo in qualunque maniera e con qualunque mezzo, poichè il diritto di riproduzione spetta intero e indeminuto all'autore. Quindi, non solo è vietata la riproduzione, per mezzo della stampa, della litografia, dell'incisione, e simili, ma anche quella autografa, giacchè non è il 'mezzo', ma lo 'scopo' che si vuole interdire” (lo cit.).

No *mesmo sentido*, analisando a situação, no âmbito dos contratos para exploração de obra, escreve PONTES DE MIRANDA:

“Se o titular do direito autoral de personalidade, que é titular do direito de propriedade da coisa de que se tirou a espécie nova e na qual, portanto, o bem intelectual se inseriu, aliena a propriedade dela, nem por isso aliena o direito autoral de exploração, que é direito de propriedade intelectual. O que adquiriu a tela ou a escultura não adquiriu o direito autoral de exploração em multiplicação de exemplares, ou em radiocomunicação. O museu, que adquire a tela, precisa adquirir o direito de reproduzir (direito autoral de exploração) para poder orga-

nizar o catálogo com reproduções. O dono de telas, somente por adquirir, não adquire o direito de fazer catálogos com reprodução. O dono da obra tem o dever e a obrigação de atender ao exercício do direito autoral de reprodução por parte do titular, podendo por aquele ser exigida segurança de restituição.” (*Tratado de Direito Privado*, v. XVI, pp. 65 e 66.)

Explicando o *alcance* das violações, acentua TULLIO ASCARELLI:

“Esta individualidad, en la obra del ingenio, existe incluso frente a la forma que hemos llamado interna (o frente a lo que Kohler llamaba la concepción fantástica de la obra) cuya reproducción, aunque no se trate de una imitación servil, será suficiente para determinar la imitación aunque no comprenda también (como ocurre, precisamente, cuando la violación del derecho de autor se verifique mediante elaboraciones creadoras de la obra, violando por tanto la exclusiva del autor de la obra originaria en lo relativo a sus reelaboraciones) la forma externa solamente se refiera a partes o elementos de todos modos, característicos. Existirá imitación cuando la obra presente sustanciales semejanzas con otra preexistente en sus elementos esenciales, del mismo modo que puede existir cuando esta semejanza se refiera a una parte de la obra, mientras que no existirá imitación cuando las semejanzas no conciernan a la individualidad de la obra, como ocurre cuando se refieran a elementos carentes de novedad u originalidad o a ideas de dominio común. Podrá por tanto existir imitación y plagio incluso entre obras de distinto género (obras cinematográficas y literarias) ya que la diversidad del género no impide la existencia de una ilícita utilización de la obra ajena en su individualidad.” (*Teoría de la Concurrencia y de los Bienes Inmateriales*, trad. 1970, p. 649.)

Resumindo, LUIGI DI FRANCO salienta, em termos *gerais*, depois de examinar o respectivo alcance, que:

“per contraffazione in senso lato può intendersi qualsiasi abusiva invasione delle riserve giuridiche garentie della legge all'autore sulla sua opera dell'ingegno”.

Com isso, em senso *estrito*, escreve o citado autor que:

“Questa conclusione permette di identificare agevolmente anche la contraffazione in senso stretto, intesa cioè nei limiti dell'abusiva riproduzione, rappresentazione, esecuzione o diffusione dell'opera dell'ingegno, allorchè a tali mezzi di utilizzazione

si ricorra illecitamente in modo servil, cioè seguendo in ogni dettaglio, anche nella forma estoriere, l'opera dell'ingegno così com'è stata estrinsecata dall'autore." (*Proprietà Industriale, Letteraria ed Artistica*, 1936, p. 752.)

11. *Os ilícitos praticados contra obras arquitetônicas*

A *ilicitude*, no caso de obra arquitetônica contratada, reside, dentre outras situações, na *repetição em* outros planos (hipótese mais comum), *sem a necessária consulta* ao autor, que lhe retira, de início, a possibilidade de exercer seus direitos morais sobre a obra, fiscalizando a sua execução e o seu uso e cuidando da preservação de seus caracteres básicos, e, de outro, subtrai o ingresso em seu patrimônio de verbas que, da autorização e de outros usos compatíveis, poderiam advir-lhe.

Na repetição sucessiva de projeto-matriz encomendado para um edifício ficam, pois, *duplamente atingidos* os direitos autorais, prejudicando-se, sensivelmente, o criador, pois se inibe o respectivo potencial econômico, tolhendo-lhe usos outros possíveis e, com isso, locupletando-se *indevidamente* o outro contratante, com a economia pecuniária decorrente da ausência de participação do criador.

E essa utilização indevida pode perpetrar-se, a par de outras situações, sob forma de *reprodução pura e simples* do projeto-matriz — que caracteriza a contrafação — ou de *aproveitamento substancial* de seu teor —, que configura o plágio —, *ambos violações* de direitos autorais, que doutrina e jurisprudência têm verberado, impondo a *reparação* dos danos, tanto *morais*, como *patrimoniais*, sofridos pelo titular.

12. *Sanções a esses ilícitos: a reparação dos danos*

Surge então a *necessidade de reparação*, que se pode estender por campos diferentes do Direito à luz da tutela própria dos direitos intelectuais, realizando-se, no campo civil, os seus mais importantes efeitos, exatamente os de recompor no patrimônio do autor as perdas sofridas com a violação, em que se computam os *danos emergentes* e os *lucros cessantes*.

É ZARA ALGARDI quem descreve o *alcance da reparação* — que deve compreender todos os danos morais e patrimoniais sofridos pelo autor —, *verbis*:

La valutazione del danno deve adunque avvenire sul pregiudizio subito dall'autore: il criterio risponde a quello che è il criterio generalmente ammesso dalla dottrina e dalla giurisprudenza in materia di risarcimento del danno. Tale valutazione dovrà tener conto di tutti gli utili economici che sono steti sottratti all'autore con la diffusione dell'opera plagiaria, dovrà esser tenuta presente

l'entità di tale diffusione, così come la possibilità de diffusione che aveva l'opera originaria e l'entità della sua menomazione, con riguardo non solo alla situazione presente, ma a quella che in futuro potrà determinarsi, col permanere nel nesso di causalità tra il fatto illecito e tale situazione, che risulterà alterata di fronte a quella che sarebbe determinata se tale fatto non fosse intervenuto."

Quanto a extensão do dano *moral*, escreve que:

"Per quanto riguarda il danno morale, la somma del risarcimento non potrà ripagare il dolore e il diminuito godimento del diritto, ma potrà però compensare il danno divenendo fonte di nuove soddisfazioni morali." (*Il plagio Letterario e il Carattere creativo dell'Opera*, 1956, pp. 735/6.)

A indenização deve ser paga sempre que atingidos os *direitos básicos* do arquiteto e, mesmo à luz do direito de repúdio — peculiaridade da obra arquitetônica, que a lei contempla, no caso de modificação da obra durante a construção —, sempre é necessária a *prévia consulta ao autor*, exatamente para possibilitar-lhe o *efetivo* exercício desse direito.

13. *A posição da matéria na jurisprudência: o caráter protetivo ao criador*

A textura exposta — quanto ao sistema de direito autoral, como ao da obra arquitetônica — encontra *plena concretização na jurisprudência*, onde o espírito protetor ao criador se revela nítido e cristalino, ao longo dos anos.

As decisões mais antigas a respeito encontram-se na jurisprudência francesa — onde, aliás, se assentou o aspecto moral desses direitos, daí passando para as convenções e as leis internas dos países —, analisada, com profundidade, por STIG STROMHÖLM, que acentua o *caráter protetivo* do autor, em todas as decisões, e à luz dos princípios expostos, nos sistemas estudados, a saber: francês alemão e escandinavo (*Le Droit Moral de l'Auteur en Droit Allemand, Français et Scandinave*, 1966).

Entre nós, desde antes da lei especial, esse caráter protetivo ao autor e o alcance limitado dos contratos por ele celebrados encontram respaldo na jurisprudência, que sempre *repeliu*, a par de outros, *usos excedentes* aos termos do contrato (não autorizados, pois, pelo titular) e com respeito a tipos vários de obras, como assinalamos em nosso artigo "Interpretação no Direito de Autor", em que analisamos várias decisões, referindo-nos ora às seguintes:

a) vedação da reprodução da obra sem autorização (RT 243/399, em que se assentou que o prejuízo está insito no ato ilícito);

b) edição de obra acima do número contratado (constituindo contração o excesso; RT 219/578, obra literária; e RT 304/181, obra musical);

c) reprodução fraudulenta de obra de pintura deixada para venda (RT 307/311);

d) reprodução de obra literária em jornais diferentes de mesma empresa (RT 222/296);

e) reprodução de obra de pintura em estampas menores (RT 225/303);

f) reprodução, em resumo, de peça para a qual a cessionária tinha direito de adaptação para cinematográfica (RT 210/104);

g) impressão de livro com violação a direito de autor (RT 495/189).

Mais recentemente e ainda consoante a mesma linha, foi condenada a reprodução de obras em outros meios (RT 505/215; 508/259; 564/71; 571/97), tendo o Supremo Tribunal confirmado, em precioso julgado, a ressarcibilidade do *dano moral*, “independentemente da prova tópica de haver sofrido prejuízo econômico” (RTJESP 94/386).

14. *A jurisprudência nacional quanto a obras arquitetônicas*

Especificamente sobre *obra arquitetônica*, também prospera na nossa jurisprudência a *mesma diretriz*, condenando-se usos que ou *extravasem* aos limites do respectivo negócio jurídico, ou aproveitem a obra, com a *introdução de modificações* não consentidas.

No caso *padrão* de nossos Tribunais, narrado em RT 433, pp. 21 e 22, a repetição do projeto contratado em prédios posteriores, sem autorização do criador, foi considerada *violação* de direitos autorais, tendo a empresa sido condenada a reparar o dano, pois fornecera os dados básicos à agente.

Considerou-se, na hipótese, que as *coincidências* apuradas giravam em torno de “implantação dos blocos no terreno”, no “equilíbrio das massas” e nas “perspectivas”, resultando daí “o mesmo partido”, isto é, “a disposição final das massas, observando-se as disposições dos cheios e dos vazios, das superfícies iluminadas e das sombras,” conforme a nomenclatura própria do setor.

15. *Análise dos casos mais recentes*

Em decisões *mais recentes*, os nossos Tribunais têm verberado os usos indevidos de obras alheias, inclusive no âmbito da arquitetura, onde já se encontram alguns casos específicos de *repetição indevida* de projeto contratado e de *alterações não autorizadas* em projetos realizados.

Assim, em *caso que se ajusta perfeitamente às noções expostas*, a jurisprudência considerou *contrafação* civil a *repetição sucessiva* de projeto-matriz, com a utilização do mesmo “partido básico” (motivação central da obra).

Cuidava-se de situação de uso *indevido*, consistente em *aproveitamento* de “soluções do projeto-matriz”, com a seguinte ementa:

“Violação — Contrafação civil — Construção — Projeto-matriz utilizado indevidamente — Ato ilícito — Indenização devida” (RT 570/72).

Frente à caracterização do ilícito, o Tribunal impôs ao agente o pagamento de correção monetária, dentro da tese da dívida de valor.

Em outra decisão, impôs também condenação ao agente, por perdas e danos, a respeito de projeto arquitetônico elaborado mediante contrato de trabalho e *indevidamente aproveitado* “sem imissão tácita ou expressa” do autor (RT 588/241).

Em outro caso, em que *alterações* foram introduzidas em projeto arquitetônico, mediante a substituição de certos elementos, tendo o aproveitamento ocasionado sua desfiguração, também foi *responsabilizado* o usuário por danos e perdas (Apel. Civ. 69317-1, 2.^a Câm. Civ. TJ ESP, decisão de 27-5-86).

Verifica-se, pois, que *tranqüila* é a posição dos Tribunais a respeito da matéria, na defesa dos direitos dos autores, obrigando os violadores a reparar, moral e patrimonialmente, os prejuízos causados.

16. *Conclusões*

Na defesa de interesses do criador de obras intelectuais estéticas, estruturou-se sistema que tem como idéias-matrizes a da intangibilidade da relação entre autor e obra e a da exclusividade do titular para a utilização econômica da obra. Em consequência, prospera a regra da reserva ao autor de todos os direitos não compreendidos expressamente nos contratos por ele firmados para a exploração de sua criação, os quais recebem, ademais, interpretação estrita, em conformidade com a própria natureza do Direito de Autor.

A esse regime subordina-se, perfeitamente, a obra arquitetônica, em virtude de contemplação legal, de sorte que, convencionada a criação para determinado objetivo e realizada a obra, não pode o encomendante usá-la em outras finalidades, ou dela extrair outras utilizações — como a repetição em outros planos — sem autorização autoral.

A extrapolação do encomendante constitui violação aos direitos autorais do arquiteto — seja em obra nascida de contrato de prestação de serviços, seja em contrato de trabalho —, suscetível de reparação, no plano civil, conforme tem assentado doutrina e jurisprudência.

Entre nós, em incisivos pronunciamentos, tem a jurisprudência considerado como contrafação civil o uso não autorizado de projeto encomendado, seja pela projeção em novos planos, seja por adaptação, seja por modificação não autorizadas, sujeitando o agente à reparação de danos, tanto sob o aspecto moral, quanto patrimonial, em consonância com a sistemática autoral e a índole protetiva ao autor que a inspira.

Noções gerais e medidas necessárias para a regular exibição pública de videofonogramas, com ou sem cobrança de ingressos

JOSÉ CARLOS COSTA NETTO
Advogado

SUMÁRIO

A. Considerações preliminares. B. Os titulares dos direitos envolvidos na utilização de videofonograma. C. As entidades e autoridades competentes no controle do setor cinematográfico/videofonográfico. C.1. O Concine. C.2. A Embrafilme. C.3. O Conselho Nacional de Direito Autoral. D. Conclusão: As medidas necessárias para a regular exibição pública de videofonogramas, com ou sem cobrança de ingressos. D.1. O registro do exibidor. D.2. A utilização de ingressos ou borderôs padronizados. D.3. A quota de obrigatoriedade para exibição de filme brasileiro de longa-metragem e exibição compulsória de filme brasileiro de curta-metragem. D.4. A obtenção de videofonogramas gravados para a sua regular exibição pública, com ou sem cobrança de ingressos.

A. Considerações preliminares

1. O mercado videofonográfico, no Brasil, vem evoluindo rapidamente, mas o sistema de controle dessa atividade, pelos titulares dos direitos correspondente a autoridades públicas competentes, não acompanha, ainda, a acentuada agilidade, variedade e quantidade dessas utilizações no território nacional.

2. Nesse panorama, conhecem-se, apenas, iniciativas individuais de grandes empresas produtoras de cinema e vídeo e diligências esparsas promovidas pelo CONCINE — Conselho Nacional de Cinema — que, obtendo a penalização de alguns usuários infratores, procuram criar precedentes práticos na tentativa de conscientizar os comerciantes desse setor quanto à regularização, mesmo que paulatina, das utilizações desautorizadas, como um todo.

3. As primeiras medidas conhecidas visaram, principalmente, a repressão das reproduções videofonográficas (cópiação) não autorizadas, vulgarmente conhecidas como “pirataria”. Com efeito, com a difusão do mercado de vídeo, ocorreu com mais intensidade no campo da locação de fitas “home video”: a proliferação de “clubes”, pequenas empresas ou pessoas com tal atividade foi impressionante, contando-se, hoje, aos milhares. O problema maior era, portanto, controlar a disseminação generalizada das “fitas piratas”, ou seja, reproduzidas sem autorização dos titulares dos direitos envolvidos.

4. Em oposição à “fita pirata” criou-se a “fita selada” pelo CONCINE/EMBRAFILME, com situação presumidamente regularizada, mas que, embora possa ser objeto de locação, não pode ser reproduzida ou ser dada qualquer outra destinação que não a domiciliar (“home video”).

5. No tocante ao tema específico a ser tratado na presente resposta à consulta que me foi formulada, qual seja, a exibição pública de videofonogramas, a atuação, no controle dessa atividade, dos titulares dos direitos correspondentes ou autoridades ainda não é tão intenso, mas, na seqüência natural dos acontecimentos, é previsível que venha ocorrer.

6. Nesse caminho, passo a expor algumas noções básicas sobre o assunto e a maneira que, conseqüentemente, entendo adequada para o regular exercício dessa atividade.

B. Os titulares dos direitos envolvidos na utilização de videofonograma

7. A legislação brasileira, com apoio constitucional (art. 153, § 25, da Constituição Federal), calcada basicamente na Lei Federal n.º 5.988, de 14-12-73, a exemplo das normas internacionais a respeito, trata o assunto no campo dos “direitos de autor e os que lhes são conexos”, ou, simplesmente, “direito autoral”, denominação legal que engloba essas duas modalidades de direito (art. 1.º do referido diploma legal).

8. A conceituação legal de “videofonograma” é a “fixação de imagem e som em suporte material” (art. 4.º, VIII) e de “produtor videofonográfico” a pessoa física ou jurídica que, pela primeira vez, produz o videofonograma (art. 4.º, X, *a*).

9. No presente caso, como a exibição pública pretendida não seria de produções videofonográficas originárias, mas, sim, de obras cinematográ-

ficas reproduzidas em videofonogramas, aplicam-se, no caso, também as noções relativas à produção (originariamente) cinematográfica. Nesse sentido, a conceituação legal de “produtor cinematográfico” é mais completa: é a pessoa física ou jurídica que “assume a iniciativa, a coordenação e a responsabilidade da obra de projeção em tela” (art. 4.º, X, b).

10. Conseqüentemente, a titularidade dos direitos em discussão deve ser atribuída ao produtor cinematográfico (que, no meu entender, se confunde, para os efeitos ora tratados, com o produtor videofonográfico) para o fim de aplicação do art. 37 da Lei n.º 5.988/73, que estabelece que, salvo convenção em contrário, os direitos patrimoniais da obra pertencem ao seu produtor.

11. Portanto, quem deve autorizar e receber, originariamente, a remuneração correspondente à utilização videofonográfica desejada (que consista mera reprodução de obra cinematográfica) é o produtor da obra cinematográfica em questão.

12. Cabe, apenas, ressaltar que, para a regular assunção pelo produtor cinematográfico, da titularidade exclusiva dos direitos patrimoniais sobre a obra cinematográfica exige a legislação pátria o cumprimento, por este, dos requisitos de natureza legal-contratual previstos nos arts. 85, 87 e 89 da Lei n.º 5.988/73, quais sejam, a regularização, junto aos demais co-autores (o autor do assunto ou argumento literário, musical ou lítero-musical e o diretor), e participantes da obra, de suas respectivas remunerações que poderão ser fixas ou correspondentes a participações em relação à receita obtida pelo produtor com aproveitamento econômico do filme.

13. Finalmente, como o diretor cinematográfico detém, pela lei brasileira (art. 26), a integralidade dos direitos morais de autor, deve-se assegurar o seu respeito, quaisquer que forem as condições da contratação com o produtor para utilização da obra cinematográfica e/ou videofonográfica. Para este caso, os mais importantes são dois: (a) o de indicação destacada do nome do diretor na utilização da obra (art. 25, II) e (b) o de evitar qualquer modificação ou uso tendente a prejudicar a obra, de alguma forma (redução, alteração de ordem, exibição deficiente, etc., da obra), em quaisquer exibições públicas.

C. *As entidades e autoridades competentes no controle do setor cinematográfico/videofonográfico*

14. De início, cabe deixar claro que o Poder Judiciário é a instância competente para dirimir, de forma definitiva, os conflitos entre os titulares dos direitos autorais envolvidos, demais participantes da obra cinematográfica/videofonográfica, os usuários, entidades e autoridades administrativas etc.

15. Contudo, foram criados, na estrutura do Poder Executivo, órgãos colegiados para regulamentação do setor. São eles o CONCINE — Conselho Nacional de Cinema (criado pela Lei Federal n.º 6.281, de 9-12-75, e Decreto n.º 77.299, de 16-3-76) e o CNDA — Conselho Nacional de Direito Autoral (criado pela Lei Federal n.º 5.988/73), ambos pertencentes ao Ministério da Cultura. Além desses órgãos, atuam nesse segmento, também criados pela legislação referida, uma empresa de economia mista, a Empresa Brasileira de Filmes — EMBRAFILME, que se encontra, atualmente, em fase de reformulação, e o ECAD — Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (de direitos autorais), que é uma entidade privada administrada pelas dez associações de titulares de direitos autorais em funcionamento no País na área musical.

C.1. O CONCINE

16. A finalidade do CONCINE é disciplinar as atividades cinematográficas em todo o território nacional, por meio de sua normatização, controle e fiscalização. Nessa senda, poderíamos destacar os seguintes atributos do órgão, relevantes ao caso em análise (note-se que existe o entendimento de que a expressão “obra cinematográfica” comportaria qualquer suporte utilizado para sua fixação, como o videofonográfico — conforme o parágrafo único do art. 2.º do Decreto n.º 93.881, de 23-12-86):

a) fixar o número de dias, por ano, de exibição obrigatória de filmes brasileiros de longa-metragem, estabelecer a forma de cumprimento dessa obrigação e de sua comprovação junto à Censura Federal, para efeito da aprovação da programação cinematográfica (inciso II do art. 5.º do Decreto n.º 93.881, de 23-12-86);

b) regular a exibição de filme brasileiro, programado juntamente com o filme estrangeiro, e sua reexibição na mesma sala, para efeitos da exibição obrigatória (III);

c) regular a percentagem de obras cinematográficas nacionais, gravadas em videocassete, destinadas à comercialização por distribuidores e estabelecimentos que promovam sua venda, locação e sublocação (IV);

d) definir filme nacional de curta-metragem, para os efeitos do art. 13 da Lei n.º 6.281, de 9 de dezembro de 1975, e estabelecer normas para sua exibição obrigatória (V);

e) estabelecer normas sobre salas de exibição de filmes portadores de Certificado Especial, nos termos da Lei n.º 5.536, de 21 de novembro de 1968 (VI);

f) estabelecer normas de estímulos à exibição de filmes de reconhecido valor artístico ou cultural (VII);

g) estabelecer condições de comercialização de obras cinematográficas nacionais e estrangeiras, inclusive quanto a preços, permanência em cartaz e prazos de pagamentos (VIII);

h) formular a política de preços de ingressos nas salas de exibição (IX);

i) estabelecer normas sobre a participação do produtor brasileiro nas receitas geradas pela exploração comercial de obras cinematográficas (X);

j) estabelecer normas sobre a projeção de obras cinematográficas de caráter publicitário nas salas de exibição (XI);

l) regular o registro de realizadores, empresas produtoras, distribuidoras e exibidoras, salas de exibição, locadoras, pontos de comercialização de vídeo, laboratórios, estúdios de som, prestadores de serviços de mão-de-obra, importadores e exportadores de insumos, materiais e equipamentos necessários ao registro, edição, reprodução e exibição de obras cinematográficas, videoclubes, cinematecas e entidades de classe (XIII);

m) estabelecer normas de controle dos títulos e cópias de obras cinematográficas, gravadas em videocassete nos estabelecimentos de venda, locação ou permuta (XVI);

n) regular a utilização de instrumentos de controle como ingresso padronizado, borderô-padrão, certificado-guia, etiqueta para videocassete (XVII);

o) classificar as salas exibidoras de acordo com sua finalidade e especialização, verificadas pela programação habitual, bem como de suas instalações e condições técnicas (XX);

p) baixar, em articulação com o Ministério da Fazenda, normas reguladoras de importação e exportação de obras cinematográficas, impressas ou gravadas, para cinema, vídeo, televisão ou qualquer outro meio de veiculação (XXIV);

q) regular a concessão de Certificados de Aprovação de filmes estrangeiros legendados, nos termos da Lei n.º 6.606, de 7 de dezembro de 1978 (XXV);

r) estabelecer normas sobre a Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica, de acordo com a legislação vigente (XXVI);

s) aprovar as tabelas de preços de ingressos padronizados e borderô-padrão, nos termos do Decreto-Lei n.º 1.891, de 15 de dezembro de 1981, e de outros instrumentos de controle (XXVII); e ainda

t) exercer o poder de polícia, fiscalizar, em todo o território nacional, o cumprimento da legislação relativa às atividades cinematográficas, bem como aplicar multas, determinar interdições e impor as demais penalidades legalmente previstas (art. 6.º do mesmo Decreto).

C.2. A Embrafilme

17. A Embrafilme, atualmente sofrendo sensível reformulação, tem as funções de executar a política cinematográfica nacional, no cumprimento das normas do CONCINE (art. 2.º da Lei n.º 6.281, de 9-12-75). Nesse sentido, atua, principalmente, na arrecadação da contribuição para o desenvolvimento da indústria cinematográfica nacional (art. 9.º, inciso II, da referida lei), do produto de multas (V), do produto da venda do ingresso padronizado e de *bordereaux*-padrão (VI) e outros.

C.3. O Conselho Nacional de Direito Autoral

18. O Conselho Nacional de Direito Autoral (CNDA) é o órgão da administração federal integrante do Ministério da Cultura incumbido da fiscalização e assistência no respeitante a direitos autorais e, ainda, tem função normativa. No campo dessas funções, poderíamos destacar:

a) determinar, orientar, coordenar e fiscalizar as providências necessárias à exata aplicação das leis, tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil, sobre direitos do autor e direitos que lhe são conexos (art. 117, inciso I, da Lei n.º 5.988, de 14-12-73);

b) fiscalizar as associações de titulares de direitos autorais e o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD), podendo neles intervir quando descumprirem suas determinações ou disposições legais, ou lesarem, de qualquer modo, os interesses dos associados (III); e

c) fixar normas para a unificação dos preços e sistemas de cobrança e distribuição de direitos autorais (IV).

19. O ECAD — Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (de direitos autorais) é entidade privada e pode ser considerado como uma “associação de associações”, uma vez que é dirigido exclusivamente pelas associações dos titulares de direitos autorais decorrentes da execução pública de obras musicais. O ECAD está sujeito às normas e fiscalização do poder público federal (CNDA) e é mandatário — por disposição legal — dos titulares de direitos autorais decorrentes da execução pública, “inclusive através da radiodifusão e da exibição cinematográfica” de obras musicais para sua arrecadação e cobrança no território nacional.

20. Trata-se, portanto, o ECAD de entidade *sui generis*. Com efeito, o titular de direito autorial (compositor, intérprete etc.), para o exercício de seus direitos patrimoniais (decorrentes da execução pública de obras musicais), associa-se, transferindo as funções de arrecadar e distribuir às associações criadas, que, por sua vez, por exigência legal (art. 115 da Lei n.º 5.988/73), transferem essa atividade ao ECAD, embora sejam as únicas a administrá-lo, cumprindo as normas do CNDA (órgão estatal).

D. *Conclusão: As medidas necessárias para a regular exibição pública de videofonogramas, com ou sem cobrança de ingressos*

21. As noções expostas até aqui já traçam os contornos das formalidades necessárias para a exibição pública de videofonogramas.

D.1. *O registro do exibidor*

22. Em primeiro lugar, o exibidor, para o exercício de suas atividades, deverá proceder, junto ao CONCINE, o seu registro funcional, cumprindo as formalidades estabelecidas na Resolução CONCINE n.º 106, de 31-8-84.

23. Na verdade, em relação à área de "videocassetes", a resolução referida especifica o registro de "distribuidores de videocassetes gravados". Contudo, como exposto na nota do item 16 do presente estudo, poderá o exibidor de videofonogramas (ou "videocassetes") ser considerado como exibidor cinematográfico (inciso I, 2, da resolução mencionada) e, assim, salvo melhor juízo, sujeito ao registro junto ao CONCINE nessa condição.

24. Nesse aspecto, cabe apenas ressaltar a diferença de tratamento em relação à atividade de "cineclubes". Uma vez que esta modalidade de exibidor cinematográfico (ou videofonográfico) tem objetivo exclusivamente cultural, sem intuito de lucro, e não possui estrutura rígida de organização, "em decorrência, inclusive, da espontaneidade de seu funcionamento" (conforme os considerandos da Resolução CONCINE n.º 64, de 20-3-81), deverá providenciar, desta feita junto à EMBRAFILME e não ao CONCINE, o registro específico dessa condição, nos termos dessa resolução, dispensando-se, assim, a utilização dos ingressos e borderôs padronizados que será tratada a seguir.

25. Assim, em quaisquer dos casos (exibições de videofonogramas com ou sem cobrança de ingressos) sugere-se que, por cautela, seja formalizada consulta ao CONCINE para efeito de obter as informações específicas para efetivação regular do registro. Na hipótese (que considero incoerente) de que não haja necessidade de tal registro, ter-se-á, em mãos, documento expedido por aquele órgão (em resposta à consulta) que oficializará a desnecessidade do registro para exibidor de "videocassetes", mesmo que haja apenas reproduzido obras cinematográficas.

D.2. *A utilização de ingressos e borderôs padronizados*

25. Na hipótese da exibição pública em questão, com cobrança de ingressos, é obrigatório o uso de ingressos e borderôs padronizados, conforme dispõe o Decreto-Lei n.º 1.891, de 15-12-81.

26. Deverão ser adquiridos, periodicamente (conforme o volume de frequência de público à sala de exibição), junto à EMBRAFILME, a quem cabe, com exclusividade, sua emissão e venda, segundo valores de até 3%

de OTN para cada ingresso padronizado de entrada inteira e de até 1,5% de OTN para cada borderô-padrão (art. 1.º do Decreto-Lei referido).

D.3. A quota de obrigatoriedade para exibição de filme brasileiro de longa-metragem e exibição compulsória de filme brasileiro de curta-metragem

27. Tendo em vista que o videofonograma a ser exibido publicamente reproduz obra cinematográfica, deverá o exibidor, no meu entender, cumprir a quota de obrigatoriedade de filme brasileiro prevista pelo CONCINE, partir de sua Resolução n.º 10, de 15-3-77 e várias resoluções posteriores sobre o assunto, sob pena de interdição da sala (vide, por exemplo, Resolução CONCINE n.º 15, de 18-7-77).

28. Outra disposição a ser atendida, pelas mesmas razões, é a relativa à exibição compulsória de filme brasileiro de curta-metragem (reproduzida em "vídeo") estabelecida pelo CONCINE a partir de sua Resolução n.º 18, de 24-8-77, e resoluções posteriores.

D.4. A obtenção de videofonogramas gravados para a sua regular exibição pública com ou sem cobrança de ingressos

29. Finalmente, cabe elencar as cautelas aconselháveis para que o exibidor adquira (ou obtenha por empréstimo ou locação) as fitas de videocassete gravadas que pretenda exibir publicamente.

30. Para que a autorização de exibição pública possa ser emitida, prévia e expressamente, por quem de direito é necessário, consoante se expôs nos itens 7 a 13 do presente, que a negociação e conseqüente remuneração seja cumprida diretamente com o(s) titular(es) dos direitos de produção cinematográfica e/ou videofonográfica da obra pretendida ou com quem — formal e documentadamente — represente o produtor (que pode ser uma empresa licenciada, um distribuidor habilitado etc.).

31. Assim, destaque-se, não supre tal (indispensável) autorização o fato do exibidor ter adquirido (locado ou qualquer outra forma de obtenção) fita de videocassete gravada com o selo regular (etiqueta de controle de transcrição e cópiagem) do CONCINE, regulado pela sua Resolução n.º 136, de 24-4-87. Com efeito, esse sistema procura regularizar, apenas, o "home video", ou seja, a sua utilização domiciliar e não a sua exibição pública, com ou sem cobrança de ingresso.

31. Como providência complementar, deve ser atendida a Resolução CNDA n.º 25, de 11-3-81, que homologou a Tabela Oficial de Preços do ECAD, que, em seu código 30, estabeleceu que, nas exibições cinematográficas com cobrança de ingressos, deverão ser recolhidos, pelas execuções musicais, 2,5% da renda bruta de bilheteria.

A “Affectio Maritalis” e a união livre: atualidade do Direito Romano

EDUARDO DE OLIVEIRA LETTE

Doutor em Direito Privado. Professor Adjunto de Direito Civil na Universidade de Maringá — PR e Professor convidado no Mestrado em Direito da Universidade Federal do Paraná.

A idéia deste trabalho me surgiu da releitura de uma escritora, recentemente falecida, absolutamente genial — embora a extensão de sua genialidade ainda não tenha sido devidamente considerada — que é Marguerite Yourcenar.

Diriam alguns, apressadamente, o que Yourcenar tem a ver com o Direito, sem nem jurista é? E eu responderia, sem vacilar, que a sensibilidade humana e a percepção da ordem social não são, necessariamente, apanágio dos juristas, nem dos homens, mas de todo aquele que se preocupa com a vida e a alma humanas. E a obra de Yourcenar é a expressão mais veemente de tal indagação. Ainda, o parâmetro que se pretende estabelecer entre uma realidade anterior ao Cristianismo e a que temos vivido atualmente, ou seja, entre o casamento romano e a atual forma de união que vem sendo imposta ao mundo pelos jovens, a união livre, ambas se desenvolveram à margem do Direito (ao menos como hoje concebemos o Direito), independente de qualquer imposição normativa.

Na ocasião em que relia Yourcenar (*O Tempo, Esse Grande Escultor*) fazia uma incursão tímida nessa nova realidade representada pela união livre, que os juristas, equivocadamente, procuram desconhecer, como se não existisse e que, certamente, serão obrigados a reconhecer e legislar, num futuro não distante, assim como ocorreu no Brasil com o divórcio.

Subestima-se e tenta se anular uma realidade social, como se ela fosse um câncer maligno que precisa ser extirpado e esquece-se que toda manifestação do grupo social é válida enquanto manifestação comunitária. Faz-se vistas grossas ao tumor e, quando menos nos apercebemos, ele já se enraizou de forma generalizada, já se agigantou em ramificações imensas por todo o organismo social.

O Direito então, ciência eminentemente dinâmica e social — ainda que no Brasil tenha se revelado estático e elitista —, se acorda e tenta apreender o fenômeno através de todo um aparato técnico concretizado

por regras, princípios e normas, quase sempre, completamente alheio às pretensões do grupo social. Essa dicotomia entre realidade social e ciência jurídica explica, em parte, o descompasso de nossas disposições normativas em matéria familiar, por exemplo, e realidade social. Legisla-se levando em consideração um padrão ideal de comportamento, desconhecendo-se integralmente o comportamento e as pretensões deste mesmo grupo social.

Os romanos, cujas concepções do casamento e da dissolução da sociedade conjugal tiveram profundas repercussões na cultura mundial, especialmente no campo do Direito, mesmo depois da queda do Império do Ocidente e do poder sempre emergente da Igreja (ou seja, do século VIII a.C. até o século VI da era cristã), erigiram um sistema jurídico calcado na realidade humana e tendo como pressuposto básico o interesse primeiro do homem. A idéia de que o Direito deve atender aos interesses maiores do Estado — tão comum a nós — era inconcebível à mentalidade romana.

O sistema jurídico romano se legitima na medida em que apreende a realidade humana, na proporção que detecta uma situação fática e procura adaptá-la às prerrogativas da aldeia global. O homem permanece sempre o princípio, o meio e o fim de qualquer pretensão normativa, é a razão de ser do próprio Direito. Nesta perspectiva, o Direito não é, nem pode ser, imposto ao homem, mas é um instrumento de legitimação e de legalização de um costume surgido a nível humano. O Direito reconhece como válido aquilo que já era reconhecido como tal pelo grupo social.

Sob esta ótica, o Direito só se justifica e só se mantém na medida em que retrata com fidelidade as expectativas e anseios surgidos no meio social.

Só é autêntica a ciência — e o Direito é ciência — que se ajusta à arte, à vida e ao homem. "*Ars imitatur natura*", afirma o princípio aristotélico tão presente no direito romano.

O sistema jurídico romano sempre partiu desse pressuposto, que explica, em parte, a permanência e atualidade de seus princípios. O jurista romano "é um intérprete do humano eterno, da tradição fecunda, indestrutível, silenciosa e profunda, que é a substância da história".⁽¹⁾ E mais adiante: "O jurista romano conhece o homem, e por isso cuida dos pormenores da vida de sua alma."⁽²⁾

O casamento romano — A base da família natural romana assenta sobre a noção de casamento, ou, segundo o direito romano, "a convivência do homem e da mulher com a intenção de ser esposo e esposa, de ter filhos e constituir uma sociedade íntima e perpétua".⁽³⁾ Ou seja, o casa-

(1) IGLESIAS, Juan. O direito romano e a nossa época. In: Silvio A. B. Meira. *Novos e velhos temas de Direito*, p. 219.

(2) IGLESIAS, Juan. *Idem*, p. 223.

(3) FRANCISCI, Pietro. *Síntesis Histórica del Derecho Romano*, p. 458.

mento fica assegurado por dois elementos básicos: a convivência e a intenção. A perpetuidade não tem a característica de obrigatoriedade legada pelo direito canônico. A perpetuidade só pode existir onde houver convivência e intenção. Faltando esses elementos, desaparece a noção de perpetuidade.

Para dar continuadores à família do marido, a mulher deve pertencer a ela e, por isso, entra nessa família como se fosse filha do marido — *loco filiae* —, separando-se integralmente de sua família de origem. A submissão ao marido processava-se através da *manus*, que, embora não fosse prevista em nenhuma norma — já que, por longo tempo, o casamento celebrou-se sem nenhuma formalidade jurídica —, ficava garantida e perfeitamente determinada pela *deductio*, ou seja, a intenção da mulher de viver como esposa do marido. Intenção que logo será chamada de *affectio maritalis*, por Justiniano.

O que caracteriza essencialmente o casamento é o *affectus* ou *affectio maritalis*, isto é, “a vontade do marido de tratar uma mulher com dignidade de esposa, de a elevar a seu nível e de a associar a todos seus destinos”. (4)

A mulher também deve ter *animus uxoris*, ou seja, a intenção de ser esposa. Tal intenção só é encontrada no casamento, inexistindo no concubinato, embora reconhecendo a legalidade desta instituição entre os romanos (*Matrimonius consensus, non concubitus facit. Concubina ab uxore solo dilectu separatur*).

Vale lembrar que nesta intenção não é perceptível nenhuma forma de consentimento, senão, como afirma COSTA, (5) uma situação que se revela pela própria continuidade. É a convivência e a duração da vida em comum que concretizam, a nível social, a intenção de viver como esposa de um determinado homem.

Considerando que o casamento romano não exige nenhuma forma jurídica, apenas as condições de fundo, as formalidades exigidas têm caráter meramente religioso. O casamento romano é um ato privado, um fato independente da sanção de qualquer poder público. “É um ato não escrito, (...) É mesmo um ato informal, (...) enfim, o casamento é um acontecimento privado, como hoje é o noivado”. (6)

A família romana, formada por um conjunto de pessoas e coisas, estava submetida a um chefe, a um senhor, o *pater familias*. O poder deste, “que em regra era o mais antigo dos membros da família, é um direito soberano, enquanto sua paternidade é original nela como *pater familias*,

(4) NAMUR, P. *Cours d'Institutes et Histoire du Droit Romain*, p. 89.

(5) COSTA, Emilio. *Historia del Derecho Romano Público y Privado*, p. 255 em diante.

(6) VEYNE, Paul. Les noces du couple romain. In: *L'Histoire*, nº 63, p. 47.

ou seja, que não lhe foi concedida por um órgão superior, nem a tem derivada do Estado, como membro da comunidade política".⁽⁷⁾ É uma paternidade unitária cuja soberania retira sua força e eficácia do *pater* e que se manifesta externamente através da *manus* (mão) e *potestas* (poder).

Afastando qualquer possibilidade de o Estado intervir na esfera familiar, de caráter estritamente privado, o direito do *pater* não tem outro limite senão os costumes da época ou, excepcionalmente, os conselhos apresentados, jamais impostos, pelo conselho doméstico (*consilium domesticum*).

As mulheres nunca se desligavam da *patria potestas*, pois, contraindo casamento *cum manu*, passavam ao poder do marido ou do *pater familias* do marido.⁽⁸⁾

Primitivamente os romanos só conheciam o casamento de direito civil, *justae nuptiae* ou *justum matrimonium*, que se dividia em duas espécies, conforme a mulher permanecesse livre (*sine manu*) ou passasse sob o poder de seu marido (*cum manu*).

O casamento era freqüentemente precedido de uma promessa recíproca de se esposar — *sponsalia* (esponsais, hoje noivado) contrato verbal concretizado através da *sponsio*, ou seja, a promessa do *pater familias* de dar a filha em casamento ao futuro genro. Cerimônia mais religiosa que civil, as *sponsalia*, quando não eram seguidas da execução do casamento, permitiam ao noivo ou ao pai da noiva uma ação de indenização pecuniária (*actio de sponsu*) pela inexecução da promessa.

Os elementos constitutivos do casamento podem ser divididos em três grandes grupos: elemento psicológico, elemento biológico (com características próprias, distintas do posterior direito canônico) e o elemento sociológico, que dá um toque de originalidade ao direito romano, uma vez que a concepção é desconhecida no direito moderno.

O elemento psicológico, ou *consensus*, é da essência do casamento romano, calcado, como vimos, na *affectio maritalis* ou no *animus uxoris*. Como nenhuma solenidade era exigida e "a união dos sexos não precisava ser consumada para que o casamento tivesse existência legal"⁽⁹⁾ *nuptias non concubitus, sed consensus facit* (não é a coabitação que faz o casamento, mas o sentimento, a intenção), o elemento psicológico supera o elemento biológico.

(7) FRANCISCI, Pietro. Ob. cit. p. 154.

(8) "Os menores de 14 anos eram postos sob tutela, os maiores de 14 anos e menores de 25 ficam sob curatela (sexo masculino); as mulheres em geral, qualquer que fosse a sua idade, solteiras ou viúvas, mantinham-se sob tutela." (Apud SILVIO MEIRA. *Instituições de Direito Romano*, pp. 107-108). Era a chamada tutela perpétua das mulheres. Estas estavam sempre sob o poder de alguém: se solteira, do próprio *pater*; se casadas *cum manu*, do marido ou do *pater familias* deste; se casadas *sine manu*, do próprio *pater*; se solteiras sem *pater*, ou se viúvas, do tutor.

(9) NAMUR, P. Ob. cit., p. 90.

O direito canônico inverterá a situação e só reconhecerá a existência de casamento onde ocorrer a conjunção carnal. Ali, onde menos se esperava a valorização do elemento biológico, exatamente numa esfera onde deveria predominar a espiritualidade, exatamente ali se constrói toda uma teoria da importância do físico sobre o espiritual. Ironia histórica de complexa interpretação.

Na mentalidade romana, o consentimento manifestável pela intenção é suficiente à criação dos laços conjugais.

A valorização do consentimento, porém, não nos autoriza a ver no casamento romano um contrato consensual no sentido comum do termo. Tais contratos podem se formar entre ausentes, por carta ou mensageiro, enquanto o casamento romano é impossível na ausência da mulher — *vir absens uxorem ducere potest: femina absens nubere non potest*. Assim, quando os textos declaram que o casamento se forma *solo consensu*, a expressão serve unicamente para exprimir que o mero fato da vida em comum é suficiente quando acompanhado da *affectio maritalis* e do *animus uxoris*.

A abstração jurídica palpável e visível na concepção romana do casamento é notável se considerarmos a época de sua elaboração e o estágio de evolução da civilização. Revela-se ainda mais impressionante pela audácia da proposição: um casamento desvinculado de qualquer interferência estatal, jurídica ou religiosa (ainda que reconhecendo a ocorrência das cerimônias religiosas), sem imposições, sem normas preestabelecidas, em que somente a vontade, manifestada pelo consentimento, a intenção de casar e viver como marido e mulher — *affectio maritalis* e *animus uxoris* — são levados em consideração.

Como a maioria das instituições da época, o casamento é muito mais um fato social que um ato jurídico. Ele é regido pelos costumes familiares, ⁽¹⁰⁾ noção estranha ao direito atual.

Da afirmação que o elemento psicológico se traduz e se materializa pelo consentimento não se pode inserir a idéia errônea que o casamento se forma de “modo material pela simples união dos corações”. ⁽¹¹⁾ Exis-

(10) O conjunto das relações domésticas — emancipação, adoção, a libertação dos escravos (*manumissio*) etc. — está regulado por um conjunto de normas tradicionais com bases religiosas: os *mores*. Através desses *mores*, se encontravam regulados os ritos e os efeitos do casamento, assim como o divórcio, a tutela perpétua das mulheres, o dote matrimonial. Todas estas matérias se resolviam na intimidade e privacidade do círculo familiar ou da gens. O Estado era elemento alheio a estas relações e não tinha nenhuma legitimidade para interceder ou participar nestas questões.

(11) A troca de consentimentos ocorria sempre diante das testemunhas, os noivos segurando a mão direita — *dexterum iuncto*. Após o festim nupcial ocorria o rito mais importante: a condução da mulher a casa do marido — *deductio uxoris in domum mariti*, momento que determinava a existência da vida conjugal mas não necessariamente a sua consumação pois a presença do marido não era indispensável.

tem sinais, indícios exteriores que atuam como prova da vontade recíproca dos esposos. A *affectio maritalis* se traduzirá pela coabitação e pela atitude do marido frente à esposa. A constituição do dote é outra prova da existência do *honor matrimonii*, distinguindo o casamento do concubinato.

Mas o mais importante deste consentimento, elemento vital na formação do casamento, é que ele deve durar, é um consentimento contínuo que persiste, durante a união dos cônjuges. A legitimidade do casamento não decorre de um documento escrito (como ocorre atualmente), mas sim da permanência da intenção. Contrariamente ao direito atual, no qual o consentimento manifestado perante o oficial do registro (Código Civil Brasileiro, art. 194) é simplesmente inicial, com o poder de criar um estado durável (mesmo quando a intenção de manter o casamento já não mais existe entre os cônjuges), o casamento romano subsiste na medida da intenção (*animus*) dos cônjuges de viverem como marido e mulher. (11)

O que era mantido pela espontaneidade e pela autenticidade dos sentimentos, no direito romano, será imposto pela Igreja — e a influência do Cristianismo foi decisiva nessa tendência — através da introdução da noção de indissolubilidade do vínculo matrimonial. A partir do Cristianismo o consentimento perde seu caráter de continuidade. Torna-se uma mera formalidade, inicial, mantida por força de uma indissolubilidade imposta e, provavelmente, contrária à natureza humana, senão não seria obrigatória.

O elemento biológico, também presente na concepção de casamento, manifesta o lado prático dos romanos: a procriação. Os cidadãos tinham o dever de casar a fim de procriar, em justas núpcias, crianças que, sendo legítimas, perpetuariam o corpo cívico. O homem deve ser púbere e a mulher núbil — *viripotens* —, isto é, o homem deve ter 14 anos e a mulher, 12.

O elemento sociológico, ou *conubium*, é de difícil compreensão se não nos reportarmos à mentalidade da época, dominada pela influência do social sobre o pessoal. Contrariamente ao que se tem afirmado, o *conubium* não se confunde com a noção moderna de impedimento matrimonial. Trata-se de uma concepção exatamente oposta à nossa, e melhor seria, para se dirimir qualquer dúvida, começar afirmando, como fez MEIRA, (12) ser o *conubium* “a capacidade jurídica para realizar o casamento de acordo com o direito romano”. Ou, como querem OURLIAC e MALAFOSSE: “o *conubium* não é uma capacidade absoluta de se casar com qualquer pessoa, (mas) é a capacidade de se casar com esta ou aquela pessoa”. (13)

(12) MEIRA, Silvio A. B. Ob. cit., p. 521.

(13) OURLIAC, P. et MALAFOSSE, J. de. *Histoire du Droit Privé. Le droit familial*, p. 160.

Tanto é verdade que não há um casamento romano, mas diversos casamentos, ou tantos casamentos quantas forem as classes sociais. Assim, a *confarreatio* é o casamento religioso utilizado pelos patrícios, a *coemptio* foi o casamento originariamente utilizado pelos plebeus, o *contubernium* era a união íntima de escravo e escrava, e assim por diante.

O casamento *sine manu*, sem qualquer formalidade e só dependente do consenso entre os nubentes de viverem como marido e mulher, ilustra com clareza o princípio bem conhecido da economia das formas, praticado pelos romanos. Aqui, mais do que nunca, a *affectio maritalis* assume papel de grande relevância, já que é o primeiro e único elemento consumidor do casamento.

Sem a presença de testemunhas ou a assistência de uma autoridade religiosa ou estatal, o casamento se materializava na ação recíproca dos esposos de viverem maritalmente, e nisto, guardadas as diferenças decorrentes da época e do ambiente social que o geraram, muito se aproxima de nossa atual união livre, contrária a qualquer formalidade e vinculada tão-somente à intenção das partes, que a legítima.

Da mesma forma como se consumava o casamento, com a maior facilidade e calcado tão-somente na intenção das partes, intenção que deveria perdurar para garantir a união, também se dissolvia o casamento, sem nenhuma formalidade jurídica.

A dissolução do casamento *sine manu* podia ocorrer independentemente da vontade das partes (pela morte ou pela *capitis deminutio maxima* ⁽¹⁴⁾ de um dos cônjuges) ou em consequência da vontade de um dos cônjuges (*repudium*) ou pela vontade de ambos (*divortium*).

A princípio, o repúdio era apanágio do homem. A mulher submissa à *manus* não podia repudiar o marido; só este podia repudiá-la. Somente ao tempo do Império é que a mulher passou a ter direito de também repudiar, colocando-se no mesmo pé de igualdade a seu marido.

A dissolução, no casamento *sine manu*, poderia operar-se por meio do divórcio, por consentimento mútuo — *mutuo consensu* — ou através de manifestação unilateral da vontade *repudium* ou *repudiatio*.

Contrariamente ao nosso direito moderno, tanto o divórcio quanto o repúdio são atos extrajudiciais independentes de qualquer intervenção da autoridade pública. O que importa era a inequívoca manifestação de vontade no sentido de afastar o outro cônjuge. Esta manifestação podia revestir-se de um estilo lapidar: “Vai-te” (*Beate foras*) ou prático: “Leva tuas coisas” (*Res tuas tibi habeto*) até a pronúncia de fórmulas violentas e cheias

(14) O *civis* que perdesse a liberdade teria automaticamente rompido o seu casamento, porque um escravo não podia contrair justas núpcias, assim como o cidadão que perdesse o *ius civitatis*.

de desprezo: "Vai-te; tu me és desagradável, pois tu não paras de te assoar", ou então: "Parte depressa; eu espero uma outra mulher cujo nariz será menos úmido" (JUVENAL, Sátira 6).

Ao lado do repúdio, o divórcio foi praticado em todas as épocas históricas, pelos romanos, desde a Realeza, passando pela República e pelo Alto Império, até o Baixo Império. Até o século III, porém, observa-se raros casos de divórcio na sociedade romana, podendo atribuir-se a inexistência dessa prática à rigidez da organização da família romana antiga, subordinada ferreamente ao *pater* e argamassada em bases sólidas e austeras.

A partir desse período, os romanos começaram a se desembaraçar de suas mulheres, independente da alegação de um motivo sério, sem que ninguém reagisse ou se indignasse.

Na época de Cícero o divórcio pelo consentimento dos dois cônjuges, ou pela vontade de um só, tornou-se a moeda corrente nas relações familiares. ⁽¹⁵⁾

O direito romano apresenta de forma integral as diversas etapas de evolução das relações entre marido e mulher. O sistema de subordinação da mulher, com a absorção de sua pessoa e de seu patrimônio pelo marido o pelo *pater*, é substituído por um sistema de independência absoluta. E o que é mais espantoso é constatar o delineamento — a nível de relações patrimoniais —, ainda que rudimentar, de uma comunidade de bens entre os cônjuges, esboço que se afirma a trajetória dos antagonismos detectados.

Por outro lado, a experiência romana estabelece nitidamente uma tendência que irá acompanhar constantemente o avanço do direito de família, desde os primórdios até hoje: a defasagem sempre presente entre o mundo fático e o mundo jurídico. Ainda, a impotência dos juristas diante de certas situações fáticas criadas pela vida privada de marido e mulher, de difícil penetração da disposição normativa.

Se os juristas conseguem controlar as convenções matrimoniais, decidir sobre sua nulidade ou validade, determinar a esfera de poder e controle exercido pelo marido sobre a mulher, há setores de foro íntimo e mesmo situações de fato típicas da comunidade matrimonial que sempre escaparão ao controle da lei. Nem a cogência da normatividade, nem o império da lei, nem tampouco o poder insinuante da Igreja, ou a influência sutil das

(15) Sila casou, em quintas núpcias, com a jovem divorciada Valéria. Pompeu, duas vezes viúvo (de Emília e de Julia), havia, antes delas, divorciado duas vezes. Viúvo de Cornélia, César repudiou Pompéia e casou pela quarta vez antes de morrer. O virtuoso Catão, o Jovem, depois de haver se separado de Marcia, não vacilou em a retomar quando a fortuna que ele possuía veio a se anexar a de Hortensio, que ela havia esposado e perdido no intervalo. Mesmo Cícero, com 57 anos, não hesitou — para restabelecer suas finanças com o dote trazido pela jovem e rica Publília — em despachar sua mulher Terência, depois de 30 anos de vida em comum, e mãe de seus filhos. Terência parece não ter sofrido muito com a separação, pois ainda se casou duas vezes (com Sallustre e Messala Corvinus), tendo morrido com mais de 100 anos.

convenções sociais conseguem atingir certas camadas impermeáveis do ambiente familiar.

Como disse YOURCENAR, “Os códigos, é verdade, são uma coisa, e o costume, outra: isto é verdade principalmente no domínio sensual”.⁽¹⁶⁾ E no domínio familiar, “onde, mais do que em qualquer outra parte, o ser humano parece possuir a faculdade de respirar à vontade numa zona comparável à das grandes profundezas, bem abaixo da superfície mutável das idéias, das opiniões, dos preceitos, bem abaixo mesmo da camada do feito expresso pela linguagem ou claramente percebido por aquele que o realiza⁽¹⁷⁾ os códigos revelam-se ainda mais distantes dos fatos e da realidade.

Esta é uma verdade tão real ao homem romano quanto ao homem do século XX.

A grandeza dos sistemas jurídicos está em apreender ou não esta realidade. Alguns sistemas a ignoram, outros, mais realistas, constataam estas situações de fato e procuram adaptá-las, homologando-as, ratificando-as.

O sistema jurídico romano se insere perfeitamente na segunda tendência, o que explica, em grande parte, a permanência e atualidade de seus princípios. Só é autêntica a ciência que se ajusta à arte, à vida, ao homem. Reafirmando sempre o princípio aristotélico *Ars imitatur natura*, o maior mérito do método utilizado pelos juristas romanos repousa precisamente no sentimento da realidade humana, no conhecimento melhor do homem.⁽¹⁸⁾

Sentindo “horror por tudo aquilo que o alheia da vida, do concreto, entendendo que a realidade evidente é, para ele, o próprio homem”,⁽¹⁹⁾ o jurista romano sempre colocará o homem em seu preciso lugar, o lugar do qual o deslocamos em nossa época.

Resta, agora, examinarmos as tendências atuais em matéria de vínculo matrimonial para determinarmos em que medida a proposta romana de casamento permanece atual, apesar dos vinte séculos que nos separam daquela experiência.

A união livre — no final dos anos 60 o mundo foi testemunha daquilo que se chamou uma revolta cultural, a mais expressiva dos dois últimos séculos. O elemento chave desta revolta foi materializado pela tormenta parisiense de 1968 (maio de 1968), que forneceu ao mundo estupefato o exemplo de uma contestação violenta da sociedade pelos estudantes.⁽²⁰⁾ Com efeito, os jovens atacaram sistematicamente uma sociedade tradicional que eles blasfemavam, vilipendiavam e destruíam por ser reprodutora de

(16) YOURCENAR, Marguerite. *O Tempo, Esse Grande Escultor*, p. 110.

(17) YOURCENAR, Marguerite. *Ob. cit.*, p. 110.

(18) IGLESIAS, Juan. *Ob. cit.*, p. 222.

(19) IGLESIAS, Juan. *Ob. cit.*, p. 222.

(20) MATOS, Olgária C. F. Paris 1968. *As Barricadas do Desejo*, pp. 28-30. No mesmo sentido: C. Lefort, E. Morin, Jean-Marc Coudray. Mai 68: la Brèche.

padrões estereotipados não mais correspondentes às aspirações da nova geração.

A revolta dos estudantes não se acomodava em nenhum padrão científico. O Direito, como manifestação eminentemente científica, sofreu duramente com as novas tendências, mas, de todas as áreas jurídicas, o Direito de Família foi o que mais viu contestar seus princípios e regras norteadores de sua estrutura. A nível familiar proclamou-se francamente que as novas tendências legislativas deveriam, na medida do possível, ser neutras quanto às diferentes formas de coabitação e quanto aos diversos julgamentos de valor.

A maior revolução do comportamento sexual dos últimos séculos tinha início, e tudo deixava antever a morte muito próxima da instituição mais antiga criada pelo homem: o casamento. Uma nova moral surgia aos olhos atônitos da sociedade tradicional.

A união livre como forma de contestação veemente ao casamento formalista imposto por uma ordem jurídica submetida aos interesses maiores do Estado era a resposta mais radical que as novas mentalidades encontravam para subestimar a ordem imperante. Hostilizada inicialmente, tolerada num segundo momento, a união livre passou a ser francamente aceita pela maioria das legislações modernas e, agora, pela Constituição brasileira.

"Union libre" (união livre) na França, "Wilde Ehe (casamento selvagem) ou Ehe ohne Trauschein" (casamento sem certificado) na Alemanha, "união livre" ou "amizade colorida" no Brasil, a nova forma de união se resume num aspecto fundamental que nos faz pensar no casamento romano: a relação familiar que liga homem e mulher, ou os pais aos filhos, não está subordinada a existência de casamento. Daí resulta o reconhecimento de uma igualdade entre família legítima e família de fato, e, igualmente, uma indicação de princípio significativa: quando, concretamente, os dois grupos de famílias cumprem funções idênticas, eles devem ser protegidos da mesma forma, mesmo a nível legal.

A multiplicação das uniões livres, o fenômeno mais impressionante do final deste século, não mudou de natureza e continua sendo a antítese do casamento, mas os casais não casados apresentam novas características que permitem uma melhor assimilação ao casamento criando condições favoráveis ao seu desaparecimento.

Quais são estas características? Segundo BÉJIN, ⁽²¹⁾ nove são os critérios determinantes que procuram conciliar o inconciliável, a saber, a vida conjugal e as uniões extraconjugais.

O primeiro critério, da duração potencial de vida em comum, deixa claro que, se, antigamente, somente a morte interrompia a vida conjugal

(21) BÉJIN, André. Le mariage extra conjugal d'aujourd'hui. In *Sexualités Occidentales*, p. 169-180.

e a união extraconjugal era uma ligação efêmera das elites ou das camadas sociais mais marginalizadas da sociedade, a união livre atual não é tão efêmera quanto as ligações ilícitas de antigamente e é comum a todos os segmentos sociais. "Tudo se passa como se uma duração fosse renegociada todos os dias pelos parceiros." (22) Assim, o que faz durar a ligação não é a existência de um documento ou a ocorrência de um princípio de indissolubilidade, mas a intenção de manter o vínculo.

A atualidade do direito romano é absoluta se considerarmos as características daquele casamento. A intenção de casar é que garante o casamento e a possibilidade de rompimento é total.

O segundo critério diz respeito à consagração social da união, ou seja, a união não tem a chancela nem da autoridade civil, nem da religiosa, mas é simplesmente ratificada pela comunidade.

Aqui, a semelhança entre a união livre e o casamento romano é mais intensa já que, como vimos, em Roma é a convivência e a duração da vida em comum que concretizam, a nível social, a intenção de viver como esposa de um determinado homem. A união livre, como afirmou BEJIN, desfruta hoje de uma semiconsagração social. Não é assimilada à prostituição nem à promiscuidade sexual. "Constitui-se como uma espécie de rito preliminar que anuncia a verdadeira passagem social, que é o casamento." (23)

O terceiro critério, das finalidades essenciais da união, revela um traço novo na união que nossos antepassados desconheciam: a busca febril do prazer. Para os novos parceiros "o entendimento sexual surge como absolutamente necessário, senão como suficiente para que uma ligação se mantenha". (24)

Este princípio nos faz lembrar o repúdio romano e a facilidade com que se dissolviam os casamentos. Embora não se falasse em interesse de ordem sexual, é evidente que a frequência dos rompimentos tinha muito a ver com esta questão.

O quarto critério, da diferenciação das funções na vida em comum inexistente, ou é atenuado na união livre porque estruturada com objetivos distintos. Enquanto o casamento "marcava o nascimento de uma unidade ao mesmo tempo de produção e reprodução, supunha uma diferenciação de funções bastante nítida entre os cônjuges". (25) As tradicionais atividades do homem e da mulher caracterizavam as zonas permitidas a cada cônjuge. A clássica divisão sexual do trabalho reafirmava a diferenciação. Na medida em que produção e reprodução foram substituídas pela satisfação

(22) BEJIN, A. Ob. cit., p. 170.

(23) BEJIN, A. Ob. cit., p. 171.

(24) BEJIN, A. Ob. cit., p. 171.

(25) BEJIN, A. Ob. cit., p. 172.

sexual dos parceiros, a diferenciação tendeu a desaparecer e a incessante "negociação" na divisão das atribuições tornou-se a regra.

Embora inexistisse no direito romano qualquer possibilidade de igualdade entre os cônjuges, pois era um direito dos homens para os homens, o concubinato romano, ⁽²⁶⁾ assimilável a atual união livre, garantia total liberdade entre os parceiros e uma relativa igualdade entre as partes.

O quinto critério refere-se ao grau de fidelidade exigido entre os parceiros. No casamento tradicional os esposos se devem fidelidade mútua. Não se trata, como é sabido, de uma decisão livre, mas de submissão a uma regra da moral religiosa, social e jurídica.

Na união livre inexistente a norma universalmente aceita ou observada da fidelidade, ao menos, como decorrência de um princípio imposto. Nem por isso, na união livre, se vive em estado de infidelidade, mas, se os parceiros mantêm a fidelidade, é pela situação relativamente simétrica, igualitária, da sua união. Ambos sabem que a qualquer deslize em matéria sentimental implica em total risco de destruição da relação. A existência dessa possibilidade, comum a ambos os parceiros, torna a união especialmente frágil, exigindo de ambas as partes constante autocontrole.

Provavelmente no casamento romano não ocorre tal grau de fidelidade. A própria situação submissa da mulher não favorece qualquer possibilidade de fidelidade comum a ambas as partes, mas ao contrário, garante a existência de uma dupla moral: a exigência de uma fidelidade absoluta por parte da mulher e a aceitação de uma fidelidade relativa por parte do homem.

Mas, se considerarmos a estrutura jurídica da família romana, de conotação patriarcal, é perfeitamente admissível tal disparidade de tratamento. Atualmente, porém, com o advento da família nuclear, é a igualdade que se impõe atingindo todos os aspectos da vida em comum, especialmente os que se referem à vida afetiva, como a fidelidade.

O sexto critério, da expressão dos sentimentos, tangencia, novamente, a *affectio maritalis* dos romanos, ou seja, a vontade do marido de tratar sua mulher com dignidade de esposa, de a elevar a seu nível e de a associar a seu destino.

(26) O concubinato romano, diverso do entendimento que atualmente a palavra provoca, mesmo nos espíritos mais esclarecidos, tinha características e contornos próprios. Jamais se confundindo com um simples encontro passageiro, o concubinato romano ou união de fato, quase sempre duradoura, passou por diversas fases. Ignorado pelo Direito e não produzindo nenhum efeito jurídico (na República), AUGUSTO reconheceu licitude na união prolongada de homem e mulher. no início do Império. Admitido como uma forma inferior de casamento, um *inaequale conjugium*, quando submetido a certas condições chegou a produzir efeitos jurídicos. O concubinato era freqüentíssimo entre todos os estratos sociais e, segundo nos informam os estudos sociológicos e históricos sobre a sociedade romana, manifestava-se como uma reação à concepção de casamento legítimo, não repelida pela moral.

No casamento tradicional, “destinado a durar, a dar frutos, a influir nos patrimônios, atividades e alianças, era muito (...) difícil aparecer se entregando exclusivamente às razões do coração (...), era preciso manter um certo decoro, ser público, decente, pelo menos em público. (...) Manifestar muito livremente seu carinho pela esposa diante de outrem era rebaixá-la, e, portanto, atentar contra a honra, contra a dignidade dela”.⁽²⁷⁾

A expressão dos sentimentos na união livre encontra-se em posição diametralmente oposta. Há mesmo exagero na manifestação da paixão que se revela livremente: “não fazem segredo de seu amor e de seus desejos mútuos”.⁽²⁸⁾ Mais uma vez o casamento romano permanece atual, pois o que o caracterizou foi a expressão de total franqueza e espontaneidade em todos os momentos, desde o cotidiano até à manifestação artística (pintura, escultura, baixos relevos). Despidos de qualquer noção de pecado, legada pelo Cristianismo, os romanos nunca confundiram amor com pecado.

O sétimo critério, do fundamento normativo da relação sexual, está diretamente vinculado à idéia de dívida conjugal”, ou *debitum conjugale*, típica dos casamentos legitimados pela união carnal dos esposos.

A noção de dívida conjugal surgiu com o direito canônico. O casamento, a partir do Cristianismo e da influência crescente da Igreja, passou a se consumir com a união carnal. “Cada um dos cônjuges era considerado o proprietário do outro e podia, a esse título, exigir o que lhe era devido dentro do respeito das conveniências sociais e das prescrições rituais e religiosas.”⁽²⁹⁾

A idéia é totalmente estranha ao casamento romano, onde, como se viu, a união dos sexos não precisava ser consumada para que o casamento tivesse existência legal. Além disso, os parceiros atuais consideram que ao decidirem viver juntos não alienam com isso a plena propriedade e o pleno gozo de sua autonomia. O fato de viver junto não acarreta, *ipso facto*, qualquer perda de suas faculdades pessoais. A harmonia do casal existe independente de dívidas e obrigações. A noção mesma de dívida é inadmissível, porque provoca a perda da autonomia pessoal.

O oitavo critério, da atitude diante da fecundidade, revela, ainda uma vez, a dicotomia existente entre as duas concepções, do casamento e da união livre.

Como vimos, ao examinar os elementos constitutivos do casamento romano, o aspecto biológico também esteve presente na concepção romana de casamento. Os cidadãos tinham dever de casar e procriar, em justas núpcias, crianças que, sendo legítimas, perpetuariam o corpo cívico.

A procriação, porém, contrariamente ao ocorrido no direito canônico, não é um fim em si, razão máxima do casamento. Para a Igreja, a procria-

(27) BEJIN, A. Ob. cit., p. 175.

(28) BEJIN, A. Ob. cit., p. 175.

(29) BEJIN, A. Ob. cit. p. 176.

ção passa a ser um meio de legitimação da própria união sexual. Remédio à concupiscência e única justificativa do aspecto biológico, a procriação está acima de qualquer interesse individual ou comum do casal.

Na medida em que a sexualidade é encarada como obrigação da mulher ao marido, pode-se imaginar a absoluta ausência de afetividade no relacionamento conjugal. Se considerarmos, de resto, a enorme influência da Igreja condenando qualquer expectativa de prazer e só admitindo a relação com vistas à reprodução, pode-se vislumbrar, em toda sua extensão, a aridez das uniões.

A união livre encara a questão sob um prisma totalmente diverso: em primeiro lugar, porque o fim da união não é a procriação, mas a realização plena do casal, em todos os níveis: afetivo, sentimental, físico e psicológico. em segundo lugar, atualmente, as conseqüências que um nascimento ilegítimo podia provocar no passado inexistem. Nesse sentido a atual Constituição brasileira, ao não mais considerar a distinção entre filhos legítimos e ilegítimos, nada mais fez do que ratificar um anseio há muito sentido por todos os segmentos sociais da sociedade brasileira.

Finalmente, a existência ou não de filhos deixa de ser imposta pela natureza (como ocorreu praticamente até finais do século XVIII) e passa a ser decidida ou adiada "... sem que nenhum dos dois parceiros jamais tenha manifestado uma recusa absoluta de ter um descentente" (30).

O controle da natalidade, absurdamente inadmitido pela Igreja, passa integralmente à esfera do casal, que passa a decidir soberanamente sobre a oportunidade, a validade e a necessidade da procriação.

Certamente as mulheres romanas não dominaram a questão da natalidade, mas, considerando a superioridade do elemento afetivo sobre o biológico, no casamento romano, é lícito inserir a supremacia daquela união em relação ao padrão imposto ao mundo ocidental, pela Igreja, com o aval do direito canônico.

Não há dúvida nenhuma que a união livre está mais próxima daquela concepção de casamento do que o modelo canônico.

O último critério encerra todas as características vistas até aqui e retoma a idéia central que resume integralmente a atual tendência.

Trata-se da área afetiva e da autonomia por ela gerada em relação ao grupo ou à comunidade circundante.

A segunda metade do século XX verá triunfar definitivamente o amor sobre qualquer consideração de ordem prática ou utilitária. Com o triunfo do sentimento, o casal moderno se libera de toda pressão do meio social, da família, da comunidade.

(30) BEJIN, A. Ob. cit., p. 177.

Restringindo-se o nível de relacionamento ao pai, mãe e filhos, aumentava-se proporcionalmente o estreitamento dos laços afetivos. Quanto maior a intensidade do sentimento familiar, maior os progressos da vida privada, da intimidade doméstica, e de identidade: os membros da família se unem pelo sentimento, pelo costume e pelo gênero de vida.

No casamento tradicional a área afetiva era por demais restrita pela incidência de um implacável controle comunitário. Homens e mulheres deviam agir de acordo com padrões previamente estabelecidos. Em tal ambiente fica quase impossível o casal se confinar num "egoísmo a dois". Os parentes, criados, amigos e vizinhos exerciam constante pressão uns sobre os outros, criando uma rede constrangedora, embora protetora, de relacionamentos afetivos fortemente marcados.

O advento da família nuclear, que é um verdadeiro estado de espírito, antes que uma estrutura, distingue a nova união de todos os outros padrões familiares pelo sentido muito peculiar de solidariedade que une entre si os membros da unidade doméstica ao mesmo tempo que os separa da coletividade.

Os membros da família nuclear têm um aguçado sentimento de viver num clima afetivo privilegiado que os protege contra qualquer intrusão, isolando-os atrás do muro da privacidade.

Estes, os nove critérios.

A história da humanidade se repete. E o retorno a antigos esquemas e valores reafirma veementemente a permanência de um direito que continua atual, apesar da passagem inexorável dos séculos.

O esquema do pensamento romano, de ordem eminentemente privada e alheio a qualquer interferência estatal, praticamente reproduzido pela união livre atual, revela um traço fundamental da ordem familiar que não pode ser subestimado, sob pena de se incorrer em equívoco, este que, o que ocorre dentro de um lar, e lar existe independentemente de qualquer aval jurídico, "importa muito mais do que o mais bem elaborado sistema de normas e leis. Não há no mundo lei alguma capaz de conferir um sentido à ação humana".⁽³¹⁾

E os romanos tinham consciência desta realidade tão simples e tão pouco considerada pelos atuais juristas.

Quer consideremos a noção "intenção", quer a "afetividade", quer a liberdade que existia na ocorrência de uma união ou na sua dissolução, avulta sempre a imagem do homem pairando acima de interesses oriundos da esfera pública ou da religiosa.

Se a revolução de 68 contestou todos os princípios plenamente aceitos pela sociedade tradicional, certamente não o fez por mero capricho, mas

(31) BACH, J. Marcos. *O Futuro da Família: tendências e perspectivas*, p. 22.

por reconhecer e vivenciar as conseqüências nefastas de um jurídico sistema doutrinário marcado pelo absolutismo ideológico, metafísico e teológico.

Provavelmente a família nuclear — na verdade o tipo que melhor responde às condições socioculturais de nossa época, embora não se enquadrando nos parâmetros éticos convencionais —, própria do casamento atual ou da mera união livre, comprovou de forma inquestionável que a família é uma unidade essencialmente afetiva. Na medida em que os movimentos espontâneos ditados pelo amor têm o mais amplo e vigoroso espaço de expansão, reduz-se a parte institucionalizada a um mínimo indispensável.

Não é admissível estabelecer entre as diversas concepções de casamento uma escala de valores. Todas são legítimas enquanto traduzem estruturas sociais e psicológicas diferentes, enquanto respondem a aspirações e ideais humanos. Por isso é abusivo e contrário à natureza da família qualquer excesso de tutela institucional e moral.

Razão tem BACH ao afirmar que “A ordem familiar se baseia no amor solidário e gratuito, ultrapassando, por conseguinte, em sentido qualitativo os acanhados termos da ‘ordem social’ baseada no império da justiça, sem condições de ir além desse limite”. (32)

Bibliografia

- BACH, J. Marcos. O futuro da família: tendências e perspectivas. *Família e Sociedade Contemporânea*. Vozes, Petrópolis (RJ), 1983.
- BEJIN, André. Le mariage extra conjugal d'aujourd'hui. In: *Sexualités Occidentales* (sous la direction de Philippe Ariès et André Béjin), Points, Editions du Seuil, Paris, 1982.
- COSTA, Emilio. *Historia del Derecho Romano Público y Privado*. Trad. do italiano por Manuel Raventos y Nogue, Editorial Reus, Madri, 1930.
- FRANCISCI, Pietro de. *Síntesis Histórica del Derecho Romano*. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1954.
- IGLESIAS, Juan. O direito romano e a nossa época. In: SILVIO A. B. MEIRA. *Novos e Velhos Temas de Direito*. Forense, Rio de Janeiro, 1973.
- MATOS, Olgaria C. F. Paris 1968: *As Barricadas do Desejo*. 2ª ed., Coleção Tudo é História, nº 9, São Paulo, Brasiliense, 1981.
- MEIRA, Silvio A. B. *Instituições de Direito Romano*. 2ª ed., Max Limonad, São Paulo, s.d.
- NAMUR, P. *Cours d'Institutes et Histoire du Droit Romain*. Bruxelles, Editions Bruylant, 1888.
- OURLIAC, Paul et MALAFOSSE, J. de. *Histoire du Droit Privé*. Tome III — *Le droit familial*. Presses Universitaires de France, Paris, 1968.
- VEYNE, Paul. Les noces du couple romain. In: *L'Histoire*, nº 63, Paris, 1984.
- YOURCENAR, Marguerite. *O Tempo, Esse Grande Escultor*. Trad. Editora Nova Fronteira, Rio de Janeiro, 1985.

(32) BACH, J. Marcos. Ob. cit., p. 48.

Novos rumos para a privatização

ARNOLDO WALD

Poucos assuntos são tão atuais e importantes para o nosso País e para o mundo, e o debate e a procura de soluções já constituem um passo importante para definir uma política racional, coerente e pragmática neste setor.

Nos últimos anos, em todos os países do Ocidente e até na Rússia, nos países satélites e na China, instaurou-se a chamada "era da desregulação" e da privatização, com a criação de um consenso no sentido de ser necessário reduzir o papel exercido pelo Estado como agente operador na área econômica. Anunciou-se, assim, o fim do período keynesiano, e a transformação do conceito desenvolvida há cerca de meio século do Estado Providência, do *welfare state*. As dificuldades encontradas pela economia dos países que nacionalizaram as suas empresas e a inflação decorrente da onipresença do Estado ensejaram uma reação em favor da ampliação da liberdade econômica, considerada como condição e garantia da liberdade política e do próprio Estado de Direito.

A reprivatização de empresas nacionalizadas e a privatização das que surgiram no plano público constituíram a grande revolução da década de 1980 na Inglaterra, na França, na Espanha, na Alemanha, na Turquia e no Canadá. Entre os países em desenvolvimento, o mesmo ocorreu no Sudeste Asiático, no Japão, na Tailândia, nas Filipinas e, recentemente, na própria China. Na América Latina, um esforço real e efetivo de privatização foi feito no Chile, no México e no Brasil.

Este movimento não corresponde apenas a uma tendência da moda política ou econômica, mas a uma necessidade efetiva da modernização do mundo.

Assim, nos Estados Unidos, o Governo Reagan tentou limitar a atuação do Governo na área dos negócios, conseguindo impor, inicialmente, em alguns setores, um movimento de *desregulação*, que alcançou as áreas das comunicações e do transporte e já está atingindo, agora, o próprio

setor bancário. A hipertrofia do Estado, que tinha suas raízes no *new deal* de Roosevelt, mas que posteriormente sofrera uma evolução, em progressões geométricas, especialmente no campo da regulamentação, passou a ser condenada no momento em que a crise levou os Estados Unidos a realizarem a sua "revolução conservadora". A geração dos jovens estudantes americanos que, em 1968, protestaram nas Universidades passou a ser hoje a dos empresários pioneiros, que desenvolvem as suas indústrias em Silicon Valley, na Califórnia, combatendo os excessos tributários e a intervenção constante do Poder Público nos negócios. E a retomada da economia americana está vinculada ao esforço feito para restringir a atividade estatal no campo econômico, combatendo assim o déficit público.

A França socialista reconheceu, pelo seu Chefe de Estado, que é a empresa que cria a riqueza e o emprego, determina o nível de vida e a posição do país no cenário mundial. Para o Governo francês "o Estado encontrou os limites da sua atividade, que não deve ultrapassar". E é, ainda, na França socialista, que os próprios governantes, reconhecendo o nível excessivo da carga tributária, concordam com as lições do economista americano ARTHUR LAUFER, para admitir que o imposto não pode asfixiar a produção e, assim, limitar a energia do país, sob pena de se tornar intolerável.

A evolução francesa é sintomática, pois revela a posição de um governo socialista que restabelece a idéia de lucro, reconhecendo que ele se transforma em poupança e investimentos garantidores e criadores, no futuro, de novos empreendimentos e de mais empregos.

Na Inglaterra assistimos a um consenso entre conservadores e trabalhistas quanto à necessidade de reduzir a inflação e diminuir a intervenção do Estado, reconhecendo-se a frustração das ideologias diante da forma dos fatos econômicos.

No próprio Japão, os órgãos de representação das classes empresariais e, especialmente, o Keydanren, formularam uma proposta de liberalização da economia, que está sendo colocada em prática, gradativamente, pelo Governo, comprimindo as despesas das estatais, diminuindo os tributos e privatizando as empresas.

Na Rússia, a Perestroika de Gorbatchev pretende dar maior autonomia às empresas e fazer ressuscitar, na economia soviética, a idéia de lucro, enquanto húngaros e chineses já pensam em organizar o seu mercado de capitais. Basta dizer que recebemos no Brasil, o ano passado, uma comissão chinesa interessada em transpor para o seu país as estruturas das Bolsas brasileiras.

A insuspeita revista *The Banker*, em artigo sobre a privatização na Ásia, esclareceu que a fase intervencionista naquele continente está ultra-

passada e o culto do Estado, como mentor da economia, que se afirmou após a última guerra mundial, está chegando ao seu fim. Em todos os países asiáticos a consagração da "igualdade na miséria" está sendo afastada, em favor de fórmulas mais pragmáticas e humanas, que enfatizam a importância da iniciativa privada como catalizadora do desenvolvimento econômico.

Na realidade, a onda antiestatizante domina todo o Ocidente que, seguindo as lições de economistas como FRIEDRICH A. HAYEK, LUDWIG VON MISES e MILTON FRIEDMAN, pretende consagrar uma política de maior liberdade econômica, abrangendo não só a privatização das empresas, mas a progressiva desregulamentação, com o restabelecimento da obediência às leis do mercado.

Não há dúvida de que a crise da economia mundial, as grandes modificações tecnológicas, a necessidade de reformulação da própria empresa, as dificuldades encontradas para uma previsão econômica a médio e longo prazo, a falência do *welfare state* (Estado Providência), que não tem mais os recursos para atender ao déficit da previdência social e aos altos custos dos serviços públicos comparados com os da iniciativa privada, fizeram com que se rejeitasse o "Estado negalômono" ao qual se referia JEAN FRANÇOIS REVEL. Concluiu-se que a Providência é sempre divina e que o Estado é humano, importando a sua hipertrofia em empobrecimento do país e ameaça à liberdade individual e, conseqüentemente, a própria democracia.

Para sair da "estrada da servidão" que acabou imperando nos países dominados pelo dirigismo econômico, o mundo descobriu, subitamente, um certo consenso que o leva a considerar a "desregulação" ou "desregulamentação" como o único meio de conciliar a liberdade política e o progresso econômico.

Já se admite, hoje, que a própria luta contra a inflação só pode ser eficaz dentro dos limites em que importa em diminuir o papel do Estado, pois, em grande parte, as emissões de papel-moeda e os empréstimos públicos são destinados a cobrir o déficit da previdência social e as necessidades das empresas públicas.

No Brasil, a privatização ficou, por longo tempo, no plano do discurso político. Embora, num passado mais remoto, tivessem sido tomadas algumas medidas válidas para impedir a proliferação das sociedades de economia mista, exigindo, por exemplo, a sua criação em virtude de lei em sentido formal, e o Governo se tenha empenhado, com boa vontade, mas sem muito sucesso, em controlar as suas despesas pelo SEST, a afirmação de uma política de privatização surgiu com a nova república.

Na realidade, vários programas iniciados em 1981 permitiram que até 1985 uma dezena de empresas, a maioria das quais originariamente priva-

das e que tinham passado para o controle do Estado, em virtude de dificuldades financeiras, fossem privatizadas. Mas somente a partir de 1986, e especialmente em 1987 e 1988, realizou-se um movimento válido de privatização liderado pelo BNDES e representando ingressos para o Tesouro Nacional de quase quinhentos milhões de dólares na venda de ações ou ativos de doze empresas, havendo outras seis em vias de privatização no primeiro semestre de 1989.

Na maioria dos casos, tratou-se de reprivatização ou de redução da participação estatal em sociedades privadas, abrangendo setores que vão desde a fabricação de tecidos e máquinas até a indústria da celulose e do cobre. A alienação de participações acionárias foi feita, sempre que possível, sendo substituída pela venda de ativos, quando não havia comprador para a empresa.

As vendas que inicialmente eram feitas a um grupo específico tiveram, com o decorrer do tempo, as suas técnicas aprimoradas com a transferência do controle a um ou vários adquirentes, estes devidamente vinculados por um acordo de acionistas, sendo as ações ordinárias não constitutivas do controle e as preferenciais vendidas ao público, como aconteceu, com muito sucesso, no caso da Aracruz.

Dentro do programa do BNDES, cabe salientar a importância do fato de ter, sempre, ocorrido uma reserva de 5% das ações para serem vendidas aos empregados.

Outra faceta construtiva das privatizações realizadas foi a utilização de consultores econômicos, nacionais ou internacionais, para permitir a fixação de preços adequados.

Mas não há dúvida que a institucionalização do programa de privatização só ocorreu a partir da criação, em 29-3-1988, do Conselho de Desestatização e da fixação de metas mais ambiciosas, podendo abranger mais de uma centena de empresas e representar a transferência, para a área privada, de cerca de dez bilhões de dólares, além da extinção de empresas inviáveis e da venda dos seus acervos.

A criação do Conselho, inicialmente vinculado ao Ministério do Planejamento e, posteriormente, ao da Fazenda, criou um instrumento válido de trabalho e permitiu a formação de um consenso, na área governamental e administrativa, em relação ao número e tipo de empresas a serem privatizadas e à própria filosofia da privatização. Para o Governo, tratava-se de dar prioridade à transferência, para a iniciativa privada, de empresas siderúrgicas, metalúrgicas em geral, de celulose, computadores, mineração, navegação marítima, e do setor petroquímico. Por outro lado, houve decisão de repassar as centrais de abastecimento às autoridades locais.

Se o Conselho foi o instrumento escolhido para reger a privatização, com poderes e eficiência, que não tinham os órgãos que o precederam nessa função, faltava uma legislação que definisse, adequadamente, o grau de flexibilidade atribuído ao Executivo para levar o processo adiante.

Um primeiro projeto de lei encaminhado ao Congresso Nacional, no início do ano passado (1988), não teve andamento efetivo e, por ocasião do Plano Verão, decidiu o Governo formular nova proposta que foi substanciada na Medida Provisória n.º 26, que infelizmente foi rejeitada pelo Congresso Nacional e que, substituída por projeto de lei nela inspirado e elaborado pelo Deputado João Agripino, não conseguiu, sob a sua nova formulação, ter reconhecida a sua urgência de modo a ser suscetível de aprovação no corrente ano e, eventualmente, ainda no 1.º semestre.

A Medida Provisória n.º 26 previu a delimitação das empresas estatais que poderiam e das que não deveriam ser privatizadas. A linha divisória, que pode ser traçada de diversos modos, seja referindo expressamente as não privatizáveis, como fez a medida provisória, seja explicitando as privatizáveis como entendeu o projeto de lei, é básica, pois não há privatização sem consenso nacional. Já se disse que a privatização é uma espécie de casamento que pressupõe a vontade dos nubentes e a declaração homologatória do Estado. A privatização não se impõe a um país, deve decorrer de um estágio cultural, de uma convicção plena dos meios políticos e administrativos, sob pena de serem frustrados os esforços feitos.

É evidente que certas áreas não devem ser privatizadas por representarem serviços públicos essenciais que o Estado deve gerir. Assim, os instrumentos e áreas de policiamento, defesa nacional, atendimento à saúde pública, realização da justiça devem ser públicos. Na realidade, não se pretende reduzir o papel do Estado como todo, mas sim de fazer com que ele exerça mais adequada e eficientemente as suas funções essenciais e precípuas. Como dizia eminente juriconsulto alemão, temos atualmente excesso de presença do Estado na regulamentação econômica e técnica e falta-nos a presença do Estado no tocante à segurança interna e externa e, no fundo, falta lealdade em relação ao Estado. E LORD KEYNES, por sua vez, lembrava que "A coisa importante para os Governos não é fazer as coisas que os indivíduos já estão fazendo, ou fazê-las, um pouco melhor ou um pouco pior; sim fazer aquelas coisas que, no presente, ninguém possa fazer".

No plano econômico, determinadas atividades devem continuar sendo, em nosso país, monopólio estatal, como ocorre com a Petrobrás e, evidentemente, não faz sentido pensar em privatizar o BNDES, a Caixa Econômica, o Banco do Brasil e algumas outras entidades da maior importância estratégica. Cabe, todavia, lembrar que a noção de serviço essencial e indelegável é dinâmica e variável no tempo. A Inglaterra está admitindo privatizar, em parte, os seus correios e a privatização das prisões já foi

cogitada. Os franceses chegaram a afirmar, sem fazer trocadilho, que preferiam ter prisões privadas, em vez de estarem privados de prisões. As áreas de telecomunicações que, no Brasil, são consideradas essenciais à segurança pública são operadas por empresas particulares em vários países do mundo, inclusive nos Estados Unidos e no Japão.

Na realidade, algumas atividades essenciais podem ser delegadas, substituindo o Estado a gestão dos mesmos pela sua adequada regulação.

Entre os outros aspectos construtivos do texto da medida provisória e do projeto, cabe salientar a necessidade de ser realizada a abertura do capital das empresas que forem privatizadas, utilizando-se os mecanismos legais de distribuição do mercado de capitais e pulverizando-se a propriedade das ações, sempre que possível. Trata-se de um esforço no sentido de criar no Brasil um verdadeiro capitalismo popular, transformando a poupança em participação acionária nas grandes empresas privatizadas.

Foi essa a grande revolução que transformou recentemente os mercados de capitais da França e da Inglaterra, multiplicando-os várias vezes e fazendo com que, para cada cinco pessoas, uma seja proprietária de ações nos grandes países industriais, enquanto no Brasil somente temos um acionista em trinta habitantes.

Não se diga que se trata de um programa impossível por falta de poupança no Brasil. Na realidade, vimos, no passado, que a caderneta de poupança se disseminou através do país, como também o próprio crédito ao consumidor, transformando-se ambas as técnicas em modificadores dos hábitos das classes menos favorecidas no Brasil. Elas passaram a poupar, integrando-se no sistema bancário, e a usar o crédito que lhes ofereciam as instituições financeiras, dando assim uma nova escala à economia nacional.

O mercado brasileiro é sofisticado, mas é pequeno e concentrado. A capitalização brasileira de 35 bilhões de dólares representa cerca de 10% do nosso PIB, enquanto, na maioria dos países desenvolvidos, ultrapassa 50%, percentual que também alcança em alguns mercados emergentes como os da Jordânia e da Malásia. Em números absolutos o nosso mercado está situado atrás de Hong Kong, da Suécia, de Taiwan e da Coreia. É, pois, evidente que o mercado brasileiro comporta ser multiplicado por quatro ou cinco vezes e receber, assim, as empresas privatizadas.

Acresce que as Bolsas brasileiras têm uma estrutura e uma informatização que as coloca entre as maiores do mundo e o sistema de distribuição tem capacidade para negociar uma dezena de vezes os valores atuais.

A Medida Provisória n.º 26 também consagrou a venda de um certo percentual de ações aos empregados, mediante financiamento e em condições privilegiadas, tendo como finalidade criar uma maior integração dos

mesmos nas companhias nas quais trabalham. Atendeu-se, pois, à ética da participação, que é atualmente a que deve prevalecer nas relações empresariais.

Ainda se previa a possibilidade de vender ações no exterior, até certo limite, que não poderia nunca abalar o controle nacional da empresa. Essa internacionalização, que já foi adotada na França e na Inglaterra, constitui um aspecto muito relevante da evolução do atual mercado de capitais. Basta lembrar que mais de 200 ações estrangeiras são negociadas na Bolsa de Paris e mais de quinhentas nas de Nova York e de Londres. Além de assegurar liquidez internacional e entrada de divisas estrangeiras no país, a negociação externa facilita o funcionamento dos fundos internacionais de captação de recursos para investimento no Brasil e pode permitir *joint ventures* da maior importância, seja no plano tecnológico e organizacional, seja em virtude da possibilidade de obtenção de mercados cativos de exportação.

Finalmente, de acordo com a nossa tradição, ficou prevista a chamada "privatização da privatização", ou seja, a utilização do sistema de distribuição do mercado de capitais para a realização dos *underwriting*.

A privatização pode ter outros aspectos relevantes, abrangendo a privatização da gestão e as concessões.

A privatização de gestão, que tem sido objeto de alguns estudos interessantes e está sendo negociada entre as sociedades mistas e a SEST, sob a forma de contrato de gestão, significa, na realidade, a despolitização dessas empresas e a sua submissão exclusivamente à legislação das sociedades anônimas. É uma solução que advogamos há longo tempo e que se impõe, sem prejuízo da obediência à política geral de governo e dos controles posteriores, pelas auditorias e pelo Tribunal de Contas.

Na realidade, no Brasil, criamos as autarquias para que tivessem autonomia administrativa e, em seguida, desautarquizamos as autarquias. Em relação às sociedades de economia mista, tem havido uma progressiva autarquização das mesmas, que é contrária ao interesse público e às necessidades sociais e econômicas do país. Está na hora de privatizar a gestão das sociedades mistas para que elas possam desempenhar o seu papel no mercado de capitais.

Por outro lado, a concessão ressurge no mundo moderno nas áreas reservadas ao Poder Público. Distingue-se da concessão do passado, que era estática e não conseguiu sobreviver em virtude das transformações tecnológicas e da inflação. A nova concessão é dinâmica, constituindo um contrato de colaboração entre o Poder Público e o concessionário, dando garantias amplas a ambas as partes e obedecendo ao interesse público. A sua utilização recente no Brasil, em áreas como as estradas de ferro e os

projetos existentes no tocante a estradas de rodagem, evidenciam que poderá ser um dos importantes instrumentos do desenvolvimento nacional.

Finalmente, na área de eletricidade, uma ampliação do setor de concessões está sendo examinada.

Enquanto, no início deste ano, se previa um investimento das estatais de cerca de 15 bilhões de cruzados novos, devendo as mesmas expandir o PIB em mais de 3%, os jornais de ontem (26-4-89) nos dão conta que, em seminário organizado em São Paulo, o Ministro da Fazenda reconheceu que o Estado se tornou um "despoupador", afirmando que a sua distribuição de poupança equivale a cerca de 2% e 3% do PIB.

Já se afirmou que a privatização no Brasil representa, pois, uma solução pragmática e imperativa decorrente da falência do Estado e da sua absoluta falta de recursos. Mas entendemos que, embora esta razão fosse suficiente, a privatização significa muito mais, pois é um passo decisivo no sentido da abertura definitiva da economia brasileira e da sua modernização.

A privatização significa uma reorganização democrática da empresa, a adoção da ética da participação, uma redistribuição da propriedade privada, com finalidades sociais, uma mudança de mentalidade e uma renovação da sociedade, que estará mais unida, mais coesa e em melhores condições de enfrentar a competição internacional.

A privatização, com a participação dos assalariados e dos pequenos investidores, significa o desenvolvimento da sociedade, a complementação da liberdade individual pela dignificação da propriedade e um novo impulso para o crescimento, o dinamismo e a eficiência das empresas em torno das quais está sendo construído o mundo de hoje e de amanhã.

Não se pode esquecer a impossibilidade de dissociar o homem econômico do homem político, e é evidente que o declínio da liberdade, dos regimes representativos e do próprio governo constitucional sempre foi a consequência da excessiva concentração do poder econômico nas mãos do Estado.

Já se disse que a intervenção estatal e a inflação caracterizam o fim de uma civilização, pois rompem o necessário equilíbrio entre os direitos individuais e o interesse coletivo. O mundo inteiro está reagindo contra as pressões inflacionárias e intervencionistas. No Brasil, é hora de aproveitar o desafio e a crise que atravessamos para reagir contra o excesso de atividades econômicas realizado pelo Estado, a exacerbação regulamentar e a inflação legislativa, redefinindo adequadamente o papel da coletividade na vida econômica para que se possa criar riqueza, garantir o progresso econômico e assegurar a justiça social.

O advogado perante o processo judicial

JOAQUIM LUSTOSA SOBRINHO

Propusemo-nos versar hoje sobre o papel do advogado perante o processo judicial. Assim sendo, cumpre-nos abordar alguns aspectos que nos parecem de suma importância ao exercício correto de nossa nobilitante profissão.

Está no art. 36 do Código de Processo Civil que a parte será representada em juízo por advogado legalmente habilitado, sendo-lhe lícito, no entanto, postular em causa própria, quando tiver habilitação legal ou, não a tendo, na falta de advogado no lugar ou recusa ou impedimento dos que houver.

Estamos, já se vê, num foro onde a segunda hipótese não ocorre, porque não há falta de advogado, nem possibilidade de recusa ou impedimento dos existentes, pois que andam às centenas inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Distrito Federal.

O advogado não pode residir em juízo, em nome da parte, sem o instrumento do mandato, que é a procuração.

O mandato opera-se quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses (art. 1.288 do Código Civil).

O mandato judicial pode ser conferido por instrumento público ou particular, devidamente autenticado, a pessoa que possa procurar em juízo, conforme o art. 1.324 do Código Civil.

De logo, verifica-se que está afastada a hipótese de o advogado receber mandato verbal para ingressar em juízo, na defesa dos direitos de qualquer pessoa. Pode, entretanto, fazê-lo, a fim de evitar decadência ou

prescrição de direitos, bem como intervir, no processo, para praticar atos considerados urgentes, na forma do art. 37 do CPC. Mas, nestes casos, o advogado se obriga, independentemente de caução, a exhibir o instrumento de mandato no prazo de quinze dias, prorrogável até outros quinze, mediante despacho do juiz. Portanto, afirmando urgência ou razão instante, como diz o Estatuto de nossa Ordem, pode o advogado apresentar-se sem procuração do cliente, obrigando-se a, dentro daquele prazo, exhibi-la, sob pena de, não o fazendo, seus atos serem havidos como inexistentes. O art. 37 do CPC, posterior, portanto, ao art. 70, §§ 1.º e 2.º, da Lei n.º 4.215, de 27-4-63 (Estatuto da OAB), orientou-se por este, tornando desnecessária a caução *de rato*, de que tratava o art. 110 do Código de Processo Unitário de 1939.

A procuração, como vimos, pode ser pública, *id est*, quando passada por tabelião de notas e inscrita em seus livros próprios, ou particular, datilografada ou escrita à mão, ou ainda *apud acta*, isto é, lavrada por termo nos autos pelo escrivão do feito, em presença do juiz ou com duas testemunhas na ausência daquele.

Se o advogado, ao comparecer em juízo, não exhibir o instrumento do mandato outorgado pelo assistido, o juiz determinará que se exarem na ata da audiência os termos da referida outorga (art. 16 da Lei n.º 1.060, de 5-2-1950).

A procuração pode ser dada ou passada por certidão, mediante despacho do juiz ou do chefe da repartição em requerimento do interessado, quando for extraída *a verbo ad verbum* do próprio instrumento original dos autos do processo, ou do arquivo nas repartições ou cartórios por escrivães, tabeliães ou empregados públicos. As cópias assim extraídas são reputadas autênticas e valiosas.

A procuração pode ser ainda em pública-forma, quando é copiada fielmente por um tabelião em face do original e concertada pelo tabelião companheiro, independente de despacho e de distribuição, sendo a pública-forma com o original entregues à mesma parte. O concerto da pública-forma com o original por outro tabelião é indispensável à sua validade.

As cópias tiradas pelo tabelião são havidas como traslados. No instrumento público o primeiro traslado entende-se como original.

A procuração passada no estrangeiro, de acordo com a legislação do país, deve ser autenticada pelo cônsul ou agente consular da circunscrição, a qual somente poderá ser apresentada em juízo aqui com a respectiva tradução, na conformidade do disposto no art. 140 do Código Civil.

Tendo em vista a causa a propor, são estes os poderes da procuração. O Código de Processo de 1939, no art. 108, dispunha que a procura-

ção que contivesse a cláusula *ad judicium* habilitaria o procurador a praticar todos os atos do processo, dispensada a menção especial de outros poderes, salvo para receber a citação inicial, confessar, transigir, desistir, receber e dar quitação e firmar compromisso.

O atual Código de Processo dispôs no art. 38, seguindo o art. 1.326 do Código Civil, que a procuração geral para o foro, com a firma reconhecida, habilita o advogado a praticar todos os atos do processo, salvo para receber a citação inicial, confessar, reconhecer a procedência do pedido, transigir, desistir, renunciar ao direito sobre que se funda a ação, receber, dar quitação e firmar compromisso.

Entende o comentador do Código de Processo de 73, Professor CELSO AGRÍCOLA BARBI, vol. I, Tomo 1, p. 241, que o Código atual, preocupado em suprimir o uso de expressões latinas, não mais utiliza a tradicional cláusula *ad judicium*, tendo-a substituído pela fórmula equivalente no vernáculo "geral para o foro".

Significando a expressão *ad iudicium* ou *ad judicium* para o foro judicial, não divisamos inconveniente ou errônea em continuar-se usando nas procurações essa expressão latina, como se dá com o uso da expressão *in solidum*, prevista implicitamente no art. 1.327 do Código Civil, na ocorrência de dois ou mais procuradores constituídos para a mesma causa e pela mesma pessoa, quando solidários.

Em abono dessa tese, ainda temos o art. 70, § 3.º, do nosso Estatuto que nos parece não esteja ab-rogado pelo Código de Processo. E ainda mais, no § 4.º do mesmo art. 70, acrescenta-se à expressão *ad judicium* a *et extra*, para habilitar o advogado a praticar todos os atos extrajudiciais de representação e defesa perante quaisquer pessoas jurídicas de direito público, seus órgãos, ministérios, desdobramentos e repartições de qualquer natureza, inclusive autarquias e entidades paraestatais; e qualquer pessoa jurídica de direito privado, sociedades de economia mista ou pessoas físicas em geral.

As cláusulas referidas nos §§ 3.º e 4.º retromencionados dispensam a indicação dos juízos, órgãos, repartições e pessoas perante as quais tenham de produzir efeito, assim como a menção de outros poderes, por mais especiais que sejam, exceto o atrás aludido, conforme estabelece o § 5.º do susodito art. 70.

Se a ação versa sobre imóveis e a procuração é de mulher casada, faz-se indispensável o consentimento do marido, que pode ser dado no instrumento do próprio mandato, segundo exigência do art. 10 do CPC, *verbis*: o cônjuge somente necessitará do consentimento do outro para propor ações que versem sobre imóveis ou direitos reais sobre imóveis alheios.

Fora desses casos, cada qual pode agir livremente.

Se a procuração é conferida por menor relativamente incapaz, torna-se necessário que seja passada por tabelião de notas com a assistência do seu representante, ou do juiz, segundo entende CLOVIS BEVILÁQUA, in *Código Civil*, vol. 5, p. 32. CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, in *Instituições de Direito Civil*, vol. 1, p. 169, também entende que o menor relativamente incapaz pode constituir advogado para a defesa de seus direitos em juízo, conquanto que a procuração seja outorgada em conjunto com o seu representante legal.

Se o advogado recebe o mandato direto ou através de substabelecimento, que precauções deve tomar?

Em primeiro lugar, não deve aceitar procuração de quem tenha advogado constituído, salvo com autorização prévia daquele com o qual irá colaborar ou ao qual substituirá, e demais hipóteses previstas no art. 87, item XIV, do Estatuto da Ordem, sob pena de punição (arts. 106, parágrafo único, e 107, inciso I).

Em segundo lugar, três hipóteses podem ocorrer, a saber:

a) a procuração não traz poderes de substabelecimento. No entanto, foi substabelecida. Neste caso, o substabelecido responde perante o constituinte por todos os prejuízos causados por culpa do substituto, que se apresenta como um simples preposto do mandatário e, por esse modo, os atos que praticar são como praticados pelo próprio mandatário (arts. 1.300 e 1.521, III, do Código Civil);

b) a procuração traz poderes de substabelecer. Neste caso, somente são imputáveis ao mandatário os danos causados pelo substabelecido, se notoriamente incapaz, ou insolvente. Não há, portanto, vinculação entre o mandante e o substabelecido. O mandatário responde perante o mandante, ficando exonerado de qualquer responsabilidade o substabelecido pela execução do mandato, salvo na ocorrência de culpa *in eligendo*, isto é, se escolheu mal o seu substituto. Se porém, o substituto foi indicado pelo mandante, até essa culpa desaparece;

c) a procuração traz a proibição de substabelecer e, entretanto, foi substabelecida. O substabelecido não se vincula ao mandante. O substabelecido responderá perante o mandante por todos os danos ou prejuízos provocados pela execução do mandato pelo substituto, inclusive caso fortuito e mora (arts. 1.300, § 1.º, e 957 do Código Civil), segundo DE PLÁCIDO E SILVA, in *Tratado do Mandato*, p. 362, com apoio em CLOVIS BEVILÁQUA, JOÃO LUIZ ALVES e CARVALHO SANTOS.

Mas dizendo o art. 1.324 do Código Civil que o mandato judicial pode ser conferido a quem possa procurar em juízo, não pode quem o recebeu, sem habilitação legal, transferi-lo a pessoa habilitada para funcionar em juízo? Cremos que sim. Assim têm entendido os nossos tribu-

nais. Vejamos o que ensina DE PLÁCIDO E SILVA, in *Tratado do Mandato e Prática das Procuções*, p. 368, *verbis*: “É que, mesmo no substabelecimento, a capacidade do mandatário se apresenta secundária. Sua incapacidade para o mandato não anula e nem vicia o substabelecimento.”

O substabelecimento pode ser feito com reserva ou sem reserva de poderes. Se há expressa menção de poderes para substabelecer, o mandatário, substabelecendo o mandato, sem reserva de poderes, ficará desvinculado do contrato, salvo culpa *in eligendo*. Se o substabelecimento é feito com reserva, ainda que haja poderes expressos de substabelecer, continuará vinculado o substabelecente ao mandato.

Como vêem os senhores, o advogado substituto deve examinar os poderes da procuração que lhe é substabelecida, a fim de assegurar-se de sua responsabilidade na execução do mandato, não somente perante quem, senão ainda quanto ao pagamento de seus honorários, porque, conforme o caso, não será o mandante originário o responsável por eles.

De posse do competente instrumento do mandato, o advogado está apto a praticar em juízo os atos necessários à defesa dos direitos do seu constituinte. No exercício desse mister, presta serviço público, constituindo, com os juizes e membros do Ministério Público, elemento indispensável à administração da Justiça (art. 68 do Estatuto da Ordem). “O advogado é um órgão intermediário entre o juiz e a parte e nele se conciliam o interesse privado, de alcançar uma sentença favorável, e o público, de obter uma sentença justa. Por isso, sua função é necessária ao Estado como a do juiz, quando atua como servidor do direito, segundo RUY SODRÉ, com apoio em CALAMANDREI, in *Ética Profissional*, p. 49.

Assim, deve expor os fatos conforme a verdade, proceder com lealdade e boa fé, não formular pretensões, nem alegar defesa, ciente de que são destituídas de fundamento, não produzir provas, nem ratificar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito, segundo o art. 14 do Código de Processo Civil. Aplicar todo o zelo e diligência e os recursos do seu saber em prol dos direitos que patrocinar, sem nenhum receio de desagradar a juiz, ou de incorrer em impopularidade, mantendo, em todo o curso da ação, perfeita cortesia em relação ao colega adverso, evitando fazer-lhe alusões pessoais, tudo segundo os mandamentos do nosso Código de Ética Profissional. Se, contra si, o *ex-adverso* fizer alusões injuriosas, quer por escrito, quer em defesa oral, poderá o juiz no primeiro caso, de ofício, ou mediante requerimento do injuriado, mandar riscá-las e, no segundo caso, adverti-lo de que não as use, sob pena de lhe ser cassada a palavra (art. 15 do CPC). Deve tratar as autoridades e os funcionários do Juízo com respeito, discrição e independência, não prescindindo de igual tratamento por parte deles, e zelar as prerrogativas a que tem direito. Não ser conivente com quem quer que seja na exação do cumprimento do seu dever. Tratar com urbanidade a parte contrária, as testemunhas, peritos e outras

pessoas que intervierem no processo, não compartilhando nem estimulando ódios e ressentimentos. Abster-se de entendimentos tendenciosos, ou de discussão, particularmente com o juiz, sobre a causa em andamento (Código de Ética Profissional).

Não tratar o juiz como se ele fosse o seu superior. Entre os juízes de qualquer instância e os advogados não há hierarquia nem subordinação, devendo-se todos consideração e respeito recíprocos, segundo dispõe o art. 69 da Lei n.º 4.215, de 27-4-63 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil). O fato de o juiz sentar-se numa cátedra mais elevada do que a do advogado não quer dizer superioridade. Tal posição resulta apenas de uma tradição que os anos têm conservado, mas que não encontra fundamento algum na lei. "O advogado não é subordinado do juiz, e não há absolutamente motivo para que se estabeleça uma superioridade do juiz togado e do Ministério Público sobre o advogado." (*Revista de Crítica Judiciária*, vol. 4.º)

"Na missão do advogado", adverte RUY (*Oração aos Moços*, p. 679), "também se desenvolve uma espécie de magistratura. As duas se entrelaçam, diversas nas funções, mas idênticas no objeto e na resultante: a justiça. Com o advogado, justiça militante. Justiça imperante, no magistrado."

Vale a pena, meus caros, concluir o pensamento do inigualável RUY, porque é uma lição eterna para os que cultivam o direito. Ei-la:

"Legalidade e liberdade são as tábuas da vocação do advogado. Nelas se encerra, para ele, a síntese de todos os mandamentos. Não desertar a justiça, nem cortejá-la. Não lhe faltar com a fidelidade, nem lhe recusar o conselho. Não transfugir da legalidade para a violência, nem trocar a ordem pela anarquia. Não antepor os poderosos aos desvalidos, nem recusar patrocínio a estes contra aqueles. Não servir sem independência à justiça, nem quebrar da verdade ante o poder. Não colaborar em perseguições ou atentados, nem pleitear pela iniquidade ou imoralidade. Não se subtrair à defesa das causas impopulares, nem à das perigosas, quando justas. Onde for apurável um grão, que seja, de verdadeiro direito, não regatear ao atribulado o consolo do amparo judicial. Não proceder, nas consultas, senão com a imparcialidade real do juiz nas sentenças. Não fazer da banca balcão, ou da ciência mercatura. Não ser baixo com os grandes, nem arrogante com os miseráveis. Servir aos opulentos com altivez e aos indigentes com caridade. Amar a Pátria, estremecer o próximo, guardar a fé em Deus, na verdade e no bem."

"O juiz que falta ao respeito devido ao advogado ignora que beca e toga obedecem à lei dos líquidos em vasos comunicantes: não se pode baixar o nível de um sem baixar igualmente o nível do outro", observa

PIERO CALAMANDREI (in *Eles, os Juizes, Vistos por Nós, os Advogados*, p. 54).

Para resguardo dessa prerrogativa o art. 130 da Lei n.º 4.215/63 dispõe:

No caso de ofensa a membro da Ordem no exercício da profissão, por magistrado, membro do Ministério Público ou por qualquer pessoa, autoridade, funcionário, serventuário ou órgão de publicidade, o Conselho Secional, de ofício ou mediante representação, ouvida a Comissão de Ética e Disciplina, promoverá o público desagravo do ofendido, sem prejuízo da responsabilidade criminal em que incorrer o ofensor (art. 89, inciso XXI).

A definição clássica do estado de advogados é: *Vir bonus, discendi peritus*. CALAMANDREI diz que juizes e advogados entraram num entendimento para dar do perfeito advogado esta definição revista e melhorada: *Vir bonus, tacendi peritus*. Trocando em miúdo tais parênteses, devemos entender que o advogado, sendo o órgão impulsionador do processo, deve formular seus requerimentos sobre matéria pertinente à defesa dos direitos que lhe são confiados nos momentos oportunos, ficando calado quando o seu silêncio significar discrição e sensatez. No desenrolar dos atos processuais, a função do advogado é de agir, já falando, já através da escrita, com clareza e concisão. Seu trabalho requer mais talento do que o do juiz. A deste se caracteriza pela inércia, sinal de imparcialidade. Com sua visão panorâmica sobre as provas que lhe são trazidas, sopesa uma a uma, analisando o valor de cada uma à luz do direito aplicável, e decide. Não tem, como se vê, função construtiva, salvo nos casos em que, havendo omissão da lei, deverá decidir, por força do que dispõe o art. 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro.

“Sem o advogado”, adverte CARVALHO NETO, in *Advogados — Como Aprendemos — Como Sofremos — Como Vivemos*, p. 250, “o juiz seria uma peça inerte na organização judiciária. Somente agindo este quando provocado, e provocado para decidir entre interesses contrários, é o advogado que põe em movimento a Justiça.”

A figura do advogado no processo é tão importante quanto a do juiz. O causídico deve olhá-lo de igual para igual, porque superior aos dois somente existe a lei.

“A lei e a nossa consciência são os dois únicos poderes humanos, nos quais a nossa dignidade profissional se inclina”, diz RUY, in *Escritos e Discursos Seletos*, p. 241.

Ao defender o direito de alguém perante a justiça, o direito defendido reage sobre a situação jurídica toda inteira, por uma ação reflexa, como ensina EDMUND FICARD. Ao reagirmos contra uma sentença iníqua, órfã de fundamento jurídico, em que pese ao dever de analisá-la com linguagem respeitosa, devemos ser incisivos, candentes, pondo o cautério

rechinante na chaga descoberta, segundo já disse alguém. “É que o patrono de uma causa precisa”, adverte SOBRAL PINTO, “muitas vezes, para bem defendê-la, assegurando, assim, o seu êxito, ser veemente, apaixonado, causticante. Sem que o advogado revista a sua defesa de tais características, a sorte do seu cliente estará, talvez, irremediavelmente perdida” (*apud* CARVALHO NETO, p. 481).

PEDRO LESSA, chamado por Edmundo Lins o Marshall Brasileiro, ensinava:

“Trataí bem os juízes, tende sempre em mente as contínuas injustiças com que eles são julgados, devido às paixões e aos interesses contrariados pelas sentenças, e à leviandade e precipitação que presidem às aspirações dos interessados.

Mas, quando verificardes com segurança, com espírito perfeitamente isento de todos os elementos subjetivos que perturbam a exata visão da realidade, que as suas decisões foram inspiradas pela amizade, pela gratidão, pela vingança, pelo ódio, pelo interesse ou pela subserviência aos poderosos, zurzi-os desapiedadamente, sede implacáveis, sede cruéis, por amor à justiça.” (Discursos e Conferências)

É o que, não há dúvida, doutrina EDMUND PICARD:

“A injustiça é o que o homem sofre com menos longanimidade. É-lhe mais sensível do que o sofrimento corporal e a miséria.”

A injustiça envenena mesmo em doses homeopáticas (CALAMANDREI, *ob. cit.*, p. 164).

RAFAEL MAGALHÃES também é de igual sentir ao ensinar que:

“Apontar os erros do julgador, profligar-lhe os deslizos, os abusos, as injustiças, em linguagem veemente, é direito sagrado do pleiteante. O calor da expressão há de ser proporcionado à injustiça que a parte julgue ter sofrido” (*apud* CARVALHO NETO, p. 483).

“O dever da verdade impõe ao advogado que rasgue as vendas de suspeitas conveniências e exhiba os fatos na flagrância de sua realidade”, elucida CARVALHO NETO (*ob. cit.*, p. 313).

Assim procedendo, estará velando pela dignidade da magistratura como instituição (art. 87, IX, do Estatuto), cuja imagem não pode ser empanada por qualquer vadio ou inescrupuloso togado.

Porque o Estado confia ao juiz um poder temível, a vontade da lei em mãos facciosas torna-se um instrumento de efeito nefasto à segurança e garantia dos direitos individuais. HUMBERTO DE CAMPOS, em admirável crônica, acentuava: “quando o juiz quer, os cestos sobem os rios, os peixes cantam nas árvores e os pássaros fazem ninho no fundo do mar”.

O advogado, sendo um homem de luta diária, não deve descuidar-se das armas que lhe são indispensáveis: sagacidade, cultura, leitura cotidiana dos julgados, não se esquecendo, por outro lado, de que a qualquer momento poderá defrontar-se com o juiz maleável, o tímido e o faccioso, na classificação de OLIVEIRA VIANNA (in *O Idealismo da Constituição*, p. 293).

A pena e a palavra são a alavanca com que o advogado derriba as montanhas de sentenças prepotentes, injustas e detrimetosas aos interesses dos seus clientes. Saber manejá-las é um dever sagrado de cada um de nós.

A pessoa do advogado no processo não se confunde com a do seu constituinte. Os atos que pratica em nome deste não são pessoalmente seus, mas dele. Os grandes mestres do nosso direito assim sempre entenderam. Vejamos o que ensina o autor do projeto de nosso Código Civil, CLOVIS BEVILÁQUA, vol. V, p. 55:

“Observações — Os atos do mandatário, praticados de acordo com os poderes conferidos pelo mandato, são do mandante, que por eles responde perante terceiros, como contra estes tem ação direta.”

O Mestre dos mestres, PONTES DE MIRANDA, em seu *Tratado de Direito Privado*, talvez o maior do mundo, feito por um só homem, vol. XLIII, p. 53, pontifica:

“Os atos praticados pelo mandatário, dentro dos poderes do mandato, são atos do mandante.”

O comentador exímio, CARVALHO SANTOS, in *Código Civil Interpretado*, vol. XVIII, p. 276, seguindo a mesma trilha, adverte:

“Os atos praticados pelo mandatário dentro dos limites e da medida dos seus poderes, convém repetir, são havidos como tendo emanado pessoalmente do próprio mandante. Os direitos que deles derivam são adquiridos pelo mandante e as obrigações que nascem ficam a seu cargo, da mesma forma como se pessoalmente tivesse contratado. Quer dizer: o mandante torna-se assim devedor direto dos terceiros, com quem o mandatário haja contratado em seu nome e vice-versa. O mandante pode acionar diretamente esses terceiros, assim como por estes pode ser acionado. A condenação pronunciada contra o mandatário, quando age nesta qualidade, pode mesmo ser executada contra o mandante.” (cfr. AUBRY e RAU, ob. e loc. cit.; GUILLOUARD, ob. cit. n.º 184)

Operando-se, portanto, nos termos do art. 1.288 do Código Civil, o mandato, quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome,

praticar atos ou administrar interesses, todas as vantagens provenientes do mandato, por qualquer título que seja, são do mandante, e por sua conta correm, jamais a cargo ou a título de ônus do mandatário (art. 1.301 do mesmo diploma).

Orientação semelhante encontra-se no direito italiano, conforme se vê no Código Civil, art. 1.388. Da mesma forma no direito português, art. 1.318 do Código Civil, que diz não poder o constituinte escusar-se de cumprir todas as obrigações que o mandatário houver contraído em seu nome, dentro dos limites do mandato (art. 1.345). Idênticos princípios encontram-se no Código Civil da Argentina, arts. 1.869, 1.930 e ss. Do mesmo modo, é o direito civil da Colômbia, segundo o Código Civil, arts. 2.142, 2.186 e ss. O Código Civil da França, art. 1.984.

Aí ficam algumas indicações de outros ordenamentos jurídicos, para que vejam o acerto do quanto foi dito.

No exercício do mandato, sempre que o advogado sentir faltar-lhe a confiança do constituinte, deverá renunciá-lo sem demora, ressalvadas as estipulações contratuais anteriores (Seção VII do Código de Ética), mediante notificação da renúncia ao cliente, continuando, contudo, a representá-lo durante os dez dias seguintes, desde que necessário para evitar-lhe prejuízo (arts. 87, inciso XXI, e 45, respectivamente, do Estatuto da OAB e do Código de Processo Civil).

A prestação do serviço profissional assegura ao advogado o direito aos honorários contratados ou, na falta de contrato, dos que forem fixados na forma da lei (art. 96 do Estatuto da OAB).

Na ausência de contrato por escrito, o advogado deve requerer arbitramento judicial, não sendo os honorários inferiores a dez por cento nem acima de vinte por cento do valor da causa. Tal percentagem está prevista no art. 20, § 3.º, do Código de Processo Civil. Nas ações de valor inestimável, assim como naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas *a* e *c* do parágrafo anterior.

O procedimento adequado para a cobrança de honorários de advogado é o sumaríssimo, instituído pelo art. 275, inciso II, alínea *m*, do Código de Processo Civil.

O direito de ação prescreve no prazo de cinco anos, a contar do vencimento do contrato, se houver, da decisão final do processo; da extinção do serviço extrajudicial; da desistência ou transação; da revogação do mandato, ou da renúncia (art. 100 do Estatuto da OAB).

Dois caminhos para a cobrança dos honorários podem ser adotados: promover, em primeiro lugar, o seu arbitramento judicial e depois, com

base nele, requerer a ação, ou, então, intentar a ação de cobrança e no seu curso realizar o arbitramento dos honorários. A segunda hipótese é por certo mais rápida e mais prática.

Sendo impenhoráveis os bens da Fazenda Pública, as dívidas por honorários advocatícios, quer da União, quer do Estado-Membro, quer do Município, apuradas em sentença judicial, são pagas na ordem de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos extra-orçamentários abertos para esse fim (art. 117 da Constituição Federal).

Se o débito é contra a Fazenda Federal, o juiz executor da sentença requisitará o pagamento respectivo ao presidente do Tribunal Federal de Recursos.

Se é contra a Fazenda Estadual ou Municipal, a requisição para o seu pagamento será dirigida ao presidente do Tribunal de Justiça.

A expedição das ordens de pagamento é feita com observância da entrada cronológica dos precatórios.

O precatório é a requisição do juiz da execução, em que a Fazenda Pública foi condenada a certo pagamento, ao presidente do Tribunal competente, para que, por seu intermédio, se autorize e se expeça a ordem de pagamento à repartição respectiva.

Se o credor é preterido, o presidente do Tribunal que expediu a ordem de pagamento, após audiência do chefe do Ministério Público, ordenará sequestro da quantia necessária para a satisfação do débito.

O sequestro é da quantia recebida indevidamente pelo credor que não tinha precedência ao requerente, e não de bens públicos, ou rendas da Fazenda devedora, adverte AMILCAR DE CASTRO, in *Comentários* ao art. 918 do CPC de 39.

No caso de desatendimento por parte da entidade estatal, estadual ou municipal, à ordem de pagamento, poderá ser decretada intervenção federal, observa PONTES DE MIRANDA, in *Comentários* aos arts. 730 e 731 do CPC.

O escritório do advogado é como o confessionário do sacerdote ou o consultório do médico. Ao penetrar nele, o constituinte tem a certeza de que tudo quanto ali disser ao advogado não será absolutamente revelado, porque ele está protegido pelo segredo profissional, a cuja observância o profissional está adstrito. Sem essa garantia, o cliente não poderia fazer a confidência do seu caso nos menores detalhes, a fim de possibilitar uma defesa eficiente. O sigilo profissional é segurança para o cliente, ao mesmo passo que é um direito-dever assegurado ao advogado, não

só pelo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil e pelo seu Código de Ética, mas também por outras leis da República. O Estatuto da Ordem dispõe no art. 87, V, ser dever do advogado guardar sigilo profissional, sendo-lhe assegurado pelo inciso XVI do mesmo artigo o direito de recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou foi advogado, mesmo quando autorizado ou solicitado pelo constituinte. Por outro lado, estabelece o Código de Ética, Seção I, "Deveres fundamentais", item III, alínea a, que cumpre ao advogado guardar sigilo, mesmo em depoimento judicial, sobre o que saiba em razão de seu ofício. O Código Civil, art. 144, também resguarda o segredo profissional, ao dispor que ninguém pode ser obrigado a depor de fatos, a respeito dos quais, por estado ou profissão, deva guardar segredo. Completando-o, o Código de Processo Civil de 73 prevê, no art. 406, inciso II, que a testemunha não é obrigada a depor de fatos a respeito dos quais, por estado ou profissão, deva guardar sigilo. O Código de Processo Penal, por sua vez, assim estatui no art. 207, que são proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho.

A violação do segredo profissional dá lugar a duas ordens de sanções: a primeira, prevista no art. 103, inciso VIII, da Lei n.º 4.215, de 27 de abril de 1963 (Estatuto da Ordem dos Advogados), sobre violar, sem justa causa, sigilo profissional, consiste em pena de censura pela Ordem, na forma do art. 107, item II, do mesmo Estatuto; a segunda, na forma do art. 154 do Código Penal, assim reza: "Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem: Pena de detenção, de três meses a um ano, ou multa de dois mil cruzeiros a vinte mil cruzeiros.

Parágrafo único. Somente se procede mediante representação."

Na esfera do Direito do Trabalho, o empregado que viola o segredo da empresa, de que tomou conhecimento em razão de sua profissão, está sujeito a dispensa por justa causa (art. 482, alínea g, da CLT).

RUY DE AZEVEDO SODRÉ, em magnífica obra sob a epígrafe *Ética Profissional e o Estatuto do Advogado*, p. 394, assim conceitua o que seja segredo profissional:

"Segredo é tudo quanto o cliente manifesta ao advogado, em tom de confidência; é tudo quanto deve ser reservado aos limites da defesa, sem exteriorização; é tudo quanto, embora sem solicitação especial do cliente, possa prejudicá-lo, moral ou materialmente, se divulgado; é tudo quanto o cliente relata ao advogado fiado na confiança que lhe deposita, em troca da

consciência profissional que lhe é proporcionada pelo seu advogado.”

O segredo profissional foi instituído tendo em vista um interesse de ordem privada, o do cliente, e um interesse de ordem pública, o da defesa, que é de direito público. Tal interesse não pode sobrepor-se ao da defesa do próprio advogado quando ele é vítima de acusação por parte de seu constituinte. Assim já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

“A obrigação de guardar segredo profissional não aguilhoa o advogado à inatividade quando é ele a própria vítima do seu constituinte. Nem por lei, nem por imposição do dever profissional é obrigado a sofrer, sem a reação legal, a atividade criminosa que lhe atinge o patrimônio.”

Para maior segurança do livre exercício da profissão, o Estatuto garante ao advogado, no art. 89, inciso II, o direito de fazer respeitar, em nome da liberdade de defesa e sigilo profissional, a inviolabilidade do seu domicílio, do seu escritório e dos seus arquivos. Todavia, o art. 89, § 3.º, do mesmo Estatuto estabelece a seguinte exceção: A inviolabilidade do domicílio e do escritório profissional do advogado não envolve o direito de asilo, e somente poderá ser quebrado mediante mandado judicial, nos casos previstos em lei.

Não sendo o segredo profissional absoluto, o Instituto dos Advogados Brasileiros publicou, em 1952, as conclusões de um estudo sério, feito por uma comissão de juristas, as quais merecem ser conhecidas para mais segura orientação dos advogados. Ei-las:

“1.ª — O advogado exerce fundamental atividade humana, indispensável ao pronunciamento da Justiça, e manifestação do direito e, conseqüentemente, à sobrevivência da própria sociedade.

2.ª — Ao advogado, no exercício de sua missão, que a própria Constituição do País assegura e ampara, devem ser outorgadas todas as garantias de liberdade, não podendo sofrer qualquer coação no desempenho de suas atividades.

3.ª — O princípio do segredo profissional é dogma hoje consagrado indiscutivelmente, na doutrina e na legislação de todos os povos civilizados.

4.ª — Sofre, todavia, excepcionais limitações legais, no interesse do bem público, como na revelação compulsória de certas moléstias, a que os médicos são obrigados.

5.ª — O advogado, dentre as prerrogativas essenciais ao fiel exercício de sua nobre missão, dispõe do direito-dever do segredo profissional.

6.^a — Não se trata, porém, de um princípio absoluto, mas de norma jurídica sujeita ao limite, embora excepcional, do estado de necessidade.

7.^a — Só diante da lesão do direito individual-fundamental do inocente acusado, para evitar um mal maior, será lícita a quebra de sigilo profissional do advogado.

8.^a — A revelação excepcionalíssima permitida não deve, contudo, ser confundida com a delação, que a moral e o direito repelem.

9.^a — O advogado não pode ser compelido à prestação de depoimento havendo motivo de sigilo profissional.

10.^a — O advogado não deve silenciar-se ante o julgamento de um inocente, especialmente em caso de homicídio, sabendo por confissão do seu cliente quem é o criminoso, diante, inclusive, dos relevantes compromissos que tem, também, para com o Poder Judiciário e os interesses de ordem jurídica, sob pena de incorrer em favorecimento pessoal.

11.^a — Entretanto, se ninguém é tido como responsável pelo crime, não cabe ao advogado, confidente necessário, o papel de apontar o criminoso.

12.^a — A violação do sigilo, ainda quando não caracteriza crime, pode, contudo, constituir falta no exercício profissional do advogado.

13.^a — Nada impede, por outro lado, que o advogado possa ser autor do crime próprio de favorecimento pessoal do delinqüente, desde quando circunstâncias do fato isso evidenciem nos casos concretos." (RUY SODRÉ, in *Ética Profissional e o Estatuto do Advogado*, pp. 406/7)

Afinal, colhendo no magistério do maior dos advogados brasileiros de todos os tempos, RUI BARBOSA, aponto-lhes, como bússola segura de uma conduta profissional recomendável, o seguinte conselho:

"Nós nunca nos comprometemos ao vencimento de causas, nunca endossamos saque sobre a consciência dos tribunais, nunca abrimos banca de vender peles de urso antes de morto. Damos aos nossos clientes o nosso juízo com o nosso conselho, a nossa convicção com o nosso zelo; e, depois, quanto ao prognóstico e à responsabilidade, temos a nossa convicção por igual à do médico honesto, que não conta vitórias antecipadas como os curandeiros, nem se há por desonrado, quando não debela casos fatais." (AMÉRICO, in *Minas Gerais*, apud. CARVALHO NETO, ob. cit., p. 172)

A jurisdição constitucional e o princípio da divisão de poderes

OTTO KIMMINICH

Professor da Universidade de Regensburg
— República Federal da Alemanha
Tradução de: Anke Schlimm e Gilmar
Ferreira Mendes

SUMÁRIO

I. Introdução. II. A jurisdição constitucional como expressão da idéia de Estado de Direito. III. O conteúdo material do princípio do Estado de Direito. IV. A divisão de poderes no Estado de Direito. V. Divisão de poderes não significa divisão do poder do Estado. VI. Status e a função do Bundesverfassungsgericht. VII. Evolução sem critérios? VIII. O problema da judicial self-restraint. Notas dos tradutores.

PRINCIPAIS ABREVIATURAS

AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
BayVBl.	Bayerisches Verwaltungsblatt
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen (Decisões do Bundesverfassungsgericht — Revista Oficial da Corte Constitucional alemã — o primeiro número refere-se ao volume, o segundo, às páginas)
DöV	Deutsche öffentliche Verwaltung
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
EuGRZ	Europäische Grundrechte Zeitschrift
JZ	Juristenzeitung
NJW	Neue Juristische Wochenzeitschrift
VVDStRL	Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer

I — Introdução

“A jurisdição constitucional ocupa hoje um lugar específico no quadro da luta de classes criado pela burguesia monopolística... O Bundesverfassungsgericht (I) arrogou a si o papel de legislador nas inumeráveis decisões em que alterou, limitou ou mesmo suprimiu direitos fundamentais.

Artigo publicado, inicialmente, na coletânea *Auf dem Weg zum Richterstaat, die Folgen politischer Impotenz*, editada por Gerd-Klaus Kaltenbrunner, München, Verlag Herder, 1979, pp. 62-82. Tradução devidamente autorizada.

Funções legislativas que, segundo a doutrina da divisão de poderes, competem ao Parlamento Federal são flagrantemente usurpadas. Isto mostra, de forma nítida, que a burguesia monopolística não mais pode respeitar o princípio da separação de poderes como postulado formal de organização” (1). Não se precisa ir hoje à “outra Alemanha” para ouvir críticas desse teor à jurisdição constitucional. A violenta reação contra alguns julgados recentes do *Bundesverfassungsgericht*, como v.g. a decisão sobre o *Tratado Básico (Grundvertrag)*, de 31-7-1973 (2) (II), e a decisão sobre a lei de descriminalização do aborto (*Abtreibungs-Urteil*), de 25-2-1975 (3) (III), revelam a incomensurável ira daqueles que nelas vislumbraram uma séria ameaça à sua política, expressando um fundamental erro de avaliação quanto ao significado da jurisdição constitucional no Estado de Direito democrático. Não surpreende, assim, que, nessas ocasiões, a imprensa politicamente engajada não se limite a censurar a decisão questionada, criticando duramente a própria instituição (4). Surpreendentemente ásperas afiguraram-se, todavia, as críticas surgidas em publicações especializadas (5). Essa realidade está a indicar que se perdeu, em larga medida, a compreensão de que a Lei Fundamental empresta uma determinada conformação à República Federal da Alemanha. Especialmente assustadora mostra-se a incompreensão para com o *caráter vinculante das decisões do Bundesverfassungsgericht*. Enquanto, no passado, os jovens juristas aprendiam logo no início dos estudos que (e por que) algumas decisões do Tribunal devem ser dotadas de eficácia geral, e até de *força de lei* (*Gesetzkraft*), depara-se hoje, em revistas especializadas, com manifestações contra o fato dessas decisões não se limitarem a dirimir conflitos entre as partes envolvidas (IV). Assim, em crítica ao acórdão de 2-3-1977, que declarou a inconstitucionalidade da propaganda oficial no período imediatamente anterior às eleições para o Parlamento Federal (6) (V), pode-se ler a seguinte assertiva: “a decisão demonstra que o *Bundesverfassungsgericht* ultrapassa, continuamente, os limites que lhe são traçados. A importância do julgado reside menos na decisão sobre fatos passados (que se mostra satisfatória apenas no resultado) do que nos efeitos que produzirá sobre os pleitos eleitorais vindou-

(1) JURGEN SCHUSTER: Die Rolle Bundesverfassungsgerichts beim Abbau der bürgerlichen Demokratie in der BRD, *Staat und Recht (Akademie für Staats und Rechtswissenschaft der DDR)* N° 1/1979, cit. consonante “*Pressespiegel. Aus Zeitungen und Zeitschriften der DDR*”, editado pelo Ministério para Relações Inter-alemãs n° 4/5, 1-3-79, p. 3.

(2) BVerfGE 36, 1.

(3) BVerfGE 39, 1.

(4) Uma interessante seleção das principais publicações sobre o assunto pode ser encontrada em Hans-Jochen Vogel: *Videant Iudices! Zur Aktuellen Kritik am Bundesverfassungsgericht*, DÖV 1978, p. 665.

(5) Um exemplo disso é fornecido pelo artigo de Erhard Denninger: “*Freiheitsordnung — Wertordnung — Pflichtordnung*”, *Juristenzeitung* 1975, pp. 547 e segs. Nota 36, que qualifica como “terrível” a decisão do *Bundesverfassungsgericht*, de 25-2-1975, por não corresponder ao sentimento dominante na opinião pública.

(6) BVerfGE 44, 125.

ros" (7). O autor não compreendeu que essa, exatamente, constitui a *função principal* de um pronunciamento da Corte Constitucional. Ao revés, imputa-se ao Tribunal uma "*desmedida reivindicação de poder*" ou uma inadequada *presunção* e indaga-se por quanto tempo esse processo de gradual impotência, de alteração do significado no sistema de *checks and balances* será tolerado pelo Parlamento e pelo Governo. Chega-se, afinal, à conclusão lapidar: "a justiça independente é um corpo estranho ao Estado democrático" (8).

Faz-se mister contestar essa conclusão com toda veemência: *a justiça independente somente é um corpo estranho nas chamadas democracias populares, isto é, nas ditaduras comunistas*. Ela se mostra imprescindível e desempenha uma relevante função no Estado de direito liberal e democrático da República Federal da Alemanha. Mas isso não se afigura suficiente: quem classifica o *Bundesverfassungsgericht* como simples órgão judicial comete erro fundamental, que há de ser afastado de início.

II — A jurisdição constitucional como expressão da idéia de Estado de Direito

Não foi por acaso que a idéia do Estado de Direito surgiu no período do Constitucionalismo e desenvolveu-se no âmbito do Direito Administrativo. E mais: foi a realização dessa idéia que propiciou o desenvolvimento do Direito Administrativo. FORSTHOFF já havia ressaltado a improcedência da tese segundo a qual "onde existe Estado, existe Administração, e onde existe Administração, existe Direito Administrativo", "porquanto o exercício da função estatal pela monarquia absoluta não corresponde a um processo jurídico em sentido estrito. Todo direito pressupõe a existência de restrição, o estabelecimento de limites" (9). Os atos de império do monarca absoluto, que estão isentos de qualquer forma de censura jurídica, não configuram atos jurídicos. E, por isso, a Ciência da Administração alemã limita o seu retorno, na história do Direito Administrativo, até à época em que se vislumbra, pela primeira vez, uma restrição de índole constitucional ao poder do príncipe. Portanto, a possibilidade de controle dos atos de império pertence, desde o início, à tradição do Direito Administrativo alemão.

E, evidentemente, o controle jurídico somente mostra-se possível mediante a utilização de parâmetros jurídicos superiores. Com base nesse raciocínio, a antiga doutrina do Direito Administrativo exigiu a instituição da jurisdição administrativa e a fixação do *princípio da legalidade da Administração*, que a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha acabou por consagrar no art. 20, § 2.º Acima desse postulado coloca-se o *princípio da constitucionalidade das leis*, sem o qual o Estado de Direito (Rechtsstaat) ficaria reduzido a um simples Estado de legalidade (Gesetzesstaat). Atrás dessa constatação esconde-se a controvérsia sobre o conteúdo material do

(7) RÜDIGER ZUCK: *Anmerkung zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts von 2-3-1977*, NJW 1977, p. 1054.

(8) Zuck, *op. cit.*, p. 1054.

(9) ERNTS FORSTHOFF: *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, 1. Bd. München, 1973, p. 41.

princípio do Estado de Direito, a ser considerada oportunamente. Trata-se aqui de explicitar um processo cuja compreensão se afigura extremamente difícil para os críticos do *Bundesverfassungsgericht* e que, não obstante, parece constituir a pedra angular do princípio do Estado de Direito: a aferição da legitimidade de normas jurídicas em face de regras superiores.

O Estado de Direito vincula o legislador ao direito. Essa idéia, que já dominava o Estado de Direito da monarquia constitucional, há de se fazer presente, de forma ainda mais marcante, no Estado de Direito democrático da República. Essa vinculação expressa a necessidade de controle dos atos políticos, uma vez não subsistir dúvida quanto à natureza política da legislação. *Esse controle deve impedir que o Estado de Direito democrático se perversa em uma ditadura parlamentar da maioria* (VI).

A outorga de competência a uma instância jurisdicional para a aferição da compatibilidade do direito ordinário com norma superior, levada a efeito pela Lei Fundamental, não constitui obra do acaso, mas é uma conseqüência do princípio do Estado de Direito, que exige um controle jurisdicional, isto é, um *controle independente*. A realização do controle de constitucionalidade por um Tribunal não deve dar a impressão de que esse órgão jurisdicional está impedido de desempenhar atividade totalmente diversa, isto é, a de *Guardião da Constituição*. A outorga de eficácia *erga omnes* (Gesetzeskraft) a determinadas decisões do Tribunal (§ 31, (2), da Lei do Bundesverfassungsgericht) ressalta esse fato de forma evidente⁽¹⁰⁾. Todavia, a forma judicial do controle de normas obsta a que o Bundesverfassungsgericht possa agir de ofício, exigindo-se a adequada provocação por órgãos devidamente legitimados⁽¹¹⁾. Explica-se, assim, a aplicação de uma

(10) Cf. KLAUS VOGEL: Rechtskraft und Gesetzeskraft der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. In: *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*. Festgabe aus Anlaß des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts. Org. por Christian Starck, Vol. 1, Tübingen, 1976, p. 568 segs.

(11) Nos termos da Lei Fundamental e da Lei do *Bundesverfassungsgericht* devem ser considerados os seguintes processos:

1. O controle abstrato de normas, mediante requerimento do Governo Federal, de um Governo estadual ou de um terço dos membros do parlamento Federal (Art. 93, § 1, nº 2, da Lei Fundamental); 2. O controle *concreto* de normas, mediante requerimento de um tribunal que considera a lei inconstitucional e deve aplicá-la em um processo pendente (Art. 100 da Lei Fundamental); 3. O recurso constitucional (*die Verfassungsbeschwerde*) que, nos termos do art. 93, § 1, nº 4a, pode ser interposto por qualquer pessoa sob a alegação de ofensa a um direito fundamental. O recurso constitucional não deve ser impetrado, em princípio, contra normas jurídicas, tendo em vista a exigência de ofensa atual e direta a direito próprio do requerente. Não obstante, é significativo o número de recursos constitucionais dirigidos contra atos normativos que vêm tendo sua admissibilidade reconhecida pelo *Bundesverfassungsgericht* (Cf. a enumeração em Leibholz-Rupprecht, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, *Rechtsprechungskommentar*, Köln, 1968, § 90, da Lei do Bundesverfassungsgericht, nº 36). 4. Finalmente, faz-se mister referir-se ao recurso constitucional dirigido indiretamente contra um ato normativo (*verdeckte Rechtssatz-Verfassungsbeschwerde*), que impugna diretamente a decisão judicial, mas, indiretamente, volta-se contra a norma que lhe empresta sustentação (HORST SACKER: *Die Rechtsmacht des Bundesverfassungsgericht gegenüber dem Gesetzgeber*, *Bayerisches Verwaltungsblatt*, 1979, p. 193).

lei inconstitucional por longos anos, até que um dos interessados empreenda as medidas necessárias à eliminação desse estado de inconstitucionalidade. Vê-se, pois, que a simples instituição de uma Corte Constitucional não se afigura suficiente. O Estado de Direito somente pode operar satisfatoriamente se as pessoas que detêm poder e responsabilidade nas suas respectivas áreas de atuação — não apenas os membros do governo e os parlamentares, mas também os cidadãos — dispuserem de coragem para provocar a atuação da Corte Constitucional. Dessarte, qualquer tentativa de criar uma atmosfera de intimidação ou de suprimir esse estado de espírito significa uma grave ofensa contra a ordem constitucional do Estado de direito democrático.

III — O conteúdo material do princípio do Estado de Direito

Como já referido anteriormente, o surgimento do conceito de “Estado de Direito” (Rechtsstaat) na literatura de direito público alemã pode ser identificado precisamente. É o início do século XIX, época histórica da primeira fase do Constitucionalismo e do movimento intelectual por muitos designado como “Liberalismo”⁽¹²⁾. A estreita vinculação entre a idéia de Estado de Direito e a forma constitucional do Estado permite identificar, mais facilmente, o conteúdo do princípio do Estado de Direito na sua concepção primeira: *Limitação e Controle do Poder do Estado*. A defesa desse princípio pelo Liberalismo, embora compreensível, contribui muito pouco para o seu esclarecimento. A ênfase exagerada nas origens liberais da idéia de Estado de Direito encerra o perigo de que esta venha a ser confundida, desde o início, com um simples obstáculo ou uma singela limitação da atividade estatal. Essa concepção revela-se totalmente falsa! Há de se reconhecer que as exigências do Estado de Direito acarretam, não raras vezes, dificuldades para a execução das decisões políticas, que, por isso, tornam-se caras e demoradas. Evidentemente, essa não é a finalidade do Estado de Direito, mas o *preço* que se há de pagar pela sua existência.

O objetivo do Estado de Direito vem assim definido em conhecido manual de Teoria Geral do Estado: “o Estado de Direito tem por finalidade a subordinação de toda atividade estatal às normas jurídicas e à idéia de justiça”⁽¹³⁾. Esse conceito traduz a opinião dominante na literatura e jurisprudência pertinentes à Constituição alemã, enfatizando-se não só o caráter formal, mas também o conteúdo material do princípio do Estado de Direito, consagrado no art. 20, § 3.º, da Lei Fundamental. Ao contrário, os críticos mais recentes do Bundesverfassungsgericht partem, evidentemente, de uma idéia formal de Estado de Direito. Essa corrente poderia valer-se de modelos da história constitucional alemã, que, todavia, mereceram o repúdio dos fundadores da Lei Fundamental.

(12) Nesse sentido, referiu-se v. HAYEK ao Estado de Direito “como o ideal do movimento liberal”. Cf. F. A. VON HAYEK: *Die Verfassung der Freiheit. Tübingen*, 1971, pp. 225 e segs.

(13) GÜNTHER und ERICH KUCHENHOFF: *Allgemeine Staatslehre*. Stuttgart, 1967, p. 85.

Não se pode negar que o princípio do Estado de Direito foi concebido de maneira puramente formal por ROBERT VON MOHL⁽¹⁴⁾ e FRIEDRICH JULIUS STAHL⁽¹⁵⁾, seus primeiros teóricos⁽¹⁶⁾. Não é por outra razão que ele tornou-se, desde o início, “prisioneiro do direito” estabelecido pelos dirigentes do Estado⁽¹⁷⁾, ou “um simples invólucro vazio de legalidade”⁽¹⁸⁾. Essa expressão é de ULRICH SCHEUNER, que não a utilizou, porém, em relação à metade do século XIX, mas com referência à República de Weimar. Na referida passagem, anota SCHEUNER: “Quando os fundamentos da liberdade individual foram abandonados através da sistemática violação dos direitos fundamentais e o legislador tornou-se instrumento de uma política totalitária, restou do Estado de Direito apenas um invólucro vazio de legalidade”⁽¹⁹⁾. A culminância do processo acima referido é alcançada com o abandono do controle de constitucionalidade das leis e da aferição da legalidade dos atos do Poder Público.

É fácil demonstrar que os teóricos da primeira metade do século XIX formularam um conceito *material* de Estado de Direito. Esforçando-se para superar o absolutismo, caracterizado pela superioridade da vontade do monarca em relação à lei, então imune a qualquer forma de censura, enfatizavam eles que a idéia de Estado de Direito não residia na simples vinculação formal das atividades do Estado à letra da lei, assentando-se também numa concepção *material* de justiça. A despeito das vias tortuosas trilhadas pelo desenvolvimento político, esse conceito fundamental nunca foi abandonado pela literatura de Direito Público alemã e veio a converter-se em linha condutora na interpretação da Lei Fundamental. O Estado de Direito não se caracteriza, assim, apenas pela observância, por parte do legislador, dos pressupostos formais pertinentes ao processo legislativo, ou pelo Executivo e Judiciário, na sua aplicação, mas também pelo esforço na realização de justiça. Atente-se para esse fato: não se deve caracterizar o Estado de Direito, tão-somente, como aquele no qual se realiza a justiça. A adoção desse conceito serviria apenas para enfatizar a inexistência dessa categoria, porquanto a justiça, enquanto idéia absoluta, não pode ser completamente realizada nesse mundo imperfeito. A doutrina do Estado de Direito revelar-se-ia, assim, mero artifício intelectual. Deve-se notar que, desde os seus primórdios, essa doutrina sempre apresentou algo de substancial. Ela foi a força política que contribuiu para a superação do abso-

(14) Cf. ROBERT VON MOHL: *Die Polizeiwissenschaft nach dem Grundsätzen des Rechtsstaates*, Tübingen, 1832.

(15) Cf. FRIEDRICH JULIUS STAHL: *Rechts und Staatslehre*, Heidelberg, 1837.

(16) Cf. GOTTFRIED DIETZE: *Rechtsstaat und Staatsrecht*. In: *Die moderne Demokratie und ihr Recht*. Festschrift für Gerhard Leihholz zum 65. Geburtstag, Vol. 2 Tübingen, 1966, pp. 17 e segs.

(17) DIETZE, op. cit., p. 28.

(18) DIETZE, op. cit., p. 32.

(19) ULRICH SCHEUNER: *Die neuere Entwicklung des Rechtsstaates in Deutschland*. In: *Staatstheorie und Staatsrecht*. Gesammelte Schriften. Hrsg. VON JOSEPH LISTL und WOLFGANG RUFNER. Berlin 1978, p. 205.

lutismo e o estabelecimento de uma nova tradição constitucional. Todavia, a concepção do Estado de Direito enquanto dever inviolável de aspirar à realização da justiça não há de ser confundida com a prática de atos despidos de qualquer sentido. Ao revés, somente a consciência humilde da imperfeição humana impede que essa aspiração se converta em fanatismo, assegurando a tolerância como elemento essencial à prática da democracia. O dever de aspirar à realização da justiça distancia-se de qualquer pretensão triunfalista de posse do saber para a felicidade de todos e da presunção de infalibilidade na sua concretização. Tais pretensões constituem apanágio de ideologias totalitárias. Mas é possível que essa constatação explique a ressonância encontrada pelas críticas insensatas formuladas contra a função desempenhada pelo *Bundesverfassungsgericht* no Estado de Direito. Na sua arrogância, o homem superficial moderno considera insuportável a idéia da falibilidade humana e prefere acreditar na lenda do paraíso terrestre formulada pelos sistemas totalitários. Seja como for, essa concepção mostra-se falsa e irrealista, servindo para promover a substituição da autoridade do direito pela brutal violência de um regime totalitário. É possível que a necessidade de aspirar à realização da justiça material imponha elevadas exigências morais ao indivíduo. Ela corresponde, porém, à realidade da existência humana que se recusa a capitular diante de seus aspectos negativos. O reconhecimento da incompletude do mundo não conduz nem à resignação anárquica, nem à ilusória presunção do estado totalitário, tornando imperiosa a aspiração pertinaz e consciente do Estado de Direito (VII). A Lei Fundamental consagrou, na opinião quase unânime dos doutrinadores, essa concepção material do princípio Estado de Direito (20).

IV — A divisão de poderes no Estado de Direito

Todos os detentores de alguma forma de poder, num Estado cuja Constituição detine-se em favor do Estado de Direito, estão obrigados a buscar, de forma contínua e ininterrupta, seja no Executivo, no Legislativo ou no Judiciário, a realização da justiça material. O Estado de Direito não contempla exceções temporais ou substanciais a esse postulado. Essa unidade expressa característica do poder estatal que tem sido normalmente negligenciada pelos críticos do *Bundesverfassungsgericht*: a sua indivisibilidade. A tendência de ignorar esse atributo, considerado por todos os manuais de Teoria Geral do Estado como necessário e imanente ao poder estatal, é favorecida, todavia, pela difusão da doutrina denominada, erroneamente, de “divisão de poderes”. A Lei Fundamental adota esse postulado no seu art. 20, § 2.º Ela não se utiliza, porém, da expressão “divi-

(20) Cf. OTTO BACHOF: *Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates*, VVDStRL 12 im *BONNER GRUNDGESETZ*. Tübingen 1953, p. 17; ULRICH SCHEUNER, *Op. cit.* 187. Posição diversa vem de ser sustentada por KARL DOEHRING (*Sozialstaat, Rechtsstaat und freiheitlich-demokratische Grundordnung*, in: *Die Politische Meinung, Sonderheft*, 1978, pp. 12 e segs.). DOEHRING reconhece, porém, que sua opinião é contrária à posição dominante.

são de poderes”, limitando-se a enunciar como há de ser exercido o poder estatal emanado do povo: “do povo, através de eleições e plebiscitos, e por órgãos da Legislação, do Poder Executivo e da Jurisdição”. A Lei Fundamental não diz que cada um desses órgãos exerce uma parte ou fração do poder estatal dividido, mas ressalta que esse poder é exercido por todos esses órgãos. Assim, ninguém pode alegar que a Lei Fundamental operou uma separação (*Trennung*) de poderes ou que pretendeu realizá-la. Esse falso entendimento contrariaria a própria teoria da divisão de poderes na sua concepção originária. A referência de Aristóteles aos três “poderes” (Assembléia Popular, Tribunais Populares, Servidores do Estado) parece expressar o desenvolvimento inicial dessa doutrina. Todavia, Aristóteles limita-se a descrever o quadro ateniense. Somente com Locke e Montesquieu essa realidade contemplada por Aristóteles viria a se converter em autêntica reivindicação. Essa idéia mostra-se mais desenvolvida em Montesquieu, por estar voltada contra o absolutismo que, na Inglaterra, jamais atingiu as dimensões do sistema dominante no continente. Ademais, Locke publicou o seu livro imediatamente após a “Revolução Gloriosa” de 1688, que teve a limitação do poder como consequência imediata. Isso somente veio a se verificar no continente 130 anos após, com a instituição da monarquia constitucional. A doutrina da divisão de poderes defendida por Locke surgiu no momento em que se envidavam esforços para impor limites ao poder monárquico. O monarca não mais deveria concentrar a plenitude de poderes em suas mãos, devendo confiar o seu exercício a três órgãos estatais diversos.

A grande admiração que Montesquieu nutria pelo sistema inglês permitiu que alguns críticos negassem-lhe a autoria do novo modelo, uma vez que não teria feito outra coisa senão descrever o que vira ou o que pensara ter visto na Inglaterra. Todavia, admite-se, em geral, ter sido ele o fundador da doutrina da divisão de poderes e o precursor na luta contra o absolutismo. Com a superação da Revolução Francesa e a restauração da monarquia, essa idéia de divisão de poderes estava de tal forma arraigada na teoria e na práxis que acabou por ser consagrada em todas as Constituições promulgadas a partir da *Charte Constitutionnelle de 1814*. Esta serviria, por sua vez, de modelo para as Constituições liberais do sul da Alemanha. Tal concepção subsiste até os dias atuais. Mesmo os regimes totalitários preservam formalmente essa fórmula tríplice, ainda que, na prática, os ditadores logrem acumular poderes que os monarcas absolutos jamais puderam reunir. Dessarte, empresta-se a esse princípio, desenvolvido na luta contra o absolutismo, caráter meramente formal, permitindo a sua utilização como simples roupagem de ditaduras.

V — *Divisão de poderes não significa divisão do poder do Estado*

No Estado de Direito liberal e democrático, a divisão de poderes não constitui princípio meramente formal. O seu conteúdo material pode ser inferido da própria noção de Estado de Direito (*Rechtsstaatlichkeit*). Antes, porém, há de ser ressaltado que a chamada divisão de poderes não se confunde, sobretudo no Estado de Direito democrático, com uma divi-

são do poder do Estado. Uma fragmentação do poder estatal, ou seja, uma organização jurídica baseada em princípios diferenciados, afigura-se inimaginável. Já para Locke e Montesquieu não se cuidava de uma divisão do poder estatal, mas de uma distribuição do seu exercício entre diferentes órgãos, independentes entre si. O *Bundesverfassungsgericht* preservou essa definição clássica, no julgado proferido em 18-12-1953, quando qualificou a divisão de poderes como “princípio de organização fundamental da Constituição”, acrescentando que “o seu significado reside na distribuição de funções, na interdependência dos três poderes e no equilíbrio do poder resultante dessa interação” (21). Pode-se explicitar aqui porque a Lei Fundamental, sem entrar em contradição consigo mesma, logrou estabelecer exceções ao princípio da divisão de poderes. Assim, outorga-se ao Executivo competência legislativa limitada e controlada pelo art. 80 da Lei Fundamental (VIII), concedem-se faculdades típicas do Poder Executivo ao Legislativo, no âmbito do orçamento e das relações exteriores(22), e identificam-se atos típicos do Poder Executivo na esfera do Judiciário, como v.g. aqueles praticados no exercício da jurisdição voluntária.

Com a decisão em favor da divisão de poderes na sua concepção originária e autêntica — isto é, distribuição do exercício de funções estatais entre órgãos diferenciados e independentes entre si —, não pretenderam os formuladores da Lei Fundamental concretizar um princípio puramente formal. O princípio da divisão de poderes do art. 20, § 2.º, da Lei Fundamental somente tem significado e conteúdo em consonância com o sentido que lhe atribui a jurisprudência dominante do *Bundesverfassungsgericht*: limitação recíproca e moderação do poder do Estado. É por isso que a distribuição de poderes deve ser entendida, fundamentalmente, como distribuição orgânica de funções (o Poder Legislativo ocupa-se, basicamente, das atividades legislativas, o Executivo da aplicação das leis, e o Judiciário cuida, fundamentalmente, da atividade jurisdicional). O controle recíproco, a limitação e moderação do poder do Estado dele resultante não têm por escopo o enfraquecimento ou a incapacitação do Estado para o cumprimento de suas funções(23), mas visam, sobretudo, à proteção do indivíduo e à preservação de seus direitos e interesses no complexo emaranhado de normas e dos órgãos incumbidos de sua aplicação. Por isso, à própria Lei Fundamental pôde estabelecer exceções ao

(21) BVerfGE 3, 247.

(22) Cf. DIETRICH RAUCHNING: Das Parlamentarische Regierungssystem in der *Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, in: *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*. Festgabe aus Anlaß des 25. jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, 2 Bd. Tübingen 1976, pp. 214 e segs., principalmente, pp. 229 e segs.

(23) Essa característica do princípio da divisão de poderes mereceu a crítica de Herbert Krüger (*Allgemeine Staatslehre*, Stuttgart, 1966, p. 368). Ou o poder estatal é bom — e, por isso, não deveria ser limitado; ou ele é mau — e deveria ser, simplesmente, suprimido. Não se trata aqui, porém, de uma decisão entre o bem e o mal. Cuida-se de reconhecer que o exercício do poder estatal — independentemente das qualidades éticas dos eventuais exercentes — afeta a vida do cidadão e ameaça a sua liberdade e seus valores.

princípio da divisão de poderes. Mas, quando ameaçam a defesa da liberdade dos cidadãos, essas restrições ao princípio a divisão de poderes tornam-se inconstitucionais. Por essa razão, deve-se exercer o controle das faculdades legislativas desempenhadas pelo Poder Executivo, procedendo-se à rigorosa aferição de sua compatibilidade com o parâmetro estabelecido no art. 80 da Lei Fundamental. Há de se evitar, por outro lado, a politização do Poder Judiciário. Da mesma forma, não deve o Legislativo, simultaneamente, exercer atividades jurisdicionais.

VI — “Status” e função do “*Bundesverfassungsgericht*”

Todo aquele que tem a exata compreensão do Estado de Direito liberal e democrático não encontra dificuldade para entender o *status* do *Bundesverfassungsgericht*. Ficou enunciado acima que esse entendimento origina-se sobretudo do exercício pelo Tribunal Constitucional do controle de constitucionalidade das leis. Ademais, é ele o “órgão de controle geral de poderes” (24). O *Bundesverfassungsgericht* é qualificado pela literatura jurídica, unanimemente, como *Guardião da Constituição*. No documento de 27 de junho de 1952, endereçado ao Presidente da República, ao Parlamento Federal, ao Conselho Federal e ao Governo Federal, pode-se ler que o *Bundesverfassungsgericht* é “um órgão constitucional dotado da mais alta autoridade” (25) (IX). A doutrina constitucional e os comentários à Lei Fundamental preservaram essa definição (26).

No exercício de sua função fiscalizadora, o *Bundesverfassungsgericht* utiliza os parâmetros consagrados na Lei Fundamental. Como toda Constituição, a Lei Fundamental contém lacunas ou incompletudes. Ela estabelece, porém, os limites de atuação tanto do indivíduo, quanto dos seus representantes e dos órgãos da República Federal da Alemanha, dos Estados-Membros e Municípios, bem como de outras pessoas jurídicas dotadas de poder de império. Ao contrário do que ocorre na aplicação da lei ordinária, quando se procede, normalmente, à subsunção de uma hipótese fática a uma proposição normativa, tem-se, na aplicação do Direito Constitucional, de precisar, muitas vezes, os parâmetros adequados à apreciação da hipótese submetida à Corte. Daí por que a expressão “hermenêutica constitucional” logra descrever apenas parcialmente a atividade do Tribunal, revelando-se, por isso, equivocada (27). Não se pode, porém, cogitar da criação de um

(24) GERHARD LEIBHOLZ: Einleitung zu “Der Status des Bundesverfassungsgerichts” In: *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, NF, Vol. 6 (1957), p. 144.

(25) *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, NF, Vol. 6 (1957), p. 144.

(26) Cf. a apresentação resumida elaborada por HORTS SÄCKER: *Die Rechtsmacht des Bundesverfassungsgerichts gegenüber dem Gesetzgeber*, BayVBl. 1979, pp. 193 e segs.; LEIBHOLZ-RUPPRECHT: *Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Rechtsprechungskommentar*, Köln, 1968, § 1, n° 2; também o Ministro da Justiça VOGEL teve de admitir: “o direito constitucional vigente estabelece, precisamente, que ao *Bundesverfassungsgericht* incumbe interpretar a Lei Fundamental, que tem, igualmente, a última palavra nos conflitos entre os órgãos constitucionais” (HANS-JOCHEN VOGEL: *Videant iudices! Zur aktuellen Kritik am Bundesverfassungsgericht*, DöV 1978, S. 687).

Direito Jurisprudencial ou de usurpação de poder se o *Bundesverfassungsgericht*, ao decidir determinada questão, explícita, inicialmente, os parâmetros necessários ao controle de constitucionalidade. Esses parâmetros são deduzidos a partir da Constituição como um todo, que, por seu turno, reconhece, expressamente, no seu art. 1.º, a existência de direito suprapositivo. Tanto a aceitação ilimitada de um direito suprapositivo, que observadores sagazes quiseram perceber desde cedo⁽²⁸⁾, quanto a renúncia à utilização de parâmetros suprapositivos, admitida em estudos posteriores⁽²⁹⁾, não parecem dignas de qualquer estranheza ou admiração (X). O *Bundesverfassungsgericht* não procura o direito nas estrelas, mas na Lei Fundamental, isto é, no direito positivo. Mas ele está obrigado a considerar o reconhecimento do direito suprapositivo, que empresta características especiais à Lei Fundamental. Essa característica permitiu que o Tribunal pudesse qualificar o entendimento segundo o qual “o poder constituinte originário pode disciplinar tudo consoante a sua vontade” como um “retorno à postura intelectual de um positivismo jurídico despido de valores” (...) “há muito superado pela ciência e pela práxis jurídicas”⁽³⁰⁾. Na literatura jurídica chegou-se a falar de um “entendimento teórico prévio” (*verfassungstheoretisches Vorverständnis*)⁽³¹⁾. Todavia, a opinião segundo a qual o entendimento teórico prévio “correto” (*richtig*) seria “o consenso constitucional dos pensadores razoáveis e justos” (*der verfassungsrechtliche Konsens aller vernünftig und gerecht Denkenden*)⁽³²⁾ mereceu veemente contestação. Essa opinião expressaria apenas um “psicologismo positivista”⁽³³⁾. Ao contrário, os parâmetros utilizados pelo *Bundesverfassungsgericht*, se não estão fixados no próprio texto da Constituição, são desenvolvidos com base nas decisões fundamentais de cunho axiológico constantes da Lei Fundamental. A base desse método é a aplicação do princípio da unidade da Constituição (*Einheit der Verfassung*). Não se trata aqui, propriamente, de um postulado, mas de atributo resultante da simples existência da Constituição. É que não pode existir um sistema normativo que apresente contradições internas⁽³⁴⁾.

(27) Cf. PETER SCHNEIDER und HORST EHMKE, *Prinzipien der Verfassungsinterpretation*, VVDStRL 20, Berlin, 1963, p. 1 ff.

(28) CARL HERMANN ULE, *Urteilsanmerkung zum Urteil des BVerfG von 23-10-1951* (= BVerfGE 1, S. 14), DVBl. 1952, p. 17.

(29) PETER BADURA: *Verfassung, Staat, Gesellschaft in der Sicht des Bundesverfassungsgerichts*. In: *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*. Festgabe aus

(28) CARL HERMANN ULE, *Urteilsanmerkung zum Urteil des BVerfG von Christian Starck*, 2. Bd. Tübingen 1976, p. 7.

(30) Decisão de 18-12-53, BVerfGE 3, 332; Cf. igualmente, Decisão de 14-2-68 BVerfGE 23, 106.

(31) EHMKE, *Prinzipien der Verfassungsinterpretation*, VVDStRL 20, Berlin 1963, p. 53.

(32) EHMKE, *Prinzipien der Verfassungsinterpretation*, VVDStRL 20, S. 101.

(33) GERHARD LEIBHOLZ: *Diskussionsbeitrag auf der Staatsrechtslehrertagung 1961*, VVDStRL 20, Berlin 1963, p. 118.

(34) Esse aspecto foi particularmente ressaltado por RUDOLF SMEND (*Verfassung und Verfassungsrecht*, München e Leipzig, 1928, pp. 75 e segs.).

A propósito, deixou assente FRIESENHAHN, por ocasião do 50.º Congresso dos Juristas Alemães, que “o reconhecimento da unidade da Constituição está dominando a doutrina e a jurisprudência” (35). Essa orientação tem sido reiterada pelo *Bundesverfassungsgericht* (36). Como decorrência lógica desse princípio, o Tribunal tem reconhecido, em todas essas decisões, a unidade do sistema de valores constante da Constituição. Inúmeras decisões recentes revelam esse entendimento. Na decisão de 26-5-1970, referiu-se o *Bundesverfassungsgericht* à “unidade da Constituição e à ordem de valores por ela protegida” (37). Ainda mais precisa afigura-se a formulação constante do julgado de 24-2-1971, no qual se cogita de “uma ordem de valores da Lei Fundamental” e da “consideração à unidade desse sistema fundamental de valores” (38). Na decisão de 14-2-1973, o *Bundesverfassungsgericht* reiterou a referência a uma “ordem constitucional unitária” e mencionou “as concepções valorativas imanentes à ordem constitucional que não foram incorporadas ou apenas parcialmente expressas no texto constitucional”, declarando a obrigação do Poder Judiciário de “identificar e de concretizar essas concepções de índole valorativa” (39).

O *Bundesverfassungsgericht* pôde recorrer a essa jurisprudência, desenvolvida ao longo de vários anos, quando teve de apreciar a constitucionalidade da nova redação emprestada ao § 218 do Código Penal. Ressaltou-se que a Lei Fundamental “criou uma ordem vinculada a valores, colocando o indivíduo e o princípio da dignidade humana como pedra angular de todas as suas prescrições. Tal como anteriormente enfatizado pelo Tribunal (BVerfGE 2, 1 (12), essa concepção assenta-se na idéia de que o homem tem um valor próprio e independente no contexto da ordem de criação. (...) Essa decisão fundamental da Constituição determina a conformação e a interpretação de toda a ordem jurídica. Também o legislador não dispõe de liberdade em face dessa decisão fundamental. Considerações sobre conveniência político-social ou mesmo necessidades políticas não podem superar esses limites constitucionais. Mesmo uma radical mudança na opinião pública — se isto se mostrasse suscetível de aferição — não acarretaria a modificação desses limites” (40).

A onda de protestos provocada por essas colocações parece fornecer elementos para uma reflexão mais detida. Em verdade, o *Bundesverfassungsgericht* nada disse de novo, limitando-se a confirmar entendimento ao alcance de qualquer pessoa razoavelmente informada sobre os princípios essenciais do Estado de Direito democrático. É evidente que o Tribunal está autorizado e, porque não dizer, obrigado a considerar, na interpretação de deter-

(35) ERNST FRIESENHAHN: Der Wandel des Grundrechtsverständnisses. In: *Verhandlungen des 50. Juristentages*, Vol. II (Sitzungsberichte), Parte F/G, München, 1974, p. 64.

(36) Cf. BVerfGE 1, 32; 3, 231; 19, 220.

(37) BVerfGE 28, 261.

(38) BVerfGE 30, 193.

(39) BVerfGE 34, 287.

(40) BVerfGE 39, 67.

minados conceitos, as mudanças de concepções verificadas na sociedade. E a sua jurisprudência está a indicar que ele sempre levou a sério esse dever⁽⁴¹⁾. Todavia, quando não se trata mais de interpretação, mas de apreciação das decisões valorativas do constituinte, o *Bundesverfassungsgericht* atinge o limite último de sua competência. Por isso, afigura-se injustificável censurá-lo pelo exercício de um “rigorismo na conservação de uma ordem valorativa” com o “propósito de ampliar o domínio da interpretação sobre a realidade constitucional”⁽⁴²⁾.

VII — *Evolução sem critérios?*

Tem-se aqui mais um erro fundamental concernente à Constituição do Estado de direito democrático. Ele reside na equivocada utilização do conceito de *realidade constitucional* (*Verfassungswirklichkeit*). Evidentemente, se se caracteriza tudo o que ocorre na *realidade* como *realidade constitucional* (*Verfassungswirklichkeit*), acaba-se por retirar da Constituição — e, com isso, das demais normas infraconstitucionais — sua eficácia normativa e sua aptidão para proteger os direitos do indivíduo. A opinião segundo a qual o legislador deveria curvar-se a toda e qualquer mudança social leva, sem dúvida, a uma degradação da atividade legislativa, convertendo-a em “mera reprodução do espírito dominante em determinada época”⁽⁴³⁾. O filósofo HELMUT KUHN, preocupado com esse quadro, formula a seguinte indagação: “Deve ser entendida como tarefa do legislador a fixação de uma tendência político-moral da época, de um efêmero *ethos*? A tentativa de converter o historicismo em prática política é absurda⁽⁴⁴⁾. E, mesmo assim, aqueles que defendem esse absurdo ousam qualificar-se, orgulhosamente, como “realistas”, ridicularizando como “legalistas” todos os que defendem a eficácia normativa da Constituição e a colocação da ordem jurídica no âmbito geral da cultura. O Estado de Direito liberal e democrático não tem qualquer problema para enfrentar a questão da mudança. A práxis do *Bundesverfassungsgericht* demonstra, de forma impressionante, esse fato. Ademais, somente a Constituição do Estado de Direito democrático é capaz de corresponder às mudanças dessas relações através de eventual reforma constitucional e da possibilidade de interpretação da Constituição em consonância com as novas concepções sociais. A apreciação dessas mudanças constitui, por isso, o grande problema da doutrina e da jurisprudência nessa ordem constitucional. Todo indivíduo que dispõe de informação mínima sobre a literatura jurídica sabe quão inconsistente é a crítica normalmente suscitada no debate político sobre a resistência do jurista à mudança. (Abram-se parênteses para anotar que, nas circunstâncias atuais, essa crítica cor-

(41) Um exemplo é a jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht* sobre o conceito de propriedade e a amplitude da vinculação social da propriedade.

(42) ERHARD DENNINGER: *Freiheitsordnung — Wertordnung — Pflichtordnung*, JZ 1975, pp. 547 e segs.

(43) JOSEF ZIEGLER: *Organverpflanzung*, Düsseldorf, 1977, p. 101.

(44) HELMUT KUHN: *Der Streit um die Grundwerte*. In: *Zeitschrift für Politik*, 1977, p. 31.

responde a uma condenação. Tudo que é considerado “mudança” há de ser aceito sem contestação. Aumentivo da mudança é a inovação. A forma superlativa vem expressa com o *slogan* “reforma”. Quando ecoa esse *slogan*, o cidadão deve calar-se. Pelo menos é dessa forma que uma parte dos nossos meios de comunicação concebe o processo de decisão política). É o conhecimento das dificuldades para manter as instituições do Estado em funcionamento que leva os juristas a acentuar a necessidade de preservação dos parâmetros normativos. A tentativa de resolver os problemas da mudança com o abandono desses referenciais revela uma sandice. Como guardião da Constituição, o *Bundesverfassungsgericht* tem não só o direito, mas também o dever de aplicar os parâmetros constantes da Lei Fundamental. No cumprimento desse dever, o Tribunal desempenha uma importante função de integração do próprio Estado.

VIII — O problema da “judicial self-restraint”

Essas circunstâncias não de ser contempladas na análise concernente ao *status* e às atribuições da jurisdição constitucional no Estado de Direito democrático. O seu entendimento situa-se, igualmente, no âmbito daqueles problemas abrangidos pelas expressões *political question doctrine* e *judicial selfrestraint* e haveria de preservar a sua validade, mesmo que um desses postulados, principalmente o primeiro, se afigurasse compatível com o ordenamento constitucional alemão. É certo, porém, que eles não têm qualquer pertinência com o modelo aqui vigente. Este não é o lugar adequado para aprofundar essas questões, que somente podem ser efetivamente apreciadas no âmbito de um estudo de Direito Constitucional comparado. Ressalte-se, porém, que na Lei Fundamental da República Federal da Alemanha não há lugar para uma *political question doctrine*. A função do *Bundesverfassungsgericht*, tal como desenvolvida acima, está a indicar que essa instituição é mais do que um simples Tribunal — o modelo judicial de controle somente foi concebido tendo em vista a garantia de independência —, devendo proceder à aferição e legitimidade das decisões políticas do legislador com base no parâmetro constitucional. (Aliás, quais as decisões do legislador que, efetivamente, não são políticas?). Os críticos do *Bundesverfassungsgericht*, que lhe censuram a não-observância da *political question doctrine* desenvolvida pela Suprema Corte americana, não percebem que o Tribunal americano não é uma Corte Constitucional, mas, tão-somente, a última instância da jurisdição ordinária. Ademais, o direito norte-americano — conforme a tradição da *Common Law* — desconhece uma exata separação entre direito público e direito privado. Esses críticos equivocam-se, igualmente, por não considerarem que essa doutrina não foi desenvolvida pela Suprema Corte com o propósito de excluir todas as questões políticas da esfera jurisdicional. Ao revés a Suprema Corte americana somente exclui da esfera jurisdicional três categorias de questões políticas: 1) litígios entre órgãos estatais que não envolvem os direitos dos cidadãos; 2) questões para as quais inexistente parâmetro jurídico que possa embasar uma decisão; 3) casos in-

suscetíveis de ser resolvidos por uma decisão judicial⁽⁴⁵⁾. Corretamente, o próprio *Bundesverfassungsgericht* enfatiza no documento de 27-6-1952: “a jurisdição constitucional diferencia-se de outras formas de jurisdição (v.g. da jurisdição civil, penal e administrativa), fundamentalmente, pelo fato de ocupar-se de uma controvérsia jurídica peculiar, que é a controvérsia jurídica de caráter político. Entende-se por controvérsia jurídica de caráter político aquela na qual se discute o direito político e o *Politico* (*das Politische*) em si mesmo é objeto do pronunciamento jurisdicional com base nas normas existentes⁽⁴⁶⁾. Tal entendimento resulta do *status* do Tribunal como guardião da Constituição no Estado de Direito democrático.

Não é preciso desenvolver qualquer esforço para encontrar um termo de comparação para o segundo princípio do direito constitucional americano acima referido (*judicial self-restraint*). *Judicial self-restraint* no sentido de que o *Bundesverfassungsgericht* deve exercer, efetivamente, o controle sobre as decisões políticas e, assim, pelo menos indiretamente, tomar decisões políticas. Isso não significa que o *Bundesverfassungsgericht* “faça” política, isto é. que dê início a processos políticos ou que empreenda iniciativas movido por razões políticas, tal como resulta do próprio princípio da divisão de poderes acima analisado. Como esse princípio estabelece uma distribuição básica de funções para o exercício do poder estatal indivisível, está o *Bundesverfassungsgericht* obrigado a praticar essa autolimitação. A jurisprudência do Tribunal Constitucional tem reconhecido, de forma reiterada, esse fato⁽⁴⁷⁾. Mesmo as decisões que não fazem referência expressa a essa questão deixam evidente a prática de *self-restraint* pelo *Bundesverfassungsgericht*. É o que se vê na prática reiterada da interpretação conforme à Constituição. “Se uma norma permite diversas interpretações que levam, de um lado, à declaração de inconstitucionalidade e, de outro, ao reconhecimento da constitucionalidade, a norma é constitucional e deve ser interpretada em conformidade com a Constituição⁽⁴⁸⁾.”

Igualmente relevante é o entendimento consolidado na jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht* quanto à impossibilidade de se apreciar,

(45) HORST SÄCKER: *Die Rechtsmacht des Bundesverfassungsgerichts gegenüber dem Gesetzgeber*. BvVBl. 1979, n. 194; FRIEDRICH A. v.d. HEYDTE: *Judicial self-restraint eines Verfassungsgerichts im freiheitlichen Rechtsstaat?* in: *Festschrift für Willi Geiger*, Tübingen 1974, pp. 909 e segs.; HELGA SEIBERT: *Der Supreme Court und sein Verhältnis zu den anderen Staatsgewalten*, EuGRZ 1978, pp. 386 e segs.

(46) *Denkschrift des Bundesverfassungsgerichts* de 27-6-1952, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, NF tomo 6 (1957), pp. 144 e segs.

(47) Cf. particularmente as Decisões de 7-7-1975, BVerfGE 49, 141 (Ostverträge) de 16-10-1977, BVerfGE 46, 160 (Fall Schleyer).

(48) BVerfGE 2, 282; 8, 41; 19, 5; 31, 132; 32, 383 segs.; 36, 271.

no âmbito jurisdicional, a conveniência e a adequação de uma lei. Somente quando leis absolutamente inadequadas ferem o princípio do Estado de Direito, é lícito ao Tribunal exercer sua função de controle. É nesse sentido o acórdão de 9-3-1971: "o princípio do Estado de Direito proíbe as leis gravosas, que se mostram de qualquer forma inadequadas a cumprir a sua finalidade. Mas o legislador dispõe de uma ampla liberdade para avaliar a adequação de uma lei⁽⁴⁹⁾. Deve-se recordar, ademais, que, na sua jurisprudência sobre o art. 3 da Lei Fundamental (princípio da isonomia), o *Bundesverfassungsgericht* sempre reconheceu a ampla "discricionariedade do legislador", identificando os seus limites apenas nos casos de notória arbitrariedade ou de ofensa às decisões valorativas do constituinte⁽⁵⁰⁾. Assim, pareceria recomendável que se analisasse a jurisprudência do Tribunal, antes de se fazer referência aos "Contra-capitães de Karlsruhe" ou de se usarem expressões como "Supremo Legislador", "supressão do Parlamento", "usurpação de tarefas evidentes do legislador", "Intromissão em pormenores", ou "política de relações exteriores segundo as diretrizes do *Bundesverfassungsgericht*"⁽⁵¹⁾. Ao observador imparcial deve causar estranheza que o excessivo comedimento do *Bundesverfassungsgericht* não tenha sido ainda objeto de crítica. E, preocupado, poderá indagar sobre o desenvolvimento do Estado de Direito liberal e democrático da República Federal da Alemanha, se a pressão política exercida sobre o *Bundesverfassungsgericht* vier a lhe impor uma atuação ainda mais tímida, ou a restringir, de qualquer forma, o exercício de suas funções. Pode ser que, contrariamente ao estabelecido na Lei Fundamental, existam muitas tendências no sentido da criação de um "Estado dos juizes". É certo, todavia, que elas não decorrem da atividade do Tribunal. Constitui, portanto, erro fundamental combater esse processo à custa do *Bundesverfassungsgericht*.

(49) BVerfGE 30, 250.

(50) O número de decisões é tão elevado que a simples referência acabaria por preencher algumas páginas. Daí porque se refere aqui tão-somente a uma das primeiras e mais importantes decisões, referente ao "auxílio para investimentos" ("Investitionshilfe-Urteil", de 20-7-1954 (BVerfGE 4, 7).

(51) A utilização dessas expressões na controvérsia política é referida por HANS JOCHEN VOGEL: *Videant Judices! Zur aktuellen Kritik am Bundesverfassungsgericht*, DöV 1978, p. 665.

NOTAS DOS TRADUTORES

(I) Mantivemos, sempre que possível, a expressão *Bundesverfassungsgericht* para designar a Corte Constitucional federal alemã.

(II) Na decisão sobre a constitucionalidade do Tratado Básico celebrada entre as duas Alemanhas (*Grundvertrag*), proferida em processo de controle abstrato de normas, valeu-se o *Bundesverfassungsgericht* da chamada interpretação conforme a Constituição, afirmando a sua compatibilidade com Lei Fundamental da República Federal da Alemanha nos termos "da

interpretação resultante dos fundamentos da decisão" (*verfassungskonforme Auslegung*) (BVerfGE 30, 1) (3). O julgado mereceu severas críticas da opinião pública e da literatura jurídica, ressaltando-se, dentre outros aspectos, que, ao adotar a *verfassungskonforme Auslegung*, o Tribunal acabou por invadir seara de domínio exclusivo dos Poderes Executivo e Legislativo (Tomuschat, Christian, DÖV 1975, p. 801; Wilke/Koch, Aussenpolitik nach Anweisung des Bundesverfassungsgerichts?, Juristenzeitung, 1975, p. 233; Cf. também Simma, Bruno, Der Grundvertrag und das Recht der völkerrechtlichen Verträge, AöR 100 (1975), pp. 4 segs.; Vogel, Videant Judices! Zur Aktuellen Kritik am BVerfG, DÖV 1978, p. 665 (667).

(III) No chamado *Abtreibungsurteil*, cuidava-se de apreciar, em processo de controle abstrato de normas, a constitucionalidade dos §§ 218 a 220 do Código Penal, com a redação emprestada pela lei federal de 18-6-1974, que deixava de considerar crime (a) a interrupção da gravidez praticada nos 13 dias seguintes à concepção (§ 218, 1); (b) a interrupção da gravidez praticada por médico dentro das primeiras 12 semanas contadas da concepção (§ 218 a), bem como (c) aquela realizada por indicação médica e com o consentimento da gestante, decorridas mais de 12 semanas da concepção, se: (1) tivesse sido devidamente comunicada e houvesse perigo para vida ou para a saúde da gestante, insuscetível de ser afastado de outra maneira; ou se (2) houvesse razões que indicassem a forte probabilidade de que a criança, em virtude de condições genéticas ou de outras influências malélicas, surgidas antes do nascimento, pudesse vir a sofrer de grave e insuperável deficiência que tornasse impossível exigir da gestante a continuidade da gravidez, desde que ainda não decorridas mais de vinte e duas semanas desde a concepção (§ 218 b). Inicialmente, o *Bundesverfassungsgericht* deferiu medida cautelar (*einstweilige Anordnung*), nos termos dos § 32 da Lei de organização do Tribunal para (a) suspender a vigência do § 218 a, do Código Penal, na sua nova redação; (b) determinar que o disposto nos §§ 218 b e 219 do Código Penal, na sua nova versão, se aplicasse, igualmente, aos casos de aborto praticado nas primeiras doze semanas contadas da concepção; (c) estabelecer que o aborto praticado por médico com o assentimento da gestante, nas primeiras doze semanas, não seria punível em caso de crime sexual (§§ 176, 177 oder 179, § 1º) e houvesse fortes razões para admitir que a gravidez resultara desse fato. Na decisão definitiva, o Tribunal declarou a nulidade do art. 218 a do Código Penal, na sua nova redação, considerando-o incompatível com o art. 2, § 2º, 1º período (direito à vida e à integridade física) c/c art. 1, § 1º (proteção da dignidade humana). O Tribunal determinou, outrossim, nos termos do § 35 da Lei do *Bundesverfassungsgericht*, que lhe outorga a faculdade de delegar a execução das decisões ou de fixar, em caso específico, a forma de execução de suas decisões, que, até a entrada em vigor da nova lei, (a) o disposto nos §§ 218 b e 219 do Código Penal, na sua nova versão, se aplicasse, igualmente, aos casos de aborto praticados nas primeiras doze semanas contadas a partir da concepção; e (b) que o aborto praticado por médico com o assentimento da gestante, nas primeiras doze semanas, não seria punível se esta tivesse sido vítima de crime sexual (§§ 176, 177 oder 179, do Código Penal) e houvesse fortes razões para admitir que a gravidez resultara desse fato, e (c) que o juiz poderia abster-se de aplicar pena, no caso de aborto praticado por médico, com

assentimento da gestante, nas primeiras doze semanas contadas da concepção se configurada situação de perigo, que se mostrasse insuperável de qualquer outra forma.

(IV) A Lei do *Bundesverfassungsgericht* consagra, no § 31, (1), que as decisões do Tribunal vinculam os órgãos constitucionais da União e dos Estados, bem como todos Tribunais e autoridades, estabelecendo a chamada *Bindungswirkung* (efeito vinculante). No § 31 (2) da referida Lei estabelece-se a eficácia ampla e geral, a chamada *Gesetzeskraft* (força de lei), das decisões proferidas nos processos de controle abstrato e concreto de normas, no processo de *verificação de normas* (*Normverifikation*), que permita ao Tribunal aferir se determinada regra de Direito Internacional Público integra o ordenamento federal (Lei Fundamental, art. 100, § 2º), e daquelas proferidas nos processos destinados a verificar eventual subsistência de uma lei pré-constitucional como direito federal (Lei Fundamental, art. 126). No § 31 (2) determina-se ainda, como consequência da *eficácia ampla e geral* emprestada a essas decisões, que o Ministro da Justiça diligencie a publicação da parte dispositiva do julgado (*Entscheidungsformel*) no Diário Oficial da União, em caso de declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, ou de nulidade de uma lei.

(V) Na referida decisão, proferida em processo de conflito entre órgãos (*Organstreitigkeit*) concernente à propaganda do Governo realizada no período imediatamente anterior às eleições parlamentares de 3-10-76, o *Bundesverfassungsgericht* declarou a ilegitimidade da prática adotada por afronta ao princípio da *igualdade de chances* entre os partidos políticos (Lei Fundamental, arts. 21, § 1º, e 38, § 1º). Em síntese, o Tribunal deixou assente que: a) a Constituição veda a identificação dos órgãos constitucionais com os partidos políticos ou candidatos, sendo indevida a utilização de recursos públicos para incentivar ou prejudicar os postulantes a cargos eleitorais; b) é incompatível com o princípio da temporariedade do mandato parlamentar que o Governo Federal, enquanto órgão constitucional, participe do processo eleitoral com o propósito de assegurar a própria reeleição; c) a intervenção de órgãos do Estado no processo eleitoral fere o direito de *igualdade de chances* entre os partidos políticos; d) a intervenção de órgãos do Estado nas eleições parlamentares afigura-se igualmente indevida se praticada sob a forma de propaganda oficial do Governo. Esse trabalho de divulgação encontra o seu limite onde começa a propaganda eleitoral; e) o dever do Governo Federal de se abster de qualquer participação no processo eleitoral exige comedimento e impede a divulgação oficial ainda que em forma de "relatório de desempenho"; f) o Governo Federal deve empreender as medidas necessárias a evitar que o material produzido para divulgação oficial seja utilizado por partidos, organizações ou grupos de correligionários (BVerfGE 44, 125 — 126).

(VI) A relevância da jurisdição constitucional para a concretização da democracia foi ressaltada por Kelsen, na famosa conferência de 1928, quando destacou o significado do controle de constitucionalidade para a defesa da minoria, qualificando-o como instrumento adequado a evitar que o poder de decisão da maioria acabe por se converter em autêntica ditadura (KELSEN, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, VVDStRL, Heft 5, Berlin e Leipzig, 1929, p. 30 (75, 81). Daí considerar importante que

se assegurasse a uma minoria parlamentar qualificada o direito de provocar a Corte Constitucional (*Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, VVDStRL, Heft 5, Berlin e Leipzig, 1929, p. 30) (75). Em tempos mais recentes, tem-se reconhecido a defesa da minoria, enquanto expressão do pluralismo e característica do sistema democrático, como princípio básico do Direito Processual Constitucional. Essa idéia encontra sua expressão tanto na outorga do direito de instaurar o controle abstrato de normas a uma minoria parlamentar qualificada (um terço dos membros do Parlamento Federal), quanto no estabelecimento de mecanismos que assegurem o direito de manifestação de diferentes segmentos sociais no juízo de constitucionalidade (Lei do *Bundesverfassungsgericht*, § 26). O Direito Processual Constitucional alemão rende homenagem à defesa da minoria ao exigir que a nomeação de juizes da Corte Constitucional se efetive mediante maioria qualificada (dois terços) dos votos dos membros do Conselho Federal ou dos integrantes da Comissão especial do Parlamento Federal (Cf. a propósito, Häberle, Peter, *Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit*, in: *Verfassungsgerichtsbarkeit*, Darmstadt, 1976, p. 1) (29-30).

(VII) Segundo entendimento dominante no Direito Constitucional alemão, o princípio do Estado de Direito compõe-se, dentre outros, pelos seguintes elementos: (a) o princípio da divisão de poderes, (b) os postulados da supremacia da lei e da reserva legal, (c) o princípio da segurança jurídica (irretroatividade da lei e proteção da boa fé), (d) o princípio da clareza e precisão da norma jurídica (*Rechtsklarheit und Bestimmtheit der Norm*), (e) o princípio da proporcionalidade e da proibição de excesso (*Verhältnismässigkeit und Übermaßverbot*), (f) o princípio da proteção jurídica (*Rechtsschutzgarantie*) e (g) o direito de resistência (Cf. Degenhart, Christoph, *Staatsrecht*, Heidelberg, 1987, pp. 70-122).

(VIII) O art. 80, I, da Lei Fundamental estabelece, *verbis*: "O Governo Federal, um ministro de Estado ou os Governos Estaduais podem ser autorizados a editar decretos. Nesse caso, deve a lei prescrever o conteúdo, o objetivo e os limites da autorização. O fundamento jurídico deve constar do decreto. Se a lei estabelecer que a autorização pode ser delegada a outro órgão, é indispensável que delegação seja formalizada por decreto". Pretendeu-se, com a disposição em apreço, evitar a derrogação tácita do princípio da legalidade e do princípio democrático através de uma "transferência silenciosa" do poder de legislar ao Executivo (*eine geräuchlose Verschiebung*). Ao mesmo tempo, estabeleceu-se restrição a uma eventual "fuga da responsabilidade" (*Flucht aus der Verantwortung*) por parte do legislador, compelindo-o a fixar as linhas fundamentais da legislação (conteúdo, objetivo e limite) e obviando as autorizações gerais e abstratas (*Globalmächtigungen*, utilizadas abusivamente na República de Weimar (FRITZ OSSENBUHL, *Die Quellen des Verwaltungsrechts*, in: *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Berlin-New York, 1988; p. 86; KARL-HEINZ SEIFERT e DIETER HÖMIG, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (Taschenkommentar), Baden-Baden, 1985, pp. 368/370).

(IX) Sob o título "Denkschrift do Bundesverfassungsgericht", 20 dos 22 membros do Tribunal dirigiram-se, em 27-6-1952, ao Presidente da

República, ao Parlamento Federal, ao Conselho Federal e ao Governo Federal, requerendo fossem asseguradas ao Tribunal as condições básicas para o desempenho das funções que lhe foram constitucionalmente confiadas. Após precisar o *status* do *Bundesverfassungsgericht* como órgão constitucional (*Verfassungsorgan*), o documento exigia autonomia administrativa, reconhecimento do *status* especial aos juizes, e autonomia financeira, caracterizada por dotação própria no orçamento federal (Cf. a propósito, LAUFER, Heinz, *Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozess*, Tübingen, 1968, pp. 278-309; DOLZER, Rudolf, *Die staatsrechtliche und staatsrechtliche Stellung des Bundesverfassungsgerichts*, 1972, pp. 43-45).

(X) Na Conferência da Associação Alemã dos Professores de Direito Público, de 1928, a questão relativa à utilização de parâmetros suprapositivos no juízo de constitucionalidade já havia merecido alguma atenção. Kelsen sustentou então que a Corte Constitucional deveria limitar-se a aplicar os parâmetros constantes da Constituição (KELSEN, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer — VVDStRL —, Heft 5, 1929, pp. 68 e segs.). O tema ganhou nova dimensão no pós-guerra. O Tribunal Constitucional afirmou, em várias decisões, a existência de um direito suprapositivo, hábil a vincular o próprio constituinte (Cf. Marcic, René, *Von Gesetzesstaat zum Richterstaat*, Wien, 1957, pp. 205 e segs.). No julgado proferido em 23-10-1951, o *Bundesverfassungsgericht* reconheceu a existência de direito suprapositivo, bem como de sua competência para aferir a compatibilidade de normas de direito positivo em face desses princípios superiores (BVerfGE 1, 14) (17). Posteriormente, o Tribunal, embora reafirmasse o entendimento de que a suposição da validade absoluta da norma constitucional traduziria a adoção de um positivismo despidido de valores, concepção há muito superada pela Ciência Jurídica, assentou que probabilidade de que o legislador democrático viesse a ultrapassar esses limites equiparava-se quase a uma impossibilidade prática (BVerfGE 3, 225) (232-233). Essas considerações mostram o duplo aspecto que envolve o problema: de um lado, o reconhecimento da existência de um direito suprapositivo; de outro, a questão concernente à possibilidade de um Tribunal, instituído pela Constituição, superar essa Constituição, que lhe empresta fundamento, para, eventualmente, declarar a sua parcial nulidade (NAWIASKY, Hans, *Positives und überpositives Recht*, Juristenzeitung, 1954, p. 716). Além desse argumento de índole jurídico-funcional (EHMKE, *Prinzipien der Verfassungsinterpretation* VVDStRL, Heft 20, 1963, p. 79), é lícito indagar se o *Bundesverfassungsgericht* poderia reivindicar aqui, igualmente, um monopólio da censura constitucional, ou se haveria de reconhecer a competência de juizes e tribunais para proceder à aferição da compatibilidade do direito positivo com esses princípios suprapositivos (EHMKE, op. cit., p. 79). Essas considerações e o reconhecimento de que a Teoria Constitucional dispõe, hodiernamente, de sólido baldrame doutrinário, que torna dispensável o recurso a esses postulados, têm levado alguns eminente doutrinadores a defender uma *Teoria Constitucional sem Direito Natural* (*Verfassungstheorie ohne Naturrecht*) (HABERLE, Peter, *Verfassungstheorie ohne Naturrecht*, in: *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, Berlin, 1978, pp. 93 e segs.).

Epistemología criminológica de la retaliación hacia el perdón

ANTONIO BERISTAIN

Catedrático de Derecho Penal. Miembro del
Consejo de Dirección de la Sociedad Inter-
nacional de Criminología. San Sebastian
(España)

1. *Resumen histórico comparativo del talión en la política criminal y el Derecho Penal*

Una investigación diacrónica desde el momento cero⁽¹⁾ a través de los siglos, y sincrónica a lo ancho del mapa geográfico de los países modernos acerca del *Talión*, es decir, de las *respuestas* sociales y gubernamentales a las conductas criminales y a las personas marginadas, nos muestra en enfrentamiento dialéctico dos criterios y dos prácticas de control social:

— por una parte, la sanción severa, punitiva, que hoy se centra en la privación de libertad como castigo, sin concesiones al tratamiento y, en casos extremos, lógicamente la pena de muerte.

— y, por otra parte, las sanciones alternativas a la cárcel, como pueden ser la multa, la probación, los arrestos de fines de semana, el trabajo en servicio a la comunidad, la *plea bargaining*, la *diversion*, la no intervención y (según algunos teóricos extremos) la sustitución del derecho

(1) ERNST BLOCH, *Naturrecht und menschliche Würde*, Frankfurt en Main, Ed. Suhrkamp 1961, pp. 276 ss. Hay traducción en castellano. En sentido parecido Jacques LECLERCQ, "Reflexions sur le droit de punir", en *Estudios Penales. Homenaje al P. Julián Pereda* (preparado por A. Beristain) números 25-26, Universidad de Deusto, Bilbao, 1965, pp. 473 ss.

penal por medidas de seguridad o por instituciones paralelas al derecho civil o al derecho administrativo. (2)

Esta descripción panorámica o telegráfica, a vista de pájaro, omite muchos puntos y desdibuja otros, pues pretende describir un problema sumamente complejo que exigiría mil detalles y matizaciones. Sin embargo, para introducirnos en el tema que deseamos exponer, resulta suficientemente orientativo. Esta visión de conjunto nos suscita (y se aclara con) tres consideraciones fundamentales, que desarrollaremos a continuación:

A) Ante la criminalidad y la marginación hemos de responder con criterios de integración cósmica. Hemos de evitar las respuestas unidimensionalmente vindicativas, tanto como las totalmente permisivas o simplemente mecánicas, técnicas, amoraes, sin sentido humano, tanto como las utopías exclusivas de tratamiento.

B) La faceta creadora de todo lo humano debe generar algo nuevo en el sistema penal (especialmente en el *sentencing*) de finales del siglo XX. En concreto, debe crear (y/o desarrollar) el derecho al —mayor o menor— perdón a toda persona, también al delincuente.

C) Los hasta hoy desconocidos horizontes que va alcanzando la conciencia de la persona postmoderna exigen leer y formular lo talional con una original epistemología metarracional.

(2) KEIN KOTZ, "Le règlement des litiges en dehors des tribunaux. Synthèse et conclusions", en H. KOTZ y R. OTTENHOF, *Les conciliateurs. La conciliation. Une étude comparative*, Economica, París, 1983, pp. 187 ss. Con estudios de Africa, China, Francia, Gran Bretaña, Italia, Japón, Rep. Democrática Alemana, Suecia, Estados Unidos y América Latina. FONDATION INTERNATIONALE PENALE ET PENITENTIAIRE, *Les nouvelles tendances de la Politique criminelle*. (Actes du Cinquième Colloque Inter. de la F.I.P.P., Syracuse, 15/19 février 1982), Bonn, 1984, pp. 141 ss. Cherif BASSIOUNI, *Criminal Law and its Processes. The Law of Public Order*, Charles C. Thomas, Springfield, Illinois, 1969, pp. 458 ss. Peter P. LEJINS, "La crisi attuale della Politica criminale negli Stati Uniti", en *L'Indice Penale*, n° 3 (1979), pp. 355 ss.

Giuseppe GUARNERI, "Modificazioni nella reazione alla criminalità (Una proposta nordamericana; il *diversion*)", en *Studi di Giacomo Delitala*, Giuffrè, Milán, 1984, pp. 617 ss. Francesco G. PALAZZO, "Le pene sostitutive: nuove sanzioni autonome o "benefici" con contenuto sanzinatorio?", en *Studi in men. G. Delitala*, Vol. II, pp. 1.049 ss. Inkeri ATTLA, "The Benefit and Burden of Diversion", en *Crime and Criminal Policy. Papers in Honour of M. López-Rey*, Roma, 1985, pp. 55 ss. En este tema se esconde y patentiza la necesidad de renovar radicalmente el sistema penal, pp. 62 s. Hay que buscar soluciones penales, no judiciales con la víctima, p. 64. Jacqueline BERNAT DE CELIS, "Abolitionisme du système pénal et politique criminelle en faveur des victimes", en L. HULSMAN/ J. BERNAT DE CELIS, *Paines perdues. Le système pénal en question*, le Centurion, París, 1982, pp. 123 ss.

John PRATT, "Diversion from the Juvenile Court", en *The British Journal of Criminology*, Vol. 26, n° 3 (julio 1986), pp. 212 ss. Stamatios TZITZIS, "Retribution, utilitarisme et politique criminelle dans les pays anglo-saxons a l'époque contemporaine", en *Revue Pénitentiaire et de droit pénal*, n° 3 (julio-septiembre 1985) pp. 263 ss.

D) Todavía más, con una epistemología espiritual, mística, no dogmática; con el único freno de lo razonable (no de lo racional-lógico) y de lo *real* "de suyo", allende lo fenomenológico (3).

2. *Talión dialéctico de integración cósmica, no unidimensional*

Por respuestas (al delito y a la desviación) de integración cósmica entendemos, dicho brevemente, algo así como aquellos controles sociales-penales que, casi sin juzgar, (4) van más allá del juicio; pues procuran reflejar, como un espejo, (5) la realidad (más allá de lo aparential) del conflicto-delito, y facilitar la armónica simbiosis de la acción-reacción-creación; es decir, dar a cada uno lo que él necesita más que lo que él merece, a través de la sanción-compensación dinámica y solidaria.

La historia sociológica y la filosofía jurídica enseñan que sin sanciones penales resulta imposible la convivencia, al menos en los tiempos históri-

(3) PETER NOLL, *Diktate über Sterben & Tod*, mit Totenrede von Max Frisch, Pendo, Zürich, 1984, pp. 132 ss. X. ZUBIRI, *Inteligencia y Razón*, Alianza Editorial, Madrid, 1983, pp. 91 ss., 263 ss.

El jurista y el criminólogo que, a través de la nueva epistemología, entra en contacto con la nueva realidad social experimenta un sobresalto similar al que Einstein sintió la primera vez que se inició en la nueva física, según escribió en su autobiografía: "Todos mis intentos de adaptar el fundamento teórico de la física a este (nuevo tipo de) conocimiento fracasaron completamente. Era como si la Tierra hubiese desaparecido de mis pies, sin ningún cimiento firme a la vista sobre el cual poder construir", Ed. Pa. A. Schilpp, *Albert Einstein: Philosopher-Scientist*, The Library of Living Philosophers, Evanston, Illinois, 1949, p. 45.

(4) MERTON, Thomas. *Zen and birds of appetite*. Traducción al castellano de Rolando Hanglin, 3ª ed. Kairós, Barcelona, 1979, p. 43. Nadie niega que existen — y deben existir — las estructuras e instituciones jurídicas. Nadie opina que debemos tratarlas como no existentes y necesarias. Pero, el hombre maduro, que "cala" más allá de lo superficial, ve y experimenta, como Moisés en el relato mítico (?) del Exodo, capítulo 3º, que la zarza (de las estructuras e instituciones sociales) arde y se consume, y nos convoca a andar y convivir sobre esa zarza, descalzos y probablemente también sin pies. Realmente, en el fondo, la estructura es vacío y el vacío en sí mismo es estructura. Es un hecho que, desde hace algún tiempo a esta parte, se lucha y se sufre por conseguir la liberación del juicio condenatorio penal, aunque quizás ocurra a menudo de un modo no plenamente consciente. Cfr. Thomas MERTON, *Zen and birds of appetite*. Traducción al castellano de Rolando Hanglin, 3ª ed., Kairós, Barcelona, 1979, pp. 19 ss., 43. Hugo — M. ENOMIYA — LASSALLE, *¿A dónde va el hombre?*. trad. A. M. Schlüter, Sal Terrae, Santander, 1982, pp. 73 ss. J. BERNAT DE CELIS, "En torno a la meditación como camino alternativo al sistema penal", en *Est. de Derecho Penal en homenaje al Prof. Luis Jiménez de Asúa*, Rev. Fac. de Derecho Univ. Complutense, Monográfico 11, Madrid, junio 1986, pp. 129 ss.

(5) El espejo refleja la realidad, carece de perjuicios. Se le acerca una nave: él refleja una nave. Se le acerca un ruiseñor: él refleja un ruiseñor. El espejo carece de una mente que distinga, juzgue, categorice, clasifique. El hombre, por el contrario, sobre imprime algo al espejo, filtra la luz con un sistema, y cree que así mejora la calidad de la luz.

Charles ANTAKI y Alan LEWIS, *Mental Mirrors*, (Metacognition in Social Knowledge and Communication), Sage Publications, London, 1986.

camente conocidos y en la actualidad. Quizás, y ojalá, las próximas generaciones puedan prescindir de la sanción penal. Nuestra generación no puede evitar las penas como respuesta a ciertos delitos. Hace ya siglos Platón, en su *Gorgias*, repite con diversas matizaciones: "el que ha sido injusto e impío debe ir a la cárcel de la expiación y del castigo que llaman Tártaro (*Gorgias*, 532b)"; "si alguno se hace malo en alguna cosa, debe ser castigado y satisfacer la culpa por medio del castigo" (*Gorgias*, 527b)⁽⁶⁾.

En semejante sentido se expresan posteriormente multitud de penalistas y criminólogos en todos los tiempos y lugares⁽⁷⁾.

Sin embargo, esta necesidad de defendernos aplicando sanciones penales no significa, o no debe significar, que a los delincuentes haya que encerrarlos entre cuatro paredes para castigarlos con talante únicamente vindicativo, sin gastar un minuto para su integración en la sociedad.

Actualmente, muchos países islámicos, norteamericanos, etc., exageran el aspecto severo de las leyes y olvidan la dimensión equitativa, conciliadora, de la justicia⁽⁸⁾.

Muchos Gobiernos, y muchos tratadistas, decepcionados por el escaso resultado disuasivo y repersonalizador obtenido con la ideología penitenciaria del tratamiento, que tanto eco encontró en la década de los sesenta y comienzos de los setenta, han caído víctimas de una reacción excesiva en sentido contrario; reaccionariamente piden que los policías, los jueces y los funcionarios de prisión adopten posturas y técnicas exclusivamente punitivas, e incluso vindicativas. Al delincuente, dicen, hay que darle lo

(6) PLATON, *Diálogos. Gorgias*, trad. J. Calonge, Gredos, Madrid, 1983, pp. 145 ss.

(7) GIUSEPPE BETTIOL, *Diritto Penale. Parte Generale*, duodécima edición, Cedam, Padova, 1986, pp. 779 ss. (Puesto al día por L. Pettoello Mantovani).

Ya Bartolomé de las Casas, en su excelente Tratado del derecho de autodeterminación, *De regia potestate* II, XIV, 5, escribe que el gobernante tiene la obligación "de premiar las virtudes ciudadanas, así como de castigar los vicios sociales", Bartolomé de LAS CASAS, *De regia potestate*, Consejo Superior de Investigaciones científicas, 1969, p. 69.

(8) HABIB-UR-REHMAN KHAN, "Introduction of Islamic Laws in Pakistan (Hudppd Prdonance)", en *Crime and Criminal Policy. Paper in Honour of M. López-Rey y Arrojo*, complid. P. R. David, Franco Angeli, UNSDRI, Milano, 1985, pp. 413 ss. Giuliano VASSALLI, "En marge du Droit pénal islamique", en *Mélanges en l'honneur du Doyen Pierre Bouzat*, Pedone, Paris, 1980, pp. 75 ss. Cherif BASSIOUNI, *The Islamic Criminal Justice System*, Oceana Publications, London, Rome, New York, 1982.

Francisco SUAREZ, *De legibus* IV, XVIII, 6, escribe que la interpretación más benigna goza siempre de preferencia dentro de la Ley penal. Cfr. Edición crítica y bilingüe, Consejo Sup. Invest. Científicas, Madrid, 1981, p. 140. A. KEITH BOTTOMLEY, "The 'Justice Model' in America and Britain: development and analysis", en *The Comming Penal Crisis*, edited by A. E. Bottoms, y R. H. Preston, Edimburg, Scottish Academic Press, 1980, pp. 25 ss. William DANIEL, S. J., *The Purely Penal Law Theory in the Spanish Theologians from Vitoria to Suárez*, Gregorian University Press. Roma, 1968.

que le corresponde legalmente (*Just Desert*)⁽⁹⁾. A cada uno según sus méritos. A los asesinos con agravantes habrá que aplicarles una inyección letal. Las cárceles deben ser de máxima seguridad, y siempre con presupuesto menor al de los pobres y parados no delincuentes⁽¹⁰⁾.

Por desgracia, no pocos ciudadanos y especialistas en derecho penal y en criminología miran el código penal y la ley penitenciaria y la norma policial como instrumentos para acusar y encontrar — ¿crear? — delincuentes punibles.

Al contrario, según nuestra opinión, los principios básicos represivos de los controles sociales admiten y deben admitir excepciones y formas de gracia en todos sus estratos. Lo opuesto (el exigir que se apliquen sin dar cierta entrada al perdón, a la generosidad, a la indulgencia) sería suma injusticia como lo declararon, hace más de veinte siglos, los romanos en su adagio *summum ius summa injuria* (11).

Antes Platón, en su "Protágoras" (324b), nos enseña que "nadie sanciona a los malhechores prestando atención a lo que hayan delinquido o por el dato de haber delinquido, a no ser quien se venga irracionalmente como un animal. Pero, el que intenta sancionar con razón no se venga a causa del crimen cometido — pues no se lograría que lo hecho no haya acaecido — sino con vistas al futuro, para que no obren mal de nuevo ni éste mismo ni otro al ver que éste sufre su sanción... pues sanciona a efectos de disuasión". La equidad y la epiqueya deben protagonizar la interpretación y la aplicación del derecho penal⁽¹²⁾.

(9) También en el ámbito de la psiquiatría forense se tiende hoy a sustituir el concepto de no imputabilidad o de imputabilidad disminuida por el concepto demerito "desert" como afirman F. FERRACUTI y F. BRUNO, sub voce "Psichiatria forense", en *Enciclopedia Médica Italiana*, Vol. XII, Firenze, 1985, columna 1691.

Peter P. LEJINS, "Criminogénese", en *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, nº 3 (1979), p. 503.

(10) Manuel LÓPEZ-REY y ARROJO, *Compendio de Criminología y Política Criminal*, Tecnos, Madrid, 1985, pp. 190 ss. 215 ss.

(11) Elías NEUMAN, "El sistema penal y sus víctimas", en *Estudios de Derecho penal en homenaje al Prof. Luis Jiménez de Asúa*, Revista Facultad de Derecho Universidad Complutense, Monográfico 11, Madrid, junio 1986, pp. 483 ss.

Los fundamentos del perdón por parte de la víctima, en determinados delitos, son múltiples y, a veces, complejos como indican los tratadistas.

Sandra WALKLATE, "Reparation: A Merseyside View", en *The British Journal of Criminology*, Vol. 26, Nº 3 (julio 1986), pp. 287 ss. J. A. SAINZ CANTERO, "Consentimiento del ofendido y relevancia del perdón en los delitos sexuales en el ordenamiento español" en *Crime and Criminal Policy* en homenaje a M. López-Rey, Franco Angeli, Milán, 1985, pp. 629 ss. C. CARMONA, *Los delitos de abusos deshonestos*, Barcelona, 1981, pp. 235 ss.

(12) Horts. SCHÜLER-SPRINGORUM, "Was lässt der Strafvollzug für Gefühle übrig?", en *Festschrift für Günter Blau zum 70. Geburtstag am 18. Dezember 1985*, Walter de Gruyter, Berlin. New York, 1986, pp. 359 ss.

Otros especialistas propugnan que los controles sociales se limiten a los datos puramente fenomenológicos, y prescindan de toda atención a la culpabilidad, apoyados en que nadie puede probar científicamente la libertad de una persona⁽¹³⁾. Algunos teóricos (víctimas de su buena voluntad, de su compasión ante la violación de los derechos humanos en las cárceles y en los patíbulos) echan por la borda, sin previo discernimiento, un valor adquirido por los esfuerzos culturales de muchos siglos: la culpabilidad jurídica⁽¹⁴⁾.

Sin embargo, todos deberíamos ver en los controles sociales la protección de los ciudadanos inocentes y criminales, la magna carta de la libertad, el arte de la comprensión, de la solidaridad, de la mutua creación.

Em 1986, más aún que en 1605-1615 cuando Cervantes creó a D. Quijote y Sancho Panza, debe proclamarse lo que exclamó su protagonista refiriéndose a los delincuentes: "Hay que poner los ojos en sus penas y no en sus bellaquerías", con la glosa de Unamuno a estas palabras: "Oh, mi señor D. Quijote, y cuándo llegaremos a ver en cada galeote, ante todo y sobre todo, un menesteroso, poniendo los ojos en la pena de su maldad y no en otra cosa alguna. Hasta que a la vista del más horrendo crimen no sea la exclamación que nos brote ¡pobre hermano! por el criminal, es que el cristianismo no nos ha calado más adentro que el pellejo del alma".

3. Derecho de los delincuentes al perdón

La moderna psicología muestra que, afortunadamente, hemos superado el antiguo *homo faber*, trabajador, y el *homo sapiens* que constata la realidad exterior a él. Hemos llegado al *homo pius*, compasivo y solidario⁽¹⁵⁾, al *homo creator* que desde su interior va haciendo y rehaciendo las cosas, incluso las personas a las que genera y da vida en lo material corporal,

(13) G. BETTIOL/L. PETTOELLO MANTOVANI. *Diritto Penale. Parte Generale*, duodécima ed., Cedam, Padova, 1986, pp. 19 ss.

Paul BOCKELMAN, en su excelente artículo *Schuld, Schicksal und Verantwortung des Menschen*, en el Tomo 38 de *Studien und Bericht der katholischen Akademie in Bayern*, compilado por Karl Forster, 2ª ed., edit. Kösel, München 1969, pp. 89-120, estudia atinadamente la lógica contradicción que cubre el campo de la moderna ciencia física, de la religión y de la doctrina jurídico-penal respecto a la libertad y a la culpabilidad.

(14) Th. WURTENBERGER. "Der schuldige Mensch vor dem Forum der Rechtsgemeinschaft", en *Festschrift für H.-H. Jeschke*, Duncker & Humblot, Berlin, 1985, pp. 37 ss.

Juan CORDOBA RODA, "El principio "nulla poena sine culpa" en el Proyecto de Código Penal Español", en *Studi in memoria di G. Delitala*, citado, T. III, pp. 1.809 ss. F. MUÑOZ CONDE, "Culpabilidad y prevención en Derecho Penal", en *Cuadernos Política Criminal*, Nº 12, 1980, pp. 41 ss. Angel TORIO LOPEZ, "El concepto individual de culpabilidad", en *Crime and Criminal Policy*. En homenaje a M. López-Rey, Franco Angeli, Milán, 1985, pp. 675 ss.

(15) A. BERISTAIN. "La dimensión religiosa en la filosofía de la Política criminal (El derecho penal del "homo pius")", en *Estudios Vascos de Criminología*, Bilbao, Mensajero, 1982, pp. 330 ss.

en lo instintivo animal, e incluso en lo espiritual. Toda persona es fundamental y esencialmente creadora, autocreadora y heterocreadora ⁽¹⁶⁾.

Claramente aparece esta fuerza generadora en el ámbito de los derechos elementales, pues a lo largo de los siglos constatamos cómo van creciendo y desarrollándose. Hoy, acerca del derecho a la libertad estamos muy lejos de pensar como pensaban los griegos coetáneos de Aristóteles respecto a sus esclavos. Hoy ha desaparecido el *ius vitae et necis* del *paterfamilias* romano, y la pena de muerte encuentra cada día más abolicionistas ⁽¹⁷⁾. Hoy el derecho laboral difiere diametralmente del vigente a finales del siglo XIX: Ningún niño de diez años trabaja en las minas de carbón.

Esta energía innovadora — *L'élan vital* de HENRI BERGSON ⁽¹⁸⁾ — hemos de aplicarla urgentemente en el campo de las respuestas al delito, y a la sub-contracultura. En concreto, hemos de crear el derecho al perdón. Mejor dicho, hemos de recrearlo, pues en cierto sentido ha existido ya antes. Pensemos en el secular derecho al asilo, en el derecho de gracia de los monarcas, en el indulto en casos de pena de muerte, como en el proceso de Jesús ⁽¹⁹⁾.

El derecho al perdón — total o parcial — como derecho básico de todas las personas y, por tanto, también de las autoras de faltas, de delitos y de crímenes graves, no está formulado expresamente en ninguna de las Declaraciones, ni de los Pactos Internacionales. Pero, según nuestra opinión debe reconocerse teórica y eficazmente, a nivel universal, nacional y local.

Muchos estudios sociológicos-jurídicos, muchos textos y usos legales, muchas prácticas jurídicas y extrajurídicas brindan apoyaturas suficientes para que tal derecho se coloque junto a otros incuestionablemente consagrados en nuestras Constituciones y en nuestra convivencia.

Si leemos los periódicos, si oímos la radio, nos dirán que hay conflictos y delitos. Pero, si miramos la realidad con pupila iluminada, sin perjuicios,

(16) Xavier ZUBIRI. *Inteligencia y Lagos*, Alianza Ed., Madrid, 1982, pp. 209 ss. F. BUENO ARUS, "A propósito de la reinserción social del delincuente (Art. 25.2 de la Constitución Española)", en *Crime and Criminal Policy*. En homenaje a López-Rey, Franco Angeli, Milán, 1985, pp. 147 ss.

(17) Cherif BASSIOUNI. *Substantive Criminal Law*, Charles C. Thomas, Springfield, Illinois, 1978, pp. 42 ss., 120 ss. Marino BARBERO SANTOS, *Pena de muerte (El caso de un mito)*, Depalma, Buenos Aires, 1985. IDEM, "La peine de mort en Espagne. Histoire de son abolition", en *Mélanges en l'honneur du Doyen Pierre Bouzat*, Pedone, Paris, 1980, pp. 103 ss. Marc. ANCEL, "Quelques observations sur l'abolition de la peine de mort", en *Crime and Criminal Policy*. En homenaje a M. López-Rey, Franco Angeli, Milán, 1985, pp. 33 ss. Eugenio Raúl ZAFFARONI, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Tomo V, Ediar, Buenos Aires, 1983, pp. 92 ss.

(18) Henri BERGSON, *Les deux sources de la morale et de la religion*, 1932 (trad. esp.: *Las dos fuentes de la moral y de la religión*, 1942).

(19) Jean IMBERT. *La peine de mort*, presses Universitaires de France, Paris, 1972, pp. 20 ss.

veremos la realidad, veremos el Alfa y el Omega de perdones y conciliaciones. La indulgencia generosa precede y supera al odio fratricida. Por eso el poeta Jorge Guillén, después de contemplar y describir la guerra y la tortura, contempla algo más real y armónico que le hace exclamar concluyente (20)

“El mundo está bien hecho.”

Para los cristianos el sentido evangélico del pecado se realiza únicamente en la revelación del perdón: si olvidásemos esto estaríamos falseando radicalmente la concepción neotestamentaria del pecado, y olvidaríamos lo que confesamos en el credo: “Creo en el perdón de los pecados”, lo cual es algo muy distinto a creer en el pecado. En relación con este tema hay un episodio extraordinariamente elocuente en la vida de Jesús, el de la mujer adúltera (Jn 8,3-11) (21).

4. *Epistemología criminológica metarracional*

El mundo occidental, por mil motivos, no sólo por la rapidez de las comunicaciones, se encuentra cada día más cercano al mundo oriental, y éste nos hace caer en la cuenta de cómo nuestras potencias interiores poseen una conciencia cuatridimensional, un “sexto sentido” (llamémosle así) que en muchos de nosotros yace callado, ocultado, olvidado en el fondo de nuestro sótano subconsciente. En los “dentros” de la persona-cosmos anidan mundos más gradiosos, luminosos, calientes e dinámicos que todas las galaxias.

Como explican historiadores, antropólogos y otros especialistas (22), tiempo ha del hombre mágico hemos pasado al hombre mítico, y después al hombre racional... en el cual seguimos estancados, anclados, demasados siglos.

Urge abrir los ojos hacia adentro, hacia la realidad armónica más allá de lo fenomenológico, para descubrir todo el horizonte redondo, que tenemos delante de nuestras narices... pero no vemos. Esta ceguera hace que vengan las drogas como un *deus ex machina*, permitiendo que la conciencia cartesiana auto-perceptiva expanda su percepción de sí misma con apariencia

(20) GUILLEN, Jorge. *Aire Nuestro. Cántico. Clamor, Homenaje*, All'Insegna del Pesce d'Oro, 1968, pp. 245, 524-527. L. ARANGUREN, José Luis, “Don Quijote y Cervantes”, en IDEM, *Estudios Literarios*, ed. Gredos, Madrid, 1976, pp. 93 ss.

(21) Bernard D. MARLLANGEAS. *Culpabilidad, Pecado, Perdón*, Ed. Sal Terrae, Santander, 1985, p. 101.

(22) Hugo — M. ENOMIYA — LASSALLE. *¿A dónde va el hombre?*, trad. del alemán A. M. Schlüter, Sal Terrae, Santander, 1982: “... una nueva etapa en la evolución de la especie humana como tal... parece caracterizarse, en primer lugar por una conciencia más perfecta del hombre de su ser de persona”. pp. 24 ss.

Joan MIRÓ hablando de la Fundación mallorquina con su nombre afirmó que es necesario “proveer toda clase de actividad cultural pensando en el mundo nuevo que se está formando, no limitarse a reuniones de intelectuales”.

de salir fuera de sí misma. En otras palabras, las drogas proporcionan al yo auto-perceptivo un sustituto de la auto-trascendencia metafísica y mística (23).

El penalista portugués Eduardo Correia aboga por la urgencia de buscar nuevos caminos epistemológicos cuando lamenta que todavía hay personas que sólo conocen la tesis y la antítesis, el cuerpo y el alma, la naturaleza y el espíritu, la realidad y el valor, el poder y el deber, o como quiera que se llamen, y que lógicamente se apegan a su método puro, a sus conceptos clásicos, a su argumentación segura. Correia prefiere, por el contrario, aquel jurista penalista que, más allá de las antinomias, procura tanteando (como un ciego) encontrar una unidad superior, no tiene guía seguro que le proteja contra los pasos errados, pero él y sólo él puede esperar que una hora feliz llegue cuando se le vaya apareciendo una senda hacia una cumbre alta desde la cual se superen todas las aparentes antinomias en un síntesis creadora de una concepción unitaria del mundo, y comprenda que vivir con los otros en sociedad es no sólo estar con ellos sino tenerlos dentro de sí en un todo (24).

Algo parecido había sugerido el Ministro de Justicia alemán y penalista, Radbruch, cuando hablaba no de hacer un derecho penal mejor, sino de hacer algo mejor que el derecho penal (25).

Después de tantos decenios desde 1845, cuando Marx escribió su tesis XI sobre Feuerbach, ésta ha de ser entendida a través de otra lectura: "Los filósofos no han hecho más que interpretar de diversos modos el mundo, pero de lo que se trata es de transformarlo". Sí, pero esta transformación no se logra principalmente con las manos, ni con la razón, ni con la ciencia lógica, ni con la práctica revolucionaria (26).

Recordemos a Aurobindo cuando afirma que la persona logra más, hace más, cuando sube a la cumbre de un monte, se sienta en silencio y se cruza de brazos (27).

(23) José Luis L. ARANGUREN. "El problema de la drogodependencia en el momento actual, desde una perspectiva ética", en *La droga en la sociedad actual y Nuevos horizontes en Criminología*, Caja Ahorros Provincial de Guipúzcoa, San Sebastián, 1985, pp. 17 ss.

(24) Eduardo CORREIA. "As grandes linhas da reforma penal", en *Jornadas de Direito Criminal. O Novo Código Penal Português e Legislação Complementar*, Ed. Inst. Padre Antonio de Oliveira, Lisboa, 1983, pp. 20, 32.

(25) Gustav RADBRUCH. *Rechtsphilosophie*, 4ª ed., Stuttgart, 1960, pp. 269 ss. IDEM, *Ehnenführung in die Rechtswissenschaft*, 9ª ed., Stuttgart, 1950, pp. 143 ss.

(26) Carlos MARX. Tesis 11, sobre Feuerbach y año 1845.

(27) En el último invierno del siglo XIX don Miguel de Unamuno habló sobre "Nicodemo el fariseo" y finalizó su conferencia con una magistral descripción de lo que hoy podemos denominar ahora epistemología metarracional criminológica. Dijo así: "Y ahora, señores, se irá cada uno de nosotros a su casa, volverá cada cual a sus cuidados. Dios quiera que cuando en medio de su trajín recordéis mi lectura de esta noche, la recordéis como un canto lejano, sin letra, como un canto evocador que despierte en vuestras entrañas espirituales hondas preocupaciones, de las que despreocupan de lo pequeño! Porque es lo único que quiero, no daros (continúa)

En el "campus" universitario hay y habrá siempre espacios para hablar, aulas para explicar las lecciones. Pero, ya que un fundamento de la ciencia es el espejo, necesitamos que haya más espacios para estar sencillamente en silencio, para convertir nuestro tempestuoso mar interno en un lago tranquilo que refleje la realidad "de arriba".

En las cárceles ojalá haya escuelas para enseñar e leer y escribir, pero conviene que haya más locales para aprender y ejercitar en paz callada las técnicas de relajación, de yoga, de meditación trascendental y las prácticas correspondientes para poder auscultar, conocer y contemplar, sin tanto alboroto pasional (28).

Salomon Asch, en su artículo *Opinions and Social Pressure*, aparecido en el *Scientific American* (29), comenta la incapacidad en muchos jóvenes de percibir y "registrar" (archivar) detalles diferenciales en los comportamientos humanos, tanto que jóvenes de una inteligencia por decir así normal pueden llegar a calificar como blanco lo negro, y a la inversa. Esto se debe a que la socialización nos maleduca a ver sólo lo que queremos percibir.

(continuação da nota 27.)

ideas mías o de otros — las ideas valen poco — sino tocar en el salterio de vuestro corazón cuerdas que suelen yacer dormidas.

Yo he sembrado mi grano, el grano que me ha sido dado para sembradura, y no quiero volver hacia atrás mi cabeza ni espiar si apunta el brote acá o allá. Lo dejo a la tierra fecunda, al aire, al agua, al sol sobre todo, al Sol único" (publicado en *Revista Nueva*, nº 29, Madrid, 25 noviembre, 1899, pp. 241-275).

(28) Mariano CORBI, *Análisis Epistemológico de las configuraciones axiológicas humanas*, Universidad, Salamanca, 1983, p. 448. La estructura de la racionalidad se distancia del mito... El sujeto mítico se define como interiorización de deseos y no como estructura de operaciones abstractamente consideradas. La inteligibilidad del sujeto mítico se abre como fruto de un transfert axiológico procedente de otro campo, es decir, se abre mediante el que podamos llamar instrumental primero...

Cfr. p. 635 ss. La verdad de la ciencia versa sobre lo designado por el conjunto del cuerpo de la teoría. La teoría pretende hablar de los objetos mismos, pero lo consigue muy difícilmente pues su relación de sujeto con los objetos es relación de espectador, de actor y de manipulador, sobre todo cuando se sitúa en el plan de relaciones axiologizantes. Generalmente se produce afectación en el sujeto humano, por ser sujeto en interdependencia comunicativa con otros sujetos hablantes y interdependencia objetiva-axiológica, ambas constitutivas de su calidad de sujeto científico.

Winfried HASSEMER, "Hermenéutica y Derecho", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 25, Granada, 1985, pp. 63 e ss.

(29) Citado por Michael TALBOT, *Mysticisme et Physique nouvelle*, trad. del americano por A. Kielce, Le Mail, Mercure de France, 1984, p. 166.

El mundo mental es insuficiente para entender lo mítico y menos aún lo mágico. Al reducir nuestro mundo al ámbito de lo mentalmente perceptible, probablemente no estemos percibiendo sino una tercera parte de la realidad como fácilmente cabe deducir de la exposición de las diversas estructuras de conciencia". Hugo — M. ENOMIYA — LASSALLE, *¿A dónde va el hombre?*", p. 75, p. 29.

Según Jean Piaget,⁽³⁰⁾ no resulta fácil trazar la línea divisoria entre la capacidad de percepción heredada y la aprendida a lo largo de la convivencia con los adultos. Pero, el maestro francés afirma que la socialización nos enseña a ver y discernir y constatar “lo que se considera conveniente”.

En sentido parecido una investigación presentada en la Universidad de Londres, por el profesor John Willson, comenta que después de proyectar una película a treinta aldeanos en una tribu primitiva de tradición oral en África (la película versaba sobre diversos métodos sanitarios), ninguno de los treinta espectadores habían sido capaces de “ver” el contenido del film, que habían contemplado con sus ojos bien abiertos. Únicamente pudieron responderle a sus preguntas diciendo que les había gustado la gallina... que en un momento secundario aparece en la escena⁽³¹⁾.

La trilogía de Xavier Zubiri sobre la inteligencia sentiente, el logos y la razón,⁽³²⁾ avanza en esa dirección y llega más adelante; ya lo intuyó en el año 1931, cuando en su conferencia sobre “Hegel y el problema metafísico”, después de recordar con Ortega que el saber hasta nuestro siglo ha vivido de dos metáforas — el saber como huella sobre la superficie de una lámina de cera, y el saber como contenido de la mente humana —, profetiza que hoy el saber puede expresarse con otra tercera metáfora: “no se trata de considerar la existencia humana como un trozo del universo, ni como una envolvente virtual de él, sino (de pensar) que la existencia humana no tiene más misión intelectual que la *alumbrar el ser* del universo. No consistiría el hombre en ser un trozo del universo, ni en ser su envolvente, sino simplemente en ser la auténtica, la verdadera *luz de las cosas*. Por tanto, lo que ellas son, no lo son más que a la luz de esa existencia humana. Según esta tercera metáfora lo que se constituye en la luz no son las cosas, sino su ser; no lo que es, sino el que sea; pero, recíprocamente, esa luz ilumina, funda, el ser de las cosas no del yo, no las hace trozos míos. Lo grave del caso está — añade — en que toda luz necesita un foco luminoso, y el ser de la luz no consiste, en definitiva, sino en la presencia del foco luminoso en la cosa iluminada⁽³³⁾.”

5. *Desacralización y resacralización del talión*

Los jueces primigenios fueron sacerdotes vengadores de la ira celeste. Después “revelaron” la ley divina del talión. Hoy afortunadamente se

(30) Cfr. los *Études d'épistémologie génétique*, escritos por PIAGET en colaboración con otros especialistas en lingüística, fisiología, lógica, teoría de la información etc.

(31) M. TALBOT. *Opus cit.* p. 166.

(32) X. ZUBIRI, *Inteligencia y razón*, Alianza Editorial, Madrid, 1983, pp. 350 ss.

(33) LAIN ENTRALGO. “Zubiri hacia el futuro”, en *Zubiri (1898-1983)*, Coordinador del homenaje y edición de I. Tellechea Idígoras, Dpt.º Cultura Gobierno Vasco, Vitoria, 1984, pp. 161 ss.

han desacralizado; pero la justicia secular, sin abandonar el criterio de la razonable, debe recuperar alguna dimensión trascendente, mejor diríamos mística.

Tanto la mística occidental como la oriental deben brindar sus claridades oscuras (porque profundas y sustanciales) a la exégesis científica y a la praxis penal-criminológica no menos que a la física nueva⁽⁸⁴⁾.

Entre sus múltiples posibles aportaciones destaco ahora dos: la conveniencia de (superando el enfrentamiento maniqueo de los mitos primitivos) descubrir la realidad armónica del día y la noche, del inocente con el criminal, como dos caras de una misma moneda; y la utilidad de actualizar las intuiciones de Heráclito sobre la justicia que brota de la injusticia, como la luz brota de las tinieblas, como la vida de la muerte.

Si Zubiri, en 1934, escribió que "en el fondo de la evolución de la física actual se asiste a la elaboración de una nueva idea de la realidad física de la naturaleza", de modo semejante en 1986 podemos escribir que en el fondo de la evolución del derecho penal de hoy se asiste a la elaboración de una nueva epistemología de la realidad "criminalidad" y de la realidad "control social"⁽⁸⁵⁾. Esta idea no cabe en expresiones meramente racionales, ni puede transmitirse en solo formulaciones literarias, porque además y dentro de ser idea es también experiencia-realidad personal.

El "foco" de esta experiencia no debe ubicarse en el ser individual, en tanto que *ego sapiens*, sino en cuanto vacío⁽⁸⁶⁾, en la auto-trascendencia. A veces no se trata de comprender sino de iniciarse en mirar y escuchar lo críptico, lo cabalístico.

Así como los místicos Juan de la Cruz, Teresa de Avila e Ignacio de Loyola, se sentían y veían a ellos y a los demás como pecadores, pero amados de Dios, de modo semejante los jueces y penalistas de hoy y mañana

(84) La ciencia jurídico penal dispone de una capacidad muy limitada de auto-transformación, como indica BARATTA, "Criminología y dogmática penal. Pasado y futuro del modelo integral de la ciencia penal", en *La reforma del Derecho penal*, ed. de S. Mir, Barcelona, 1981, p. 59. El mismo autor añade a continuación que la teología ha mostrado actualmente mayor capacidad de renovación en cuanto a su estructura conceptual y axiológica. Igualmente en *Papers, Revista de Sociología*, Univ. Autónoma de Barcelona, 1980, pp. 13 ss. Winfried HASSEMER, "Hermenéutica y Derecho", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 25, Granada, 1985, pp. 63 ss.

Fritjof CAPRA, *El Tao de la Física. Una exploración de los paralelos entre la física moderna y el misticismo Oriental*, trad. J. J. Alonso Rey, Edt. Luis Carano, Madrid, 1984, especialmente pp. 198 ss.

(85) Ferrando MANTOVANI, "Il problema della definizione di criminalità en *Studi in memoria G. Delitala*, lct. Vol. II, pp. 725 ss.

Erich BUCHHOLZ, *The Term of Criminality Today*, en *Crime and Criminal Policy*, Homenaje López-Rey, F. Angeli, 1985, pp. 133 ss. En todos los países se dice que se busca la mayor humanización, también en los países dictatoriales, Cfr., pp. 137, 139, 141.

(86) Además en cuanto vacío, también en cuanto o por medio de la intuición vital (H. BERGSON), fenomenológica (HUSSERL), emotiva (M. SCHELER), ética (H. J. McCLOSKEY, *Meta-Ethics and Normative Ethics*, 1980).

debemos sentir la experiencia de nuestra propia y ajena cumpabilidad jurídica y de nuestra propia y ajena sanción generosa-perdonadora, difícil de formular, pero experimentable.

La nueva epistemología tiene que prestar atención al derecho penal solidario, fraternal, generoso y creador, que sepa convertir el estiércol del delito en gladiolos de compañerismo, el derecho talional en derecho premial⁽³⁷⁾.

Debemos ahondar en la capacidad de la persona para escuchar el silencio interior, para desarrollar cuidadosamente las potencias del hemisferio cerebral derecho.

El centro del epistemólogo futuro más que en la cabeza ha de estar en el corazón o, mejor aún, en el punto centro del vientre, lo que los japoneses denominan Hara. Más que grandes pensadores y más que personas de gran corazón, necesitamos personas entrañables, personas que vivan de su centro interior donde todo aboca y de donde todo brota, como el mar. Al océano desembocan las pestíferas cloacas, pero paradójicamente en ese océano encuentran las nubes el agua purificadora.

Esta epistemología innovadora surge de raíces multiseculares, pues ya la conocía el mundo griego con sus mitos, con su sofrosine, su medida no exagerada para reaccionar ante el dolor y el delito; con su fuerza catártica del delito en las tragedias⁽³⁸⁾. Estaba latente y patente en la "iluminación" aristotélica, como en la "luminidad" heideggeriana, como en "la luz derramada sobre las cosas" orteguiana, como en la "inteligencia sentiente" zubiriana.

En la Universidad de Salamanca, su rector, Unamuno, comprendió y habló con frecuencia del morir cotidiano como manantial de lo realmente personal y satisfactorio y vital comunitario. Son experiencias-límite (*peak experience*, en terminología de algunos psicólogos contemporáneos) que despiertan a las personas de sus sueños teatrales para distinguir su ser real de su "papel" en el escenario⁽³⁹⁾.

Desde el año 1973, los recientes simposiums internacionales de victimología iniciados en Jerusalén, así como destacados miembros de la Sociedad Internacional de Victimología, van abriendo puertas que muestran

(37) Mario PISANI. "Luis Jiménez de Asúa e il Diritto premiale", en *Estudios de Derecho Penal. En homenaje a Luis Jiménez de Asúa*. Rev. Facultad de Derecho Univ. Complutense, Monográfico 11, Madrid, 1986, pp. 541 ss.

(38) E. WOLF. *Griechisches Rechtsdenken*, Francfort del M., 1950, 1952, 1954, 1956.

(39) LAIN ENTRALGO. "Zubiri hacia el futuro", en *Zubiri (1898-1983)*, Dpt.º Cultura Gobierno Vasco, Vitoria, 1984, pp. 143 ss.

M. de UNAMUNO, *Diario íntimo*, Alianza Ed., Madrid, 1979.

cómo incluso la victimación puede y debe ser fecunda en resultados de convivencia, de mejor calidad de vida (40).

Los documentos internacionales de las Naciones Unidas, del Consejo de Europa, de la Sociedad Internacional de Criminología, de la Asociación Internacional de Derecho Penal, de la Nueva Defensa Social (41), entrevén algo de esta epistemología de la realidad profunda cósmica-mística cuando enfatizan tanto la dignidad de la persona. Por ejemplo, el preámbulo del Pacto relativo a los derechos civiles y políticos, cuando establece que "el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables, constituye el fundamento de la libertad, de la justicia y de la paz del mundo".

Como punto de partida para la epistemología de dimensión espiritual mística, muchos abandonamos el dogmatismo y el sobrenaturalismo a ultranza, pues preferimos la clara y sólida sobriedad de las vías de justicia y de dignidad humana. Claro está que partiendo del orden natural, la justicia, para salvar el hiato que introduce su propia finitud, tendrá que abrirse a la caridad y desembocará en los trascendentes (42).

No disfrutará de libertad quien no experimenta las exigencias básicas de la estructura antropológica:

- es mejor dar que recibir,
- el bien es difusivo de su propia naturaleza.

No habrá justicia mientras los hombres, los jueces, nos atrevamos a formular condenas sobre la moralidad de lo interior-teológico de otras personas. No habrá paz verdadera hasta que a la agresión, a la victimación, se le conteste con mimetismo de la misericordia divina, como escribió el insigne penalista DORADO MONTERO (43).

(41) CONSEIL SUPERIEUR DE LA POLITIQUE PENITENTIAIRE, Rapport sur victimes", en *Estudios de Derecho Penal. Homenaje a Jiménez de Asúa*. Rev. Fac. Derecho Univ. Complutense, Monográfico 11, Madrid, 1986, pp. 117 ss.

(41) CONSEIL SUPERIEUR DE LA POLITIQUE PENITENTIAIRE, Rapport sur les travaux, avis et grands options de politique pénitentiaire, 1978-1982, en *Revue de Droit pénal de criminologie*, n.º 7 (julio 1988), pp. 693 ss.

(42) J. L. L. ARANGUREN. *Ética*, Alianza Universidad, 3ª ed. Madrid, 1983 p. 225.

(43) DORADO MONTERO. *Bases para un nuevo Derecho Penal*, M. Soler Editores. Barcelona, 1902, pp. 15, 19 ss., 43, 171, 180.

En sentido parecido escribe Enomiya-Lassalle *¿A dónde va el hombre?*, p. 32: "El hombre que ha llegado a la autorrealización, al encuentro con su verdaderc yo y a la experiencia de Dios, no se escandaliza ya fácilmente por las limitaciones (infracciones) humanas que existen siempre en cualquier parte donde conviven seres humanos".

Sin misericordia no hay justicia. Mejor dicho, sin misericordia religiosa. Y me acuerdo de la profunda formulación de Radbruch cuando en 1947 escribió: "Débil es todo derecho carente de dimensión religiosa" (Ein Recht, das der religiöso Weihe entbehrt, ist schwach), "Die Erneuerung des Recht", en *Die Wandlung*, 2 Jahrg, p. 38.

Organización sistemicocibernética de la función penal

MANUEL LÓPEZ-REY Y ARROJO, LL.D

Ex-Juez de Instrucción Criminal y Catedrático de Derecho Penal, desde 1978. Miembro del Comité de las Naciones Unidas para la Prevención del Crimen.

I. *Propósito*

El aquí perseguido es mostrar la urgente necesidad de transformar la organización y funcionamiento de la función penal del Estado que no puede seguir siéndolo como parte de una Administración de Justicia implantada en el siglo XIX. A la hora actual, el mal funcionamiento de dicha función y consiguiente justicia penal es manifiesto en todos los países desarrollados o no, cualquiera que sea la estructura socioeconómica y política de unos y otros.

El aumento de la criminalidad es evidente en todos los países, si bien esto se niega a veces por afanes ideológicos o dictatoriales. En éste respecto debe tenerse en cuenta que de 160 países independientes apenas si el 30% se hallan regidos por regímenes democráticos si por tal se entiende serlo conforme a los Fines y Principios de la Carta de las Naciones Unidas. En otras palabras, a la hora actual la criminalidad oficial y semi-oficial es proporcionalmente mas extensa y grave en muchos países que la llamada criminalidad común. Añádase la creciente criminalidad económica, financiera, industrial y laboral en las que la corrupción y la negligencia criminales juegan un obvio papel.

Aunque de alcance general, el presente trabajo tiene particularmente en cuenta los países en los que la justicia penal se halla organizada a base

del binomio sumario-juicio oral que predomina en buen número de países europeos e iberoamericanos. Con respecto a España los afanes de renovación bajo el régimen democrático existente han dado lugar a un buen número de leyes orgánicas y otras que si bien intencionadas reflejan concepciones no compatibles con las exigencias de una sociedad postindustrial que han de satisfacerse en gran parte mediante el uso adecuado del progreso científico y tecnológico, en el que las tesis sistémicas, no confundirlas con sistemáticas, y la cibernética, no confundirla tampoco con la informatización de datos, han de jugar papel decisivo. Esa sociedad demanda una justicia penal objetiva y pronta, basada en fines diferentes a los actuales, debidamente encuadrada en el respecto de los derechos fundamentales de libertad, igualdad, dignidad y seguridad que han de entenderse colectivo-individualmente como elementos esenciales del desarrollo nacional e internacional.

Como cualquiera otra función estatal, la función penal debe dar lugar a un rendimiento que ha de traducirse en una reducción razonable de la criminalidad. Dicha reducción no puede lograrse en tanto se siga manejando los conceptos de Administración de Justicia y Poder Judicial, ambos expresiones atrasadas de lo que debe entenderse por la función penal y correspondiente justicia. Es inútil aferrarse a la independencia de dicho Poder haciendo referencias a MONTESQUIEU, cuya trilogía corresponde al pasado. Lo mismo cabe decir respecto a la Administración de Justicia. Mientras por instaurar un régimen democrático la Constitución española merece sincero apoyo, no así en cuanto a su Título VI y otras disposiciones atinentes a la política criminal cuya formulación refleja un aislamiento manifiesto, debido al franquismo, que es preciso superar. Hoy día, de la misma manera que se trata ya de construir una Criminología matemática cabe también propugnar, conforme a las exigencias de la sociedad postindustrial tanto nacional como internacional, una justicia penal sistémica y cibernéticamente concebida lo que repito no significa relegar los derechos humanos. En realidad, tal concepción trata de afirmar estos tan frecuentemente violados por la concepción administrativa y ministerial de la justicia penal.

¿Cual es el rendimiento de la función y justicia penales? El panorama internacional muestra que el mismo va reduciéndose como consecuencia de una diversidad de factores siendo los mas significados la proliferación de regímenes dictatoriales, ya señalada, y la persistencia en mantener concepciones atrasadas de lo que debe entenderse por justicia penal cuya finalidad esencial no es otra que la de asegurar los cuatro derechos fundamentales ya mencionados.

En lo que sigue trataré de justificar la necesidad de la renovación citada ocupándome primeramente de las dimensiones de la criminalidad,

por lo común estrechamente entendidas, del panorama que presenta la justicia penal de nuestro tiempo, de la necesidad de dar a la victimización una prioridad que se ha concedido exageradamente al delincuente, lo que no implica el que este deje de ser tenido en cuenta, pero sí que en cuanto a la justicia penal atañe, la sociedad demanda mayor atención que la recibida hasta ahora por los hacedores de política criminal. La parte final será dedicada a una exposición de lo que ha de entenderse por concepción sistemicocibernética de la justicia penal.

Exigencias de espacio y tiempo imponen que la exposición sea concisa y limitada a esenciales sin entrar en pormenores. Tendré una condición analiticocrítica que no va dirigida contra nadie, pero sí contra la persistencia de mantener mas o menos rejuvenecida una concepción decimonónica de la justicia penal. Lo que se pretende es llegar a la instauración de un auténtico sistema penal capaz de contribuir a una reducción apreciable de la criminalidad lo que hasta el presente la administración de justicia no ha logrado. Tendré mayormente en cuenta la obra de las Naciones Unidas y del Consejo de Europa y reduciré al mínimo las referencias bibliográficas. Como compensación, se adjunta un anexo con una selección de éstas.

II. *El panorama*

La política criminal sigue formulándose sin tener previamente un conocimiento razonablemente aproximado de las dimensiones de la criminalidad. Ciertamente, en algunos países, particularmente en Estados Unidos, se llevan a cabo investigaciones sobre las dimensiones de ciertos delitos pero no de la criminalidad como un todo que ciertamente abarca mucho mas que determinados delitos comunes. Las Naciones Unidas han intentado en tres ocasiones determinar la extensión de dichas dimensiones, aunque dentro de un marco limitado, pero no lo han conseguido dada la escasa cooperación de los gobiernos. El último intento fue la encuesta llevada a cabo en 1985 sobre la base de 65 respuestas gubernamentales de un total de 160 Estados miembros, es decir, solo el 43% de éstos cooperaron ⁽¹⁾.

Teniendo en cuenta una pluralidad de fuentes de información a las que me refiero en el último trabajo citado en la nota anterior, cabe razonablemente afirmar que respecto a los delitos de homicidio, lesiones, sexuales, robo, hurto y fraude, el monto total de ellos a nivel mundial en 1980 no fue inferior a 1.067 millones de los cuales no menos del 60%

(1) Para detalles v. mi libro *A Guide to United Nations Criminal Policy*, 1985; el informe de la Secretaría *Las Nuevas Dimensiones de la Criminalidad* (A/CONF. 121/18, 1985), y con mas extensa información mi ensayo *Las Dimensiones de la Criminalidad* de próxima publicación en español e inglés.

fueron delitos contra la propiedad. La cifra puede parecer excesiva, pero no lo es en cuanto incluye, cautamente calculadas, las cifras oscuras de los delitos antecitados, cosa que raramente se intenta por los que se ocupan de las dimensiones de la criminalidad.

Respecto a España, la cifra total, incluida las correspondientes cifras oscuras de dichos delitos en cualquiera de los años entre 1980 y 1984, no fue inferior a cinco millones, de los cuales no menos del 60% fueron delitos contra la propiedad. Señalaré que, dada la condición socioeconómica de un buen número de víctimas, la gravedad de algunos de tales delitos es manifiesta.

En 1983, la policía conoció en España un total de 485.184 delitos que si bien es superior al conocido en años anteriores, no llega al 10% de la criminalidad total en dicho año. De ello no cabe culpar a la policía y sí mayormente a la existencia de una administración de justicia penal que pertenece al pasado. El resultado es que ésta carece mas y mas de credibilidad la cual no aumentará con las reformas que se llevan a cabo. Del total conocido por la policía se aclararon por ésta el 31%. Los datos presentados no permiten determinar si dicho porcentaje incluye el correspondiente al hallazgo de vehículos robados, lo que es improcedente, pero se ha hecho mas de una vez, ya que dicho hallazgo no significa siempre aclaración policial. Respecto a los delitos graves, el porcentaje promedio de esclarecimiento es mayor alcanzando en 1982, el 81% en los homicidios y el 46% en las violaciones y atracos de bancos (2).

Sin pretender hacer comparación alguna señalaré que el promedio de aclaración policial general fue en el mismo período del 53,5% en Austria, 78,9% en Finlandia, 30,6% en Italia, 45,6% en la República Federal Alemana y 39% en Suecia.

Cabe argüir que algunos casos no aclarados por la policía lo son mas tarde durante la indagación judicial. Sin negarlo, cabe señalar que los datos existentes en dichos países no permiten una conclusión, pero si la impresión de que el número de tales casos es probablemente muy limitado. En los países sin el binomio indicado, en los cuales la policía tiene una mas continuada intervención en la presentación de la prueba, cabría afirmar que el número de los mismos es mayor.

Respecto al procedimiento penal y en cuanto a España cabe afirmar que conforme a las Memorias del Fiscal General del Estado, del Poder Judicial y otras fuentes de información, la instrucción sumarial constituye una fuente incesante de retraso y ofrece una multiplicidad de oportunidades para desvirtuar la efectividad de la justicia penal al facilitar, entre otras

(2) V. *Memoria de Actividades de la Policía*, Madrid, Dirección General de la Policía.

cosas, una delegación de funciones judiciales en la instrucción sumarial en manos del personal subalterno. La corrupción, que tiene formas variadas y no siempre se da mediante dinero, tiene amplias áreas donde actuar ⁽³⁾.

En lo procedimental, en 1984 se iniciaron 1.082.135 diligencias previas de las que se archivaron 806.546 ó sea el 62%. En cuanto a los sumarios, los datos existentes permiten concluir que, por regla general, alrededor del 40% duran de uno a seis meses y un 35% mas de éste último límite sin que existan datos claros respecto al 25% restante. Entre la apertura del juicio y la sentencia en el 70% de los casos transcurren plazos no inferiores a seis meses y en no menos del 15% el plazo es mayor. Según el profesor Rodríguez Devesa, *La distorsión del sistema penal*, en Revista de Derecho Público, XI, I, 1985, el tiempo medio de espera hasta que recae sentencia firme es alrededor de dos años y medio.

¿ Cuantos sumarios son sobreesidos en los cuales se decretó prisión provisional y cual fue la duración media de ésta? ¿ En que supuestos su duración hace ilusoria la pretendida rehabilitación del delincuente? ¿Existen realmente las facilidades necesarias para llevar a cabo el desarrollo "integral" de la personalidad del condenado según el art. 25,2 de la Constitución? ¿ Hasta que punto se justifica psicológica y sociopolíticamente tan desorbitado concepto? ¿ Cual es el costo envuelto, y no solo conforme al presupuesto, en las actividades sumariales y del juicio oral? ¿ Se justifica la presente condición de la asistencia jurídica y no solo respecto a los que carecen de recursos para procurársela? ¿ Cual es el costo de la criminalidad? ¿ Cual es la efectividad de la compensación a las víctimas del delito? ¿ Cual es la realidad del tratamiento prometido al recluso? ¿ Puede afirmarse que el trabajo penitenciario como derecho y deber y como parte del tratamiento es una realidad? ¿ En que medida el mal funcionamiento de la justicia penal afecta el desarrollo económicosocial y político?

Estas y otras preguntas son de difícil respuesta dada la índole marcadamente burocrática de fuentes que se ocupan de la justicia penal. Sin duda, son útiles y en no pocos supuestos aportan datos importantes, señaladamente las del Fiscal General del Estado, pero su análisis confirma que, aunque rejuvenecida, la administración de justicia penal vigente pertenece al pasado.

Como respuestas limitadas a las preguntas hechas, diré que la población penal a finales de Marzo 1986, estaba constituida en su 48,9% por reclusos en espera de ser juzgados. Ciertamente, el porcentaje es menor que el que existe en buen número de países en desarrollo con regímenes dictatoriales en los cuales la proporción de tales reclusos oscila entre el 60 y el

(3) V. *Proceso a la Justicia Española, 1984*, de A. ARADILLAS; *La Justicia en España, 1985*, de JOSÉ RUIZ; *La Organización del Desgobierno, 1984*, cap. 6 de ALEJANDRO NIETO, que si bien pueden ser objeto de ciertas críticas confirman la condición desajustada de la justicia que nos ocupa.

95%, pero tal comparación no debe servir de consuelo en un país con régimen democrático como España. Señalemos que en ésta, la duración de la prisión provisional puede prolongarse hasta dos y aun cuatro años según la Ley de Enjuiciamiento Criminal. La impresión es que los plazos de la prisión provisional han sido establecidos conforme a las exigencias de un procedimiento penal formalístico y lento y que tales exigencias poseen una prioridad mayor que la pretendida rehabilitación asignada a la pena.

Mas significados que los datos comprendidos en el *Informe General 1983-1984*, de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, y a título de ejemplo, diré que conforme al *Informe sobre Actividad Laboral Penitenciaria, 1983-1984*, de la referida Dirección, en una población penal total de 17.087 reclusos solo 1.716 trabajaban en el interior de las instituciones y 362 fuera de ellas. La media de la población penal en 1984 fue de 16.275 reclusos. Si como se afirma por la Ley Orgánica Penitenciaria, el trabajo es un derecho y un deber del interno y elemento fundamental del tratamiento, es obvio que éste difícilmente puede llevarse a cabo en éste particular aspecto. Sin duda, la organización del trabajo penitenciario, como algo integrado en el trabajo libre, integración preconizada por las Naciones Unidas desde 1960, no es nada fácil señaladamente dado el desempleo existente, pero cabe preguntarse si la situación actual no es en gran parte consecuencia de una administración de justicia penal cuya organización y funcionamiento pertenece al pasado.

Respecto a otros aspectos del tratamiento el Informe General citado ofrece escasa específica información. Mas concretamente y a título de ejemplo, en cuanto hay otros, el *Informe sobre la Situación de las Instituciones Penales en Andalucía, 1984*, publicado por la Junta de dicha Comunidad, muestra que para una población de 4.217 reclusos, que viene a constituir el 25% de la total en España, el número de psicólogos es de cinco, no se da cifra alguna respecto a psiquiatras, sociólogos, maestros laborales y otros, el de asistentes sociales es dos y el de educadores ocho.

Nótese que a la hora actual la población penal va extranjerizándose rápidamente y que dicho proceso no facilita la consideración "integral" de la personalidad del recluso y su proclamada readaptación, reeducación, resocialización, reinserción, etc. Según el *Prison Information Bulletin*, n.º 5, 1985, del Consejo de Europa, entre los nueve países examinados, los porcentajes de incremento de la extranjerización eran: España 54%, Noruega 37%, Luxemburgo 32%, Italia 16%, Grecia 15%, Francia 11%, Turquía 7% y Austria 4%. A tal facto ha de agregarse la creciente politización del recluso y que ciertamente es mas acusada en los llamados delinquentes políticos.

Como ya señalé en 1972, la reinserción o rehabilitación del delincuente no debe estimarse ya como la finalidad esencial de la pena. En no

pocos casos, y ciertamente no solo respecto a España, ha de admitirse el derecho a no ser rehabilitado tal como se entiende generalmente este término, pero al mismo tiempo la sociedad tiene derecho a protegerse lo mas razonablemente posible conforme a los cuatro derechos ya citados cuya interpretación ha de ser primariamente desde un punto colectivo lo que no significa dejarse llevar por actitudes emocionales mas o menos generalizadas.

Respecto a la capacidad de las instituciones, cuya creciente amplitud en muchos países no evita la aglomeración, en éste respecto los Estados Unidos e Inglaterra ofrecen significados ejemplos que deben evitarse, en España, según el estudio *Criminal Justice Systems in Europe*, n.º 5, 1985, del Instituto de Helsinki para la Prevención del Crimen, afiliado a las Naciones Unidas, existían en 1980 setenta y nueve establecimientos penales de los cuales dos tenían una capacidad superior a 1.000 plazas, siete entre 500 y 999, treinta y seis entre 200 y 499 y los treinta y cuatro restantes menos de 200 cada uno. La mázimo capacidad aconsejada por las Naciones Unidas es 500.

Respecto a la condición socioeconómica del recluso en España no es fácil hallar datos en las fuentes citadas. En principio, la condición media de los mismos debería reflejar la de la estructura socioeconómica del país. La indagación que llevé a cabo hace algunos años mostró que se daba una manifiesta desproporción entre dicha estructura y la condición equivalente de la población penal que no ha de reducirse solo a la de condenados (4). La cesación de la publicación de las estadísticas judiciales, en muchos aspectos dignas de encomio, hace hoy difícil llegar a una conclusión. Con todo, los datos existentes permiten afirmar que si bien en ciertos supuestos el número de reclusos de mediana y buena posición económica ha aumentado, la desproporción subsiste. Las excepciones mas marcadas a la misma se dan en los delitos contra la seguridad interior del Estado, infracciones contra la seguridad del tráfico, delitos contra la salud pública y en algunos de los cometidos contra las personas y la honestidad. Señalaré que respecto a los delitos cometidos por los funcionarios públicos en 31 Diciembre 1984, en una población penal de 16.745 reclusos, había como tales once, de ellos ocho condenados y tres en espera de ser juzgados. Dicha cifra constituía el 0,006% de la población penal antedicha. En tal año habia en España, a nivel estatal, regional y municipal, no menos de dos millones de funcionarios públicos. Añadiré que los datos existentes permiten también racionalmente conjeturar que la prisión provisional afecta en mucho mayor medida, no siempre justificada, a "los de abajo" que a los de "en medio y arriba".

(4) V. *La Justicia Penal y la Política Criminal en España*, 1979, Instituto de Criminología, Universidad Complutense, Madrid, en la que examino dicha desproporción.

A la hora actual la efectividad de la *probation* o suspensión condicional de la pena, de *parole* o libertad condicional y de otras modalidades de sanciones no privativas de libertad, se halla en crisis en parte debido al crecimiento del costo de su aplicación que demanda una cierta asistencia y comparecencia periódica de los beneficiarios de dichas medidas. Los datos existentes, particularmente en los Estados Unidos e Inglaterra, muestran que el control de dichos beneficiarios es prácticamente ficticio ya que en no pocos supuestos su "comparecencia" consiste en hacerse presente mediante una llamada telefónica.

La creciente criminalidad económica, industrial, financiera, comercial y funcionarial plantea una diversidad de cuestiones que la administración de justicia actual, incluso allí donde no existe el binomio sumario-juicio oral, no puede resolver. En los países donde dicho binomio se da los sumarios adquieren proporciones gigantescas y los juicios orales son mas una ficción formalista que una apreciación de los hechos (5).

En la sociedad postindustrial de nuestro tiempo, crecientemente tecnologizada, la criminalidad culposa adquiere marcada prominencia que no puede ser tratada conforme a criterios político-criminales de la sociedad industrial. Consecuentemente, el enfoque limitado de dicha criminalidad de los dos proyectos de código penal españoles preparados en los últimos cinco años ha de rectificarse. En lo policial, las dificultades derivadas de la tecnologización contemporánea fueron subrayadas por quien escribe en su contribución *La investigación criminal en las sociedades tecnológicamente avanzadas* en el Curso Internacional de Alta Especialización de las Fuerzas de Policía organizado por el Ministerio del Interior, 1985.

En la creciente criminalidad económica, industrial, comercial, funcional y otras modalidades mas o menos empresariales y profesionales, incluidas las médicas y de asistencia social, se plantean una serie de cuestiones que no es posible examinar aquí. Respecto al jurado baste señalar que su justificación se halla mas y mas contradicha, incluso en países como Inglaterra donde posee un arraigo histórico evidente. Las mas significadas objeciones son su incapacidad manifiesta para hacerse cargo de la complejidad de un creciente número de modalidades delictivas típicas de la sociedad postindustrial, las presiones a que frecuentemente se halla sometido, entre ellas las provocadas por el terrorismo y su excesivo costo dada la duración de los procesos y las exigencias de protección al jurado en muchos casos.

(5) V. el excelente artículo *European fraud trial. In need of overhaul*, en *The Economist*, January 1986. Según los datos publicados por la prensa española y extranjera, no siempre coincidentes, el número de muertos causados por la colza no parece ser inferior a 550 y el de lesionados no menor de 20.000. Conforme a la *Memoria de la Dirección General de la Policía*, ya citada, el número total de homicidios conocidos por la policía en 1983 fue de 513 y el de lesiones 6.919.

Otra de las marcadas características de la índole inoperante de la administración de justicia es la creciente extensión de la victimización criminal, de la que se ocupan las Naciones Unidas, que tampoco puede enfocarse conforme a criterios de compensación individual o colectivos. Uno de los problemas a determinar es el del riesgo "aceptable" como víctima y en que casos debe darse (6).

A la hora actual la existencia de privilegios e inmunidades en materia penal demanda igualmente una revisión consecuencia en parte del incremento de ciertas modalidades de criminalidad organizada que no es posible examinar aquí. Lo mismo cabe señalar respecto a la delincuencia juvenil y a la marcada tendencia de crear tribunales especiales. Respecto a España, la existencia de una Audiencia Nacional difícilmente se justifica. En cuanto a la Policía Judicial, me limitaré a señalar que ni la Ley Orgánica del Poder Judicial ni la de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad la han creado verdaderamente. Ambas mantienen, respecto a la misma, un criterio que carece de justificación.

Es frecuente que respecto a un mismo delincuente el ministerio público pida varios centenares de años de prisión. Respecto a España, en Abril 1986, dicho ministerio demandó, en el caso de la colza según datos de la prensa nacional e internacional, mas de 800.000 años de prisión para los imputados. Agregaré que según tales datos los mismos gozaron de libertad provisional, que algunos han desaparecido, que el proceso duró varios años y que se asume que el juicio oral demandará alrededor de seis meses.

III. *El esquema*

El término sistema es frecuentemente usado para designar el conglomerado ministerial-departamental de la administración de justicia, lo que difícilmente se justifica dado que dicho término significa algo muy distinto. Por sistema ha de entenderse un conjunto de estructuras debidamente planeadas que operan conjunta e interdependientemente como sectores de un todo globalmente concebido, y no como una agregación de partes, para el logro de un fin determinado. Por cibernética se entiende la disciplina que se ocupa de las teorías y técnicas atinentes al control y funcionamiento de los sistemas a efectos de su mejor organización, mayor rendimiento y menor costo. La expresión sistémicocibernético no es un instrumento conceptual y si algo eminentemente práctico que tras la selección de un fin determinado trata de lograr éste operacionalmente en forma rápida y efectiva mediante el previo análisis de datos, intercomunicación adecuada, ordenación de

(6) Para detalles orientados v. *Victims of Crime* (A/CONF. 121/6) informe preparado por la Secretaria, el Informe del VII Congreso de las Naciones Unidas, Milano 1985, y la resolución adoptada por la Asamblea General (A/RES. 40/34) en Diciembre de dicho año.

variables y programación de las mismas, formación y justificación de decisiones y ejecución de éstas al menor costo posible, todo ello dentro de un marco de respecto a los derechos humanos.

La estructuración de un sistema ha de basarse en la evaluación de la situación existente que incluye, en nuestro caso, la de la administración de justicia penal, la determinación de la extensión y modalidades de la criminalidad, la finalidad asignada a dicha justicia y la disponibilidad de medios para lograrla que no se limitan a los económicos. En suma, el enfoque sistémico cibernético significa primordialmente evitar la dispersión, asegurar la coordinación a efectos de una mejor gestión o rendimiento y llevar a cabo la función penal en forma que justifique su credibilidad.

Históricamente, la justicia se llevó a cabo en nombre del señor feudal, contemporáneamente del jefe del Estado o del Pueblo. En ocasiones, se afirma que aquella emana de éste. En realidad, la justicia social es una necesidad social, lo que ya fue claramente señalado por Aristóteles en su *Política*, I, 2. Dicha necesidad se satisface mediante una adjudicación judicial que ha de llevarse a cargo con las debidas garantías colectivas e individuales. En lo penal, la adjudicación implica un juicio de reproche sociopolítico que da lugar a la imposición de una sanción. Hacer justicia penal significa mantener tanto posible la efectividad de los derechos de libertad, igualdad, dignidad y seguridad que no han de entenderse en términos absolutos. En la adjudicación, el orden de prioridad es la sociedad, las víctimas y el delincuente. En ningún caso éste debe ser objeto de una adjudicación cruel, inhumana o degradante pero si, que en lo que le atañe, los indicados derechos son objeto de limitaciones. En realidad, los cuatro antecitados pueden concretarse en el de seguridad, pero la concreción no debe ser expresión de abuso de poder.

Como todo sistema, el penal se halla operacionalmente dividido en sectores o subsistemas, que he de repetir han de operar interdependientemente, lo que implica que el todo del que forman parte no debe ser administrativa-ministerialmente dispersado sin que ello signifique la necesidad de un Poder Judicial y si la de un Consejo General de Justicia constituido no solo por gentes de toga. A efectos de rendimiento, el número de subsistemas debe ser reducido al mínimo y su determinación requiere conocer previamente y tan aproximadamente como sea posible la extensión y tendencias de la criminalidad y la de la correspondiente victimización. Respecto a ésta ha de tenerse presente que en todo país y período ha de admitirse un riesgo que es preciso determinar lo mas exactamente posible a efectos de compensación.

La criminalización se plasma en la codificación penal cuyo contenido debe reducirse al mínimo y no debe ser llevada a cabo como encargo ministerial. En lo procedimental debe irse a la flexibilidad y oralidad y en los países a base del binomio sumario-juicio oral, el primero debe ser suprimido y el segundo simplificado. Ello significa que la investigación

del hecho delictivo y su presentación debe llevarse a cabo por una auténtica policía judicial lo que no empece a que la de índole preliminar se realicen por los otros cuerpos de policía. Respecto al sumario cabe señalar que, aunque en forma tímida, Francia ha dado un paso para la simplificación binomial (7).

Como subsistema el Ministerio público o fiscal es innecesario y debe ser reemplazado por una auténtica Policía Judicial no subordinada a los jueces y tribunales lo que no excluye entre todos ellos una interdependencia funcional debidamente controlada por un Consejo General de Justicia diversificadamente organizado. La actual dependencia orgánica de las unidades de Policía Judicial debe desaparecer. Como subsistema de un todo global, dicha Policía llevaría a cabo una función policial-judicial que excluye la sindicalización de la misma.

El triángulo ministerio público, juez y defensor debe ser reemplazado por el ngulo juez-defensor quedando del mismo excluido el jurado que, como institución, pertenece al pasado y significa una intervención imperfecta de la comunidad en la justicia penal. La asistencia jurídica debe organizarse como función sociopolítica y no como una de índole liberal cuya finalidad es "la aplicación de la ciencia y técnica jurídica", según el art. 8 del Estatuto General de la Abogacía de 1982. Sin duda, deben ser tenidas en cuenta, pero a efectos de una profesión sociopolítica. En cuanto a la técnica jurídica, si por tal se entiende la concepción dogmática del delito, la misma debe ser puesta de lado.

El subsistema judicial a efectos decisionales jerárquicamente el mas importante, estará constituido por jueces cuya formación diferirá en no poco de la actual y cuya selección no será solo a base de oposición. Afortunadamente, ésta exigencia ha sido recientemente rectificada en España. En cuanto al tratamiento, se estructurará como un subsistema propio, interdependiente globalmente, sin tener que ser sometido al juez de vigilancia que refleja una concepción superada. Lo que procede es organizar el tratamiento como expresión de una función de enjuiciamiento sociopolítico y no meramente psicológica.

Las fases decisionales del sistema penal son pues la policial, la judicial y la del tratamiento. La asistencia jurídica no significa decisión en sí, pero si una contribución indispensable a la formulación de las fases citadas. Como subsistema ha de actuar en las fases policiales, judiciales y de tratamiento, cosa que hoy apenas acontece.

(7) V. la Ley nº 85-1303, del 10 Diciembre 1985, por la que se modifica el procedimiento de instrucción en materia penal. El análisis de dicha ley, un tanto confusa dada la igual condición del procedimiento penal francés, no puede hacerse aquí. Baste señalar que hubiera sido deseable una mayor simplificación del dicho procedimiento.

Lo expuesto significa una programación de variables que permita llegar a una decisión operacional sin las exigencias formalísticas del procedimiento penal actual. Las decisiones policiales, judiciales y de tratamiento no ignorarán las aportaciones científicas y cuando éstas sean debidamente comprobadas serán programadas. Se presentará así un área de selección de variables informatizada para una adecuada decisión respecto a la aclaración del caso, su sentenciamiento y tratamiento consiguiendo suprimirse el desbarajuste funcional actual. En la decisión correspondiente se tendrán en cuenta los alegatos de la asistencia jurídica que, como se indica, debe ser continua iniciándose con la actuación policial y proseguiéndose en el tratamiento.

Toda decisión se basa esencialmente en un juicio de probabilidades que deben ser matemáticamente simplificadas y computerizadas lo que no excluye la decisión personal final de los titulares de los tres subsistemas indicados. La computerización de datos, objeto constante de renovación mediante adecuada investigación, significa que la función policial, judicial y de tratamiento no son de índole abstracta, sino que se refiere a una relación de interdependencia que puede ser matemáticamente establecida, pero que será objeto de apreciación personal por los titulares de las funciones antecitadas. De ahí, que los mismos deban poseer una preparación sistémico-cibernética que hoy no se da ⁽⁸⁾.

La computerización de las variables necesarias para el enjuiciamiento criminal, que repetiré no cabe confinar a lo judicial, es factible, pero requiere una indagación que hasta ahora es pasada casi totalmente por alto. La informatización que se lleva a cabo de una administración de justicia penal anticuada, desorganizada y carente de credibilidad, da lugar a un costo innecesario y a un afianzamiento de la misma que carece de justificación.

El problema de la población penal que, inevitablemente, aumentará con el crecimiento de la criminalidad y el mejoramiento de la función penal, suscita la cuestión de su reducción que no puede resolverse con decisiones contradictorias sobre detención preventiva, liberaciones anticipadas, rebajas de penas privativas de libertad mediante redenciones ficticias, etc. La reducción podrá llevarse a cabo en no poco con el uso del control remoto de imputados y sentenciados en buen número de supuestos. En otras palabras, en la sociedad postindustrial el control electrónico de unos y otros debe jugar un papel marcado si se quiere obtener mayor rendimiento a un menor costo. Dicho control es también aplicable a la probación o suspensión de la

(8) En lo expuesto me he basado en parte, rectificando o desechando, en lo que se dice respecto a la índole de la función en *La Matemática su Contenido, Métodos y signijcado*, séptima edición 1985, por A. D. Aleksandrov y otros en *La Rééducation du Raisonnement Mathématique*, 1965, de Francine Jaulin-Mannoni y en *Systems Analysis*, 1985, de L. Antill y A. T. Wood-Harper.

pena, puede substituir en muchos supuestos a la multa, a menudo difícil de hacerse efectiva, a la libertad condicional y a otras modalidades de la sanción penal.

Sucintamente diré que la vigilancia remota e electrónica implica que la persona ometida a ella llevará en su cuerpo, sin necesidad de inserción quirúrgica, un minúsculo transmisor en contacto constante con un monitor computerizado y en relación permanente y directa con los servicios de vigilancia. Las desviaciones de movimiento dentro del área concedida serán conocidas rápidamente y se procederá en consecuencia. Si la persona bajo control comete un hecho delictivo será fácil acreditar su presencia o ausencia en el área de la comisión (9).

El control remoto de delincuentes se halla hoy en consideración y ensayo en Estados Unidos, Canadá e Inglaterra y ofrece posibilidades de mayor rendimiento con un menor costo que el de las presentes administraciones de justicia penal. Su aplicación reducirá en gran medida la detención preventiva, las penas cortas privativas de libertad, hará mas segura la probación y la liberación condicional, reducirá un buen número de indagaciones policiales respecto a los sospechosos y aun permitirá una criminalización mas de acuerdo con las exigencias de la sociedad actual.

Las objeciones mayores que pueden hacerse se refieren a los posibles abusos de tal control, señaladamente bajo regímenes dictatoriales, pero estos abusarán siempre de todo adelanto, lo cual no significa que éste es desechable. Respecto a ciertos delincuentes, algunos pretendidamente políticos, el control remoto se justifica plenamente sin por ello infringir los derechos humanos, permite un reforzamiento de la seguridad en general y es con mucho preferible al uso de tranquilizadores en no pocas instituciones penitenciarias, al tratamiento psiquiátrico y al extensivo uso de la detención policial. En todo caso, el imputado o delincuente tendrá siempre el derecho de aceptar o rechazar el control y preferir la medida o sanción correspondiente.

IV — *Conclusión*

La exposición sumaria hecha facilitará la crítica, que será bienvenida, pero muestra claramente que dada la carencia de rendimiento adecuado de la justicia penal en la inmensa mayoría de los países, se precisa el reemplazo de la organización administrativo-ministerial de la misma por una de índole sistémico-cibernética. Esta la hora mas efectiva, rápida y con un menor costo y no solo en dinero. Anadiré que, desde hace tiempo, la administración de justicia penal, pese a sus rejuvenecimientos en muchos países, es un factor condicionante del aumento de la criminalidad.

(9) V. Hi-Tech Supervision of Offenders, de ROGER SHAW, en *Naspo News*, vol. 5, nº 3, 1985.

Bibliografía

La que sigue es parte de la consultada y es limitada debido a exigencias de espacio y tiempo.

1. *Recent Case Law on overcrowded conditions of confinement* por Jack E. Call en Federal Probation, Washington, September 1985.
2. *Time taken to deal with offenders* por Roger Tarling en Research Bulletin, nº 17, 1984, Home Office, Londres.
3. *Criminal Justice Processes and Perspectives in a Changing World, 1984*, Asociación Internacional de Derecho Penal.
4. *Reflexiones sobre Justicia*, 1981, por J. M. STAMPA BRAUN.
5. *Doing Justice*, 1984, por JAMES E. GILSMAN.
6. *The Soviet System of Justice. Figures and Policy*, 1985, por G. P. van Berg, Universidad de Leyden.
7. *A Practical Approach to Sentencing*, 1985, por Ch. J. Emmins.
8. *Computer Confidence. A Human Approach to Computers*, 1984, por BRUCE D. SANDERS.
9. *Systems Behaviour*, 1985, The Open University, Londres.
10. *Issues in Criminal Justice*, 1982, Institute of Criminology, Cambridge.
11. *The law Machine*, 1982, por MARCEL BERLINS and CLARE DYER.
12. *L'Information et le Droit*, 1981, por X. Linant de Bellefonds.
13. *The Computer Solution: Strategies for Success in the Information Age*, 1985, por Eugene F. Bedell.
14. *The Economics of Crime Control*, 1981, por L. Phillips y H. L. Voley.
15. *Compendio de Criminología y Política Criminal*, 1985, por M. López-Rey.
16. *The need for a new international-national criminal justice order* por M. López-Rey en Federal Probation, Washington 1984. Traducción francesa en *Revue de l'Université de Bruxelles*, 1984; serbocroata en *Revija za Kriminalistiko in Kriminologija*, Ljubljana 1984, y española en *La Toga*, Madrid 1985.
17. *Systems Analysis*, 1985, por L. ANTILL y A. T. WOOD-HARPER.
18. *The Political Science of Criminal Justice*, 1983, editado por S. Nagel y otros.
19. *Planning in Criminal Justice Organizations and Systems*, 1983, por JOHN K. HUDZIK y GARY W. CORDNER.
20. *Questioning suspects*, 1984, Law Reform Commission of Canada.

Obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas

À venda no Anexo I do Senado Federal,
22.º andar — Tels.: (061) 311-3578 e 311-3579

Encomendas mediante vale postal ou cheque visado, pagável em Brasília (a favor da Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal), ou pelo reembolso postal.

“REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA”

Números atrasados à venda: 10, 12, 13/14, 17, 18, 30 a 32, 34 a 39, 41, 43 a 45, 47 a 53, 55 a 101.

“ÍNDICE DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA (NÚMEROS 1 a 100)” (Distribuição gratuita aos assinantes da Revista).

“CONSTITUIÇÕES DO BRASIL” (edição 1986) — 2 volumes

Volume 1 — Textos das Constituições de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967 e suas alterações.

Texto consolidado das Emendas nºs 1/69 a 27/85.

Volume 2 — Índice temático geral (comparativo) de todas as Constituições brasileiras.

(No prelo: edição com a Constituição de 1988.)

Não estão relacionadas as obras esgotadas.

**“CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL —
QUADRO COMPARATIVO” (5.^a edição — 1986)**

Texto consolidado das Emendas n.^{os} 1/69 a 27/85, comparado à Constituição promulgada em 1967 e à Constituição de 1946.

Notas explicativas, contendo os textos dos atos institucionais e das emendas à Constituição de 1946.

Índice temático.

(No prelo: edição comparativa da Constituição de 1988.)

“CONSTITUIÇÃO FEDERAL E CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS”

(edição 1984) — 4 volumes — com suplemento de atualização de 1986

Constituição da República Federativa do Brasil — texto consolidado das Emendas n.^{os} 1/69 a 27/85 (anotado e indexado).

Constituições de todos os Estados da Federação (textos atualizados, consolidados e anotados com as redações anteriores e as declarações de inconstitucionalidade). Remissões à Constituição Federal.

Leis complementares de criação dos Estados do Rio de Janeiro, de Mato Grosso do Sul e de Rondônia.

Índice geral temático das Constituições estaduais.

“CONSTITUIÇÃO DO BRASIL E CONSTITUIÇÕES ESTRANGEIRAS”

(edição 1987) — 3 volumes

Volume 1 — Constituições: Brasil, Alemanha (República Federal), Argentina, Chile, China (República Popular), Cuba, Espanha, Estados Unidos da América, França, Grã-Bretanha (alguns textos constitucionais) e Guiné-Bissau.

Volume 2 — Constituições: Itália, Japão, México, Paraguai, Peru, Portugal, Suíça, URSS, Uruguai e Venezuela.

Volume 3 — Índice temático comparativo de todas as Constituições.

“CONSTITUIÇÕES ESTRANGEIRAS” (edições 1988) — 6 volumes

Volume 1 — Alemanha (República Democrática), Bulgária, Hungria, Polónia, Romênia e Tchecoslováquia.

Volume 2 — Costa Rica e Nicarágua.

Volume 3 — Angola, Cabo Verde, Moçambique e São Tomé e Príncipe.

Volume 4 — Dinamarca, Finlândia, Noruega e Suécia.

Volume 5 — Áustria e Iugoslávia.

Volume 6 — Coréia (República da), Filipinas e Suriname.

Índice temático comparativo em cada volume.

“ANTEPROJETO CONSTITUCIONAL” (edição 1986)

Quadro comparativo: Anteprojeto da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais (instituída pelo Decreto n.º 91.450, de 18-7-85) comparado ao texto de 1969.

Notas.

Índice temático.

“REGIMENTOS DAS ASSEMBLÉIAS CONSTITUINTES DO BRASIL”
— obra de autoria da Subsecretaria de Arquivo do Senado Federal
(edição 1986)

Antecedentes históricos.

Textos dos Regimentos comentados pelos Constituintes.

Índices temáticos e onomásticos.

“LEIS COMPLEMENTARES À CONSTITUIÇÃO FEDERAL” (edição 1985) — 3 volumes — com suplementos de atualização de 1987 e 1988

Leis Complementares n.ºs 1/67 a 58/88.

Legislação citada.

Histórico (tramitação legislativa).

Índice temático.

“LEIS ORGÂNICAS DOS MUNICÍPIOS” (2.ª edição — 1987) — 3 volumes

Textos atualizados, consolidados e anotados das Leis Orgânicas dos Municípios de todos os Estados-Membros da Federação brasileira.

Índice temático comparativo.

“PROCESSO LEGISLATIVO” (4.^a edição atualizada e ampliada — 1985)

Iniciativa das leis. Instrução, discussão e votação das proposições na Câmara dos Deputados e no Senado Federal.

Sanção, promulgação e veto.

Emendas à Constituição. Leis complementares. Leis ordinárias. Leis delegadas. Decretos-leis. Decretos legislativos. Resoluções.

Normas constitucionais e regimentais. Questões de ordem, decisões da Presidência. Pareceres das Comissões Técnicas e pronunciamentos parlamentares.

Competência privativa do Senado Federal. Requerimentos que podem ser apresentados, no Senado Federal. Comissão parlamentar de inquérito. Comissão parlamentar mista de inquérito. Impedimento de parlamentar.

Nova designação do número de ordem das Legislaturas (histórico do Decreto Legislativo n.º 79, de 1979).

Votação de matéria no Congresso Nacional reunido.

“CÓDIGO CIVIL — ANTEPROJETOS” (edição 1989) — 6 volumes

Volume 1 — Anteprojeto de Código das Obrigações — Parte Geral (1941); Anteprojeto de Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas (1964).

Volume 2 — Anteprojeto de Código Civil (1963); Anteprojeto de Código Civil — revisto (1964).

Volume 3 — Anteprojetos de Código de Obrigações: Negócio Jurídico, Obrigações em geral, Contratos e outros títulos de ordem geral (1963); Sociedades e Exercício da Atividade Mercantil (1964); Títulos de Crédito (1964).

Volume 4 — Projetos do Governo Castello Branco: Projeto de Código Civil (1965); Projeto de Código de Obrigações (1965).

Volume 5 — *Tomo 1*: Anteprojeto de Código Civil (1972). *Tomo 2*: Anteprojeto de Código Civil — revisto (1973); Índice temático comparativo (volumes 1 a 5).

“EXECUÇÃO PENAL” (edição 1985)

Lei n.º 7.210, de 11-7-84 — texto anotado e indexado.

Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos (ONU).

Anteprojetos (Cândido Mendes; Oscar Stevenson; Roberto Lyra; Benjamin Moraes Filho, Cotrim Neto).

Histórico (tramitação legislativa) da Lei n.º 7.210, de 11-7-84.

“CÓDIGO DE MENORES” (2.^a edição — 1984)

Lei n.º 6.697/79. Comparação com a legislação anterior. Anotações (legislação; pareceres; comentários). Histórico da lei (tramitação legislativa). Informações. Índice.

“SEGURANÇA NACIONAL” (edição 1984)

Lei n.º 7.170, de 14-12-83 — texto com índice temático.

Quadro comparativo da Lei n.º 7.170/83 com a Lei n.º 6.620/78. Anotações.

Histórico (tramitação legislativa) da Lei n.º 7.170/83.

Subsídios para a elaboração da lei.

“REFORMA ADMINISTRATIVA — ORGANIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL” (4.^a edição — 1984)

Decreto-Lei n.º 200/67 — texto atualizado e anotado.

Legislação alteradora.

Legislação correlata.

“LEGISLAÇÃO ELEITORAL E PARTIDÁRIA” (6.^a edição — 1988) —
2 volumes

Volume 1 — Legislação: Constituição Federal (disposições eleitorais e partidárias), Código Eleitoral, Lei das Inelegibilidades, Lei Orgânica dos Partidos Políticos, Lei de Transporte e Alimentação, eleições municipais de 1988 (Lei n.º 7.664/88).

Textos consolidados, anotados e indexados.

Ementário.

Volume 2 — Instruções do TSE para as eleições de 1988. (No prelo: volume atualizado para as eleições de 1989.)

ASSINATURA DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Faça a sua inscrição como assinante da **Revista de Informação Legislativa**.

Envie vale postal ou cheque visado, pagável em Brasília (a favor da Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal)

Assinatura anual: n.º 97 (janeiro/março de 1988) a 100 (outubro/dezembro de 1988).

Preço: NCz\$ 900,00

Dirija seu pedido à

Subsecretaria de Edições Técnicas

Senado Federal

70160 Brasília, DF

Rede de Bibliotecas depositárias das publicações da Subsecretaria de Edições Técnicas

Biblioteca Nacional
Instituto Nacional do Livro
Senado Federal
Câmara dos Deputados
Tribunal de Contas da União
Presidência da República
Ministérios
Procuradoria Geral da República
Consultoria Geral da República
Supremo Tribunal Federal
Tribunal Federal de Recursos
Superior Tribunal Militar
Tribunal Superior Eleitoral
Tribunal Superior do Trabalho
Assembléias Legislativas
Tribunais de Justiça
Tribunais de Contas Estaduais
Tribunais Regionais Eleitorais
Tribunais Regionais do Trabalho
Procuradorias Gerais dos Estados
Ordem dos Advogados do Brasil
(Conselho e Seções Regionais)
Faculdades de Direito