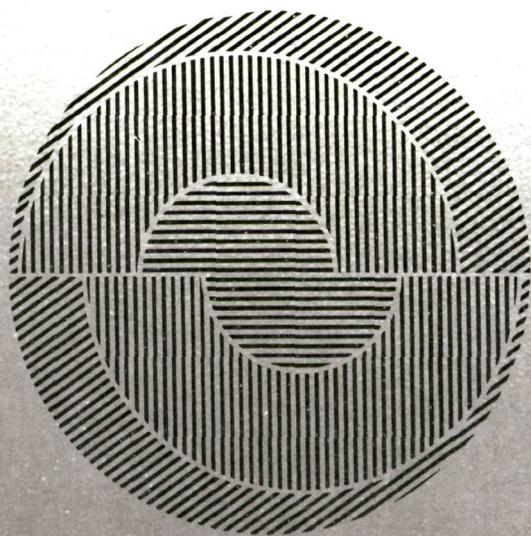


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

ABRIL A JUNHO 1990
ANO 27 • NÚMERO 106

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

a. 27 n. 106 abril/junho 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 Revisão:

JOÃO EVANGELISTA BELÉM

Capa de GAETANO RÉ

**Composição e impressão:
Centro Gráfico do Senado Federal**

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

R. Inf. legisl.	Brasília	a. 27	n. 106	abril/junho 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

	<i>Pág.</i>
COLABORAÇÃO	
Centenário da Proclamação da República — Ministro <i>Paulo Brossard</i>	5
Os meios jurisdicionais para conferir eficácia às normas constitucionais — <i>Silvio Dobrowolski</i>	27
O controle da constitucionalidade das leis e o direito adquirido — <i>Paulo Luiz Neto Lôbo</i>	37
La administración pública y la reforma del Estado — <i>Jorge Luiz Maiorano</i>	55
Aspectos sociais do direito administrativo contemporâneo — <i>Cármen Lúcia Antunes Rocha</i>	75
O cidadão, a administração pública e a nova Constituição — <i>Clémerson Merlin Clève</i>	81
Tribunal de Contas. Natureza jurídica e posição entre os poderes — <i>Jarbas Maranhão</i>	99
Tribunal de Contas: o valor de suas decisões — <i>Raimundo de Menezes Vieira</i>	103
O Sistema Tributário Nacional na Constituição de 1988 — Estudo comparativo com a Constituição anterior (EC nº 1/69 e EC nºs 2 a 27) — <i>Iduna E. Weinert</i>	109
Ombudsman: um mecanismo democrático para o controle da administração — <i>Daisy de Asper y Valdés</i>	131
O Código do consumidor — <i>Luiz Amaral</i>	153
As modalidades de contratos de adesão e seu regime jurídico — <i>Carlos Alberto Bittar</i>	161
O abuso de direito no Projeto 634-B — <i>Guilherme Fernandes Neto</i>	173
O advogado e o Poder Judiciário — <i>Sydney Sanches</i>	181
O artista e os direitos da criação: um apartheid autoral? — <i>Jorge José Lopes Machado Ramos</i>	201
O direito civil como essência do direito — <i>Dilvanir José da Costa</i>	221
Trabalho da mulher: compatibilização entre as normas constitucionais e a legislação ordinária — <i>José Pitas</i>	227

	<i>Pág.</i>
A mulher no direito internacional — <i>Almir de Oliveira</i>	231
A soberania natural sobre a Amazónia — <i>A. Machado Pauperio</i> . . .	243
A Revolução Francesa e a declaração dos direitos. A Revolução e a construção dos direitos — <i>Eduardo K. M. Carrion</i>	249
As diversas correntes do pensamento jurídico — <i>José Luiz Quadros de Magalhães</i>	259
A crise brasileira e o momento político (Visão de um Advogado) — <i>Arnoldo Wald</i>	287
Dimensões jurídicas da autonomia desportiva na Constituição de 1988 — <i>Alvaro Melo Filho</i>	295
PUBLICAÇÕES	
— Obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas	307

Centenário da Proclamação da República

Ministro PAULO BROSSARD

Supremo Tribunal Federal

A respeito da proclamação da República, talvez ninguém tenha dito tanto em tão poucas palavras como Aristides Lobo — “o povo assistiu aquilo bestializado, atônito, surpreso, sem conhecer o que significava”. É que ninguém a esperava. O Partido Republicano era numericamente pequeno, embora estivesse em expansão, em algumas províncias. Enquanto o velho Imperador vivesse, não se concebia a queda do Império, hipótese admitida quando do 3.º Reinado, especialmente pela pouca simpatia de que gozava o Conde d’Eu.

O fato é que três ou quatro dias de conspiração, uma traição aqui, dois ou três boatos soltos e um dispnéico colocado sobre um cavalo deram por terra a Monarquia, associada à sorte do Brasil desde o nascimento da nacionalidade, especialmente desde a Independência. É claro, não faltou a lembrança de uma saia para motivar a adesão de Deodoro.

É preciso convir, porém, que o País vinha experimentando azaques sucessivos, nem sempre bem avaliados em sua extensão e profundidade.

Fazia 15 meses, fora abolida a escravidão. As flores jogadas sobre o plenário da Cadeia Velha ainda não tinham murchado e José do Patrocínio, que se lançara de joelhos diante da Regente, mal se levantara no Paço da Cidade, e começava a alastrar-se um ressentimento profundo contra a Coroa. A sorte da Monarquia passava a desinteressar os antigos proprietários de escravos. E estes não eram poucos. Em 1887 seriam 723.500 os escravos, valendo 1 milhão de contos de réis, que, em algumas horas foram subtraídos à fortuna dos proprietários.

E os fatos vieram mostrar que João Maurício Wanderley não era um visionário...

Discurso proferido em nome do Supremo Tribunal Federal em sessão solene realizada em 9 de novembro de 1989.

A questão militar foi outra causa a perturbar a economia interna das instituições. Dela recólho um fato ilustrativo.

Em 14 de maio de 1887, o Marechal Câmara, Visconde de Pelotas, Senador pelo Partido Liberal, e Deodoro, ligado ao Partido Conservador, divulgaram manifesto que o primeiro leu no Senado; era um *ultimatum* ao governo de Cotegipe.

O Senador Silveira Martins viu com clareza a gravidade do caso; não obstante ser adversário do Governo, deu a este um alvitre para que saísse da delicada situação, cujas conseqüências pesou e mediu. O Gabinete atenderia a um convite do Senado; não à intimação dos generais. Vale a pena repetir-lhe as palavras:

“A crise que os nobres Senadores denunciaram, se existe, não é de ministério; é de governo. Não é de partido; é de instituições. Resolvida ela, o ministério poderá ser naturalmente substituído por outro, como tem sucedido até hoje, sem abalo social.

Derrubado o ministério por um pronunciamento militar, que partido assumirá o poder apoiado nas baionetas dos soldados? Um ministério conservador? Seria impossível: pela tropa teria sido derrocado não o ministério do Barão de Cotegipe, mas o Partido Conservador, que o sustenta. Um ministério liberal? Impossível: o liberalismo apóia-se na opinião pública espontânea e esclarecida; não assalta o poder por pronunciamentos militares.

O governo seria em qualquer hipótese uma usurpação, que as províncias não reconheceriam, e, em vez da ordem que tem até hoje dominado, no Império começaria o reinado da anarquia.

São estas, Senhores, as razões ponderosas que fundamentam a indicação que mandei à Mesa.

O Senado, como grande conselheiro da Coroa e do Governo, oferece a este saída airosa, sem quebra do princípio da autoridade. Se outro alvitre, seja de quem for, melhor resolver a questão, não duvidarei dar-lhe o meu voto. No mais, continuarei, como até aqui, a dar ao Governo o apoio da minha mais decidida oposição”.

Com sua proverbial sagacidade, Cotegipe radiografou a situação:

“O Governo cedeu com arranhões em sua dignidade; eu saio arranhado, o meu sucessor cairá na lama e o terceiro na ponta das baionetas.”

Bem antes, a questão religiosa trancara os esteios do regime. Basta dizer que o Bispo do Rio de Janeiro, capelão-mor da Casa Imperial, não teve o menor sentimento de simpatia para com a família imperial, no momento de sua queda.

A questão religiosa, a questão militar, a questão servil foram como que hemorragias internas, que sucessivamente anemizaram o organismo monárquico mais do que parecera à época.

Impressiona, de outro lado, o ceticismo que foi tomando conta da sociedade. Joaquim Nabuco observou que era preciso mais coragem para alguém dizer-se monarquista que para proclamar-se republicano.

O fato é que, silenciosamente, o Império caiu, ao cabo de uma jornada pelas ruas do Rio. Sangue derramado só o do Ministro da Marinha, o Barão de Ladário, que sofreu ferimento leve. “Viva o Imperador” mal se ouvia um, na Rua do Ouvidor, tão fraca estava a voz do Barão de Tautphoeus, bávaro de nascimento e insigne professor de humanidades, a quem Joaquim Nabuco dedicou um capítulo de *Minha Formação*.

Nos primeiros tempos não faltou uma dose de ingenuidade, que por vezes chegou à candura. Dou dois exemplos em planos distintos.

A solução dada pelo patriarca da propaganda republicana, o Ministro do Exterior, Quintino Bocaiuva, ao problema das Missões é um deles. Indo a Buenos Aires, firmou tratado dividindo com a Argentina, irramamente, o território questionado. O instinto da nacionalidade, porém, reagiu com insuspeitada energia e impressionante uniformidade. A questão, pouco depois submetida ao arbitramento do Presidente dos Estados Unidos, veio ensejar a primeira das vitórias de Rio Branco, com o reconhecimento integral do direito do Brasil ao território litigioso. A outra pode ser encontrada no Decreto n.º 848, de 11 de outubro de 1890. Pelo seu art. 386, a *common law* e a *equity* passavam a ser subsidiárias do processo federal, o que teria sido um divórcio com as fontes do nosso direito, se a norma legal não tivesse permanecido na mais rigorosa virgindade, até o seu total esquecimento. Vale reproduzir o preceito:

“Art. 386. Constituirão legislação subsidiária em casos omissos as antigas leis do processo criminal, civil e comercial, não sendo contrárias às disposições e espírito do presente decreto.

Os estatutos dos povos cultos e especialmente os que regem as relações jurídicas na República dos Estados Unidos da América do Norte, os casos da *common law* e *equity*, serão também subsidiários da jurisprudência e processo federal.”

Mal apreciaria os fatos, porém, quem se contentasse em ver a superfície dos acontecimentos. Em verdade, estava começando uma espécie de terremoto que iria durar dez anos, durante os quais o Brasil seria sacudido de norte a sul, ainda que os pontos agudos se localizassem no Rio, com a Revolta da Armada, e no Rio Grande do Sul, com a Revolução Federalista. Em ambos os episódios, a crueldade externou-se em cenas inacreditáveis para quem tivesse vivido no Brasil imperial, afeito à tolerância e ao respeito às liberdades públicas, a ponto de mudar o Gabinete em virtude da repres-

são à “revolta do vintém”, conseqüente ao aumento da tarifa dos transportes urbanos.

O eco longínquo desse terremoto mais de uma vez se fez ouvir no nascente Supremo Tribunal Federal, instalado quatro dias depois de promulgada a Constituição, em um prédio da Rua do Lavradio, no qual também funcionava a Relação e onde não havia lugar sequer para os ministros guardarem os papéis.

Menos de nove meses depois de promulgada a Constituição de 24 de fevereiro, o Presidente da República dissolveu o Congresso.

O tempo não tardava em dar razão a jovem deputado rio-grandense que, na eleição de 25 de fevereiro, negara seu voto a Deodoro. Era Assis Brasil. Eis uma passagem do seu voto:

“Declaro que não votei no Sr. Marechal Manuel Deodoro da Fonseca para Presidente da República.

Pessoalmente, eu lhe devo provas de afeto e de distinções muito acima do meu merecimento.

Patriota e antigo propagandista da República Federativa, devo-lhe imensa gratidão, por haver contribuído decisivamente para a definitiva destruição da Monarquia.

Estes sentimentos, porém, não me tiram à razão a sua natural serenidade e inteireza para reconhecer, auxiliado pela observação de longa série de fatos, que faltam a tão digno cidadão as qualidades elementares do homem de governo.

A convicção que tenho de que a sua administração será funesta só é igualada pelo íntimo e patriótico desejo — que alimento — de que o futuro não dê razão às minhas preocupações.

Não se pagam dívidas de gratidão, nem se serve a sentimentos pessoais, por nobres que sejam, com o sagrado interesse da Pátria.

Nem me impressiona a suposta necessidade de evitar possíveis exhibições de força, legalizando-se com o voto o que se teria de impor pelas armas.

Se o despotismo militar existe de fato, ele que se implante sem a capa mal-cozida de sufrágios extorquidos ao temor, e a Nação, diante da evidência, que se disponha a ser livre ou escrava.

Mas, antes de tudo, faço idéia bastante justa e digna do Exército brasileiro para crer que ele, em qualquer emergência, saberá conservar-se o que sempre foi — nobre instrumento da soberania nacional.”

O golpe foi em 3 de novembro de 91. Vinte dias depois, em face do levante da Armada chefiada por Custódio de Melo, Deodoro renunciou à presidência.

Floriano assumiu-a, e logo começou a derrubada dos governadores que haviam apoiado Deodoro (menos no Rio Grande do Sul). Daí Rui haver dito que,

“de uma ditadura que dissolve o Congresso, apoiando-se na fraqueza dos poderes locais, para outra que dissolve os poderes locais, apoiando-se no Congresso restabelecido, não há progresso apreciável.”

O Brasil se acostumara a viver sob instituições liberais sem medir a extensão das próprias liberdades, que tinham na pessoa do Imperador Pedro II o mais vigilante zelador. Acostumara-se à sua bonomia e tolerância, enquanto um grupo de sectários advogava a implantação da ditadura científica. . .

Basta dizer que, durante os cinco anos da Guerra do Paraguai, mesmo quando parcelas do território nacional estiveram em poder do invasor, nenhuma vez e em nenhum só dia as garantias constitucionais foram suspensas.

Para sinalar a mudança operada, bastou que 13 generais se dirigissem a Floriano, que conservava o título de Vice-Presidente da República, pedindo o cumprimento da Constituição, ou seja, a realização da eleição presidencial, uma vez que a vacância da presidência ocorrera no primeiro biênio do mandato, para que a capital da República conhecesse as delícias do estado de sítio, cujos efeitos haveriam de durar além das 72 horas pelas quais fora decretada a medida extrema.

Seguiu-se um período de terror. Foi quando Rui Barbosa impetrou ao Supremo Tribunal o primeiro dos *habeas corpus*, com o qual iniciava o seu curso prático de Direito Constitucional. A petição é de 18 de abril de 1892. Os pacientes eram 46. Desde o Senador Vice-Almirante Eduardo Wandenkolk, o Senador Marechal José de Almeida Barreto, o Senador Pinheiro Guedes, o Senador Coronel João Soares Neiva, o Deputado Tenente-Coronel Antônio Adolfo de Fontoura Mena Barreto, o Deputado Matos Machado, o Deputado J. J. Seabra, o Marechal José Clarindo de Queirós, o Marechal Antônio Maria Coelho, até o jornalista José do Patrocínio e o poeta Olavo Brás Martins dos Guimarães Bilac. . .

Não há quem não conheça o desfecho do célebre pedido, aliás, formulado em termos renovadores dos estilos forenses. Seu autor, em passagem austera, dá uma idéia clara e forte:

“Houve no tribunal, ao cair dos votos que denegavam o *habeas corpus*, a impressão trágica de um naufrágio, contemplado

a algumas braças da praia, sem esperança de salvamento, de uma grande calamidade pública, que se consumasse, sem remédio, aos nossos olhos, de uma sentença de morte sem apelo, que ouvíssemos pronunciar contra a Pátria, do bater fúnebre do martelo, pregando entre as quatro tábuas de um esquiife a esperança republicana. . . Quando, subitamente, fragorosa salva de palmas, seguida ainda por outra, após a admoestação do presidente, nos deu o sentimento de uma invasão vioienta da alegria de viver. Era o voto do Sr. Pisa, concedendo o que todos os seus colegas tinham recusado.”

O Supremo Tribunal Federal é uma criação republicana, na medida em que o novo regime lhe conferiu atribuições que ele não tinha ao tempo do Império; convém notar, porém, que foi constituído mediante o aproveitamento de antigos membros do Supremo Tribunal de Justiça, que lhe formaram a maioria. Amadurecidos sob outro regime, bons conhecedores das Ordenações Filipinas, eram, no entanto, alheios às novidades do mecanismo americano importado com a República; era natural que lhe não sentissem as originalidades e não medissem suas virtualidades; em verdade, as instituições de inspiração norte-americana adotadas eram praticamente ignoradas entre nós.

As teses do advogado Rui Barbosa eram novidades chocantes para o tribunal, estranho às inovações introduzidas pela Constituição republicana.

Em horas, o Brasil mudara de face: era monárquico, viru republicano; de unitário passou a ser federativo; o regime presidencial substituiu o sistema parlamentar progressivamente modelado pela história do País; a religião do Estado cedeu lugar à absoluta separação, praticamente à oficialização do agnosticismo. Em meio a essas profundas transformações, o Poder Judiciário também as experimentou. Disse-o, com transparente clareza, o Ministro da Justiça do Governo Provisório, Campos Sales:

“A magistratura, que agora se instala no País graças ao regime republicano, não é um instrumento cego, ou mero intérprete, na execução dos atos do Poder Legislativo. Antes de aplicar a lei, cabe-lhe o direito de exame, podendo dar-lhe ou recusar-lhe sanção, se ela lhe parecer conforme ou contrária à lei orgânica. . . Ai está posta a profunda diversidade de índole que existe entre o Poder Judiciário, tal como se achava instituído no regime decaído, e aquele que agora se inaugura, calcado sobre os moldes democráticos do sistema federal. De poder subordinado, qual era, transforma-se em poder soberano, apto, na elevada esfera de sua atividade, para interpor a benéfica influência do seu critério decisivo, a fim de manter o equilíbrio, a regularidade e a própria independência dos outros poderes, assegurando, ao mesmo tempo, o livre exercício dos direitos do cidadão. . . Ao influxo da sua real soberania se desfazem os erros legislativos, e são entregues à severidade da lei os crimes dos depositários do Poder Executivo.”

No entanto, é mais fácil mudar uma lei do que uma mentalidade. As imensas transformações operadas no campo social em algumas semanas não acarretaram iguais mudanças no espírito das pessoas.

Há um fato conhecido e ilustrativo. Logo depois dos decretos de abril de 92, Rui foi interpelado por um ministro do Supremo Tribunal, que indagou se tinha fundamento a notícia de que recorreria ao Judiciário para obter a reparação civil às vítimas do sítio. Rui relatou o episódio, ao voltar do exílio, no discurso em que agradeceu a homenagem do *Jornal do Comércio* ao autor das *Cartas da Inglaterra*; e mais tarde, em *O Art. 6.º da Constituição Federal e a Intervenção Federal na Bahia*, narrou-o em pormenor:

“O que por aquele tempo se conhecia, no Brasil, das instituições aqui recém-adotadas, deu-no-lo a ver, certo dia, de um relance, o caso, que vamos contar.

Distinguia-se, então, no Supremo Tribunal Federal, entre os seus ministros, um magistrado, que passava pelo mais instruído entre os seus pares — conta em que também o tínhamos, e temos. Notavelmente versado nas letras jurídicas, juiz do maior crédito profissional, fecundo argumentador e expositor, nas causas que relatava, ou discutia, chegara do Norte com extraordinária nomeada, adquirida em brilhante carreira judiciária, e, nos pleitos de mais vulto, veio a ser aqui a bandeira e o guia daquela corte, que o prezava, talvez, como o seu melhor ornamento.

Um dia, encontrando-nos em um bonde, por sinal que na Praia do Flamengo, onde a esse tempo residíamos, nos interpelou ele com expressão de séria estranheza, perguntando:

— Ouvi dizer que o Senhor vai acionar a União, em nome dos militares e paisanos reformados e demitidos pelo Marechal Floriano, para obrigar o Governo Federal a reintegrá-los ou indenizá-los. Será possível?

— É exato.

— Mas como?

— Muito simplesmente. É que, no regime de agora, não só os atos administrativos, mas até os legislativos, em sendo contrários à lei constitucional, são nulos, e a Justiça é o poder competente para lhes declarar a nulidade, pronunciando-lhes a inconstitucionalidade.

O meu interlocutor não se convenceu, obrigando-me a lhe apontar os textos da nova Constituição, onde estribava a minha tese; e assim nos separávamos, prometendo-lhe eu, para o fami-

liarizar com a novidade, pô-lo em relações com a grande obra de Carson acerca da Suprema Corte dos Estados Unidos, obra de que, daí a dias, lhe ofereci um exemplar. (*)

Tempos depois, esse ministro mergulhava a fundo no direito norte-americano, com as produções do qual sortiu em abundância a sua copiosa livreria; e essas noções, cuja primeira invocação entre nós tão extravagante lhe parecerá, nele, como juiz e, mais tarde, como advogado, vieram a ter um aplicador hábil, conhecido e freqüente.

As nossas alegações na causa, trazidas, posteriormente, a lume no livro *Os Atos Inconstitucionais*, puseram a doutrina desses princípios ao alcance de todos, a ação movida por nós vingou em todos os trâmites do seu curso, e os nossos constituintes, civis ou militares, alcançaram a reparação devida.

Daí avante qualquer sujeito dava sota e ás na matéria. Mas o espanto que o meu atrevimento, à primeira notícia, causara a um dos mais celebrados luzeiros da nossa magistratura evidenciava quão pouco se havia descido, até então, abaixo da superfície, na compreensão de normas constitucionais, que eram, entretanto, base fundamental do novo regime.”

Em nenhuma das vezes Rui declinou o nome do seu interlocutor. Mas Batista Pereira, no prefácio à 2.^a edição das *Cartas da Inglaterra*, informou que se tratava do Conselheiro Barradas, o mesmo que, pela imprensa e anonimamente, polemizara com o advogado a respeito do acórdão de 27 de abril, em que o Supremo Tribunal, vencido apenas o Ministro Pisa e Almeida, denegara o *habeas corpus* em favor das vítimas do sítio, atribuindo-lhe efeitos mesmo depois de esgotado o prazo de 72 horas por que fora editado.

A respeito, há o juízo, retilínio e claro, de Clóvis Beviláqua; em seu livro *Juristas Filósofos*, de 1897, escreveu o juriconsulto:

“Rui Barbosa desvendou, aos olhos brasileiros, a ciência do direito público que a América do Norte criara e nós quase ignorávamos que existisse, antes que a vissemos trasladada, em correta e lucilante frase portuguesa, pelo escritor baiano.”

A ruptura do tecido social, dos fundamentos de sua cultura nacional, era muito maior do que poderia imaginar quem assistisse à parada militar de 15 de novembro.

(*) Tenho a fortuna de possuí-lo. A dedicatória é simples: “A S. Ex.^a o Senhor Conselheiro Barradas — Tem a honra de oferecer — Rui Barbosa”.

Mesmo assim, mesmo depois do acórdão de 27 de abril de 92, o tribunal foi capaz de despertar a ira de Floriano.

Em março de 1891, quer dizer, em pleno regime constitucional e em pleno funcionamento do Congresso, o Poder Executivo, por decreto, editou o Código Penal da Armada. O Supremo Tribunal declarou-o insubsistente, por ser manifestamente inconstitucional. O líder do Governo, Aristides Lobo, republicano histórico, sustentou que o tribunal incorrera em crime de abuso de autoridade e por ele devia responder perante o Senado. Por ofício, publicado no *Diário Oficial* antes que chegasse às mãos do tribunal, Floriano deixou oficialmente claro que:

“O Governo considera em pleno vigor as limitações feitas pelo art. 47 do Decreto n.º 848 ao direito de concessão do *habeas corpus* e o Código Penal da Armada.”

E deixou de prover sete vagas então existentes no Supremo Tribunal Federal, impossibilitando praticamente o normal funcionamento da Corte; deixou de designar o Procurador-Geral da República, que teria de ser um dos ministros; deixou de marcar data para a posse do novo presidente do Supremo Tribunal Federal, que deveria prestar o compromisso perante o Presidente da República.

Não só. Depois de longa espera, e para bem significar ao tribunal o seu desgosto, ou o seu desprezo, nomeou para juízes do Supremo Tribunal Federal o médico Barata Ribeiro e os generais Inocêncio Galvão de Queirós e Raimundo Ewerthon de Quadros; o primeiro tomou posse logo e exerceu a judicatura por quase um ano, de novembro de 93 a outubro de 94. É que a Constituição de 91 não exigia a prévia aprovação senatorial do nome indicado, como o fez a Constituição de 1934.

O Senado, porém, embora florianista em sua unanimidade, desaprovou os nomes indicados. O notável saber, de que falava a Constituição, era notável saber jurídico, sustentou o Senador João Barbalho. E nenhum outro médico, nem oficial-general, voltou a ser indicado para o Supremo Tribunal.

De mais a mais, durante o primeiro quadriênio presidencial, o Supremo sofreu sucessivas alterações em sua composição, e isto, obviamente, não ensejou a estabilidade da sua jurisprudência. Basta dizer que, a 19 de novembro de 1894, ou seja, quatro dias depois de tomar posse, Prudente de Moraes nomeou Pindaíba de Matos para o Supremo Tribunal Federal. Era o 31.º ministro a ser nomeado para a Corte, que passara a funcionar em 27 de fevereiro. De fevereiro de 91 a novembro de 94, 30 ministros tinham sido nomeados.

De outro lado, não se exigia a maioria absoluta do tribunal para que este declarasse a inconstitucionalidade de lei, como passou a ser necessária a partir da Constituição de 1934. Mas a necessidade se fazia sentir, e

em 1902 o Decreto n.º 938 e em 1908 o de n.º 1.939 prescreveram que o Supremo Tribunal não podia decidir questões de constitucionalidade sem a presença de 10 ministros desimpedidos, incluindo o presidente. A solução era tímida, pois, presentes 10 juizes, 6 apenas, em um tribunal de 15, podiam declarar a inconstitucionalidade de uma lei.

Também a essa luz é fácil perceber que a jurisprudência da Corte não podia ser exemplar nos seus primeiros anos.

Com efeito, nos primeiros anos da República todos os erros foram cometidos e todos os abusos foram praticados. Em vários Estados, tribunais inteiros foram aposentados ou demitidos; quer dizer, todos os seus membros foram aposentados ou demitidos, a pretexto de reforma do Judiciário. Nem faltou a violência, em seus mais variados aspectos, a celebrar as suas bodas de sangue em plena capital da República. Um republicano histórico que haveria de ser juiz desta Corte, Amaro Cavalcanti, em livro publicado em 1900, sobre o regime federativo, faz impressionante inventário dos abusos, federais e estaduais, cometidos nos dez primeiros anos da República.

Foi por esse tempo que aconteceram algumas coisas sem precedentes na nossa experiência política: o apelo ao estrangeiro para enfrentar a revolta da Armada, os “alçapões” por onde desapareceram os corpos executados clandestinamente, sem forma nem figura de juízo, em plena capital do País.

— X —

É tempo de encestrar a sumária evocação dos fatos que singularizaram os primeiros anos da República. Para fazê-lo, nada melhor do que recorrer ao juízo de um contemporâneo, propagandista da República, e autor de páginas clássicas em nossa literatura.

Referindo-se a Floriano, em seu estilo viril, Euclides da Cunha resumiu em impressionante síntese a complexa realidade daquele tempo. Um longo e documentado ensaio, uma monografia exaustiva e erudita não diriam mais do que estas sentenças do autor de *Contrastes e Confrontos*:

“O seu valor absoluto e individual reflete na história a anomalia algébrica das qualidades negativas: cresceu, prodigiosamente, à medida que, prodigiosamente, diminuiu a energia nacional. Subiu, sem se elevar — porque se lhe operara em torno uma depressão profunda. Destacou-se à frente de seu país, sem avançar — porque era o Brasil que recuava, abandonando o traçado superior das suas tradições.”

É fato incontestável que erros e abusos inverossímeis foram cometidos nos primeiros anos da República, e a eles não esteve imune o Supremo

Tribunal. Se nos demais segmentos do governo, da administração e do Parlamento eles abundaram, de certa forma era natural que também na esfera judiciária eles se fizessem notar, até porque, já foi mencionado, as novas atribuições do Supremo Tribunal constituíam novidade sem raízes na tradição pátria.

Contudo, não demorou muito e a Corte veio a imprimir outro rumo à sua jurisprudência. Era uma. Passou a ser outra. A grande mudança se deu em 1898. Em 26 de março, ao negar um *habeas corpus* impetrado por Rui Barbosa, a Corte confirmou a sua orientação quanto aos efeitos do estado de sítio, iniciada pelo acórdão de 27 de abril de 92. Vinte dias depois, a 16 de abril, o Supremo Tribunal mudou espetacularmente a sua orientação, para, consagrando as teses de Rui, até então vencidas, fazê-las a doutrina do tribunal. Por uma dessas ironias de que a História está cheia, o vencedor do *habeas corpus* de 16 de abril foi o ministro Barradas, já então aposentado e advogado atuante, o mesmo relator do *habeas corpus* de 27 de abril de 92 e que, anonimamente, polemizara com Rui pela imprensa acerca do acórdão malfadado.

Passados os dez primeiros anos, de febres intensas e paixões terríveis, a República entrou em período de paz e de progresso. Incidiu, no entanto, em dois ou três erros funestos, alguns dos quais terminaram por sacrificá-la.

O primeiro foi de natureza social. A República abandonou à sua sorte a parcela da população libertada pela Lei de 13 de maio. Quem o disse, com a sua maneira inexcedível de retratar situações, foi um ardoroso abolicionista e incansável obreiro da verdade constitucional. Foi Rui Barbosa. Trinta anos depois da abolição, indagava o advogado ciceroniano:

“Mas que fizeram dos restos da raça resgatada os que lhe haviam sugado a existência em séculos da mais ímproba opressão? Nessas ruínas havia ainda elementos humanos. De envolta com as gerações exaustas, que o túmulo esperava, estavam as gerações válidas, umas em plena virilidade, outras vencendo a adolescência, outras abrolhando, nascentes ainda, no meio das ruínas da sua ascendência exterminada. Que movimento de caridade tiveram por esses destroços humanos os árbitros do bem e do mal nesta terra? A responsabilidade não é da Monarquia, que expirou ao outro dia da abolição. A responsabilidade não pode ser também do Governo Provisório, que em só quatorze meses teve de liquidar um regime e erigir outro. Mas ao Governo revolucionário sucederam vinte e nove anos de República organizada com oito quadriênios presidenciais de onipotência, quase todos em calmaria podre. Que conta darão a Deus esses governos, senhores, de tudo o que ambicionaram, poderosos para tudo o que quiseram, livres em tudo o de que cogitaram — que contas darão a Deus da sorte dessas gerações, que a revolução de 13 de maio deixou esparsas,

abandonadas à grosseria originária, em que a criara e abrutara o cativoiro?

Era uma raça que a legalidade nacional estragara. Cumpria às leis nacionais acudir-lhe na degradação, em que tendia a ser consumida, e se extinguir, se lhe não valessem. Valeram-lhe? Não. Deixaram-na estiofar nas senzalas, de onde se ausentara o interesse dos senhores pela sua antiga mercadoria, pelo seu gado humano de outrora. Executada assim, a abolição era uma ironia atroz. Dar liberdade ao negro desinteressando-se, como se desinteressaram, absolutamente da sua sorte não vinha a ser mais do que alforriar os senhores. O escravo continuava a sê-lo dos vícios em que o mergulhavam. Substituiu-se o chicote pela cachaça, o veneno por excelência, etnicida, exterminador. Trocou-se a extenuação pelo serviço na extenuação pela ociosidade e suas abjeções. Fez-se do liberto o guarda-costas político, o capanga eleitoral. Aguçaram-se-lhe os maus instintos do atavismo servil com a educação da taberna, do bacamarte e da navalha. Nenhuma providência administrativa, econômica ou moral se estudou, ou tentou, para salvar do total perdimento esses valores humanos, que soçobravam. Nem a instrução, nem a caridade, nem a higiene intervieram de qualquer modo. O escravo emancipado, sua família, sua descendência encharcaram putrescentes no desamparo em que se achavam atascados. E eis aqui está como a política republicana liquidou o nosso antigo operariado, a plebe do trabalho brasileiro durante os séculos da nossa elaboração colonial, os quase setenta anos do nosso desenvolvimento sob a Monarquia."

E mais adiante:

"(...) a República, reacionária desde o seu começo, desde o seu começo imersa no egoísmo da política do poder pelo poder, traidora desde o seu começo aos seus compromissos, tinha muito em que ocupar a sua gente, para ir desperdiçar o tempo com assuntos sociais.

Nem mesmo quando algum dos lidadores da campanha recém-terminada se animasse a encetar a segunda, haveria onde a lograsse abrir, com vantagem; porque só no governo parlamentar existe o terreno capaz de dar teatro a essas cruzadas morais, a essas lutas pelas idéias nas regiões mais altas da palavra, onde elas se fecundam. No presidencialismo não há senão um poder verdadeiro: o do chefe da nação, exclusivo depositário da autoridade para o bem e o mal."

De certa forma era natural que assim fosse, pois o Partido Republicano nunca morrera de amores pela causa dos escravos. Ao contrário. Soube usar de acentuada duplicidade no sentido de recolher o apoio dos ressentidos

dos escravocratas, aproveitando-se do enfraquecimento da Coroa, que, com a abolição, perdeu um dos seus sustentáculos. Houve republicanos que eram abolicionistas declarados, mas o Partido Republicano, como Pilatos, lavava as mãos, alegando que o assunto era da responsabilidade da Monarquia.

Por isso mesmo, parece-me extraordinária a ascensão social dos descendentes dos escravos alforriados em 1888, em apenas 50 anos, porque os 50 que se seguiram à abolição foram anos perdidos. Em apenas 50 anos, a elevação social dos brasileiros de origem africana se deu em todos os sentidos e em medida consagradora às suas qualidades.

Rui teve de mandar queimar os arquivos fiscais da propriedade servil existentes no Ministério da Fazenda, de modo a impedir as crescentes pretensões indenizatórias dos ex-senhores.

Outro erro da República foi a inverdade eleitoral, chaga política que a acompanhou desde o berço. Começou com o Regulamento Alvim, "o mais eficiente instrumento de fraude eleitoral jamais concebido", na expressão de antigo membro desta Corte, o Ministro Carlos Maximiliano. Representou insigne retrocesso em relação à última lei eleitoral do Império, a Lei Saraiva, de 1881.

Já houve quem defendesse o Regulamento Alvim como medida de defesa da República. Ela representava tão pouco da sociedade brasileira que era preciso assegurar-lhe a maioria no Congresso Constituinte através da fraude. . . Ainda não me convenci do acerto dessa explicação. O fato é que a República, desde o seu nascimento, se foi acostumando a governar sem o povo.

Em 1890, cerca de 30% da população do Rio eram compostos de estrangeiros, 26% provinham de outras regiões do País e apenas 45% eram naturais da terra, e a abolição lançou no mercado de trabalho o restante da mão-de-obra, escrava até à véspera, engrossando desse modo o contingente já considerável de subempregados e de desempregados.

Para a Constituinte de 1890, apenas 5,5% da população do Rio se alistaram; nas primeiras eleições diretas para presidente, 1894, o eleitorado desceu para 1,3%; nas eleições parlamentares de 1896, o eleitorado chegou a 2,5%; nas eleições presidenciais de 1910, 21 anos depois do advento da República, o eleitorado não passou de 2,7% da população.

Mas não é só. No dia da eleição, a maior parte das seções eleitorais não funcionou. Por vezes, e não poucas, grupos de desocupados, arruaceiros profissionais, capoeiras em especial, desempenhavam função relevante no dia das eleições. O fato foi registrado com a costumeira objetividade pelo "fiel cronista da cidade": em mais de uma passagem, Lima Barreto registra o consórcio entre candidatos e capoeiras. Digo candidatos porque partidos não havia.

Daf José Murilo de Carvalho haver observado que:

“A ordem aliava-se à desordem, com a exclusão da massa dos cidadãos que ficava sem espaço político. O marginal virava cidadão, e o cidadão era marginalizado.”

E noutra passagem:

“Pode-se dizer que a República conseguiu quase literalmente eliminar o eleitor e, portanto, o direito de participação política através do voto.”

Defuntos e ausentes, estes sim, eram permanentes e fiéis. As atas forjadas, a regra. Daf o generalizado desinteresse do cidadão no processo eleitoral. Osvaldo Cruz não era eleitor. Pensou em inscrever-se quando da campanha civilista, mas não chegou a fazê-lo.

“Além de inútil, votar era muito perigoso”, escreve o ensaísta de *Os Bestializados*; e acrescenta: “Na República que não era, a cidade não tinha cidadãos”.

Bruno de Mendonça Lima, membro da comissão revisora do Código Eleitoral de 1932, lembrou, quando do cinquentenário de sua promulgação, que votar na República Velha importava em “correr risco de vida”

Durante longos anos, e desde o começo da República, as eleições falsas e o arbitrário reconhecimento dos eleitos foram roendo as instituições e contaminando as suas partes.

No “Manifesto de Montevidéu”, de 1925, com este sorriso Assis Brasil retratou a situação eleitoral:

“Ninguém tem certeza de ser alistado eleitor; ninguém tem certeza de votar, se porventura foi alistado; ninguém tem certeza de que lhe contem o voto se porventura votou; ninguém tem certeza de que esse voto, mesmo depois de contado, seja respeitado na apuração, ou chamado terceiro escrutínio, que arbitrária e descaradamente exercido pelo déspota substantivo, ou pelos déspotas adjetivos, conforme o caso for de representação nacional ou das locais.”

Um efeito da fraude eleitoral generalizada logo se fez sentir na formação das oligarquias estaduais, em que facilmente degenerou a idéia federativa.

No Império, firmara-se a regra de serem os presidentes de província escolhidos fora dos naturais da terra. Foi muito criticada. Mas o tempo mostrou que, além de evitar a formação de oligarquias, permitiu que os homens do Sul pudessem conhecer o Norte e os homens do Norte pudessem conhecer o Sul, ensejando-lhes uma visão nacional do país, num tempo em que as comunicações eram precárias. Desse modo, os grandes nomes da

política imperial fizeram seu aprendizado na administração como presidentes de província, distantes da sua terra natal, abasileirando-se.

Paradoxalmente, a Federação ensejou a formação de oligarquias, através de eleições que conspurcavam o conceito de República.

Também não é possível deixar de mencionar duas mazelas que a infelicitaram desde os seus primeiros dias — o estado de sítio e a intervenção federal nos estados, ensejando abusos e violências. Bastaria lembrar os casos do “Satélite” e da “Ilha das Cobras”. Os bombardeios da Bahia e de Manaus.

O certo é que, a despeito de significativos progressos em variados setores, quarenta anos de abusos, fraudes e infidelidades institucionais fossilizaram a República. E, quando se formou a Aliança Liberal, a adoção do voto secreto e da representação proporcional e a instituição da Justiça Eleitoral foram exigências do mesmo repúblico que, em 25 de fevereiro de 1891, se recusara a votar em Deodoro da Fonseca — Assis Brasil, que falava em nome do Rio Grande liberal.

Outro aspecto digno de nota:

Durante o 2.º Reinado, era monocórdia a crítica ao poder pessoal do Imperador, que se fundava, no entanto, em cláusula expressa da Constituição, referente ao Poder Moderador. Com a República, esse poder pessoal, tão criticado pelos republicanos, foi centuplicando, sem que os adeptos do novo regime se lembrassem do que pregavam na fase da propaganda.

O fato não escapou à fidelidade de Rui:

“Onde o governo se realiza pelo sistema parlamentar, o jogo das mudanças ministeriais, dos votos de confiança, dos apelos à nação, mediante a dissolução das câmaras, constitui uma garantia, já contra os excessos do Poder Executivo, já contra as demasias das maiorias parlamentares. Mas, neste regime, onde para o chefe do Estado não existe responsabilidade, porque a responsabilidade criada sob a forma do *impeachment* é absolutamente fictícia, irrealizável, mentirosa, e onde as maiorias parlamentares são manejadas por um sistema de eleição que as converte num meio de perpetuar o poder às oligarquias estabelecidas, o regime presidencial criou o mais chinês, o mais turco, o mais russo, o mais asiático, o mais africano de todos os regimes.”

Até que sobreveio a Revolução de 30. Tão desacreditadas estavam as instituições que, a despeito de notáveis predicados de muitos homens públicos, ela levou tudo de roldão. A Revolução de 30 não foi uma revolução. Foi um vendaval. Tudo ruiu em questão de dias. E os efeitos da derrocada foram maiores do que se podia imaginar. Muitos princípios

cardeais do regime, por fim cristalizados em regras lapidares, inclusive jurisprudenciais, terminaram por dissolver-se na catástrofe geral.

Esta Corte, Sr. Presidente, não ficou imune às fúrias revolucionárias. Daqui foram expelidos Edmundo Muniz Barreto, Pedro Mibielli, Godofredo Cunha, Geminiano Franca, Pedro dos Santos, Pires e Albuquerque. Este era o Procurador-Geral da República desde o Governo Epitácio; como tal, no regular exercício de suas funções e no exato cumprimento dos seus deveres, denunciara os revoltosos de 22, 24 e 26, agora transformados em vitoriosos chefes revolucionários. Por decreto de fevereiro de 1931 foi expungido do Supremo Tribunal Federal — por haver cumprido com exação e competência suas atribuições funcionais.

Cedo foram abandonados os compromissos da Aliança Liberal, a despeito da advertência de alguns de seus próceres, membros do Governo Provisório inclusive. Quase tudo que de bom se fizera em 40 anos de República ruiu juntamente com os seus vícios. Parece ter caído em súbito esquecimento a jurisprudência do Supremo, que fora evoluindo e se aprimorando. A longa duração do Governo Provisório e a lentidão das suas medidas no sentido da restauração da ordem legal geraram a Revolução Constitucionalista de 32. Sangrenta e penosa. Seguida de exílios e privações de direitos. Afinal, foi eleita a Assembléia Constituinte. Mas a Constituição de 1934, que ela elaborou, teve a duração das rosas.

No entretanto, pouco mais de um ano depois de promulgada a Constituição, em vários pontos do país irrompeu a Intentona Comunista, de 35. Sua extrema violência traumatizou a Nação. Seguiu-se o estado de guerra, e com ele as prisões indiscriminadas, inclusive de parlamentares, a lei de segurança, o Tribunal de Segurança Nacional. Da lei, disse uma de suas vítimas que:

“A caviliosidade humana ainda não havia inventado maquiagem mais odiosa para a supressão total da defesa do acusado.”

E do chamado Tribunal de Segurança, pelo qual veio a ser condenado pelo voto duplo do seu presidente, o verbo de fogo de João Mangabeira apostrofou braviamente:

“Nem de juizes se poderão crismar os energúmenos contratados para esses julgamentos de empreitada.”

O período 34/37 lembra o de 92/94. O pânico, a insegurança, o secreto, o delator, a prisão. Mais de uma vez os perseguidos bateram às portas do Supremo Tribunal, e nem sempre elas se abriram. Quinze meses permaneceu preso o Deputado João Mangabeira, afinal libertado pelo Supremo Tribunal Militar.

Foi uma fase particularmente difícil. A situação européia, já envolvida pela agressividade dos totalitarismos, estimulava as loucuras. Com a soli-

dariedade ostensiva e inglória das Forças Armadas, findou-se a Segunda República, para abrir espaço ao denominado "Estado Novo".

Com efeito, não tardou o golpe de 10 de novembro de 37. Fechados o Congresso Nacional, as Assembléias Legislativas e as Câmaras Municipais, decretada a intervenção em todos os Estados, menos em um, nomeados os prefeitos, extintos os partidos, suspensas as garantias individuais e funcionais. O arbítrio a imperar. Censura total. Prisões. Exílios. Perseguições. Velhas e novas torturas. O Tribunal de Segurança a empestar o ambiente. Assim transcorreu o cinquentenário da República, sem república e sem federação.

Exatamente no ano do cinquentenário republicano ocorreu fato sem precedentes. Como o Supremo Tribunal Federal houvesse confirmado mandado de segurança contra a exigência do imposto de renda sobre proventos de magistrados, como um raio em céu azul, o *Diário Oficial* estampou o Decreto-Lei n.º 1.564, de 5 de setembro de 39, tornando sem efeito o julgado, aliás, unânime, da mais alta Corte de Justiça do país. É este o seu teor:

"São confirmados os textos de lei, decretados pela União, que sujeitavam ao imposto de renda os vencimentos pagos pelos cofres públicos estaduais e municipais, ficando sem efeito as decisões do Supremo Tribunal Federal e de quaisquer outros tribunais e juizes que tenham declarado a inconstitucionalidade desses mesmos textos."

Caso idêntico chegou ao exame do Supremo Tribunal. Carlos Maximiliano disse então estas palavras:

"Qual a diretriz futura a predominar nos pretórios, em face da resolução presidencial? Não posso recorrer ao apoio preciso do direito comparado porque a providência constitucional brasileira, consistente em reformar sentenças por meio de decretos, não encontra similar ou paradigma em país nenhum do orbe terráqueo. Recorro a outra fonte: os precedentes em casos análogos. Vigorante o sistema generalizado na América, embora o Judiciário apenas decidisse em espécie e a sentença final só obrigasse no caso em apreço, Presidente e Congresso, em obediência ao princípio da harmonia dos poderes, dali por diante se abstinham de agir ou deliberar contra as conclusões do aresto supremo. Pela mesma razão agora, atribuída à Legislatura a antiga preeminência da Corte excelsa, esta não mais conhecerá de igual inconstitucionalidade. Seria, aliás, irrisório estar a proferir acórdãos platônicos, arestos por lei destituídos de exequibilidade. Prevalecerá no alto pretório o inelutável, embora murmurando os seus membros o *e pur se muove*, de Galileu."

Na nossa acidentada experiência política, decisões do Supremo Tribunal por vezes deixaram de ser cumpridas, assim no tempo de Floriano e

de Hermes da Fonseca; mas acórdão do Supremo Tribunal cassado por decreto-lei do Executivo ainda não se vira.

Aconteceu isso exatamente no ano do cinquentenário da República, quando uma das melhores contribuições da República às instituições nacionais fora a consagração da faculdade judiciária de conferir a legalidade das leis através da aferição de sua constitucionalidade.

No ano seguinte, em 11 de novembro de 1940, por decreto-lei de sua edição, de n.º 2.770, o chefe de governo se atribuiu o poder de nomear, por tempo indeterminado, por conseguinte substituíveis a qualquer momento, o presidente e o vice-presidente do Supremo Tribunal Federal. A simples publicação no *Diário Oficial* importava na posse dos nomeados.

Afinal, a procela passou; mas deixou fundas cicatrizes na alma nacional. A ditadura estado-novista caducou. Diga-se de passagem, e para honra desta Corte, que os exilados, aliás condenados pelo Tribunal de Segurança, retornaram ao Brasil, em 1945, sob a proteção de *habeas corpus* concedido, por unanimidade, pelo Supremo Tribunal Federal.

A Constituição de 1946 reabriu um período de ordem jurídica que iria completar-se em 1947, com a reorganização dos Estados federados. Mas as seqüelas do longo período de exceção não se apagaram de vez. O país mudara e muito. Houve um período de bonança, mas não tardaram as agitações e crises intestinas, com febre crescente. Um presidente se suicidou, outros dois foram destituídos; um renunciou, outro caiu. Fazia-se então a campanha da antifei. Dizia-se que a Constituição era obstáculo ao governo do país; as leis, empecilho à administração. Terminou caindo o edifício institucional.

E tudo recomeçou. Novo período de anormalidade, que deveria ter a duração de noventa dias, durante os quais estiveram suspensas as garantias institucionais e funcionais. Mas, como revolução dá em cacho, como dizia Assis Brasil, o retorno à ordem legal durou pouco. Completa desordem institucional se instalou. Outra vez o arbítrio arranhou o Supremo Tribunal Federal. O número de seus membros foi aumentado de 11 para 15 juizes. Algum tempo depois, outro esforço no sentido de voltar o país ao leito constitucional. Teve a duração das rosas. Novamente o Supremo Tribunal Federal foi atingido. Seus membros, de 15, voltaram a ser 11. Da Corte foram expelidos os Ministros Evandro Lins, Hermes Lima e Victor Nunes Leal.

As garantias individuais e liberdades pessoais reduzidas a nada. Novos exílios. Prisões cheias. Violência sem conta. Muitos presos não voltaram à luz do dia. Torturas. O *habeas corpus* e o mandado de segurança mutilados. O Poder Executivo pôs-se acima da lei e vedou a apreciação judicial de determinados atos seus. Quase dez anos durou essa situação. Foram anos penosos e humilhantes. Não faltou o grotesco. Mas também não faltou

a resistência viril. A tribuna parlamentar, sem sombra de proteção legal e sujeita ao arbítrio sem peias, teve momentos de glória.

Em um desses anos sombrios, em novembro de 1972, o Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Aliomar Baleeiro, disse estas palavras tristes, mas verdadeiras e necessárias. Dirigindo-se a juizes, referiu-se ao Brasil como o

“único país do mundo ocidental e do nosso tipo de cultura, talvez, em que nos tempos atuais os juizes podem ser demitidos ou aposentados de plano, sem defesa, recurso ou motivação expressa.”

Até que a situação começou a ceder e amainar, e se foi normalizando progressivamente. O colégio eleitoral, concebido para assegurar a vitória tranqüila de seus engendradores, ensejou a vitória da oposição, a despeito de todos os inauditos casuísmos adotados. Por fim, foram sendo restabelecidas as franquias democráticas, por esforços memoráveis de muitos.

Faz algum tempo, todas as garantias existem, sem restrição alguma. A Nação goza de mais ampla liberdade. Uma Assembléia Constituinte foi eleita e funcionou livremente. Nova Constituição foi promulgada. Não sei se boa, não sei se má. É provável que boa e má. Faço votos que seja mais boa do que má. De qualquer sorte, nunca houve liberdade mais ampla do que agora. Deus seja louvado pelo restabelecimento da ordem constitucional legítima. O centenário transcorre em ambiente e condições inversas dos existentes quando transcorreu o cinqüentenário da República. Graças e graças sejam dadas a aqueles que lutaram e contribuíram para essa alteração memorável.

Embora José Bonifácio, o Moço, na sua cátedra na Faculdade de São Paulo, sustentasse o cabimento do contraste judiciário da constitucionalidade das leis sob a Constituição do Império, foi sob a República que o Judiciário passou a ter o poder de conferir a harmonia da lei com a Constituição. Durante os quarenta anos da chamada República Velha, o Judiciário brasileiro firmou jurisprudência a respeito, segura e pacífica.

Mas, decidindo caso a caso, poderia ocorrer que aos tribunais e ao próprio Supremo Tribunal Federal chegassem dezenas, centenas, milhares de casos iguais, e que teriam de ser julgados um a um.

O constituinte de 34 adotou medida simples e fecunda ao conferir ao Senado a faculdade de suspender a vigência da norma declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Desse modo, o Senado podia praticamente generalizar o efeito da decisão do Supremo Tribunal, que deixava de valer apenas para as partes litigantes e passava a valer para os demais interessados, ainda que do processo não tivessem participado. Suspendendo a eficácia da norma questionada, ela deixava de ser aplicável e de ser aplicada.

Foi tão fugaz a vigência da Constituição de 34 que a novidade não chegou a deixar rasto. Sob a Constituição de 46 a cláusula de 34 foi reiterada, e outra, relativa ao processo da intervenção federal, haveria de ensejar larga aplicação e frutos talvez inimaginados pelo constituinte.

Com efeito, dispôs o artigo 8.º da Constituição de 46:

“A intervenção será decretada por lei federal nos casos dos n.ºs VI e VII do artigo anterior.”

No caso do n.º VII, rezava o parágrafo único:

“No caso do n.º VII [inobservância dos princípios constitucionais], o ato argüido de inconstitucionalidade será submetido pelo Procurador-Geral da República ao exame do Supremo Tribunal Federal, e, se este a declarar, será decretada a intervenção.”

Pois essa cláusula, segundo a interpretação do Supremo Tribunal Federal, abriu espaço ao julgamento *in thesi* de leis estaduais em face da Constituição Federal. Assim, ao lado do julgamento *in casu*, tradicional, de inspiração norte-americana, o julgamento *in thesi*, ainda que limitado à legislação estadual. A senda aberta quando da apreciação de várias Constituições estaduais de 1947 alargou-se significativamente e com resultados benfazejos. Tanto assim que a Emenda n.º 16, de 1965, introduziu cláusula no art. 101, I, da Constituição de 46, contida na letra *k*, pela qual não só constitucionalizava a construção pretoriana quanto à legislação estadual, como permitia que o Supremo Tribunal julgasse *in thesi* também as leis e atos normativos federais.

A partir de então, o Supremo Tribunal Federal, como os demais órgãos do Poder Judiciário, continuou a exercer o controle de constitucionalidade das leis segundo o sistema modelado nos Estados Unidos da América, caso a caso, por via difusa, na medida em que tivesse de julgar litígios individuais, mas exercia também o Supremo Tribunal — e só ele — o controle da constitucionalidade das leis federais e estaduais *in thesi*, mediante representação do Procurador-Geral da República — e só dele —, nos termos das Leis n.ºs 2.271, 4.337 e 5.778.

A Constituição de 88 conservou o sistema de duplo controle da constitucionalidade, mas deu-lhe maior amplitude. Ao tratar da competência do Supremo Tribunal, em primeiro lugar, a Constituição declarou ser de sua competência julgar a ação direta de inconstitucionalidade — art. 102, I, *a* —, permitindo que, além do Procurador-Geral da República, outras autoridades e certas entidades — art. 103 — pudessem fazê-lo. De modo que, hoje, o Supremo Tribunal Federal tem atribuições como as da Suprema Corte dos Estados Unidos da América e tem atribuições semelhantes às das cortes constitucionais da Europa, ensaiadas depois da Primeira Guerra

Mundial e desenvolvidas depois da Segunda. Se não estou em erro, o modelo brasileiro reúne e consagra as excelências dos dois sistemas, o americano e o europeu.

A evolução do instituto no século que ora se comemora é uma das melhores contribuições ao aperfeiçoamento do sistema jurídico nacional. A sua evolução foi lenta, mas segura, progressiva e progressista, processada mediante a construção jurisprudencial e a elaboração constitucional.

— X —

Não disse uma palavra acerca de Canudos, nem do Convênio de Taubaté, e, no entanto, é hora de encerrar. Ao fazê-lo, quero salientar um fato que me parece de profunda e perturbadora significação.

Ocorre que os períodos de normalidade institucional vêm encurtando, enquanto as fases de anormalidade constitucional têm se ampliado.

O Império teve uma só Constituição, emendada uma vez, que vigorou 65 anos; a República já conta com sete e dezenas, dezenas de emendas. A primeira, de 1891, emendada em 1926, durou 39 anos; a segunda, de 1934, vigorou pouco mais de 3 anos e foi emendada uma vez; 18 anos a de 46, com 22 emendas; a de 67 não chegou a dois, retalhada pelo Ato 5; a Carta de 69, com 27 consertos, que institucionalizou o arbítrio, durou 20 anos.

Volto a dizer: os períodos de anormalidade têm se dilatado, enquanto os de normalidade, mesmo sem descontar as suas fases febris, têm se reduzido. E não apenas isso, mas, a cada fratura, mais demorado tem sido o restabelecimento da ordem constitucional.

Entre 7 de setembro de 1822 e 25 de março de 1824 decorreram 18 meses e meio; quer dizer, o Brasil se libertou de Portugal e em ano e meio estava constitucionalizado, a despeito da frustrada Constituinte de 1823.

Apenas 15 meses decorreram entre 15 de novembro de 89 e 24 de fevereiro de 91, e nesse interregno mudou-se a forma de governo, substituiu-se a forma de Estado, separou-se Estado de Igreja, e tudo isto meses depois de abolida a escravidão; ou seja, foram erradicadas instituições seculares que haviam acompanhado o Brasil desde o seu nascimento — a Coroa, a religião oficial, o Estado unitário, o trabalho escravo.

Três anos e nove meses — a Revolução Constitucionalista de 32 no interregno — decorreram entre outubro de 30 e a promulgação da Constituição de 16 de julho de 34. Menos tempo que o governo de fato, de 30 a 34, durou a 2.^a República: 3 anos e 4 meses; e ainda sofreu as dores da Intentona Comunista, do estado de guerra, do Tribunal de Segurança, da violação das imunidades parlamentares e das franquias individuais.

O Estado Novo prolongou-se por quase 9 anos. Do golpe de 37 à Constituição de 46 — a edição das Constituições estaduais só se daria em 47 —, mais de 9 anos; mais de 9 anos, portanto, de regime de fato, ausente o povo dos negócios de Estado, desfeita a Federação, a insegurança individual a atingir níveis assustadores.

O regime de 46 haveria de durar 18 anos, que não foram tranqüilos — um presidente se suicidou, outro renunciou, dois foram depostos, e a formidável crise de 63/64 irrompeu com o ímpeto dos movimentos sísmicos.

A partir de 65 e até ontem, não houve mais estabilidade, nem segurança; se o Estado Novo durou 9 anos, quase dez — mais que o período da Regência —, o Estado Novíssimo se estendeu de 68 a oitenta e tantos anos penosos durante os quais algumas coisas inacreditáveis aconteceram. Pode-se discrepar da interpretação do fenômeno; não se pode divergir quanto à sua ocorrência.

Os períodos de anormalidade têm se dilatado, enquanto se têm atrofiado e adelgaçado as fases de normalidade. Por quê?

Esta a dramática interrogação.

Se fizermos um corte na nossa História e a tomarmos a partir de 1930, quando começa o Brasil contemporâneo, vamos encontrar várias revoluções — a de 30, a de 32, a de 35, a de 64; vários golpes de Estado — de 37, de 45, de 55, de 65, de 68, de 69; estados de sítio, estado de guerra, prisões, cassações de direitos, torturas, exílios, tribunais de exceção e exceção sem tribunais; três Constituições promulgadas por assembléias constituintes, uma por Congresso aleijado, mais duas outorgadas; o suicídio de um presidente, a renúncia de outro, a deposição de vários. Este incompleto esboço retrata a profundidade das nossas anomalias e a gravidade das nossas moléstias; mais da metade desses 50 e tantos anos transcorreram sob governos de fato...

É tanto mais paradoxal o fenômeno quanto o Brasil tem progredido em quase todos os setores, e em muitos deles o progresso tem sido notável.

Observei que o cinquentenário da República transcorreu em pleno regime de fato, sem que houvesse república, nem federação. Graças sejam dadas quando o seu centenário, depois de anos dolorosos, transcorre em período de plenitude constitucional. Após longo sofrimento, e do esforço insano em que muitos brasileiros deram o que tinham de melhor para resgatar a sua Pátria da ignomínia da ditadura, é agradável proclamar que a Nação vive sob um regime constitucional definido. Sejam quais forem os méritos ou deméritos da Constituição, o certo é que o país vive as mais amplas franquias legais, o pleno respeito aos direitos e liberdades individuais, a irrestrita custódia judicial.

Os meios jurisdicionais para conferir eficácia às normas constitucionais

SÍLVIO DOBROWOLSKI

Juiz do Tribunal Regional Federal da
4ª Região. Professor licenciado da Uni-
versidade Federal de Santa Catarina

SUMÁRIO

1. *Explicação inicial.* 2. *A estrutura do trabalho.* 3. *Constituição — significado político-jurídico.* 4. *A norma jurídica e suas instâncias de validade formal.* 5. *O problema da eficácia das normas constitucionais no Brasil.* 6. *A inconstitucionalidade por omissão.* 7. *O mandado de injunção.* 8. *O rumo para uma Constituição Normativa.* 9. *Bibliografia.*

1. *Explicação inicial*

O problema da eficácia das normas constitucionais, por seus reflexos sobre as ordens jurídica e social, é assunto da maior importância para a *Política Jurídica*. Em momento de crise, como o atual, em que o velho deixou de vigorar e o novo ainda não está inteiramente definido, a questão ganha especial relevo, se se pretende a continuidade institucional do Estado de Direito.

No país, o caráter apenas retórico emprestado, na prática, aos mandamentos da Lei Maior, reitera-lhes a operacionalidade e é uma das causas para a falta de concretude da ordem constitucional.

O presente estudo, além de buscar a indicação de rumos a respeito, contém sumária descrição dos institutos judiciais ideados pelo Constituinte para conferir real eficácia aos preceitos da Lei Maior.

O tema se localiza no terceiro plano das preocupações da Política Jurídica, disciplina que compreende três níveis de estudo, segundo o Professor OSVALDO FERREIRA DE MELO: "Entendo sim que o estudo da Política Jurídica se possa fazer em três planos: no epistemológico, onde cabe a análise axiológica do "direito que é"; no psicossocial, onde se verifica não só a existência das representações jurídicas já configuradas, mas também de quaisquer manifestações da consciência jurídica da sociedade; e, finalmente, no campo operacional, onde se montam as estratégias para afastar o direito "que não deve ser" e criar o direito "que deve ser." (MELO, 1987:12.) Dar eficácia às normas constitucionais, e o desenvolvimento posterior do assunto deixará isto bem claro, é dar à luz o direito "que deve ser", afastando aquele incompatível com a ordem constitucional, bem como cumprindo condutas positivas previstas na Lei Magna.

2. *A estrutura do trabalho*

A exposição tem início com o conceito de Constituição e o seu significado político e o papel relativo desempenhado pelo restante do ordenamento jurídico de uma sociedade. Estuda-se, a seguir, a norma jurídica e suas instâncias de validade, preliminares do problema da eficácia das normas constitucionais, no Brasil, cuidado no item subsequente.

Ao depois, passa-se ao exame, de natureza sumária, dos institutos da declaração jurisdicional da inconstitucionalidade por omissão e do mandado de injunção.

Segue a parte conclusiva, com a indicação de vias de Política Jurídica, no rumo da concreta transformação da Lei Maior brasileira em autêntica Constituição Normativa.

3. *Constituição — significado político-jurídico*

Uma Constituição escrita é um documento político e jurídico através do qual se intenta fundar, de modo racional, os princípios básicos da convivência de um povo. Nela se equaciona o modo de vida da sociedade, com o estabelecimento dos objetivos a serem alcançados, com a delimitação das esferas de atuação autônoma de cada indivíduo e daquilo que cada um pode pretender como sua quota-parte nos frutos da atividade social.

Por outro lado, a Constituição estrutura o Estado como organização habilitada a promover a cooperação social em determinado território. Em momento histórico como o atual, quando ela é elaborada pelos representantes do povo, pode-se dizer que cria o Estado na condição de aparelho a serviço da sociedade inteira, como seu instrumento necessário para alcançar a plena realização dos objetivos sociais.

Vale recordar que o Estado Contemporâneo é distante daquele dos princípios do moderno Constitucionalismo. Em vez do Estado Nomocrático, simples "gendarme" do figurino liberal, ocorreu a passagem para o Estado ativamente administrador e elaborador de programas de ação social. Resumidamente, houve o trânsito da finalidade de mera conservação para a de transformação efetiva da sociedade. No fundo dessa mudança conceitual, reside a idéia alimentada pelos resultados da Revolução Industrial de que as mudanças sociais não são obra da natureza, mas conseqüências de atividade técnica programada. O constitucionalismo social, imbuído dessa crença e da pretensão ética de realizar, de fato, a igualdade entre os indivíduos, faz a Constituição transitar da retórica dos direitos individuais, para tornar-se em amplo programa de ação com vistas a modificar a sociedade, a fim de nela realizar a justiça social.

As Constituições de molde liberal conferiam direitos aos indivíduos, como esfera de autonomia, de modo que pudessem se opor à interferência do Estado em tais setores. Já o constitucionalismo social prevê, além dessas liberdades, a possibilidade de as pessoas exigirem da sociedade certas prestações positivas, uma atuação concreta em seu benefício.

Uma Constituição serve, portanto, para estabelecer as fundações de uma sociedade, para conformar o Estado que irá servi-la, e, por isso mesmo, para dar início a uma ordem jurídica. Seu papel, em relação ao ordenamento legal, é o de primeiro preceito, de feixe de regras básicas sobre a qual deverão ser desenvolvidas as restantes normas jurídicas. Sua promulgação apaga tudo que antes existia, embora se admita sobrevida, por motivos de ordem prática, para as normas jurídicas que não lhe contrariarem o espírito.

Se a Constituição tem esses efeitos tão radicais, no plano jurídico normativo, desde sua promulgação, eles só se cumprem quando a ordem constitucional for efetivamente vivida. Segundo LOEWENSTEIN, uma Constituição pode ser meramente semântica, quando se constituir em disfarce capaz de manter a dominação de um grupo às custas da sociedade. Será nominal quando as condições sociais e econômicas, mormente a falta de uma educação política, não permitem a concordância entre as regras constitucionais e a vida social e política do povo. Enfim, a Constituição será normativa quando houver correspondência entre as normas e a realidade, isto é, quando regularem, efetivamente, a convivência (LOEWENSTEIN: 1979, 219/22).

4. *A norma jurídica e suas instâncias de validade formal*

Compreende-se a norma jurídica, para esta exposição, como forma de expressão do direito, regra editada por um órgão estatal com o nome de lei (VASCONCELOS, 1978:316/7), e que se constitui como "um modelo de uma classe de ações exigidas, permitidas ou proibidas pela sociedade, em virtude da opção feita por dada forma de comportamento" (REALE, 1978:600). Serve para estabelecer como jurídicas determinadas situações ou relações intersubjetivas, permitindo que os órgãos sociais disso encarregados possam recompensar ou castigar a conduta das pessoas, conforme corresponda ou não à descrição do modelo normativo.

Essa regra ou preceito pode ser examinada, quanto à sua correspondência com valores e representações jurídicas prevalentes no grupo social respectivo. Tal operação se denomina de verificação de validade material, revelando, para o Político-Jurídico, se o *Direito que é* corresponde ao *Direito que deve ser*.

Antes dessa abordagem axiológica, indagadora da substância do preceito, cumpre, no entanto, conferi-lo sob o ponto de vista da sua forma. É o exame efetuado mediante o emprego de critérios técnicos, "para apurar se a norma, de que se trata, é formalmente boa" (VASCONCELOS, 1978:313). Proceder-se à aferição segundo as instâncias relativas à positividade, à vigência, à eficácia social e a eficácia jurídica.

Esses tópicos merecem elucidação, nos termos a seguir.

Positividade significa que a lei está disponível dentro do conjunto normativo, sendo, por isso mesmo, passível de ser exigida junto ao poder social encarregado de sua concreta atualização, por meio dos órgãos sociais antes referidos, capazes de fazê-lo, se necessário, inclusive com o emprego da força (VASCONCELOS, 1978:315).

Vigência é o termo utilizado para fixar o período, o tempo de disponibilidade da lei, desde o início de sua existência, formalizada pela promulgação, até que cesse sua aptitude para regular as relações sociais a que se reporta.

A eficácia social corresponde à concreta observância do modelo normativo pelo grupo social para o qual vige. Distingue-se da eficácia jurídica, que é a capacidade para produzir efeitos jurídicos, dependendo de estar a norma apta para regular as relações intersubjetivas, ou seja, de estar tecnicamente pronta, de contar com a devida instrumentalização para ser efetivamente aplicada às situações nela previstas. A eficácia jurídica é pressuposto da eficácia social, somente atingível quando a norma

possua o necessário aparato técnico que permita sua efetiva aplicação às relações sociais que visa regular.

5. *O problema da eficácia jurídica das normas constitucionais*

Em vista de sua eficácia jurídica, é costume classificar as normas da Constituição em três espécies.

Por primeiro, as de eficácia plena, cuja aplicação independe de qualquer providência, defluindo da própria dicção do texto da Lei Magna, no qual estão presentes todos os elementos para tais normas produzirem seus efeitos jurídicos. Serve como exemplo a regra consignada no art. 5.º, LXXVII, da Constituição em vigor, que estipula:

“são gratuitas as ações de *habeas corpus* e *habeas data*, (...)”.

Outras há, cuja exata extensão ou significado dependem de legislação infraconstitucional, restando, pois, sua eficácia a aguardar essa regulamentação legislativa. Desse tipo, a norma do art. 7.º, I, da Lei Maior, assim expressa:

“São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, (...):

I — relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que previa indenização compensatória, dentre outros direitos.”

É preciso, a propósito, que a lei complementar especifique quando a despedida do trabalhador será considerada arbitrária ou com justa causa, e, ainda, determine os parâmetros da indenização e os outros direitos prometidos no texto constitucional. Sem isso, a regra antes transcrita não *pode ser aplicada, é destituída de eficácia imediata*.

Por último, a Constituição apresenta normas definidoras de diretrizes endereçadas à sociedade e aos órgãos estatais, para cumprirem determinados programas, em alguns setores da vida social. São denominadas de *programáticas* e orientam para a adoção de medidas de variada natureza — política, legislativa, administrativa, econômica, técnica etc. —, imprescindíveis para o alcance das metas pretendidas pelo constituinte.

Compreende-se entre elas o disposto no art. 205 da Carta vigente, do teor seguinte:

“A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade,

visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.”

Para cumprir esse dispositivo, serão necessárias ações concertadas, dos órgãos públicos e da comunidade, com vistas a difundir a educação, com observância das metas indicadas no texto. À plena eficácia da regra não bastam providências legislativas, sendo necessárias outras a nível de atividades práticas.

As normas constitucionais dependentes de legislação e as de natureza programática possuem, como as demais, natureza jurídica, não se constituindo em meras promessas de incerto cumprimento. A sua eficácia jurídica difere, no prisma temporal, das normas auto-suficientes, sendo certo, no entanto, que, desde logo, é de reconhecer a inconstitucionalidade de leis ou atos jurídicos que disponham em contrário a esses preceitos da Constituição.

A edição de diplomas integradores e o cumprimento dos programas constitucionais dependem de tempo para a aprovação dos textos e das políticas respectivas. Por vezes, é preciso se haver com a escassez dos recursos necessários. Em conseqüência, a plena eficácia de normas tais é diferida até se removerem os obstáculos existentes.

No Brasil, a experiência das Constituições de 1946 e de 1967 mostrou-se infeliz, com o total desatendimento aos preceitos desprovidos de eficácia plena, mormente aqueles ligados ao constitucionalismo social. É clássico o exemplo da participação dos empregados nos lucros da empresa, da Carta de 1946, que permaneceu como letra morta.

Na afirmativa de PAULO LOPO SARAIVA, “a parálise dos Poderes Executivo e Legislativo, no que concerne à plenificação das normas de caráter social, contribui para a descrença popular com referência ao ordenamento jurídico brasileiro” (SARAIVA, 1988:33).

O constituinte de 1988 atentou para o problema e buscou institucionalizar meios jurisdicionais para obviar, conforme possível, a omissão dos órgãos estatais, nos aspectos referidos.

6. *A inconstitucionalidade por omissão*

A respeito da integração das normas constitucionais pelos Poderes constituídos, algumas vozes afirmavam a plena liberdade do Legislativo e do Executivo, para decidir sobre a conveniência e a oportunidade em dar os meios para a Constituição atuar. A boa doutrina, contudo, reconheceu que a mora injustificada envolvia a vigência da Constituição, descumprindo-a desse modo.

O Tribunal Constitucional da República Federal da Alemanha, em acórdão de 29 de janeiro de 1969, afirmou que:

“O argumento de que a norma programática só opera seus efeitos quando editada a lei ordinária que a *implemente implica*, em última instância, a transferência de função constituinte ao Poder Legislativo, eis que a omissão deste retiraria de vigência, até a sua ação, o preceito constitucional.

Não dependendo, a vigência da norma constitucional programática, da ação do Poder Legislativo quando — atribuível a este edição de lei ordinária —, dentro de um prazo razoável, não resultar implementado o preceito, sua mora implica em violação da ordem constitucional.” (GRAU, 1985:44)

Estendeu, então, aquela Corte a declaração de inconstitucionalidade, tradicionalmente aplicada aos atos positivos violadores da Lei Maior, para abranger as hipóteses de ofensa por omissão. A Política Jurídica resultante assentava no reconhecimento de que todos os preceitos da Constituição, mesmo ao envolverem programas políticos, eram dotados de eficácia jurídica, obrigando os Poderes constituídos às medidas necessárias para torná-las realidade, através da criação do Direito que deveria ser, e implementar a sociedade justa prometida no documento constitucional.

O texto vigente no país, fulcrado ainda nos precedentes da Constituição da Iugoslávia, de 31 de janeiro de 1974 (art. 377), e da Constituição portuguesa de 1976 (art. 297 e art. 283 da Revisão de setembro de 1982), conferiu ao Supremo Tribunal Federal a função de declarar “a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional”. Proferida decisão em tal sentido, “será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias” (Constituição, art. 103, § 2.º).

A ação de inconstitucionalidade pode ser proposta, no caso, pelas seguintes autoridades e entidades enumeradas no art. 103, *caput*, da Constituição:

- I — o Presidente da República;
- II — a Mesa do Senado Federal;
- III — a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV — a Mesa da Assembléia Legislativa;
- V — o Governador do Estado;

VI — o Procurador-Geral da República;

VII — o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII — partido político com representação no Congresso Nacional;

IX — confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.”

A essas pessoas e órgãos foi atribuído o elevado papel de defensores da sociedade na exigência de concretizar o plano consubstanciado na Lei Maior. Atendeu-se à observação de FÁBIO KONDER COMPARATO, de que, no Estado Social, “os grupos beneficiados com os programas de ação têm direito à aplicação desses programas, devendo ter direito a uma ação para exigí-la” (COMPARATO, 1986:20).

A “ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias” pode parecer medida sem maior significado. Anote-se, antes, resultar essa solução do princípio da separação de poderes, por não caber ao Judiciário a fixação de prazo a outro Poder, bem como em vista de não lhe competir a formulação de regras gerais, capacidade exclusiva do Legislativo. Aquele comunicação, no entanto, ao cabo do reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão, tem profundo efeito de natureza política, ao conformar a opinião pública no sentido de existir indesculpável violação de preceito da Lei Magna. Desatendida a recomendação do Supremo Tribunal, caberá ao povo, através do sufrágio, aplicar eficaz sanção aos seus representantes omissos com seus deveres.

7. O mandado de injunção

Quando a omissão integradora de dispositivo constitucional se referir a direitos e garantias fundamentais, tocará ao órgão judiciário regular a norma para o caso concreto. É a hipótese do mandado de injunção, consoante dicção do art. 5.º, LXXI, da Constituição: “Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.”

Para seu cabimento, será necessário encontrar reunidos os seguintes pressupostos:

a) um direito, uma liberdade ou uma prerrogativa indicados no transcrito art. 5.º, LXXI;

b) a concreta inviabilidade do exercício desse direito, liberdade ou prerrogativa;

c) que essa inviabilidade resulte da falta de norma regulamentadora, indispensável para o mencionado exercício.

É, portanto, caso de omissão normativa, referente à regulamentação de preceito constitucional não auto-aplicável. Diferentemente da hipótese da inconstitucionalidade por omissão, cabível em tese, o mandado de injunção exige, pelo menos, um prejudicado em concreto, em razão da falta de norma, que, de fato, impeça o gozo do direito, da liberdade ou da prerrogativa mencionados.

O instituto deita raízes nas *injunctions* praticadas nos Estados Unidos da América do Norte, pelas quais a Suprema Corte daquele país teve decisivo papel na consecução da política de integração racial, na década de 60. Afina-se, também, ao precedente alemão antes referido, para o qual a mora legislativa “pode ser declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário, competindo a este ajustar a solução do caso *sub judice* do preceito constitucional não implementado pelo legislador, sem prejuízo de que o Legislativo, no futuro, exerça suas atribuições constitucionais” (GRAU, 1985:44).

À guisa de melhor esclarecimento, é preciso fixar com precisão o alcance dos direitos, liberdades e prerrogativas referidos no inciso LXXI, antes transcrito. Compreendem-se neles os direitos individuais, os direitos sociais e aqueles diretamente ligados à cidadania e à nacionalidade; em suma, os direitos mencionados nos arts. 5.º a 17 da Constituição. Na superior explanação de CALMON DOS PASSOS, “a criticável técnica do constituinte brasileiro, a nosso ver, não determina problemas maiores de natureza prática. Na verdade, a distinção entre liberdade fundamental e direito fundamental é mais filosófica que de direito positivo ou de dogmática jurídica. Tudo quanto se enumera nos arts. 5.º a 17, quando referível a situações subjetivas, são direitos (*lato sensu*) constitucionais, resultem eles da própria condição humana e apenas estejam merecendo a ratificação (indeclinável) jurídico-positiva (liberdades) ou traduzam outorga deferida, de modo qualificado, aos sujeitos de direito, na sua condição humana, pela ordem jurídica positiva (direitos). Também aí se situam prerrogativas inerentes à nacionalidade (condição de brasileiro), soberania (condição de detentor originário do poder político) e à cidadania (condição de eleitor e de elegível, e de participe do processo político)” (PASSOS, 1989:108).

8. O rumo a uma Constituição normativa

Os meios jurisdicionais sucintamente descritos constituem recursos de Política Jurídica para dar eficácia jurídica concreta a todas as normas

constitucionais. Para que se chegue a uma *Constituição normativa*, em país como o Brasil, onde é tradicional o divórcio entre o *país real* e o *país legal*, tais institutos necessitam ser vivenciados fundamentalmente por dois prismas.

Em primeiro lugar, o Poder Judiciário tem de compreender a grandeza dessa nova missão a ele atribuída e encarar com firmeza o relevante papel político, a ela ínsito, de concreta construção da Lei Magna. O outro aspecto é o de ser necessária uma cidadania ativa, através da qual os brasileiros não continuem à espera de dádivas do poder, mas saibam lutar pelos meios democráticos e legais, na construção de uma "sociedade livre, justa e solidária" (Constituição, art. 3.º, I).

9. BIBLIOGRAFIA

COMPARATO, Fábio Konder. Novas funções judiciais no Estado moderno. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, (614): 14-22, dez. 1986.

GRAU, Eros Roberto. A Constituição brasileira e as normas programáticas. *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*, Forense, Rio de Janeiro, (4): 40-8, 1987.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. Trad. de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona, Ariel, 1979, 819 p.

MELO, Osvaldo Ferreira de. Considerações sobre Política Jurídica. *Revista Sequência*. Florianópolis, 15 (2): 11-7, jul./dez. 1987.

PASSOS, J. J. Calmon de. *Mandado de Segurança Coletivo. Mandado de Injunção. Habeas Data*. Constituição e processo. Rio de Janeiro, Forense, 1989, 108 p.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 8ª ed. São Paulo, Saraiva, 1976, 2 v., 745 p.

SARAIVA, Paulo Lopo. Os direitos sociais e a inconstitucionalidade por omissão. *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*, Forense, Rio de Janeiro, (5): 27-33, 1988.

VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da Norma Jurídica*. Rio de Janeiro, Forense, 1978, 410 p.

O controle da constitucionalidade das leis e o direito adquirido

PAULO LUIZ NETO LÔBO

Professor da UFAL. Procurador de Estado

SUMÁRIO

1. *Introdução.* 2. *Efeitos do controle de constitucionalidade e os fatos anteriormente constituídos.* 2.1. *Os sistemas de controle da constitucionalidade e a opção da Constituição de 1988. Via incidental e ação direta.* 2.2. *Natureza da decisão judicial: declarativa ou constitutiva. Ineficácia.* 2.3. *Alcance da ineficácia: "ex nunc" ou "ex tunc".* 2.4. *Aplicação do princípio "quod nullum est, nullum effectum producit".* 2.5. *Orientação dominante.* 2.6. *Direitos adquiridos contra a Constituição: estado da questão.* 3. *Fundamentos do princípio do direito adquirido e sua ocorrência analógica nas situações de inconstitucionalidade.* 3.1. *Segurança jurídica, boa-fé, equidade.* 3.2. *Aparência e presunção de constitucionalidade e a certeza de direito provocada pela lei inconstitucional.* 4. *Sobreveniência dos direitos pré-constituídos ao pronunciamento de inconstitucionalidade.* 5. *Análise do RE nº 79.343-BA do Supremo Tribunal Federal. Um caso concreto envolvendo negócio jurídico.* 6. *Conclusões.*

1. *Introdução*

Um dos problemas mais interessantes que decorrem do controle da constitucionalidade das leis é a definição e o alcance dos seus efeitos diante dos fatos jurídicos constituídos sob o império de lei posteriormente declarada inconstitucional.

A Constituição brasileira de 1988 consolidou o sistema de constitucionalidade, mantendo a competência difusa dos juízes nos casos concretos; a competência concentrada do Supremo Tribunal Federal na ação direta de inconstitucionalidade; a competência do Senado Federal para suspender os efeitos da lei julgada inconstitucional.

As novidades (art. 103 da CF) estão por conta, a) do alargamento da legitimidade ativa, na ação direta de inconstitucionalidade (antes, exclusividade do Procurador-Geral da República; agora, sendo admitidos a propô-la o Presidente da República, as Mesas do Senado ou da Câmara dos Deputados ou de Assembléia Legislativa estadual, o Governador de Estado, o Conselho Federal da OAB, o partido político, a confederação sindical); b) da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (para tornar efetiva norma inconstitucional, à míngua de legislação própria); c) da representação de inconstitucionalidade de leis estaduais ou municipais em face da Constituição estadual (art. 125, § 2.º, da CF).

Para nosso tema, dois momentos são importantes, seja na declaração incidental definitiva do STF, quando em grau de recurso, seja na ação direta:

- a) a decisão definitiva e irrecorrível do Supremo Tribunal Federal;
- b) a suspensão dos efeitos (execução) da lei pelo Senado Federal.

O art. 52, X, da CF não distingue as hipóteses, nem se resume à decisão de inconstitucionalidade no caso concreto: inclui também a ação direta. Este é o sentido do dispositivo quando se refere à “decisão definitiva do Supremo Tribunal”. Na ação direta, a decisão é igualmente definitiva, superados todos os recursos possíveis. Somente quem dita a lei (Legislativo) pode suprimi-la. O judiciário revoga decisões judiciais, não revoga leis ou atos normativos. Pode deixar de aplicá-los, mas não retirá-los do sistema jurídico. O princípio constitucional da separação dos poderes (independentes e harmônicos entre si — art. 2.º da CF) importa em controle recíproco mas não em hegemonia de um sobre outros.

Enquanto não há o segundo momento, a lei continua existindo, podendo os juízes continuar aplicando-a. Mesmo o ato do Senado não a faz extinguir: produz a ineficácia *erga omnes*. A Constituição não atribui à decisão do Supremo Tribunal Federal efeito vinculante, em relação aos demais tribunais, como ocorre no sistema do *stare decisis* anglo-americano.

Não é esse, contudo, o entendimento do Supremo Tribunal, ao menos durante a vigência da Constituição anterior: a decisão na ação direta já conteria eficácia *erga omnes*, sendo desnecessária a intervenção do Senado.

Seja como for, definido o momento em que a lei é tida por inconstitucional (plano da eficácia), não mais podendo ser aplicada, resta a solu-

ção para o problema dos fatos e direitos legitimamente constituídos, antes dele. Seria a ineficácia retrooperante, chegando a se confundir com a própria inexistência? Qual a solução, quando uma lei, por muito tempo pacificamente observada e aplicada, vem a ser, depois, considerada inconstitucional?

Os fatos jurídicos atingidos podem:

a) estar consumados, com seus efeitos inteiramente concluídos, na data do pronunciamento de inconstitucionalidade;

b) estar integralmente constituídos, mas que ainda não se fizeram valer antes do pronunciamento de inconstitucionalidade. Neste caso, há clara analogia com o direito adquirido.

Diante dos princípios convencionalmente assentes, o Judiciário (especialmente o de ineficácia *ab initio* da lei inconstitucional) tem desenvolvido um juízo de equidade constitucional, diante de fatos concretos insuperáveis e que não podem ser ignorados, quando ocorridos sob a égide de lei aparentemente constitucional (cuja inconstitucionalidade, de cariz interpretativo, não era possível às partes anteciparem) e fundados na boa-fé.

Um julgado do Supremo Tribunal Federal, embora não se tendo convertido ainda em *leading case*, chama-nos a atenção, por enquadrar o problema sob ângulo não tradicional, apontando para diretriz não ortodoxa, de fortes matizes equitativas: o RE n.º 79.343-BA, Segunda Turma, de 31 de maio de 1977.

O princípio do respeito ao direito adquirido, de natureza constitucional⁽¹⁾, dirigido ao legislador e ao intérprete, inobstante pressupor a regularidade constitucional da lei, é o mais adequado à solução do problema, mercê de sua multissecular evolução e das regras de hermenêutica fixadas na Lei de Introdução ao Código Civil:

a) a analogia;

b) a interpretação conforme os fins sociais e as exigências do bem comum.

A matéria é de conteúdo interpretativo: a Constituição e a legislação são omissas quanto à natureza e o alcance dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Adotamos, nesta exposição, como referência constante, o conceito de direito adquirido de R. LIMONGI FRANÇA, que bem sintetiza, em con-

(1) Cf. R. LIMONGI FRANÇA, *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*, São Paulo, 1982, pp. 174 e 183.

tribuição pessoal, a longa evolução doutrinária e legislativa sobre o princípio (2), especialmente a magistral obra de C. F. GABBA (3).

Embora não nos furtemos a considerações envolvendo o direito público, nossa preocupação maior dirige-se às situações e relações de direito privado, atingidas pela declaração de inconstitucionalidade.

Como adverte PIETRO PERLINGIERI, a importância dos princípios constitucionais para o trabalho do intérprete, inclusive no direito privado, em nossos dias, impõe-lhe um juízo de valor que terá na norma constitucional um ponto firme a que se apegar (4), reduzindo a esfera de discricionariedade. Mesmo que se tenha presente que, afinal, a Constituição é o que os juízes dizem que é (5).

1. *Efeitos do controle de constitucionalidade e os fatos anteriormente constituídos*

Dois grandes sistemas de controle de constitucionalidade são rodolares: o difuso e o concentrado.

Ambos partem do suposto de que a presunção de constitucionalidade das leis é *juris tantum*; isto é, até que seja julgada em contrário pelo Judiciário, tarefa que lhe coube no exercício político do princípio democrático da separação dos poderes e do princípio da supremacia da Constituição, do moderno estado de direito.

Continua, entretanto, em muitos países a vedação do controle de constitucionalidade por outro poder, fora do Legislativo, porque seria uma interferência indébita de um segmento do Estado nas leis aprovadas pelo povo, através de seus representantes.

O sistema difuso decorre da histórica experiência constitucional norte-americana. Admite que a inconstitucionalidade de lei seja pronunciada por qualquer juiz ou tribunal, nos casos concretos a eles submetidos, embora a decisão final, em grau de recurso, esteja concentrada no tribunal

(2) Cit., p. 208: "E a consequência de uma lei, por via direta ou por intermédio de fato idôneo; consequência que, tendo passado a integrar o patrimônio material ou moral do sujeito, não se fez valer antes da vigência da lei nova sobre o mesmo objeto".

(3) *Teoria della retroattività delle leggi*, Torino, 1884, v. 1º, p. 191.

(4) *Tendenze e metodi della civilistica italiana*, Napoli, 1979, p. 104.

(5) Cf. CHARLES HUGHES, *La Suprema Corte de los Estados Unidos*, México, 1946.

de jurisdição mais elevada e completa existente no país (Suprema Corte, nos Estados Unidos). A declaração é incidental, afastando a aplicação da lei. Não há declaração de inconstitucionalidade de lei, em tese.

O surgimento do sistema difuso do "judicial review" (e do próprio princípio de controle de constitucionalidade) deve-se à conhecida decisão da Suprema Corte norte-americana no caso *Marbury versus Madison*, de 1803, redigida por seu Presidente John Marshall, que fixou o poder e o dever dos juizes em negar aplicação às leis contrárias à Constituição. Não há meio termo, diz a decisão, entre duas alternativas: ou a Constituição é uma lei fundamental, superior e não mutável pelos meios ordinários, ou ela é colocada no mesmo nível dos atos legislativos ordinários e, como estes, pode ser alterada ao gosto do Poder Legislativo. Se é correta a primeira alternativa, então é preciso concluir que um ato legislativo contrário à Constituição não é lei (6).

O sistema concentrado tem como fonte a Constituição da Áustria de 1920, redigida com base em um projeto elaborado pelo jurista Hans Kelsen, com a emenda de 1929, e ainda em vigor. Por esse sistema, o poder de controle se concentra em um único órgão judiciário, que pode ser um tribunal especial ou o tribunal de jurisdição mais ampla. De uma maneira geral, os países europeus adotaram o sistema concentrado, exatamente por não acolherem o princípio do *stare decisis*, pelo qual uma decisão da mais alta corte em qualquer jurisdição vincula as cortes inferiores da mesma jurisdição. Pode ser, hoje, denominado sistema europeu, em confronto ao sistema norte-americano (difuso).

Em suas estruturas clássicas, o sistema difuso caracteriza-se pelo tipo de controle que se exerce em via incidental e o sistema concentrado pelo tipo de controle que se exerce através de ação direta ou de requerimento oriundo mas desvinculado do caso concreto (com suspensão deste até à decisão daquele).

Alguns países ficaram a meio termo entre os dois sistemas ou se valem das características de ambos.

A Constituição brasileira de 1988 optou por um sistema misto: é difuso, na medida em que admite que todos os juizes deixem de aplicar a lei que julguem inconstitucional; é concentrado, na medida em que o Supremo Tribunal Federal converteu-se em corte constitucional, competindo-lhe "precipuaemente, a guarda da Constituição" (art. 102) e julgar originariamente a ação direta de inconstitucionalidade (em tese) de lei ou ato normativo federal ou estadual e julgar, em grau de recurso, os casos concretos decididos em última instância, cuja decisão declare a inconstitucionalidade de lei.

(6) Cit. por RUI BARBOSA, *Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*, Rio, 1893, pp. 43-5.

É ampla, no Brasil, a possibilidade de julgamento de inconstitucionalidade, gerando conseqüências que refletem nos fatos constituídos anteriormente.

1.2. A Constituição (arts. 102 e 103) refere-se a "declaração de inconstitucionalidade", mas, certamente, não a confunde com o plano de inexistência ou mesmo com o plano de invalidade.

O julgamento incidental de inconstitucionalidade no caso concreto atinge o plano de eficácia, isto é, nega-se eficácia jurídica ao ato normativo, nega-se aplicabilidade, o que não pode ser confundido com inexistência ou invalidade (nulidade ou anulabilidade). O ato normativo continua a existir no ordenamento; não é revogado. Os tribunais só revogam sentenças dos tribunais. Por esta razão é que o Poder Legislativo (Senado Federal) é o único competente a suspender a execução da lei (art. 52, X, da CF) com eficácia *erga omnes*.

1.3. Considerando que o uso da expressão "declaração de inconstitucionalidade" não é dotado de referência semântica precisa, sendo muito mais adequada à inaplicabilidade (ineficácia) da lei, resulta necessário definir o alcance da ineficácia: é *ex tunc* ou *ex nunc*?

Essa questão relaciona-se a temas muito assentados em direito privado, mas de construção complexa em direito público: o da inexistência, o da invalidade e o da ineficácia dos atos jurídicos.

Se o ato legislativo inconstitucional é inexistente, então não se há de falar em efeitos. Se é inválido, então efeitos haverão de existir. Sendo anulável, existe a possibilidade de sobrevivência de efeitos (inclusive pelo convalidamento do ato), que na hipótese de nulidade é menor.

KELSEN⁽⁷⁾ diz que uma norma pertencente a uma ordem jurídica não pode ser nula mas apenas anulável, com efeitos para o futuro, por forma que os efeitos já produzidos que deixa para trás permanecem intocados.

Essa passagem de Kelsen, não muito clara, importa para a análise da decisão do Supremo Tribunal Federal (RE 79.343-BA), que adiante comentaremos, visto a ela se referir expressamente, no voto do ministro relator.

Kelsen abre a possibilidade de a norma ser anulada com efeito retroativo, citando como exemplo a anulação de uma lei penal, acompanhada da anulação de todas as decisões proferidas com base nela, ou de uma lei civil, acompanhada da anulação de todos os negócios jurídicos celebrados e decisões jurisprudenciais proferidas com fundamento nessa lei. Diz: "a lei foi válida até sua anulação. Ela não era nula desde o início". Embora não explicitado seu pensamento, nesta parte, fica evidenciado, sob pena

(7) *Teoria pura do direito*, Coimbra, 1974, p. 374.

de contradição logicamente insuperável, que, ao se referir a “pode ser anulada com efeito retroativo”, quis admitir o juízo de equidade, caso a caso, se a ordem jurídica não o veda. A retroatividade da ineficácia depende da decisão judicial. Esta solução, inclusive, terminou prevalecendo na Constituição austríaca, com a emenda de 1929⁽⁸⁾: a Corte constitucional não declara a nulidade, mas *anula* uma lei que, até o momento da decisão, é válida e *eficaz*, embora inconstitucional. A Corte tem o poder discricionário de dispor que a anulação da lei opere somente a partir de uma determinada data posterior à publicação da decisão. Semelhante princípio encontra-se nas Constituições da Turquia e da Iugoslávia.

Se a decisão for concebida como anulável, então terá um caráter constitutivo negativo. Se nula, meramente declarativo.

Mas a matéria não pode ser posta de maneira assim tão simplista, como se tudo fosse um problema de opção doutrinária. A Constituição brasileira adotou o sistema misto (difuso e concentrado). Se o sistema fosse apenas difuso, então o caráter do controle seria meramente declarativo (*ex tunc*); se fosse somente concentrado, então seria meramente constitutivo. A leitura unilateral do texto leva a conclusões inexatas, especialmente porque o nosso sistema não se filia por inteiro ao sistema norte-americano, que tanta influência exerce na doutrina e na jurisprudência brasileiras. A própria decisão do STF no RE 79.343-BA, ao buscar diretriz nova à matéria, debate-se dentro dos quadros do direito americano, optando pelo que seria a orientação minoritária (retroeficácia da decisão, temperada pela equidade) referida no *Corpus Juris Secundum*.

1.4. Por essas razões, não se pode aplicar ao controle de constitucionalidade previsto na Constituição brasileira o princípio “quod nullum est, nullum efectum producit”, isto é, da ineficácia *ab initio* do ato legislativo inconstitucional (absoluta nulidade).

Mesmo no sistema de controle difuso norte-americano, esse princípio tem sofrido sensíveis temperamentos na jurisprudência dos Estados Unidos, tendo a Suprema Corte, no caso “Chicot Country Drainage District *versus* Baxter State Bank” (1940), afirmado que a aplicação inflexível do princípio (“absolute retroactive invalidity”) não pode ser justificada, porque o passado não pode ser apagado por uma nova declaração judicial⁽⁹⁾.

1.5. A orientação dominante da doutrina e de nossos tribunais, ignorando as peculiaridades do sistema misto brasileiro, é da aplicação severa do princípio da ineficácia *ab initio*.

(8) Cf. M. CAPELLETTI, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, Porto Alegre, 1984, p. 116.

(9) Cf. W. J. WAGNER, *The federal states and their judiciary*, The Hague, 1959, pp. 102-3.

RONALDO POLETTI⁽¹⁰⁾, que também faz interessante análise do RE 79.343-BA, chegando a conclusões contrárias às nossas, entende que “não parece ser o caso de deixar de lado a doutrina tradicional de a lei inconstitucional ser assim desde sempre e não a partir da declaração judicial de inconstitucionalidade, sob pena de sério prejuízo para a lógica jurídica e subversão de nosso sistema de controle de constitucionalidade das leis”.

Quanto à lógica jurídica, não se deve sobrepor aos ditames da equidade e do princípio da boa-fé, além de não poder ignorar os fatos passados. Quanto à subversão de nosso sistema de controle, já vimos que a doutrina tradicional tem presente o sistema difuso, que não é o da Constituição de 1988.

A idéia de qualquer ato legislativo, ofensivo à Constituição, ser nulo, esteve contida no famoso voto de Marshall.

A doutrina tradicional sofre um grande impacto quando se argumenta com o advento de novo texto constitucional (originário ou de reforma). Se o ato legislativo antigo colide com o novo texto constitucional, é inconstitucional. Se é inconstitucional e não produz quaisquer efeitos desde seu início, segundo os postulados daquela doutrina, desfazem-se todos os fatos, relações e direitos anteriores. Aí, sim, existe afronta à lógica jurídica e à natureza das coisas.

Reflexo da doutrina tradicional na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal encontra-se na decisão do RE 93.173-SP, de novembro de 1982, 2.^a Turma, sendo relator o Ministro FIRMINO PAZ⁽¹¹⁾, que tem a seguinte ementa:

“Sendo inconstitucional, a regra jurídica é nula. Não incidindo sobre fato, nela, visto ou previsto, não há fato jurídico e, via de lógica consequência, o fato não produz qualquer efeito jurídico.”

Porém, a mesma 2.^a Turma do STF, ficando vencido o Ministro relator Firmino Paz, no RE 78.533-SP, de junho de 1982⁽¹²⁾, sendo relator para o Acórdão o Ministro Décio Miranda, decidiu que, no caso de funcionário de fato, a investidura baseada em norma posteriormente declarada inconstitucional, não acarretava nulidade dos atos por ele praticados, em virtude de aparência de legalidade e inexistência de prejuízo.

O STF, no RE 94.991-7-RJ, em novembro de 1981⁽¹³⁾, decidiu que as vinculações e equiparações para efeito de remuneração do pessoal do

(10) *Controle da constitucionalidade das leis*, Rio de Janeiro, 1985, p. 114.

(11) RTJ 102/671.

(12) RTJ 100/1086.

(13) LEX JSTF 41/148.

serviço público, consideradas inconstitucionais, a partir da Constituição de 1967, se foram deferidas anteriormente àquela Constituição constituiriam direito adquirido. Mais uma vez, o princípio tradicional da retroatividade foi afastado.

1.6. A doutrina tradicional afirma a tese da inexistência de direito adquirido contra a Constituição. Dos fatos jurídicos constituídos sob o império de lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Judiciário ou em virtude de novo texto constitucional não adviriam efeitos, inclusive direitos subjetivos.

Esta tese está explicitamente acolhida pelo Supremo Tribunal Federal no RE 94.414 (14), sendo relator o Ministro MOREIRA ALVES, como se vê de sua ementa:

“Não há direito adquirido contra texto constitucional, resulte ele do poder constituinte originário, ou do poder constituinte derivado. Precedentes do STF.”

Os precedentes são os RREE 90.391 e 100.144.

No voto, o Ministro relator delimita o princípio constitucional do direito adquirido: dirige-se apenas ao legislador ordinário, e não ao constituinte.

Há, entretanto, no voto a adoção da doutrina do efeito imediato, isto é: a Constituição, ao se aplicar de imediato não desfaz os efeitos passados dos fatos passados (fatos consumados; direitos findos), salvo se expressamente estabeleceu o contrário, mas alcança os efeitos futuros de fatos a elas anteriores (direitos adquiridos). São as partes anteriores e partes posteriores dos *facta pendentia*, referidos por Roubier.

PONTES DE MIRANDA (15), do mesmo modo, diz que as Constituições “têm incidência imediata, ou desde o momento em que ela mesma fixou como aquele em que começaria a incidir. Para as Constituições, o passado só importa naquilo que ela aponta ou menciona. Fora daí, não”.

Vimos que no RE 94.991-7 o STF admitiu a continuidade da percepção de vantagens pessoais de servidores públicos, extintas com a nova Constituição. Aí, os direitos adquiridos foram claramente contra a Constituição. O efeito imediato destas não os inclui.

Fica demonstrada a impossibilidade teórica e prática, além de ser lesiva à equidade, da aplicação inflexível da ineficácia *ab initio*.

(14) RDA 160: 144-51 abr.-jun. 1985.

(15) *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969*, São Paulo, 1974, t. VI, p. 392.

Mesmo para os que negam os direitos adquiridos contra a Constituição enxergam-se nuances que temperam o rigor do princípio. Para CARLOS MAXIMILIANO (16), por exemplo, para que ele destrua direito individual, anteriormente granjeado, pressupõe-se entre este e a norma suprema indubitável incompatibilidade.

2. *Fundamentos do princípio do direito adquirido e sua ocorrência análogica nas situações de inconstitucionalidade*

Feita a distinção com os fatos e direitos consumados, cujos efeitos foram concluídos, quando da posterior declaração de inconstitucionalidade de lei que os tutelava, será possível cogitar-se de persistência de direito adquirido, nesses casos?

Como visto, o direito adquirido é “a consequência de uma lei, por via direta ou por intermédio de fato idôneo; consequência que, tendo passado a integrar o patrimônio material ou moral do sujeito, não se fez valer antes da vigência da lei nova sobre o mesmo objeto” (R. LIMONGI FRANÇA). Interessa-nos, particularmente, a segunda parte do conceito, com adaptação às peculiaridades do tema: o direito não se fez valer, por qualquer circunstância, antes da declaração de inconstitucionalidade.

Entendemos que a mesma solução haverá de ser adotada. Afinal, ambas hipóteses são de direitos subjetivos regularmente constituídos, integrantes do patrimônio moral ou material do sujeito; um, já consumado, outro, ainda não exercido quando da decisão judiciária.

Nos corpos de leis de Justiniano, no século VI, em várias passagens, já se anotavam os fundamentos jurídicos da irretroatividade das leis (17): a *fides*, confiança no regime jurídico em vigor e a impossibilidade de se aplicarem normas ainda não existentes.

A irretroatividade interessa não só aos direitos adquiridos como aos direitos consumados (18).

Entre os antigos, em princípio, a lei era imutável, porque era divina. Como lembra FUSTEL DE COULANGES (19), podiam fazer-se leis novas,

(16) *Direito intertemporal*, Rio de Janeiro, 1955, p. 325.

(17) Cf. R. LIMONGI FRANÇA, cit., p. 23.

(18) GABBA, cit., p. 191, distingue bem os direitos adquiridos dos consumados: aqueles não estão ainda consumados ou efetuados. O sentido amplo abrange os dois tipos.

(19) *A cidade antiga*, Rio de Janeiro, s.d., p. 132.

mas as antigas sempre subsistiriam, por maior antagonismo que houvesse entre elas. O Código de Drácon não foi abolido pelo de Sólon, nem as Leis Reais pelas Doze Tábuas.

A evolução da humanidade levou à regra “lex posterior derogat priori” e à supremacia da Constituição. A solução dos conflitos normativos pela retroatividade irrestrita, entretanto, chocou-se com a preservação dos direitos adquiridos, que passou a ser o limite intransponível.

Os fundamentos de Justiniano são, séculos depois, reafirmados por SAVIGNY (20): a) em primeiro lugar é sumamente importante que se possa ter confiança inabalável na autoridade da lei existente. Qualquer um deve estar seguro que os negócios que ele fez segundo as leis existentes para adquirir o direito, tem pleno efeito mesmo amanhã; b) em segundo lugar, é igualmente importante e desejável que sejam conservados estavelmente em qualquer tempo os direitos e relações patrimoniais existentes; c) em terceiro lugar, o sistema oposto conduziria à impossibilidade de aplicação lógica.

Modernamente, a justificativa retira fundamento na filosofia social: a irretroatividade é salvaguarda dos direitos individuais (21), diante da potestade estatal.

2.1. O princípio da ineficácia *ab initio* é praticamente infirmado com respeito aos direitos consumados, na doutrina e na jurisprudência.

A equidade impõe a mesma consequência aos direitos adquiridos sob império de lei julgada inconstitucional.

A evolução histórica do direito adquirido tem na equidade sua inspiração constante. E sendo, como é, princípio constitucional, tem o mesmo *status* do mandamento do controle da constitucionalidade dos atos legislativos, não se subordinando um ao outro.

A única diferença, que não afasta o recurso da analogia, é que o direito adquirido *stricto sensu* prevalece sobre a lei nova que lhe seja adversa, e o direito adquirido sob lei julgada inconstitucional prevalece sobre a posterior decisão de inconstitucionalidade.

Com relação ao passado, a decisão de inconstitucionalidade produz consequências menores que o advento de lei nova. A lei nova revoga a anterior. A decisão de inconstitucionalidade (e até mesmo o ato de suspen-

(20) *Sistema del diritto romano attuale*, Torino, 1898, v. VIII, p. 390.

(21) PAUL ROUBIER, *Le Droit Transitoire*, Paris, 1960, p. 223.

são do Senado) não revoga; atinge o plano da eficácia. Invertendo o brocardo jurídico, quem pode o menos não pode o mais.

Em momento algum, a Constituição determina a retroeficácia irretrita e não é da natureza do sistema concentrado tal consequência.

Note-se mais que o julgamento de inconstitucionalidade, como todo julgamento humano, depende de flutuações de interpretações dos tribunais, que refletem os *standards* valorativos eventualmente dominantes. Não é a certificação de um dado inquestionável. O que hoje é inconstitucional, amanhã poderá não o ser, tendo por matriz o mesmo texto constitucional. A referência do RE 79.343-BA foi o RE 62.739, que entendeu ser inconstitucional (inconstitucionalidade formal) o tratamento legal de matéria de inquilinato através de decreto-lei. Entretanto, após o Plano Cruzado, decretos-leis voltaram a disciplinar o reajustamento de locações de imóveis, sendo regularmente aplicados pelos tribunais, inclusive após a Constituição de 1988.

A boa-fé é um dos princípios fundamentais de nosso sistema jurídico. Para que os efeitos jurídicos, decorrentes da incidência da norma posteriormente declarada inconstitucional, prevaleçam será necessário que os sujeitos e titulares de direito estejam juridicamente em boa-fé, isto é, tenham adquirido seus direitos em boa-fé. E, mais, que tais direitos não acarretem prejuízos a terceiros ou à ordem pública, em virtude de que o princípio da boa-fé correlaciona-se com o princípio da equidade e com a *fides* nas relações inter-humanas.

Lembra PONTES DE MIRANDA⁽²²⁾ que o direito romano recebeu da ética seu conceito. No mundo de hoje tem-se de proteger, em mais larga extensão, a boa-fé, porque a intensidade e a complexidade da vida não permitem se conheçam, sempre, todos os dados que se precisam para se saber exatamente qual a situação jurídica.

Como cláusula geral, a boa-fé preenche-se de *standards* concreto, decorrentes da realidade social de um certo momento histórico⁽²³⁾.

Outro princípio inafastável nesta sede é o da segurança jurídica.

Segundo DELOS⁽²⁴⁾, a segurança jurídica é, em seu sentido mais geral, a garantia dada ao indivíduo de que sua pessoa, seus bens e seus direitos não serão objeto de ataques violentos ou que, se estes chegam a produzir-se, ser-lhe-ão asseguradas pela sociedade proteção e reparação.

(22) *Tratado de direito privado*, São Paulo, 1974, t. I, p. 138.

(23) Cf. PIETRO RESCIGNO et alii, *Il principio di buona fede*, Milano, 1987, pp. 33-4.

(24) Cit. por EDUARDO NOVOA MONREAL, *El derecho como obstáculo ao cambio social*, México, 1975, p. 174.

Concebida dessa forma, a segurança jurídica não constitui freio algum ao progresso. A segurança de que as normas vigentes jamais seriam alteradas por outras melhores seria absurda.

Uma certa estabilidade, e um saber de antemão as normas às quais é preciso ajustar os fatos futuros, podem ser tidos como um bem social.

A segurança jurídica, em suma, consiste em que não se ponham em dúvida a existência do direito, seja objetivo, seja subjetivo. É estreita a relação com a boa-fé. A boa-fé parte da certeza do direito ⁽²⁵⁾.

2.2. Toda norma jurídica formalmente posta por quem está investido de competência legislativa ou regulamentar carrega, em si, a aparência e a presunção de legitimidade e constitucionalidade.

Não se pode exigir dos indivíduos, destinatários dos direitos, juízo de constitucionalidade das normas que são postas, toda vez que delas receberem a incidência sobre os fatos previstos, antecipando o julgamento dos tribunais.

O inverso é o que se pode esperar: a presunção da constitucionalidade. Este é o sentido da *fides romana* (confiança que os indivíduos devem ter na eficácia do sistema). Não é legítimo que os sujeitos de direito, que não editaram ou aplicaram as normas, sejam punidos com o desfazimento de relações jurídicas pré-constituídas, com a extinção dos direitos consumados ou adquiridos.

A confiança ou a certeza decorrem da aparência de legitimidade. Utilizamos aparência no significado de revelação ou manifestação da realidade e não no de velar ou ocultar a realidade ⁽²⁶⁾.

A doutrina jurídica aceita, sem restrições, o princípio da presunção de constitucionalidade das normas. Esse princípio tem orientação pacífica na jurisprudência. Parte-se da certeza de que uma norma ao ser posta em vigor teve sua conformidade à Constituição examinada e apreciada pelos órgãos do Estado que a editaram, devendo-se presumir boa e eficaz. Essa conformidade à Constituição faz parte do processo legislativo, quando da tramitação dos projetos de lei. O Legislativo não elabora uma norma para ser ineficaz.

Via de conseqüência, a inconstitucionalidade não se presume. O juiz deve abster-se de se manifestar sobre a inconstitucionalidade toda a vez

(25) Cf. CLÓVIS BEVILÁQUA, *Teoria geral do direito civil*, Rio de Janeiro, 1978, p. 25; ALBERTO TRABUCCHI, *Instituciones de derecho civil*, Madrid, 1967, t. I, p. 28; ORLANDO GOMES, *Escritos menores*, São Paulo, 1981, p. 96.

(26) NICOLA ABBAGNANO, *Dicionário de filosofia*, São Paulo, 1982, p. 64.

que possa julgar a causa e restaurar o direito violado, ou quando ela não seja inevitável para o julgamento⁽²⁷⁾.

Essa orientação tem sido afirmada pelo STF que, em acórdão de 13 de junho de 1915, assim decidiu: "quando outras razões existem para reintegração do direito violado, deve o Judiciário se abster de entrar na apreciação das que se fundem na inconstitucionalidade das leis ou decretos".

Assim, também, no direito comparado. WERTEL W. WILLOUGHBY⁽²⁸⁾ tem a presunção de constitucionalidade das leis como inquestionável. Para a Suprema Corte norte-americana (*Sinking Fund Cases*) a declaração de que ato do Congresso seja nulo nunca seria feita exceto em um caso claro. Toda a possível presunção é em favor da validade da lei.

3. *Sobrevivência dos direitos pré-constituídos ao pronunciamento de inconstitucionalidade*

A tese da ineficácia *ab initio* da norma julgada inconstitucional, apenas por amor à lógica, encerra a negativa dos princípios basilares do sistema jurídico brasileiro, nomeadamente após a Constituição de 1988. Nega a *fides*, a segurança jurídica, a equidade, a tutela da boa-fé, a presunção de constitucionalidade.

Propugnamos, sem eufemismos, que os direitos consumados e os direitos adquiridos não são atingidos pela declaração de inconstitucionalidade, quando constituídos em boa-fé e, eqüitativamente, não causem prejuízos a terceiros e à ordem pública.

Só tem ação quem tem direito. RONALDO POLETTI⁽²⁹⁾ argumenta que "as eventuais situações de fato geradas pelos efeitos práticos indevidos, emanadas da lei inconstitucional antes da declaração judicial de inconstitucionalidade devem ser resolvidas sem prejuízo da dogmática do controle da constitucionalidade". Como? Como se pode postular em juízo sem se ser portador de direitos ou de interesses legitimamente tutelados? Ademais, não são eventuais situações de fato, mas direitos consumados ou adquiridos que não podem ser ignorados.

Lei n.º 4.116, de 27 de agosto de 1962, que disciplinava a profissão de corretor de imóveis, foi declarada inconstitucional pelo STF, *dezesseis anos* depois, em todos os dispositivos que caracterizavam a atividade de intermediação nas transações imobiliárias como privativa daquela profissão,

(27) Cf. C. A. LÚCIO BITTENCOURT, *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, Rio de Janeiro, 1968, p. 116.

(28) *The constitutional law of the United States*, New York, 1910, v. I, p. 20.

(29) *Cit.*, p. 119.

sob o color de violar princípio constitucional de liberdade de exercício de trabalho. Posteriormente, foi revogada de forma expressa pela Lei n.º 6.530, de 12 de maio de 1978, inclusive os dispositivos antes declarados inconstitucionais. Milhares de relações jurídicas foram realizadas, inquéritos policiais e ações penais foram instaurados e concluídos por exercício ilegal da profissão, milhares de direitos foram postulados em juízo e nenhum foi desfeito, porque o passado não pode ser desfeito por decreto judicial.

No sistema do *judicial review*, aplicado de forma irrestrita, a lei seria ineficaz *ab initio*, o que levaria a uma perturbação da ordem social de graves proporções. Mas nos próprios Estados Unidos as exigências práticas levaram a atenuar o sistema, principalmente a partir do caso “*Chicot Country Drainage District v. Baxter State Bank*”. Em outro caso (“*United States v. Realty Co.*”) a Suprema Corte norte-americana entendeu — caso dos bônus emitidos pelos Estados e Municípios, considerados inconstitucionais — que os indivíduos que agiram em boa-fé e foram prejudicados em seus direitos, poderiam obter indenização pelos danos sofridos, embora os títulos tivessem perdido o valor.

Os atos de funcionário de fato, aqui e no direito comparado, são considerados jurídicos, e ele próprio recebeu a remuneração devida pelo exercício do cargo ou função. O Estado, por muitos anos, pode ter arrecadado determinado tributo, posteriormente declarado inconstitucional. Relações de família podem ter sido constituídas e não mais conseguem ser desfeitas. Contratos foram realizados e concluídos ou estão em execução. Bens foram transferidos ou consumidos. Decisões judiciais transitaram em julgado. Esses efeitos não podem ser destruídos de uma penada, por amor a uma dogmática que, paradoxalmente, não se aplica ao sistema jurídico brasileiro.

A declaração de inconstitucionalidade importa em juízo de equidade constitucional (Clóvis Beviláqua considerava-o um juízo político), que se pauta no conjunto dos princípios constitucionais estabelecidos, expressa ou tacitamente, dentre eles o do respeito ao direito adquirido, o da segurança jurídica, o da paz social, o da tutela da boa-fé, o da boa administração da justiça.

4. *Análise do RE 79.343-BA do Supremo Tribunal Federal*

No RE 79.343-BA do Supremo Tribunal Federal, sendo relator o Ministro Leitão de Abreu, abriu-se a discussão, naquele Tribunal, sobre a natureza do pronunciamento de inconstitucionalidade de norma jurídica, encaminhando-se no sentido que adotamos nesta exposição. Diz a ementa:

“Declaração, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, da inconstitucionalidade do Decreto-Lei n.º 322, de 7 de abril de

1967 (RTJ 44/54). Acórdão que, não obstante essa decisão, aplicou, em favor do locador, regras contidas nesse ato legislativo. Natureza da decisão que pronuncia a inconstitucionalidade de lei. Seu caráter constitutivo e sua eficácia retroativa. Caso em que não há falar-se na presunção era que se acharia o agente de haver concluído contrato sob a proteção da lei declarada inconstitucional" (30).

O STF declarou a inconstitucionalidade do Decreto-Lei n.º 322/67 (que restaurou a denúncia vazia nas locações urbanas) porque matéria de inquilinato não poderia ser regulada através de decreto-lei. A decisão, sendo relator do Tribunal Pleno o Ministro Aliomar Baleeiro, no RE 62.739-SP, de 23 de agosto de 1967, entendeu que o Decreto-Lei n.º 322 afastou-se da Constituição quando sob fundamento de "segurança nacional" disciplinou assunto estranho ao conceito desta.

Tratou-se, portanto, de inconstitucionalidade formal. Seria bastante e equitativo o desfazimento dos contratos, das coisas julgadas, dos direitos adquiridos, constituídos no período de vigência do Decreto-Lei n.º 322/67?

No voto, o Ministro relator afirma não haver consenso na doutrina e nos tribunais acerca da nulidade ou anulabilidade da lei, isto é, de sua nulidade *ab initio* ou a partir do ato declaratório da invalidade. Cita, em seguida, a fonte central do argumento esposado que é o *Corpus Juris Secundum*, referente ao direito norte-americano, notadamente no seguinte e importante trecho:

"Por outro lado tem sido sustentado que essa regra geral (nulidade *ab initio*) não é universalmente verdadeira; ... que asserções tão amplas devem ser recebidas com reservas e que, mesmo uma lei inconstitucional, é um fato eficaz, ao menos antes da determinação da constitucionalidade, podendo ter consequências que não é lícito ignorar. Tem sido sustentado por isso: que a lei inconstitucional não é nula, mas somente anulável ou que é inexecutável ... e que, enquanto essa decisão continua de pé, a lei dorme, porém não está morta."

Esta, também, é a orientação de Hans Kelsen, como acima anotamos, e que também fundamenta o voto.

Em seguida, o voto finca as seguintes bases de entendimento, para afastar a nulidade *ab initio*:

a) a presunção de validade do ato legislativo, que impõe obediência de seus comandos aos destinatários;

b) a decisão que decreta a nulidade tem natureza constitutiva;

(30) RTJ 82/791.

c) a lei inconstitucional é um fato eficaz, até a determinação da inconstitucionalidade;

d) a boa-fé dos agentes que tiveram por legítimo o ato legislativo deve ser protegida.

Até esse ponto o voto coloca-se frontalmente contrário à doutrina tradicional, de origem norte-americana. Admite, contudo, em concessão àquela doutrina, que os efeitos da decisão operam retroativamente, embora de forma limitada (de acordo com a orientação minoritária do *Corpus Juris Secundum*): deve-se apurar, “prudencialmente, até que ponto a retroatividade da decisão, que decreta a inconstitucionalidade, pode atingir, prejudicando-o, o agente”.

Apesar do grande avanço, a decisão, ao aceitar a retroatividade como regra, deixa larga margem de discricionariedade judicial, sem ter como limites objetivos a inviolabilidade dos direitos consumados e dos direitos adquiridos. Como se apura o prejuízo do agente? Apenas através da preservação de seus direitos constituídos. Não é o agente, em si, que deve ser protegido, mas seus direitos, em especial os adquiridos.

Em outra decisão, em 24 de março de 1981, no RE 93.356-MT⁽³¹⁾, o mesmo Ministro relator Leitão de Abreu reafirma sua orientação com base no *Corpus Juris Secundum*, mas dá notícia que, em outro processo, proveniente de Goiás, o entendimento majoritário do Plenário do STF era no sentido da nulidade *ab initio*.

Conclusões

Os dois grandes sistemas de controle da constitucionalidade das normas jurídicas têm características distintas.

O sistema difuso parte da experiência norte-americana que apresenta peculiaridades: a regra do *stare decisis* vincula os tribunais inferiores aos tribunais superiores, dentro de uma mesma jurisdição. A decisão é proferida em via incidental, diante do caso concreto. Por essa razão entende-se a norma inconstitucional como nula *ab initio*.

A Suprema Corte norte-americana, no entanto, admite temperamentos à regra, havendo casos em que a decisão não retroage.

O sistema concentrado, ao contrário, inspirado na Constituição austríaca, com a Emenda de 1929, determina que apenas a Corte constitucional pode decidir sobre a constitucionalidade das leis, sendo inversa a regra: a decisão não retroage, salvo em casos excepcionais que ela própria define. O pronunciamento judicial é sempre em tese. A declaração incidental difusa, no caso concreto, não é permitida.

(31) RTJ 97/1369.

A Constituição de 1988, do Brasil, adotou uma fusão dos dois sistemas: permite a declaração incidental nos casos concretos e converte o Supremo Tribunal Federal em Corte constitucional, com exclusividade para julgar a ação direta de inconstitucionalidade, postulada por legitimados a agir expressamente determinados. Na declaração incidental ou difusa, a decisão do tribunal superior não vincula as cortes e juizes inferiores, que continuam a aplicar a norma jurídica, porque no sistema romano-germânico, diferentemente do sistema de *common law*, o juiz não cria nem extingue norma jurídica.

Por essa razão, a regra da ineficácia *ab initio* do direito americano (mesmo temperada pelos tribunais) não pode ser aplicada ao sistema misto brasileiro da Constituição de 1988.

No sistema brasileiro, o princípio adequado é o de respeito aos direitos consumados e aos direitos adquiridos (que ainda não se fizeram valer, antes da declaração de inconstitucionalidade) constituídos sob o império da norma posteriormente julgada inconstitucional, desde que, equitativamente, não prejudiquem direitos de terceiros ou a ordem pública, e sejam plasmados na boa-fé.

A natureza da decisão, seja na ação direta, seja incidental no caso concreto, é de ineficácia e não de invalidade (nulidade ou anulabilidade) e muito menos de inexistência da norma jurídica. A norma deixa de ser aplicada, mas continua a existir até sua revogação.

A decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, nas duas hipóteses (via incidental ou ação direta) para valer *erga omnes* depende da suspensão da execução da norma jurídica pelo Senado Federal, que mesmo assim não atinge a existência dessa norma, o que somente ocorreria se o Congresso Nacional (incluindo a Câmara dos Deputados) a revogasse.

A decisão possui caráter constitutivo de ineficácia. Por ser juízo de equidade constitucional, haverá de ter presente o conjunto de princípios informadores do sistema adotado, tácita ou expressamente, pela Constituição, especialmente o do respeito ao direito adquirido, o da tutela da boa-fé, o da segurança jurídica, o da aparência ou da presunção de constitucionalidade, asseguradores da *fides* ou confiança dos indivíduos nas relações inter-humanas.

Dessa forma, elimina-se a discricionariedade judicial da retroatividade, mesmo quando prudencialmente apurada.

Não se trata de sobrevivência da lei inconstitucional mas dos efeitos decorrentes de fatos jurídicos que se constituíram regularmente no passado. Assim demarcada, a retroatividade da decisão de inconstitucionalidade passa a atender ao interesse público, até porque o princípio de direito adquirido não apresenta caráter absoluto.

La administración pública y la reforma del Estado

JORGE LUIZ MAIORANO

Profesor titular de Derecho Administrativo
en la Universidad de Belgrano y del Salva-
dor (Buenos Aires), Argentina

SUMARIO

I. A donde va el Estado? II. Situación en América Latina. III. La situación en Brasil. IV. La situación en la Argentina. V. Los condicionamientos de la administración pública. VI. La reforma del Estado. VII. La reforma del Estado en el ámbito regional. VIII. La relación del Estado y el sector privado. IX. Principio de subsidiariedad. X. Los cometidos de la administración pública frente a la reforma del Estado. XI. Privatización: principios generales. XII. Experiencias mundiales en materia de privatizaciones. XIII. La reforma del Estado en la Argentina. XIV. La reforma del Estado y la soberanía. XV. Conclusión.

I. A donde va el Estado?

De manera inicial debemos plantearnos algunos interrogantes. ¿A donde va el Estado? ¿Nos encontramos ante la crisis del estado providencia?

Texto de la conferencia pronunciada el día 10 de noviembre en la Universidad Federal de Paraná, Curitiba, Brasil, en el Curso de Extensión Universitaria sobre La Administración Pública y la Nueva Realidad Brasileña.

Ello nos permitirá situar con cierta precisión, tanto en el terreno teórico como en el práctico, la misión que le cabe en el mundo contemporáneo, especialmente en el ámbito económico.

Una primera aproximación me lleva a afirmar, desde ya, la necesidad de un pronto redimensionamiento de la intervención estatal en la sociedad.

En efecto, la situación actual, por encima de las disquisiciones teóricas, nos muestra un crecimiento inusitado del Estado en cuanto a su participación en el proceso económico.

Como expresara mi querido amigo y eminente jurista Sergio Ferraz, en una conferencia pronunciada en julio de 1978, en Bogotá, en el Ier. Curso Internacional de Derecho Administrativo, sobre el tema "El control de las empresas estatales", "es sabido que las alteraciones históricas verificables en los sistemas sociales, con las correspondientes reformulaciones de las estructuras económicas, sociales y políticas, llevaron al Estado, de manera creciente, a intervenir en el ámbito privado para garantizar eficazmente la realización de sus finalidades, asegurando su propia subsistencia. Los excesos del liberalismo económico habían engendrado el nacimiento del estado intervencionista. Las exigencias sociales de las poblaciones, la urbanización desenfrenada, el surgimiento de nuevas formas de relación económica, condicionaron y hasta indujeron ese papel intervencionista. Esa intervención, limitada inicialmente a un carácter esencialmente regulador — de allí el florecimiento de las concesiones de servicios públicos — evoluciono naturalmente hacia la prestación, por el propio Estado, de tales servicios. Como última etapa de esta evolución, señala Ferraz, el Estado, afecto a las formas empresariales, pasa a actuar en otros campos económicos distintos de los servicios públicos. Es la etapa más avanzada de ese fenómeno, pero también la más susceptible de provocar abusos ya que el Estado concurre deslealmente, sin desprenderse de todos sus atributos, asumiendo un gigantismo económico que implica, necesariamente, un gigantismo político".

Como señala Ramon Martin Mateo, destacado administrativista hispánico, con esa gracia tan peculiar de los españoles: "El Estado abstencionista era gendarme, diplomático, guerrero, carcelero, legislador o recaudador de impuestos. Se ocupaba de que un vecino no cortara flores en el jardín de otro, pero no se ocupaba de regar ni cultivar esas flores. Con el tiempo, sin embargo, acabo transformándose en jardinero".

Discutir si el Estado debe seguir siendo el guardian nocturno del proceso económico, o si puede ser o no propietario de los medios de producción, no deja de ser ahora una discusión bizantina. Es que la realidad ha sobrepasado a las ideologías. Lo que comenzo teniendo un tinte ideológico se ha convertido hoy en una cuestión estrictamente pragmática.

Cabe tener presente aquí que las economías que están dentro de la órbita soviética están virando sus cursos, otorgando más libertad a sus

respectivos sistemas. La tan mentada *perestroyka* y otras reformas que se están llevando a cabo en los países socialistas, nos están demostrando hasta que punto el problema comenzo siendo ideológico pero ahora transita por otros carriles.

Reitero, entonces, que a mi juicio el problema de la intervención del Estado en la sociedad no es dogmático sino que está relacionado con las circunstancias históricas del momento que se vive.

La ampliación de competencias y funciones que asumio el Estado afectaron, fundamentalmente, a la función administrativa, ejecutiva o realizadora del Estado ya que la administración pública dejo de ser una simple administración de legalidad — propia del Estado liberal — para asumir la prestación de servicios y la gestión de empresas consideradas indispensables.

Por ello, el tema del redimensionamiento del Estado, del reordenamiento de sus funciones se planea, primordialmente, en el plano de la administración pública. Este, por otra parte, va a ser el enfoque que le voy a imprimir a mis ideas en esta exposición.

II. *Situación en América Latina*

América Latina no permanecio ajena a este proceso de intervención del Estado en la economía iniciado en Europa en las primeras décadas del presente siglo y que ha adquirido su actual configuración luego de la depresión de los años treinta acentuándose con la Segunda Guerra Mundial.

Los países del area viven actualmente una aguda crisis económica. De acuerdo a las conferencias económicas regionales convocadas para examinarla, se trata de la crisis más grave de los últimos cincuenta años. En la búsqueda de soluciones, existe coincidencia en asignar un papel central al Estado.

Al mismo tiempo, los pueblos de América Latina se hallan realizando enormes esfuerzos para la consolidación o establecimiento de regimenes democráticos. Nuevamente aquí le competen al aparato estatal responsabilidades básicas. Ello implica, necesariamente, contar con un Estado eficiente, considerando el rol estratégico que cumple el Estado en las condiciones históricas presentes de la región.

A esos efectos, el aparato público debiera ser capaz de desarrollar mecanismos y canales de participación de la ciudadanía en la gestión pública.

En este sentido, justo es reconocer que mucho se ha avanzado en los países del area. Si bien en 1982 Agustín Gordillo señalaba que “la tradición

latinoamericana es adversa a los medios semidirectos de participación”, en la actualidad, existe una marcada tendencia a transformar la tradicional democracia representativa en una moderna democracia participativa. Como señala García Pelayo, “en cada coyuntura histórica hay unos vocablos cargados de prestigio, que tendencias políticas diversas pueden tratar de atraer para sí, aunque ello sea contrario al sentido originario y a la formulación clara y distinta de sus preceptos. . . En realidad, podría hablarse sino de una ley, si de una tendencia histórico-política a transformar lo que en sus orígenes era, cuando menos, una idea o concepto estabilizador. Algo de esto sucede con el concepto de participación nacido al amparo de introducir la democracia en el seno de la sociedad del capitalismo monopolista, principalmente en la administración pública y en la empresa”. Admitiendo, como lo he expresado antes, que la barrera que separaba al Estado de la sociedad ha sido franqueada con el correr de los años, cabe reconocer que ello ha producido una variante fundamental en la concepción de la acción política. Así, se han institucionalizado en algunos países de América Latina formas de participación individual y colectiva que permiten desarrollar al individuo y a los grupos sociales, un papel activo en la toma de decisiones del poder público. Entre ellas cabe citar: la intervención procedimental a través de los intereses difusos o colectivos, el *referendum*, el *recall*, el derecho de veto y el de iniciativa, los sistemas de autogestión administrativa o cogestión y, en particular, la enorme difusión de la figura del *ombudsman*, defensor del pueblo u ouvidor, según se denomina en Brasil.

III. *La situación en Brasil*

Brasil tampoco permaneció ajeno a este generalizado proceso. Así, la administración pública, como sistema de órganos a través de los cuales el gobierno presta servicios públicos e interviene en el proceso económico, puede ser de dos especies: directa e indirecta. En Brasil, las sociedades de economía mixta, las empresas públicas y las autarquías componen la administración indirecta, constituyéndose de esta forma en importantes instrumentos de gobierno, tanto en el campo económico e industrial como en los servicios públicos en general.

Se cuenta que la empresa del Estado más antigua en Brasil es, precisamente, el Banco de Brasil cuya creación data del 12 de octubre de 1808.

Sin embargo, fué a partir de 1939 cuando también aquí se aprecia la creciente evolución del rol protagónico del Estado. Entre otras empresas, cabe citar la creación del Instituto de Reaseguros de Brasil (1939), Compañía Nacional de Alcalis (1943). Compañía Hidroeléctrica de San Francisco (1945), la Fábrica Nacional de Motores (1946), el Banco de Crédito

de Amazonía (1950), Petrobrás (1953), Novacap (1956), Embratel (1962), Embratur (1966), entre otras.

No obstante la venta de una docena de empresas estatales que se efectuó en 1985 y la decisión de privatizar otras 77, en la actualidad son cerca de 500 las empresas que permanecen en manos del Estado, representando ello el 60% del producto económico de la nación.

IV. *La situación en la Argentina*

La Constitución argentina de 1853 con su ideario liberal e individualista ha guardado silencio sobre la posibilidad de que el Estado fuera protagonista del quehacer económico. En todo caso, una primera excepción a esa doctrina contraria al intervencionismo fué la creación de diversos bancos mixtos, hacia fines del siglo pasado y comienzos del presente, en cuya formación concurren los sectores público y privado.

Sin embargo, en la Argentina fué recién en 1931 cuando se va perfilando de manera más o menos definida y constante, la instauración de un régimen económico de intervención directa del Estado, en un acentuado proceso de control por sus organismos.

La necesidad de paliar los efectos producidos por la depresión ocasionada por la crisis de 1930, obligó a la utilización de recursos inéditos para mi País. Se adoptó así el control de cambios, se establecieron cuotas de importación y fué creado el Banco Central de la República Argentina con el objetivo de mejorar el sistema monetario.

Al mismo tiempo, fueron creados distintos organismos reguladores de la producción, como las juntas reguladoras del vino, yerba mate, granos y carnes, todas ellas concebidas para regular la oferta y evitar la caída de los precios. La intervención en ese momento estaba prevista como un instrumento de coyuntura al que se acudió para superar una situación transitoria y excepcional.

Luego, esa transitoriedad adquirió permanencia y, desde allí, sin interrupciones, el Estado ha crecido en su estructura hasta alcanzar una dimensión exagerada que lo vuelve impropio.

Es entonces en la década de los cuarenta donde podemos ubicar la transformación de la intervención estatal de la economía, de instrumento coyuntural en política económica institucionalizada.

A esta altura de mi exposición, creo prudente recordar que todo contexto normativo básico, toda ley conformadora de una determinada

parcela de la realidad social está impregnada del tiempo que precede su nacimiento. Solo partiendo de esta premisa podrá justificarse la creación, hacia 1949, de la figura de la empresa del Estado. Ella no fué sino el resultado del tiempo político, social y económico que entonces se vivía.

Con cuanto acierto señalo Prosper Weil que el derecho es la continuación por otros medios de la política, es decir, la transposición a esquemas lógico formales de determinadas intenciones políticas. Y que es la política sino tener idea clara de lo que debe hacerse desde el Estado con la Nación, como expresara magistralmente Ortega y Gasset.

El continuo avance del Estado sobre los particulares tuvo como consecuencia que el país descendiera hasta el subdesarrollo en el cual se encuentra mecido actualmente.

Tal como lo destacara tiempo atrás Mario Vargas Llosa, la Argentina — que hace medio siglo era una de las naciones más desarrolladas del mundo (se nos adjudicaba el 6.º puesto en el orden) logro lo imposible: subdesarrollarse.

Según los analistas financieros, la permanente necesidad de fondos por parte de las empresas del Estado, habría sido la causante fundamental — por ejemplo — de que el año 1987 mostrara un déficit fiscal del 7,4% del P.B.I. Este dato empalidece frente a otro mucho más grave: entre los años 1965 y 1987, tan solo 13 empresas (del total que existen en el ámbito del sector público) tuvieron un déficit de 52.307 millones de dólares lo cual equivale, prácticamente, a la mayoría de nuestra deuda externa.

V. *Los condicionamientos de la administración pública*

La administración pública es, por excelencia, el instrumento de acción política del Estado ya que los órganos y entes que la integran tienen a su cargo la ejecución concreta, permanente y práctica de los fines que aquel ha asumido en la sociedad moderna.

La administración pública, por tanto, es un instrumento de la política y, como tal, está condicionada por el ambiente político, social y económico que la rodea.

Está condicionada por la posición que tiene el Estado en relación al sistema económico y social que dá origen al preeminente papel que ha asumido como conformador de dichos sistemas. Se trata de un hecho que forma parte de nuestros tiempos y que la política no puede ignorar.

Pero, en la actualidad, un nuevo y decisivo elemento condiciona aún más a nuestras administraciones públicas, cual es la crisis económica que afecta a todos los países latinoamericanos, y que se manifiesta con particular incidencia en la administración, dado su papel preponderante en la economía.

Será entonces, como ya lo he adelantado, en el ámbito de la administración pública donde primordialmente, aunque no de manera exclusiva, deberá llevarse a cabo el proceso de reforma del Estado.

VI. *La reforma del Estado*

La reforma del Estado se plantea, entonces, como un imprescindible proceso de naturaleza política, que llega a la determinación de un conjunto de modificaciones deliberadas en lo técnico, lo legal y lo organizativo, a partir del reconocimiento de que la base conceptual es el redimensionamiento del Estado, entendido como democratización del aparato estatal.

El Estado, entonces, deberá reducir su participación en la producción de bienes y prestación de servicios que no hagan a las finalidades políticas esenciales. Aquellos recursos que tradicionalmente se han asignado a cubrir quebrantos en actividades que pueden ser gestionadas por el sector privado, podrán ser liberados para su utilización en áreas de mayores requerimientos sociales: educación, salud pública, viviendas sociales, fomento a la investigación científica y al desarrollo tecnológico, promoción del desarrollo cultural.

Mas esta reducción del Estado no deberá ser interpretada como un retorno al pasado a tenor de una propuesta liberal irrealizable, sino de modelar la intervención del Estado en la economía, la planificación de su gestión, la reducción del gasto público, la distribución social de la renta, todo ello para asegurar su eficiencia cuando se desempeña como empresa pública.

Se trata de reorganizar un Estado eficiente en el desempeño limitado que le corresponde aplicándole las mismas reglas sobre las que descansa el desempeño eficiente de la empresa privada.

Que el Estado intervenga para evitar monopolios y para estimular la eficiencia, pero que también el Estado sea intervenido cuando no respete las reglas que el sistema ha volcado para evitar los desequilibrios económicos. Ni libertad sin límites, ni intervención sin límites. En suma, el objetivo debe ser acercarse al funcionamiento sistemático del modelo económico.

Resulta, pues, indispensable transformar nuestros Estados. No pueden continuar siendo máquinas de impedir. Deben ser palancas formidables y

convertirse en auténticas fuentes de producción, de orientación, de incentivo, dictando los grandes lineamientos y corrigiendo las desviaciones.

Sin una profunda reforma del Estado, sin devolverle a la sociedad las funciones y estructuras de las que fué despojada por el propio Estado, no será posible la consolidación política de una democracia plena de justicia social.

En ese orden de ideas, en la actualidad, no deben existir sectores económicos en los que el Estado deba permanecer como dogma; los medios estratégicos que hacen al ejercicio activo de la soberanía, cambian, como mutan los instrumentos de dominación colonial.

Ante todo debe mediar una premisa fundamental: el estado empresario no debe estar enfrentado al hombre empresario; es su complemento y, sobre todo, sirve de fuerza estimulante para suplir los defectos del viejo liberalismo los cuales se manifestaron en la crisis de sus principios ideológicos y de su contenido de valor.

Y este estado empresario sirve también, dentro de límites racionales, para superar la deshumanización de un colectivismo en el cual el estado no solo impone, sino que domina y avasalla a la persona humana.

VII. *La reforma del Estado en el ámbito regional*

La importancia y trascendencia de la reforma del estado, no solo como un imperativo nacional, sino como una exigencia regional se puso de manifiesto recientemente en Cartagena, Colombia, con motivo de la XXVII Conferencia de la Federación Interamericana de Abogados, llevada a cabo con asistencia de representantes de los diversos países del continente.

En esa ocasión, a instancias de la Academia Interamericana de Derecho Internacional y Comparado y el Comité VIII sobre el derecho del desarrollo y la integración, la federación resolvió recomendar a los países americanos: a) la necesidad de impulsar rápidamente un proceso de desregulación burocrática, derogando las leyes y reglamentos que traban y dificultan el desarrollo de la actividad productiva; b) la implementación de políticas de apertura económica y desmonopolización de servicios y producción de bienes, como medios para promover la competencia y el incremento del comercio regional; c) la privatización de las empresas estatales, cuya crónica condición deficitaria constituye un injustificado drenaje para las economías de los países de la región y un obstáculo para su desarrollo económico y social.

También se manifestó en el sentido de reafirmar el papel protagónico del empresariado privado en la implementación del proceso de integración

latinoamericana, debiendo los estados limitarse a establecer el marco jurídico para el mismo.

Los considerandos de esa resolución hacen referencia a la imposibilidad de concretar la integración económica latinoamericana ante las economías cerradas y estatizantes de los países del área, destacando que la reglamentación estatal constituye una grave traba para el desenvolvimiento de la actividad productiva siendo ella una de las causas del estancamiento económico de América Latina.

Estas expresiones me permiten ahora abordar el tema de la relación entre el Estado y el sector privado, en el plano de la reformulación de los cometidos de aquél.

VIII. *La relación del Estado y el sector privado*

Esta relación no es, como a veces se piensa, un aspecto parcial aunque importante de la sociedad. Es, por el contrario, un ángulo de enfoque del problema social en su conjunto; es una perspectiva que ilustra sobre el tramado de relaciones que existe en una nación, sus procesos, las posibilidades de transformación y las resistencias que operan. Dicho de otro modo, las relaciones entre el Estado y el sector privado documentan la manera según la cual se ha conformado un país en esta época de cambios e incertidumbre.

Normalmente se incurre en un error metodológico de graves consecuencias prácticas: se piensa que el Estado y el sector privado son dos entes separados que mantienen entre sí relaciones más o menos estrechas, ligamentos mejores o peores según las condiciones políticas y económicas. Sin embargo, la realidad es otra: el Estado moderno y el sector privado se constituyen históricamente como parte de un único y mismo proceso que, desde luego, se expresa de manera diferenciada en los respectivos ámbitos de su competencia. La relación entre ambos es, por decirlo así, parte de su propia estructura; no se puede comprender ninguno de los dos por separado, sino en el proceso complejo, difícil y a menudo contradictorio de su constitución mutua. El Estado moderno no es un *a priori* del sector privado, pues en buena medida este explica la naturaleza de aquél; tampoco el sector privado moderno se vuelve inteligible sino en esa complicada relación con el Estado. No son la misma cosa, pero ninguno de los dos tiene autosuficiencia explicativa.

Resulta prudente señalar estos aspectos porque muchos de los errores que se cometen en los análisis habituales parten de una oposición entre lo público y lo privado, cuando en realidad deben complementarse.

IX. *Principio de subsidiariedad*

Por ello adquiere enorme trascendencia en este proceso de reforma del Estado, el principio de subsidiariedad en virtud del cual la intervención estatal que fomenta, estimula, ordena, suple y completa no debe quitar a los individuos lo que ellos pueden realizar con su propio esfuerzo e industria, ni quitar a las comunidades inferiores y menores lo que ellas puedan hacer y proporcionárselo a una sociedad mayor y más elevada, ya que toda acción de la sociedad, por su propia fuerza y naturaleza, debe prestar ayuda a los miembros del cuerpo social, pero no destruirlos ni absorberlos.

Es incuestionable, como principio, el derecho de la autoridad pública a intervenir en el quehacer económico, en cuanto el bienestar y la prosperidad (material) son contenidos ineludibles del bien común, pero también es incuestionable el deber estatal de proteger el derecho de la persona al libre desenvolvimiento de las actividades económicas destinadas a la producción de bienes de consumo y a la prestación de servicios. Vale decir que la intervención del Estado debe ser respetuosa de la iniciativa personal.

En el proceso de reforma del Estado, su intervención debe resguardar el principio de ayuda y división de competencias que define la acción impulsora, coordinadora y supletoria del poder público al servicio del bien común y la autonomía de los sujetos, las empresas y las corporaciones para desenvolver su propia actividad y cumplir todas aquellas tareas que son adecuadas a su aptitud natural.

X. *Los cometidos de la administración pública frente a la reforma del Estado*

Cuales son los cometidos de la administración pública frente a la reforma del Estado?

En primier lugar, la administración debe ser una administración reguladora en el sentido de que a la misma corresponde establecer reglas de juego de la economía privada o velar por su cumplimiento, de manera de garantizar a todos el ejercicio de la libertad económica.

Pero, además, debe ser también una administración controladora del ejercicio de la libertad económica para proteger a los débiles económicos. En esta faceta, la administración debe garantizar a todos el derecho a tener acceso a la actividad económica, aún bajo el solo papel de consumidor o usuario.

En tercer lugar, la administración debe ser una administración de fomento. Sin embargo, no se trata del fomento indiscriminado y desordenado

que caracteriza, generalmente, el derroche administrativo de los entes crediticios del Estado, sino de una técnica de promoción y estímulo que adecue la actividad privada a los planes de desarrollo social y económico del país.

En cuarto lugar, debe desarrollar una actividad empresarial, solo en las áreas que el legislador le reserva al Estado por razones de conveniencia nacional.

Un texto constitucional que responde a estos grandes lineamientos es, precisamente, el de Brasil por virtud de su Carta Magna, sancionada el 5 de octubre de 1988.

Allí se prescribe (art. 173) que la explotación directa de actividades económicas por el estado solo será permitida cuando fuere necesaria por imperativos de seguridad nacional o un relevante interés colectivo, conforme definición de ley.

La empresa pública, la sociedad de economía mixta y otras entidades que exploten actividades económicas se sujetarán al régimen jurídico propio de las empresas privadas, incluso en cuanto a las obligaciones laborales y tributarias.

Las empresas públicas y las sociedades de economía mixta no podrán gozar de privilegios fiscales no extensivos al sector privado.

Aquí debo marcar una sensible diferencia con el régimen vigente durante muchos años en la Argentina, según el cual, junto a la multiplicidad de figuras jurídicas (empresas del estado, sociedad de economía mixta, sociedad anónima con participación estatal mayoritaria y sociedad del estado) se destacan una larga serie de privilegios y prerrogativas que exorbitan al derecho común y que colocan al estado en posición francamente privilegiada frente a las empresas privadas.

Por su parte, el art. 174 de vuestra constitución ubica al estado en el justo rol de fiscalizador, planificador, promotor y regulador de la actividad económica. Ese art. 174 expresa: "como agente normativo y regulador de la actividad económica, el estado ejercerá, en forma de ley, las funciones de fiscalización, incentivo y planeamiento siendo este determinante para el sector público e indicativo para el sector privado".

XI. Privatización: principios generales

Una de las principales técnicas jurídico-económicas que procura ensanchar el marco de libertad individual y el de la iniciativa privada, es la privatización.

Se trata de una revolución silenciosa que está recorriendo el mundo sin consideración alguna de áreas (capitalista, socialista, de economías mixtas) o de países (desarrollados, subdesarrollados), con sistema de propiedad de medio de producción, indefinidos o ambiguos.

Hace varios años poco se hablaba sobre la materia, fuera del discurso retórico de algunas tribunas. Pero en la actualidad, ya se ha difundido la idea ante una serie de problemas críticos planteados a la humanidad durante los años 1968, 1971 y 1973 (auge de la desocupación, abandono del padrón oro y aumento del costo del petróleo, respectivamente), originados todos ellos en una desenfrenada expansión económica que confundió a las mentes más lúcidas.

Más de cincuenta países participan en alguna forma de este proceso — ya sea vendiendo empresas estatales o contratando por fuera servicios gubernamentales — a una velocidad y amplitud de transformación global que han sido pasmosas.

Para naciones tan diversas como Turquía, Gran Bretaña y Bangladesh, la privatización es una idea cuyo momento de ejecución ha llegado.

Uno de los principales motivos de la difusión de la privatización, especialmente en los países menos desarrollados, ha sido una conciencia producto de las crisis presupuestarias en el sentido de que las empresas administradas por el estado suelen ser "elefantes blancos" que pierden millones de dólares al año. Con el paso del tiempo, la mayor parte de los monopolios estatales se han convertido en feudos administrativos y agencias de empleo que dan acómodo a camaradas políticos imponiendo así costos directos e indirectos a los ciudadanos de los países en que se encuentran.

Continuamente deben ser apuntaladas por subsidios fiscales y otros que, conseguidos en forma de préstamos de bancos extranjeros y nacionales, obligan al sector privado a quedar fuera de los mercados de capital. La sola presencia de estas compañías estatales frustra la práctica empresarial y la innovación tecnológica.

A medida que a los gobiernos se les ha agotado el dinero y sus ciudadanos se han decepcionado de las empresas públicas, el pragmatismo ha empezado a reemplazar a la ideología.

Se impone entonces esclarecer ciertos principios básicos de tan importante tema:

En primer lugar, la privatización no constituye un fin en sí misma. Es solo un medio de ajuste distributivo entre el sector público y el sector

privado cuando ellos, en un sistema de economía mixta, se desequilibran por el incesante avance de la intervención estatal;

Segundo: a raíz de los constantes y acelerados avances tecnológicos, el estado carece de la capacidad necesaria para poder adaptarse a la transformación con el ritmo que se requiere para la época que vivimos. En tal sentido, no puede llevarse a cabo, con la misma celeridad y aptitud técnica que poseen los particulares, la toma de decisiones en materia de inversiones de magnitud para producir o prestar servicios a precios competitivos en el ámbito interno o a escala mundial.

La incapacidad natural del estado para anticipar, preveer o resolver estos problemas, unida al alto costo social de la reducción de personal que se requeriría llevar a cabo periódicamente al realizar los correspondientes ajustes, llevan a la configuración de cuantiosos déficits de explotación de las actividades industriales o comerciales o servicios públicos de esa naturaleza que realiza o presta el estado, en forma directa o indirecta.

Existen, entonces, tres buenas razones para privatizar, a saber: a) supone una reducción del gasto público, cesando los subsidios estatales para equilibrar las empresas deficitarias de dicho sector; b) permite obtener recursos provenientes de la venta de sociedades de estado, en beneficio del país; c) se logra una mejor rentabilidad en la administración de los servicios públicos esenciales, si se los organiza con los medios y métodos del sector privado.

XII. Experiencias mundiales en materia de privatizaciones

En Gran Bretaña las consideraciones que primaron fundamentalmente a la hora de adoptar las decisiones fueron de orden ideológico. Margaret Thatcher llegó al gobierno en 1979 con la bandera casi mística de la privatización, en oposición al laborismo estatizante tradicional en las *Trade Unions* y en el *labor party*.

Thatcher postuló el achicamiento del estado como *slogan* central de sus campañas electorales y de su acción de gobierno, sin importarles el grado de recesión o el incremento del desempleo que sus políticas iban a producir. Consideraba que esa primera instancia era, de todas maneras, inevitable, pero que después los beneficios se iban a notar e incluso se iban a propagar a la masa de la sociedad.

Su experiencia es mirada con mucho respeto por países de distinto sistema social y por políticos de heterogénea afiliación partidaria.

En Francia también la privatización fué ideológica, pero muy distinta a la británica. Dado el sistema mixto francés, entre presidencialista y parlamentario, las privatizaciones las tuvo que efectuar el gobierno conservador de Jacques Chirac entre 1985 y 1987, pero en el contexto del mandato presidencial socialista de François Mitterand, que en los cuatro años previos, desde 1981, había dado lugar a una nueva onda de estatizaciones en la industria y la banca. Por esa misma yuxtaposición o cohabitación, las privatizaciones de Chirac adquieren un matiz ideológico, incluso más acentuado que el de Margaret Thatcher. Tanto es así que Chirac crea para su ministro Edouard Balladur el "Ministerio de Economía, Finanzas y Privatizaciones", añadiendo el aditamento a lo que, hasta entonces, era solo "Economía y Finanzas". A la postre, Chirac es derrotado en sus aspiraciones presidenciales y vuelve la homogeneidad socialista al gobierno, con el tándem Mitterand-Rocard, pero sin el afán de revertir las privatizaciones de Chirac. A ello el socialismo francés renunció oficialmente, aunque todavía está en discusión si se seguirán privatizando otros sectores.

Alemania Federal no se plantea como prioridad el problema de la privatización porque no es significativa la participación de propiedad estatal; si, en cambio, el tema de la desregulación con el que está íntimamente vinculado.

En Italia y España las problemáticas son distintas. Hay en ambos países una fuerte presencia estatal como protagonista de la economía y la industria, pero, paradójicamente, la privatización ha venido afianzándose mejor y más rápido en España, a pesar de su gobierno socialista, que en Italia, con gobierno de coalición muy heterogeneo. Esto es así quizás porque España siente mayor urgencia de modernizar sus estructuras que Italia.

Ello ha quedado plasmado en una triple orientación privatizadora respecto de la empresa pública:

a) el estado ha rehuido toda nacionalización de empresas privadas en pérdida desde hace ya varios años, salvo algunas excepciones irrelevantes;

b) el estado ha emprendido una política de reconversión de los sectores básicos más afectados por la crisis económica (construcción naval, siderurgia pesada, aceros especiales, manufacturas textiles, maquinarias eléctricas);

c) por último, se ha implementado una política de privatizaciones bajo la premisa de rehuir ubicar el problema en un terreno filosófico o conceptual, es decir, en un terreno político, al menos hasta donde le ha sido posible y ha apelado más a razones pragmáticas y a un discurso de técnica económica. Se ha limitado, en síntesis, a sentar un principio que todos han aceptado: toda empresa, pública o privada, debe obtener beneficios pues está bien claro que cuando una empresa, pública o privada, tiene pérdidas, todos acaban perjudicados. Por consiguiente, si una empresa pública no es capaz de obtener beneficios, la solución reside en venderla, reconvertirla o cerrarla. Resumiendo, en España, el mensaje, como debe ser todo mensaje político, es conciso y claro: la cuenta de resultados debe ser para la empresa pública tan importante como lo es para la privada.

En EE.UU, el gobierno de Reagan, en los últimos años, y actualmente el gobierno de Bush, promovieron una intensa privatización de servicios públicos a nivel federal y estadual. Servicios municipales, transportes urbanos, agua y gas, servicios de correos, etc. Todo está siendo privatizado; lo que no excluye la consideración pragmática de que, cuando hay necesidad de estatizar algo, así se hace, como la línea de ferrocarril de Amtrak.

En cuanto a la URSS hay que advertir que nos anuncios privatizadores que incluye la *perestroika*, llamarían la atención a más de uno de los fundadores del socialismo. Quizás no a Lenin, quien había concebido la nueva política económica en los comienzos del Estado soviético, manteniendo una porción sustancial de la economía abierta al capital privado y extranjero, justamente para garantizar los primeros pasos del socialismo. Posteriormente, este proceso fué revertido por Stalin, quien llevó a cabo la más completa estatización y colectivización.

Pero han pasado más de 50 años, no en vano, y a la URSS le ha llegado la hora de los grandes cambios; entre ellos, se contempla la privatización de gran cantidad de tierras que no se explotan eficientemente, así como comercios, industrias y servicios pequeños y medianos. Es decir: no se proyecta privatizar los grandes resortes del proceso productivo, no obstante lo cual ciertos jefes del Estado soviético, y en particular de las fuerzas armadas, han tenido que salir a moderar los entusiasmos privatizadores, advirtiendo que el proceso de liberalización está controlado y que no se tolerará un retorno al capitalismo.

En otros países de Europe oriental, especialmente en Hungría, las privatizaciones avanzan a ritmo acelerado, y en la República Popular China se privatiza prácticamente todo lo privatizable, creándose, incluso, una bolsa de valores, símbolo del capitalismo.

En 1979-1980, China emprendió un programa de privatización de la agricultura. Cinco años después, su producción había aumentado un 80%. Después de siglos de hambre crónica, hoy no solo alimenta a sus millones de habitantes, sino además exporta. La privatización consistió en que los campesinos dispusieran de los dos tercios de su producción como ellos quisieran.

XIII. *La reforma del Estado en la Argentina*

En mi País, muy recientemente, se han sancionado por el Parlamento dos leyes que constituyen las principales herramientas con que cuenta el gobierno argentino para llevar adelante una profunda reforma del Estado.

A efectos de una mayor comprensión de los fines buscados por esta normativa, cabe reiterar una breve reseña de lo acontecido en la Argentina.

Recordemos, como ya expusiera, que a partir de la década del 40 se fué forjando el pilar de un Estado fuerte. De aquellos años surgieron proyectos de avanzada en áreas tales como la siderurgia, fabricaciones militares, energía atómica, aeronáutica, comercio exterior y finanzas.

El Estado suplanta la insuficiente formación de capital privado racional, en un proceso que en ningún momento pretendió excluir a la iniciativa privada.

Ya en el año 1954, el entonces presidente de la nación, Gral. Juan Domingo Peron remitió al Congreso Nacional un proyecto de ley modificatorio de la Ley n.º 13.653, de empresas del Estado, que se convirtiera más tarde en la Ley n.º 14.380. En dicho mensaje se expresaron los motivos que exigían la intervención del sector público, al decir: "... la política de recuperación nacional... creó la necesidad de que el Estado tuviese que intervenir en ciertos aspectos de la vida económica nacional que normalmente deben estar reservados al ámbito de la actividad privada; y es así como actualmente forman parte del patrimonio estatal, una gran cantidad de empresas de servicios públicos y otras de carácter comercial e industrial, que por razones sociales, políticas, económicas y de seguridad nacional fué necesario absorber...", agregando que "... cumplidas las finalidades que, en su oportunidad justificaron dicha política, el Poder Ejecutivo nacional tiene el propósito, enunciado en varias oportunidades, de restituir al área de la economía privada, en la medida y forma que resulte conveniente, la realización de las actividades que cumplen dichas empresas".

No obstante ese antecedente legislativo, texto inseparable de su mensaje, los sucesivos gobiernos — de facto y de iure — continuaron absorbiendo actividades, desde petroquímicas hasta hoteleras, incluyendo áreas sin ningún tipo de interés político, social o estratégico. En ese proceso se asumió, incluso, la conducción y pasivo de empresas privadas declaradas en quiebra o en concurso de acreedores, produciendo una creciente política de dilapidación de los recursos públicos que, consiguientemente, fueron cada vez más escasos para atender los servicios esenciales a cargo del Estado.

El gobierno del presidente Menem consideró, pues, necesario producir una profunda reestructuración del Estado y sus empresas, transformándolos en una empresa común dentro de la cual puedan desarrollarse las individualidades y fortalecerse el elemento básico de la cohesión social que es la familia.

En ese orden de ideas, la presencia del Estado en cada tipo de actividad deberá justificarse adecuadamente según el principio de subsidiariedad; el resultado de aquél reordenamiento contribuirá a consolidar a aquellas empresas públicas cuya transferencia al sector privado sea injustificada o la iniciativa de ese sector sea insuficiente.

Es decir que los objetivos de las leyes sancionadas por el Congreso argentino tienden a revertir la actual situación, de postración y marginación, en una total y plena coherencia y coincidencia con lo expuesto en el mensaje de la ley de 1954: cumplidas las finalidades, es hora de restituir al capital privado, en la medida de lo políticamente conveniente, las actividades absorbidas oportunamente.

En la Argentina existe actualmente consenso social y decisión política para emprender el camino de la reforma del Estado a través, entre otros mecanismos, de la privatización.

Hoy estamos en condiciones de terminar con los mitos sembrados durante años por los ideólogos y por los interesados en que todo siguiera igual.

Una de dichas Normas, n.º 23.697 — llamada Ley de Emergencia Económica — se basa en el poder de policía de emergencia del Estado, concepto que encuentra su fundamento en la Constitución nacional y: en los fallos de la Corte suprema de justicia de la nación.

Las principales disposiciones prescriben la suspensión general por 180 días de los subsidios, subvenciones y todo otro compromiso que afecte directa o indirectamente recursos del Tesoro; la suspensión, por el mismo

plazo, de todos los regímenes de promoción industrial y minera; da modificación del régimen de inversiones extranjeras de tal modo que se derogaron las normas que exigían autorización previa del Poder Ejecutivo para las inversiones de capital extranjero en el país, garantizándose de esa forma, igualdad de tratamiento a los capitales nacionales y extranjeros que se inviertan en actividades productivas.

La otra Ley n.º 23.696, llamada de Reforma del Estado, declara en estado de emergencia: la prestación de los servicios públicos, la ejecución de los contratos a cargo del sector público y la situación económico financiera de la administración pública nacional centralizada y descentralizada, entidades autárquicas, empresas del Estado, sociedades de economía mixta, sociedades del Estado y todo otro ente en el cual el Estado tenga participación total o mayoritaria de capital. Esta declaración tiene vigencia por un año, con facultad para prorrogarla por otro año más.

Se autoriza al Poder Ejecutivo a intervenir todo tipo de entes, empresas etc., a excepción de las universidades nacionales. Se faculta al Poder Ejecutivo a transformar la tipicidad jurídica de los distintos entes, así como para disponer su escisión, fusión, extinción o transformación.

Se dispone la privatización de empresas, sociedades, establecimientos y haciendas productivas de propiedad total o parcial del Estado. La privatización, que supone una declaración efectuada por el Poder Ejecutivo aprobada por ley del Congreso, puede revestir carácter parcial o total. En el procedimiento administrativo de privatización se debe garantizar la transparencia, publicidad y concurrencia de los interesados. A esos efectos, se han previsto la licitación pública, el concurso público y el remate público, todos con o sin base, y la venta de acciones en bolsas y mercados del país, fijándose que la adjudicación recaerá en la oferta más conveniente en función de variables que demuestren mayores beneficios para los intereses públicos y de la comunidad.

Se ha reglamentado también el llamado "Programa de Propiedad Participada". La idea central que lo anima se basa en el acceso de los empleados con relación de dependencia, usuarios y productores de materia prima, a la propiedad de las empresas. Opera con los mecanismos normales de una sociedad anónima; todos los adquirentes pagan sus acciones sin créditos especiales del Estado. No es una cooperativa ni un modelo de cogestión.

Este programa está dirigido esencialmente a las numerosas empresas productivas originalmente privadas, pero actualmente en el sector público, que producen bienes o prestan servicios no esenciales a los objetivos del Estado.

Los activos a transferir deben estar representados por acciones de la sociedad anónima. No hay una clase de acciones para los empleados y otra para los usuarios o los productores; todas las acciones son iguales; tienen precio, votos, generan derecho de accionistas y pueden venderse.

La ley comentada ha asegurado la protección del empleo y la situación laboral de tal modo que la privatización no implicará modificación en la situación jurídica laboral de los empleados de las respectivas empresas.

Se establece un régimen de contratación de emergencia así como diversos procedimientos para facilitar la transacción con los contratistas.

Se contempla la concesión de obras y servicios públicos como una eficaz herramienta de participación de la actividad privada en la prestación de los servicios públicos.

Se reglamento, asimismo, un plan de emergencia del empleo a ser llevado a cabo por medio de los municipios de tal forma que se encare la construcción de obras públicas a través del empleo de mano de obra intensiva sustituyéndose así cualquier tipo de trabajo por medios mecánicos.

Se dispuso también la suspensión de la ejecución de sentencias y laudos arbitrales que condenen al Estado y entes descentralizados al pago de sumas de dinero, por un plazo de dos años. Quedan exceptuados de esta disposición los créditos laborales, las indemnizaciones por expropiación, la reptición de tributos, las prestaciones de naturaleza alimentaria, entre otras.

En función de esas disposiciones, a la fecha ya se han intervenido, a afectos de su reorganización, la mayoría de las empresas públicas habiéndose encarado firmemente la privatización en el área telefónica y en el ámbito de los canales de televisión; asimismo ya se ha desregulado el sector petrolífero previéndose adoptar similares disposiciones en otras áreas vitales que tiene en su poder el Estado.

XIV. *La reforma del Estado y la soberanía*

En general, la transferencia de sectores públicos al ámbito privado ha encontrado una común resistencia, cual es la que vincula esa transferencia con una presunta pérdida de la soberanía.

La posibilidad de cualquier habitante de un país de elegir con que empresa telefónica contratar, no es un privilegio; la posibilidad de comunicarse no debe ser considerada una graciosa concesión del Estado; la facti-

bilidad de negarse a financiar las pérdidas de las empresas estatales no debe ser una utopía; tampoco el poder trasladarse en tren sin que ello se convierta en una pesadilla diaria a miles de personas; todo esto, tanto el comunicarse como el extraer petróleo en forma rentable, como el trasladarse, son derechos de todos los habitantes que el Estado de nuestros días les niega cotidianamente.

La verdadera soberanía de una nación no se mide por la cantidad de banderas ni por la cantidad de empresas o telefonos que administre, sino por el nivel de vida, posibilidades de desarrollo, ejercicio pleno de derechos y libertades que sus habitantes tengan. La auténtica soberanía pasa por la liberación de los recursos y potencialidades de un país; por una auténtica explosión de iniciativas individuales y comunitarias, en última instancia, por la participación de todos los habitantes en la construcción del país.

Al igual que ORTEGA y GASSET entiendo que "en el Estado, la nación se mira a sí misma, o, dicho de otro modo, lo que el Estado sea en una nación, simboliza la idea que esa nación tiene de sí misma. El Estado es la reflexibilidad nacional".

XV. *Conclusión*

Para concluir esta exposición, creo prudente recordar conceptos que vertiera en mi obra titulada "El Ombudsman: Defensor del pueblo y de las instituciones republicanas". Señale, en esa oportunidad, que: "el futuro no debe ser una prórroga de nuestro presente. Para que no lo sea debemos ponerle condiciones. Orientarlo hacia los rumbos que nos fijemos. Eso exige un esfuerzo de anticipación. Experiencias ajenas servirán de ayuda. Aquello que es futuro (eventual) para nosotros, es presente para otros. En eso, al fin de cuentas, consiste el subdesarrollo: en ir detrás, en ignorar los que otros ya saben y uno sabra después, en carecer de lo que otros tienen y uno podrá tener más tarde. Al indagar en otros presentes, hallaremos claves que nos faltan. Descifraremos los retos que esperan..."

La tarea no será fácil pero la meta no estará lejana en la medida que los gobernantes den acabada respuesta a esta doliente y sacrificada Latinoamérica, ávida de paz y justicia social.

En ese camino no olvidemos que, como expresara VOLTAIRE, "el mérito de los hombres y de los pueblos se mide por las dificultades que han vencido" y, por sobre todo, que "el pasado no tiene remedio, el futuro, sí" (CICERON).

Aspectos sociais do direito administrativo contemporâneo

CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA

A transformação da sociedade nos últimos momentos da História traz uma mudança de essência nas relações sociais e institucionais.

A postura do ser humano face a si mesmo e em relação ao outro fez com que se configurasse uma nova realidade política e daí surgisse uma nova sociedade renascida sob um novo pendor e, ainda que o mesmo em seu espírito e em sua vivência na busca de ser feliz, o ser humano se recoloca perante o mundo com um novo enfoque e percorrendo novos caminhos. Estes introduziram na andança histórica política do homem o fenômeno da socialização, que se revela na dupla face da condição pessoal e da condição social do homem. No processo de socialização por que passa a humanidade constata-se uma substituição do interesse individual pelo interesse público, com a conseqüente alternância da individualização pela publicização da política e dos instrumentos sociais, institucionais e estatais utilizados para a busca de concretização dos fins tidos como próprios em dado momento por determinado povo. Na segunda versão do fenômeno de socialização vivenciada pela humanidade no presente, nota-se, como consecutivo daquela primeira manifestação, o revezamento das sendas tradicionais trilhadas para o cumprimento dos objetivos postos, passando-se para o plano transindividual na luta pela realização dos interesses. Na primeira mostra do fenômeno há uma modificação da natureza mesma dos interesses e na segunda o que se altera é a forma de ser ele buscado. Nos dois planos, todavia, observa-se, nítida e indisputavelmente, a transindividualização do processo vital da sociedade.

Não se cuida, apenas, como querem ainda alguns, de socializarem-se as relações políticas, tampouco se trata de socializar-se no sentido de superar-se o aspecto individual do ser humano. Cuida-se, antes de tudo, de um processo de crescimento político do homem, que aprende a fortalecer e realizar a sua individualidade no plano da convivência social plena, mais talvez, da partilha social de interesses e buscas de projetos, propostas e caminhos de realização.

Assim, há uma prevalência do aspecto social sobre o aspecto individual na vida política dos povos, o que penetra e envolve toda a estrutura social em todas as suas manifestações, instrumentos e definições.

A socialização, como fenômeno de transindividualização dos interesses e dos meios de sua busca e concretização, permeia o conceito e a dinâmica do Estado e, evidentemente, o sentido e a prática do Direito. Universalizado o fenômeno da socialização, todos os aspectos da vida dos povos passam a ser pensados, sentidos e vividos com a virtualidade tizada por aquela marca.

Quanto ao Estado, dúvida alguma há que se manter sobre a profunda transformação por que passou ele, de molde tal a sugerir a existência de uma nova figura titulada com a mesma expressão de que até aqui se valeu a humanidade para se referir à pessoa que encarna a sociedade política geral.

É compreensível o fenômeno que provocou a metamorfose do Estado Liberal, de cunho individualista e abstencionista, em Estado dito Social, de natureza socialista e intervencionista. Com a socialização atingindo a sociedade — aqui se considerando, como antes mencionado, a contingência dos interesses das pessoas e a experiência dos caminhos novos nos quais se marcha em associação mais que em condição de isolamento e distanciamento — o Estado altera-se pela transformação dos seus elementos consubstanciadores que, conquanto sejam de idêntico rótulo — povo, território e poder —, são de óbvia distinção e de diverso alcance e configuração. O Estado socializa-se pela socialização do processo social; a sociedade é o seu sentido e a sua matéria.

O povo socializa-se na possibilidade, na busca e na realização de seus interesses, estes igualmente vinculados pelo seu caráter transindividual. O povo é outro, que não o foi durante o período histórico do individualismo liberalizante e distante, baldo do sangue e do sonho que são as matérias primárias do homem. O povo, no Estado Liberal em que o individualismo prosperou, era o sonho etéreo e ausente da palavra feita lei, sem se transmutar em vida, aspiração e vontade de virar verdade. O povo, no Estado Social, é a verdade de cada dia no qual a Lei é a busca do ideal que se quer transsubstanciar e fazer vida de cada um. Este povo, que agora constitui a sua vida em forma de Estado, faz-se autor direto e único desta pessoa, que o procede e por ele se limita.

A nova condição política do povo tornou-o fador de sua história, política e contemporaneamente vinculada ao Estado, sua criatura nobre e balizada, sem perda da qualidade e da substância do Criador.

Os instrumentos, inclusive normativos, da convivência política foram, pelo impacto do fenômeno da socialização, publicizados, na esteira da publicização dos próprios interesses que movem as relações humanas.

A publicização dos institutos e instrumentos políticos conduziu a uma alteração crescente e substancial da estrutura e exercício do poder e, inclusive, uma profunda modificação de sua finalidade, que é, fundamentalmente, a consecução da *justiça social*.

Esta publicização de interesses e das técnicas e instrumentos de convivência política tende a conduzir, de maneira quase inexorável, a um crescimento do Poder Público, pelo que se impõe a movimentação de novas estruturas de atuação deste elemento e do próprio Estado para que não se perca o ser humano na relação com o outro e com a pessoa estatal criada para permitir-lhe maior espaço na busca de sua felicidade. Quero dizer, não se há de perder o homem na perseguição do bem-estar da sociedade, nem se há de permitir que em nome de alguns homens o bem-estar da sociedade comprometa-se e vire discurso vazio de governantes ou palavras sem vida das leis. Não se há de esquecer, ou permitir-se, que o ensino da luta democrática de todos os tempos, que se aqueceu e valorizou no resgate da liberdade desejada, seja desprezado pelo que agora se impõe, clara e incontornavelmente, de busca de Justiça, que é o continente de liberdade necessária para que a dignidade de todos e de cada qual dos membros da sociedade política seja assegurada e que a realização plena do ser humano torne-se possível para todos. Enfim, a socialização não permite que se perca o que com a democracia, inclusive os veios da história liberal individualista permitiu, se aprendeu, mas que se acrescente àquilo que se viveu o necessário ao reviver da sociedade em sua dimensão sensível da política de hoje e que se atrasou de séculos para a sua consciência e luta.

O conceito do Estado modifica-se, pois, pelo novo conceito de seus elementos e pela nova prática que se impõe em suas relações com os homens.

O processo de socialização exige, evidentemente, o repensamento do Direito e o seu renascer no seio desta sociedade refletida e revivida em seus fins e em seus meios de atuar.

A idéia de um Estado aberto, que coordene a dinâmica social com a participação direta dos autores do processo político histórico e socializado,

impõe a noção de um direito aberto e de uma lei flexível, maleável às contingências sociais sem perda do seu caráter de imposição, e dúctil às necessidades que rescendam da sociedade sem prejuízo de sua intransponibilidade e obediência a nível social, mas, principalmente, um direito legítimo em sua positivação para se fazer aceito, e eficaz em sua aplicação para se fazer suficiente. Quer-se um direito justo para a sociedade e não conveniente para alguns de seus membros, como tem sido tantas vezes em sua história.

Não se imagina aqui um direito do Estado, mas um direito da sociedade, pois é esta a única titular do poder, em cujo desempenho se positiva o direito. É o homem quem dita o seu conceito e ideal de justiça em dado momento e em certo espaço. Porque com este dizer expressa ele a sua liberdade, que lhe vem de sua contingência de homem, ela que é um sentimento ou uma emoção da qual vive e com o qual se permite aperfeiçoar-se em sua dimensão humana no ambiente social. Ao Estado não se permite dizer a liberdade humana, por ser ele uma pessoa criada, juridicamente, pelo homem, que nesta criação dotou-a de tudo o que ele podia dotá-la, menos daquilo que não é capaz de criar: a alma, em cujo território nasce e vive a essência da liberdade e a natureza peculiar, única e singular da individualidade, que não se pretende perdida ou maculada pela socialização, antes pretende ver-se crescida nela, completada e caudalosa em seu verter-se para a realização do bem.

A institucionalização jurídica socializada conduz a uma visão nova do direito por certo, conquanto os contornos e os títulos muitas vezes repitam velhos rótulos, sem que apenas por isso não se tenham novas fórmulas para as novas realidades sociais.

Na esfera específica do direito administrativo a modificação por que passou esta seara jurídica é intensa e consentânea com a não menos profunda transformação da relação administrativa, em um dos cujos pólos situa-se o próprio Estado em seu desempenho.

Em primeiro lugar, porque o direito administrativo foi pensado e formado no Estado liberal. Como outros ramos do direito público teve campo inicial estreito, como estreito era o próprio campo de atuação do Estado em sua ambiência liberal individualista e abstencionista. Ademais, porque o direito administrativo tem um engajamento maior na prática estatal que outros ramos do conhecimento jurídico. Além disso, porque o Estado, que era pouco administrativo, até por força das novas atribuições de que se viu investido, ampliou a esfera de sua atuação administrativa e cresceu

com o alargamento das competências entregues ao poder público em sua relação permanente com o indivíduo, além de valorizar-se em sua presença e obrigações para com a sociedade.

A socialização do Estado forçou a socialização do direito administrativo, conformado aos contornos estatais metamorfoseados pelas necessidades da sociedade e pela dimensão da tecnoburocracia que passou a lhe retratar a dinâmica e os efeitos.

Mas, principalmente, a socialização das formas de atuação política do homem timbrou o direito administrativo de novo matiz, mais engajado na matéria-prima do seu conceito, qual seja, o administrado.

A modificação das relações administração pública/administrado fez-se de cunho profundo e revolucionário. Não se vestiu com roupagem nova a estrutura velha. As antigas relações administrativas morreram quando morreu o Estado liberal, berço do direito administrativo. Não se manteve a essência daquele direito vivido sob a égide de um Estado que não mais se encontra em condição pura na atual quadra da história. Morto o rei, em nome ou até mesmo contra o qual foram firmados e confirmados os institutos do direito administrativo, é de se perguntar, como o fez sabiamente JEAN RIVERO, se a manutenção do sistema jusadministrativo em suas linhas essenciais, não significa o empenho em prolongar a vida de um velho edifício condenado a desaparecer, retardando-se um inevitável desabamento, ou, em outras palavras, se não se cuida de maquiar um cadáver. (“L’Etat moderne peut-il être encore un Etat de droit?”, “in” *Annales de la Faculté de Droit de Liège*, 1957, p. 67.)

O Estado passou a ser um Estado prestador de bens, tanto quanto de serviços públicos, estes, inclusive, mais extensos que anteriormente se concebia. Tornou-se um Estado devedor da sociedade em sua materialidade, além dos deveres que detinha como assegurador das condições sociais de vida. Tornou-se um Estado devedor de cada membro da sociedade e dela em seu conjunto.

Vem-me sempre ao pensamento uma pergunta que me foi posta em 1986, por ocasião de uma análise feita em aula sobre o denominado “plano cruzado”, quanto a saber se o respeito à legalidade e, naquela hipótese, à constitucionalidade, era suficiente para garantir o pedaço de pão necessário a que todas as liberdades postas constitucionalmente pudessem ser vividas pelos brasileiros como uma realidade imediata e imprescindível que antecede a própria constituição da sociedade política brasileira em Estado. Descobri

que o direito que aprendi, e em que até então meio ingênua, meio confortavelmente acreditava, ou pelo menos repetia, era o direito de um Estado de poucos, não o direito de um Estado da sociedade, que não exclui alguém, que não apregoa a liberdade como discurso sem sentido que o faminto não consegue ouvir, que não cogita da igualdade que tem a espessura da pele, e a extensão da conta bancária daquele que a invoca. Descobri que o direito administrativo sem o administrado não existe, porque ainda é o direito do Estado liberal maquiado de direito, de novo do Estado, agora denominado de social. Descobri que a legalidade socializada tem natureza, razão e desempenho muito diferentes da observância cega, mal usada e mal versada, de normas que não cumprem o seu único objetivo legítimo e permitido, que é o de realizar a justiça para e na sociedade, sem se excluir dela qualquer ser humano. Descobri que o direito administrativo socializado não tem a pequenez, nem o ranço de estatalidade que o faz instrumento do administrado no papel escrito em forma e com nome de lei, mas a finalidade que torna o indivíduo centro do processo de realização efetiva e perfeita da justiça. Não é o direito caduco de um Estado morto e mumificado, posto à celebração de juristas encastelados em torres de livros passados. É o direito da vida da sociedade, com nomes gastos pelo uso, mas redivivos pela instância social e verdade humana do que com ele se busca sob os auspícios necessários de uma nova sociedade.

A relação de administração neste novo direito administrativo não é uma relação distanciada do que não é senhor, é antes a relação direta do titular do poder público em sua contingência do momento com o gosto do seu sangue e a cor do seu sonho. A administração pública é a vivescência da lei, é a prática pela qual se torna vida o que antes é apenas palavra, e a vida faz-se da verdade que a sociedade quer resgatar do plano ideal e torná-la experiência.

O poder público não é mais, no Estado socializado, o administrador de promessas oferecidas na lei, mas o pagador das promessas que nela se contém. No Estado realizador dos ideais da sociedade, a administração pública é a atividade de vivificação da lei, tornando concreto o pensado pela sociedade, fazendo verdade o que é idéia legalizada, transformando em matéria o sonho dos únicos verdadeiros titulares do poder.

Sob este enfoque é que passo a estudar o princípio da legalidade posto na Constituição da República, que declara ser o Brasil um Estado democrático de direito, dotando-o de aparato que o envolve no processo de socialização vivido pelo mundo no presente.

O cidadão, a administração pública e a nova Constituição

CLÈMERSON MERLIN CLÈVE

Procurador do Estado, advogado em Curitiba e professor dos cursos de graduação (Direito Constitucional) e pós-graduação a nível de mestrado (Teoria do Estado) da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná

SUMÁRIO

- § 1º — *Introdução à problemática*
- § 2º — *Dados genéricos sobre a questão da cidadania*
- § 3º — *Formas de participação do cidadão na administração da coisa pública*
 - 1. *O cidadão eleitor*
 - 2. *O cidadão agente do poder*
 - 3. *O cidadão colaborador (gestão privada de interesses públicos)*
 - 4. *O cidadão seduzido*
 - 5. *O cidadão censor*
 - 6. *O cidadão propriamente participante*

Conferência realizada em Curitiba, em 28-11-89, dentro do Ciclo de Estudos sobre Administração Pública e a Constituição de 1988, promoção do Departamento de Direito Público do Setor de Ciências Jurídicas da UFPR.

§ 4º — *A participação propriamente dita*

1. *A cidadania participativa e o território político*
2. *A cidadania participativa e o território administrativo*
3. *As formas de participação no processo decisório de natureza administrativa*
 - 3.1. *A participação de fato*
 - 3.2. *A participação regulada*

§ 5º — *Conclusões*

§ 1.º — *Introdução à problemática*

No momento em que o País, após mais de duas décadas de regime autoritário, se reencontra com a democracia e com a legalidade (já temos nova Constituição, aliás legítima; estamos elegendo o novo presidente da República), cabe analisar os modos e os meios através dos quais é dado ao cidadão participar na administração da coisa pública.

O significante *cidadão*, aqui, é tomado a partir de uma perspectiva ampla, não circunscrita ao universo daquelas pessoas que, porque detentoras de direitos políticos, podem votar ou podem ser votadas.

O conteúdo desse termo, *cidadão*, tomemo-lo em sua dimensão dialética, para identificar o sujeito, aquele ser responsável pela história que o envolve. Sujeito ativo na cena política, sujeito reivindicante ou provocador da mutação do direito. Homem envolto nas relações de força que comandam a historicidade e a natureza da política. Enfim, queremos tomar o cidadão como ser, sujeito e homem a um tempo. O cidadão é o agente reivindicante possibilitador, na linguagem de LEFORT⁽¹⁾, da floração contínua de direitos novos.

Trata-se de ver, então, a relação entre o cidadão (enquanto homem, ser e sujeito) com o poder público em nosso País.

§ 2.º — *Dados genéricos sobre a questão da cidadania*

A questão da democracia não pode ser posta apenas em termos de representatividade. Não há dúvida que em Estados como os modernos não há lugar para a prescindibilidade da representação política. Os Estados

(1) LEFORT, Claude. *A invenção democrática*. São Paulo, Brasiliense, 1981.

modernos, quando democráticos, reclamam pela técnica da representação popular. A nação, detentora da vontade geral, fala pela voz de seus representantes eleitos. Mas a cidadania não se resume na possibilidade de manifestar-se, periodicamente, por meio de eleições para o legislativo e para o executivo. A cidadania vem exigindo a reformulação do conceito de democracia, radicalizando, até, uma tendência, que vem de longa data. Tendência endereçada à adoção de técnicas diretas de participação democrática. Vivemos, hoje, um momento em que se procura somar a técnica necessária da democracia representativa com as vantagens oferecidas pela democracia direta. Abre-se espaço, então, para o cidadão atuar, direta e indiretamente, no território estatal.

Existem formas de participação do cidadão na administração da coisa pública que são novas. A Constituição Federal de 1988 se refere a algumas delas. Outras, entretanto, são tradicionais. Quanto a algumas destas, é discutível se consistem efetivamente em fórmulas de afirmação da cidadania.

§ 3.º — *Formas de participação do cidadão na administração da coisa pública*

1. *O cidadão eleitor*

A República brasileira, nas Constituições anteriores, se organizava a partir do conceito de democracia representativa. A nova Constituição Federal alterou esse quadro. Nos termos do art. 1.º, parágrafo único, da Constituição da República, “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente (...)”. O constituinte, embora com cautela, abriu as portas do Estado brasileiro à democracia participativa.

Mas basicamente, ainda, o controle dos cidadãos sobre o Estado se efetua no momento do voto. Nessa hora a Nação comparece às urnas, como detentora da soberania, para depositar a sua vontade (a vontade geral) nas mãos daqueles que serão eleitos seus mandatários. Não se pode esquecer, porém, que nessa hora não é exatamente a Nação que comparece perante as seções eleitorais, mas parcela dela, ou seja, aqueles detentores de direitos políticos. Parte da Nação permanece à margem do processo eleitoral, não imprimindo seu desejo no território das opções sociais, administrativas ou políticas.

Nos países do terceiro mundo, a democracia representativa, e pois o direito de voto, assume uma proporção paradoxal: é muito, mas também pouco. O exercício do direito de voto é muito já que historicamente, muitas vezes, é negado pelas elites dominantes. Trata-se de uma verdadeira vitória a possibilidade de seu exercício em países, inclusive no nosso, que, por razões históricas as mais diversas, têm em certos períodos se recusado a aceitá-lo. Mas é pouco também na medida em que, assegurado, sozinho é

insuficiente para controlar uma estrutura estatal concebida a partir de modelos autoritários, onde a publicidade e a transparência são o que menos contam para os detentores do poder. Principalmente em países onde o Executivo ocupa posição hegemônica ou de nítida preeminência.

2. O cidadão agente do poder

Os cidadãos podem, ainda, ser agentes do poder. E esta é uma forma de participação. O art. 37, I, da Constituição Federal guarda importância fundamental, pois, de certa forma, precisa o princípio da igualdade, declarando que os cargos, empregos e funções públicos são acessíveis a todos os brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei. O princípio da igualdade está inscrito também no art. 39, § 2.º, que estende aos servidores públicos a regra do art. 7.º, XXX ("proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil"). Nos termos da nova Constituição da República, salvo os cargos em comissão, declarados em lei de livre nomeação e exoneração, e a hipótese de contratação por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, IX), a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos (art. 37, II).

Salvo certos casos particulares onde o cidadão é obrigado a prestar seus serviços em benefício da coletividade (o caso mais conhecido é o do serviço militar obrigatório — art. 143; ou do serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar — art. 143, § 1.º), o cidadão só assume a condição de agente do poder se com isso consentir.

A nova Constituição, exigindo o concurso público para a investidura em cargo ou emprego públicos, democratizou o acesso dos brasileiros ao aparelho do Estado (2).

3. O cidadão colaborador (gestão privada de interesses públicos)

O cidadão pode colaborar com os poderes públicos para a satisfação das necessidades coletivas. Esta é também uma forma de participação. Como lembram ROBERT ANDERSEN e FRANCIS HAUMONT (3).

(2) Cabe referir, ainda, a participação do cidadão nos tribunais do júri. Também os serviços requisitados pela Justiça Eleitoral. Ambos assumem um caráter de compulsoriedade.

(3) ANDERSEN, Robert et HAUMONT, Francis. "Citoyen et administration: Belgique." In: *Citoyen et administration*, sous la direction de Francis Delpérée. Louvain-La. Neuve, Bruxelles, Ed. Cabay/Bruylant, 1985, p. 40.

“Cette collaboration peut revêtir différentes formes. Dans certains cas, les pouvoirs publics s'attachent le concours — plus ou moins permanent — de personnes privées en vue d'assurer avec une efficacité accrue la satisfaction de certains besoins collectifs jugés à ce point essentiels que leur dispensation est érigée en services publics. Le citoyen participe alors directement et de manière active au bon fonctionnement des services publics.

L'exemple le plus classique et aussi le plus connu de cette forme de collaboration entre pouvoirs publics et particuliers est celui de la concession de service public, laquelle est, pour reprendre la définition de M. P. Orienne (*La loi et le contrat dans les concessions de service public*. Larcier, 1961, p. 84), ‘un contrat administratif par lequel les autorités publiques chargent temporairement un particulier de gérer un service public à ses frais, risques et périls, sous leur contrôle et selon les modalités qu'elles déterminent, moyennant une rémunération qu'il doit en principe recevoir à charge des usagers’.

Le service concédé demeure service public et le concédant reste simple particulier sauf là où exerçant des prérogatives de puissance publique que l'autorité concédant lui a conférées dans l'intérêt même du fonctionnement du service, il acquiert la qualité d'autorité administrative.”

Como se vê, esta forma de participação diz respeito com a delegação de serviço público a particulares. No caso do direito brasileiro, tal delegação pode ser feita sob as modalidades de concessão, permissão e autorização, resultando daí, como ensina HELY LOPES MEIRELLES (4), os serviços concedidos, permitidos e autorizados. Os serviços concedidos são executados pelo particular mediante delegação contratual (ou legal) do poder público concedente. Já “a permissão e a autorização constituem delegações por ato unilateral da administração; aquela, com maior formalidade e estabilidade para o serviço; esta, com mais simplicidade e precariedade na execução” (5).

Mas a participação do cidadão como colaborador pode ocorrer ainda em outros casos. Não seria hipótese de colaboração, e pois participação, a subscrição pelo particular de ações de sociedade de economia mista? O exercício de funções ou cargos honoríficos? A participação em conselhos ou colegiados de órgãos públicos? O trabalho do cidadão ao lado da defesa civil nos casos de catástrofes e calamidades? A prática dos mutirões reali-

(4) MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 14.^a ed. São Paulo. Ed. RT. 1989, p. 337.

(5) *Idem.*, op. cit., p. 350.

zados em todo o País para a construção de obras públicas ou de interesse público?

4. O cidadão seduzido

Cabe referir aqui a realização conjunta — o particular/cidadão e o Estado — de finalidades públicas. É o caso da provocação do particular, por meio de estímulo ou orientação, para a prática de atividades privadas de interesse coletivo. Provocação que pode consistir em proteção, promoção, apoio, favorecimento ou auxílio às atividades “particulares que satisfaçam necessidades ou conveniências de caráter geral”. “A própria Constituição já determinou apoio, estímulo e favorecimento a atividades específicas: o cooperativismo e o associativismo às microempresas, nos termos dos arts. 174, §§ 3.º e 4.º, e 179” (6).

Demonstram ANDERSEN e HAUMONT (7) que, para responder às necessidades cada vez mais numerosas e diversificadas dos cidadãos, os poderes públicos foram levados a multiplicar os serviços públicos. Apareceram, assim, ao lado dos serviços públicos clássicos os serviços públicos econômicos e sociais, os serviços públicos culturais, etc. Os modos de gestão desses serviços são complexos. Não obstante o crescimento e a diversificação dos serviços públicos, o sistema jurídico continua, no essencial, sendo aquele de inspiração neoliberal. Daí a importância da iniciativa privada, que pode espontaneamente ser encorajada conforme o interesse geral requeira. Visível por toda parte, esse fenômeno se exprime com um relevo particular no domínio econômico. Aponta-se, inclusive, a reativação do mecanismo do contrato julgado o mais apto a cumprir essa dupla função de estímulo e de orientação das atividades privadas.

Os estímulos podem ocorrer por via de isenções fiscais, concessão de crédito facilitado, doação de imóvel, etc. Avultam hoje na Europa, fenômeno que logo chegará ao Brasil, os contratos de modernização e de expansão de empresas, bem como aqueles em matéria de preços (o poder público abrindo mão da fixação unilateral de certos preços...).

O problema dessa forma de participação diz respeito à sua prática no Brasil. Uma prática que demonstra o favorecimento contínuo dos interesses das classes dominantes (que obtêm subsídios, créditos facilitados, isenções, etc.), em detrimento das necessidades da imensa maioria da população. No Brasil recente, favoreceu-se com esta prática, inclusive, a devas-

(6) DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 5.ª ed. São Paulo, Ed. RT, p. 675.

(7) ANDERSEN, Robert et HAUMONT, Francis, op. cit., p. 45.

tação das florestas, a poluição do meio ambiente, a concentração de renda. Em face da mentalidade exurgida com a Constituição de 1988, tudo há de mudar.

5. O cidadão censor

Qualquer pessoa pode, fazendo uso do direito prescrito no art. 5.º, XXXIV, da Constituição Federal, por meio de petição, provocar a atuação dos poderes públicos. A origem de *direito de petição* encontra-se na Inglaterra, como todos sabem. A Magna Carta (de 1215) já fazia menção a ele. Consolidou-se, depois, com o *right of petition* (1689). “Consistia, inicialmente, em simples direito de o Grande Conselho do Reino, depois o Parlamento, pedir ao Rei sanção das leis. Não foi, porém, previsto na Declaração Francesa de 1789. Veio a constar, enfim, das Constituições francesas de 1791 (§ 3.º, título I) e de 1789” (8).

O art. 5.º, XXXIV, da Constituição Federal assegura a todos o “direito de petição aos poderes públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder”. A Constituição revogada assegurava também o *direito de representação*. A nova Carta incorporou a figura da representação no direito geral de petição, recepcionando, então, a legislação relativa àquele direito (Lei n.º 4.989/65 — sobre responsabilidade civil, administrativa e penal de servidores públicos).

O direito de petição possui uma dimensão democrática, na medida em que assegura, a todos, por meio de petição ou representação, o acesso ao aparelho de Estado para o fim de reclamar qualquer providência, inclusive a responsabilização de funcionários pela prática de abuso de poder. Nesse passo, o cidadão aparece como reclamante, requerente e mesmo censor, já porque ele provoca a atuação dos mecanismos de censura sobre os atos ilegais da administração pública. E, neste particular, a garantia da petição (9) não assegura apenas direitos subjetivos do requerente, mas assim também interesses difusos, coletivos ou genéricos. Não pode a administração se furtar a responder a uma petição devidamente protocolada. Vazado tal direito em norma de eficácia plena, não pode sua aplicabilidade ser restringida. No máximo, é dado aos poderes públicos a possibilidade de

(8) DA SILVA, José Afonso, op. cit., p. 383.

(9) O direito de petição também está assegurado no art. 31, § 2.º Prescreve esse dispositivo que as contas dos municípios ficarão durante sessenta dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, “o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei”. Também o art. 74, § 2º, assegura forma especial de direito de petição já que autoriza qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato a denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas. Cabe referir, ainda, o disposto no art. 37, § 3º, da Constituição Federal.

regulamentar o exercício de tal direito, mas sempre de modo a não roubar nenhuma luz do foco de incidência da norma.

A dimensão participativa do cidadão na administração da coisa pública transparece também, e sob a forma de provocação de censura, mas desta feita censura judicial, quando utilizada a *ação popular*. Dispõe o art. 5.º, LXXIII, da Constituição Federal que “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”.

A ação popular, na linguagem de NAGIB SLAIBI FILHO⁽¹⁰⁾, “é instituto processual civil, outorgado a qualquer cidadão como garantia político-constitucional, para a defesa do interesse da coletividade, mediante a provocação do controle jurisdicional corretivo da ilegalidade de atos lesivos ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural”. Não cabe aqui discorrer sobre a história da ação popular. Convém, entretanto, lembrar que, no Brasil, a Constituição do Império a ela já se referia. A Lei n.º 4.717/65, recepcionada pela nova Constituição, disciplina o exercício da ação popular. Fica claro nesse texto normativo que a ação popular não visa apenas à anulação de ato lesivo, mas também à condenação dos responsáveis ao ressarcimento do dano. Há duas pretensões então da ação popular: 1) a desconstituição do ato estatal lesivo e ilegal e 2) a condenação dos responsáveis e beneficiários à indenização.

Na nova Constituição, mais uma vez, apenas o cidadão está legitimado a propor a ação popular. Poderia o constituinte ter mudado isso. Mas preferiu manter a tradição do direito constitucional brasileiro. Algumas novidades, entretanto, apareceram. A ação popular, hoje, pode ser proposta para anular ato lesivo ao patrimônio de entidade de que o Estado participe. O constituinte, então, pôs termo “à dúvida se abrangeria também os atos praticados por entidades paraestatais (sociedades de economia mista, empresas públicas, serviços sociais autônomos e entes de cooperação), além dos órgãos da administração centralizada”⁽¹¹⁾.

Por outro lado, agora é idônea a ação popular para anular ato lesivo à *moralidade administrativa*. A moralidade administrativa é um dos princípios informadores da administração pública (art. 37, *caput*), de tal sorte que, com a nova Constituição, não basta que o ato do poder público seja legal: deve estar também de acordo com o princípio da moralidade. Como ensina NAGIB SLAIBI FILHO, “não basta que a atuação do Estado seja

(10) SLAIBI FILHO, Nagib. *Anotações à Constituição de 1988*. Rio, Forense, 1989, p. 282.

(11) MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção e habeas data*. 12ª ed. São Paulo, Ed. RT, p. 85.

compatível com a mera ordem legal, emanada dos atos legislativos: é necessário que a gestão da *res publica* seja feita de forma a atender aos padrões de conduta que a comunidade, em determinado momento histórico, considere relevantes para a própria existência social” (12).

Idônea, também, a ação popular para a *proteção do meio ambiente*. Aliás, o art. 225 da nova Constituição declara textualmente que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e de preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. “Como o meio ambiente é declarado bem de uso comum do povo, íntegra, necessariamente, o patrimônio público, em seu sentido mais abrangente, que ultrapassa o mero conceito de que o patrimônio público é o conjunto de bens estatais. A ação popular aqui acaba por ter o mesmo objetivo da ação pública civil (art. 1.º, inciso I, da Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985), com a só diferença que será intentada por cidadão, em defesa de interesse difuso e público, enquanto aquela é para a legitimação do Ministério Público e de entidades públicas e privadas que estejam constituídas há mais de ano e que tenham entre suas finalidades institucionais a proteção do meio ambiente” (13).

Modificação importante trazida pela nova Constituição à ação popular, e que facilitou sobremaneira a sua utilização, diz respeito à isenção de custas judiciais e do ônus da sucumbência, salvo comprovada má-fé. Muitos eram os cidadãos que deixaram de provocar a atuação jurisdicional, omitindo-se de participar na administração da coisa pública, em face do medo da sucumbência. Tudo muda agora. Até porque, entre os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, encontra-se o relativo ao respeito da cidadania (art. 1.º, II). Por isso, caberá ao próprio poder público assegurar o exercício da ação popular, inclusive oferecendo advogados ou defensores públicos, mesmo que para a contestação e anulação de atos seus.

A *ação de inconstitucionalidade genérica ou por omissão* e a *ação civil pública* são outros mecanismos postos à disposição da cidadania para o exercício do controle popular sobre os atos dos poderes públicos. É claro que nesses casos a participação não será direta, mas mediatizada pela interferência necessária de entidades legitimadas a agir: ação de inconstitucionalidade por partido político com representação no Congresso Nacional, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (art. 103 da CF); ação civil pública por associação constituída há pelo menos um ano e que inclua entre suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e

(12) SLAIBI FILHO, Nagib, op. cit., p. 286.

(13) Idem, p. 287.

paisagístico (art. 5.º, I e II, da Lei n.º 7.347/85). Talvez seja o caso, também, de se mencionar aqui o mandado de segurança coletivo (art. 5.º, LXX, da Constituição Federal).

6. O cidadão propriamente participante

A última forma de participação do cidadão no universo da administração pública talvez seja a que mais interesse suscita. Nesse caso, o cidadão se insere nos planos decisórios da administração pública seja porque foi consultado, seja porque a ele foi outorgado o poder de decisão, participando, então, de modo imediato na escolha das opções administrativas ou políticas do aparato estatal. É sobre essa fórmula participativa que falaremos no parágrafo seguinte.

§ 4.º — A participação propriamente dita

Trata-se de chamar atenção à possibilidade da participação direta do cidadão no universo decisional do Estado. Participação direta quer significar aquela não operada por meio de mandatários eleitos, ou entidades intermediárias entre o particular e o Estado (como seriam as associações, por exemplo). O mundo ocidental caminha para a conclusão da síntese entre a democracia representativa e a democracia direta. Esse parece um caminho que merece ser seguido. Estados ocidentais (Espanha, Suíça, França, Itália e Grécia) têm incorporado aos seus estatutos políticos a possibilidade da participação direta do cidadão no *universo político*. Nesse caminho, o Brasil, com a nova Constituição, procurou ingressar, como veremos adiante.

Questão que merece debate, entretanto, é o estudo da possibilidade da participação direta do cidadão no universo decisional da administração pública. É aqui a coisa se complica. Isso porque, como lembra JEAN-MARIE PONTIER (14):

“Le modèle administratif traditionnel était celui d'un monde clos sur lui-même, la séparation entre l'administration et les citoyens s'imposait de manière évidente, l'administration étant l'instrument docile du pouvoir exécutif, et exécutant ses missions avec bonne conscience d'ouvrer dans l'intérêt général, quoi qu'en pensent les citoyens, dont on se gardait bien de demander l'opinion.”

(14) PONTIER, Jean-Marie. “Citoyen et administration: France”. In: *Citoyen et administration*, sous la direction de Francis Delpérée. Louvain-La Neuve, Bruxelles, Ed. Cabay/Bruylant, 1985, p. 97.

Tudo se passa de tal forma que parece existir o cidadão no universo político, mas no universo administrativo há apenas o administrado, o usuário, o jurisdicionado. Tal conceito deve sofrer mutação.

1. *A cidadania participativa e o território político*

A Constituição Federal, no art. 14, deixou claro que a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos (democracia representativa), e, nos termos da lei, mediante:

I — plebiscito;

II — referendo;

III — iniciativa popular.

Como se vê, a participação direta do cidadão no campo político ocorrerá apenas por via do plebiscito, do referendo e da iniciativa popular, e, ainda, assim, nos termos da lei. Ou seja, a regra é a de que, politicamente, cabe ao cidadão se manifestar por ocasião de eleições, ficando, desde então, com sua historicidade e destino depositados nas mãos dos mandatários eleitos.

Aqui se coloca o problema da distinção entre o referendo e o plebiscito. Entre os numerosos critérios sustentados pela doutrina, chama atenção aquele proposto por VOLOUDAKIS⁽¹⁵⁾. Nesse caso, trata-se de um referendo (democrático) quando o objetivo perseguido é a tomada de uma decisão pelo povo, ele mesmo tendo uma escolha livre e sincera entre opções bem claras, sem pressão. Ao contrário, trata-se de um plebiscito (autoritário) quando a manifestação popular ocorre em condições que impedem a cidadania de se exprimir livremente, servindo mais para legitimar uma decisão já tomada por aqueles que possuem a iniciativa da provocação do corpo eleitoral, decisão esta, normalmente, em favor de uma pessoa ou de um regime autoritário. São comuns os plebiscitos provocados para a sustentação de regimes autoritários.

(15) VOLOUDAKIS, M. Evangelhos. "Recherche sur le suffrage politique em Grèce, 1910-1975". Thèse pour le doctorat d'Etat. Paris, 1977, tome 1, p. 188. Apud SPILIOPOULOS, Epaminondas, "Grèce". In: *Referendums*. Sous la direction de Francis Delpérée. Bruxelles, Crisp, 1985, p. 219.

Mas esta distinção não faz sentido no direito constitucional brasileiro exurgido com a nova Lei Fundamental da República.

Caberá à lei dispor sobre o plebiscito e o referendo. Mas é quase certo que, em nosso País, toma-se por *plebiscito* a consulta popular que visa, segundo JOSÉ AFONSO DA SILVA, “decidir previamente uma questão política ou institucional antes de sua formulação legislativa, ao passo que o *referendo* versa sobre aprovação de textos de projeto de lei ou de emenda constitucional, já aprovados; o referendo ratifica (confirma) ou rejeita o projeto aprovado; o plebiscito autoriza a formulação da medida requerida” (16).

Nos termos do art. 49, XV, da Constituição Federal, compete ao Congresso Nacional convocar plebiscito e autorizar referendo. As condições em que tal convocação ou autorização ocorrerá serão definidas em lei. Parece claro que a convocação ou autorização poderá ocorrer em face de provocação da população ou de partidos políticos, tal como ocorre em outros países.

O *veto popular*, previsto inicialmente no projeto de Constituição, não subsistiu. Consistia na possibilidade da revogação de uma lei já em vigor por meio da votação direta. Identificava-se com o referendo ab-rogatório, previsto no art. 75 da Constituição italiana. A lei que definirá a disciplina do referendo, no Brasil, poderá favorecer a instituição do veto popular, também sob o título de referendo ab-rogatório.

A Constituição Federal já prevê, em alguns casos específicos, a realização de plebiscito. Exige-se a realização de plebiscito para a criação de novos estados e de novos municípios (art. 18, §§ 3.º e 4.º, da Constituição Federal). Também prevê a realização de plebiscito em 1993 para definir a forma de governo (República ou Monarquia Constitucional) e o regime de governo (parlamentarismo ou presidencialismo) (art. 2.º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias).

O art. 61, § 2.º, da Carta Constitucional regula a *iniciativa popular* a nível federal. Dispõe referido artigo que a iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional (algo em torno de 820 mil assinaturas), distribuído pelo menos em cinco estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles. A iniciativa popular, ao que parece, refere-se apenas a projetos de lei complementar e ordinária. Não há iniciativa popular de proposta de emenda à Constituição. Poderíamos, nesse passo, ter acompanhado a experiência de outros países como a Suíça (Constituição, art. 121). Pelo que se deduz do texto constitucional, apenas cabe a provocação popular nos casos em

(16) DA SILVA, José Afonso, op. cit., p. 126.

que a iniciativa não é privativa ou exclusiva. Ou seja, a iniciativa popular se circunscreve às matérias de iniciativa comum. Há, aí nesse caso, uma forte limitação dessa prerrogativa popular, na medida em que inúmeras matérias são de iniciativa privativa do Presidente da República, do Supremo Tribunal Federal, dos tribunais superiores etc. Ainda assim, não há dúvida que, embora com todas as dificuldades, a adoção, pelo constitucionalismo brasileiro, da iniciativa popular significa um avanço histórico de proporções consideráveis.

No âmbito municipal, a iniciativa popular ocorrerá através da manifestação de, pelo menos, cinco por cento do eleitorado (art. 29, XI, da Constituição da República). No que se refere aos estados-membros, a iniciativa popular de leis será regulada por lei local (art. 27, § 4.º, da Constituição Federal). No Paraná, tal iniciativa depende da apresentação de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado estadual, distribuído em pelo menos cinquenta municípios, com um por cento dos eleitores inscritos em cada um deles (Constituição estadual, art. 67).

2. *A cidadania participativa e o território administrativo*

A participação do cidadão no universo político exige certos pressupostos. A existência de um estado de direito, o respeito aos direitos fundamentais, entre os quais os relativos à liberdade de reunião, associação e manifestação do pensamento. Sem um clima de liberdade, qualquer forma de participação popular é falsa.

A participação da cidadania na tomada de decisão de caráter *administrativo*, porém, exige ainda outros pressupostos, para além dos já nominados. Não há possibilidade de participação sem informação. É o direito à informação (e, bem assim, o direito de certidão), que pode assegurar a consciente participação popular. Sem informação correta, sem um aparato institucional transparente, qualquer tipo de participação pode se transformar em mera cooptação legitimadora. O direito constitucional brasileiro assegura o direito à informação (art. 5.º, XXXIII) e à obtenção de certidões em repartições públicas (art. 5.º, XXXIV, b). Há que ocorrer, igualmente, uma mudança na concepção relativa à administração pública — o direito administrativo brasileiro é autoritário. Aliás, sobre isso, SÉRGIO FERRAZ⁽¹⁷⁾ diz o seguinte:

(17) FERRAZ, Sérgio. "Participação do povo no processo decisório". Tese apresentada à XI Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil. Anais, Belém, 1986, p. 99.

“É preciso que digamos isto sem qualquer vergonha: a administração pública brasileira é autoritária por várias razões, e entre elas porque o próprio direito administrativo brasileiro foi autoritário e ajudou a administração pública brasileira a ser autoritária, com uma generosa injeção de justificação doutrinária, isso tudo prestigiado também por uma copiosa elaboração jurisprudencial.”

A situação francesa não é de todo diferente. Seja transcrito o afirmado por JEAN-MARIE PONTIER (18):

“Une phrase du doyen Vedel résume assez bien la situation française jusqu'à une époque récente et peut-être même encore aujourd'hui: si la France a quelquefois été une démocratie politique, dit en substance le doyen Vedel, elle n'a jamais été une démocratie administrative. Qu'est-ce à dire? Cela signifie, ou signifiait, qu'il existe un hiatus entre la conception de la vie politique, laquelle implique une participation active des citoyens, et la vie administrative, qui n'appelle aucune participation de la part de ces derniers, qui n'implique que passivité. C'est dire que si, depuis longtemps, la participation à la vie politique est considérée comme une expression de la démocratie, comme une condition de celle-ci, il n'en est pas de même de la participation administrative.”

A administração pública, ela mesma, deve se reformular. Há que se entender que ela não é neutra. Não se confunde com o simples aparato executor das políticas prescritas pelos representantes populares. A administração assume uma autonomia relativa, daí por que não pode ficar exterior à área de influência da participação popular.

Uma terceira condição para a plena efetivação da participação popular na administração pública reside na alteração da psicologia coletiva dos administradores. Eles, que olham com desconfiança a “intromissão” dos cidadãos no campo da atividade administrativa (os particulares são os *administrados*, os *usuários*, sujeitos passivos que aguardam a ação do poder público), devem construir nova fórmula de relacionamento, que implique a tomada de consciência do papel que pode e deve desempenhar o particular no campo da prática administrativa.

Seguramente, outras condições são necessárias para a efetivação da participação direta do cidadão no campo da administração pública. Mas os três citados já possibilitam um começo. De qualquer forma, não se pode esquecer que a nova Constituição Federal é responsável pela criação de um novo conceito de liberdade. Aliás, um conceito de liberdade resgatado da prática dos antigos (cidades helênicas) e que implica participação, mas,

(18) PONTIER, Jean-Marie, op. cit., p. 117.

todavia, somado esse conceito de liberdade àquele trazido pelas revoluções burguesas. Ou seja, há na nova Constituição a síntese da liberdade-participação (dos antigos) com a liberdade-autonomia (dos modernos), para utilizar a terminologia utilizada por Benjamin Constant⁽¹⁹⁾. Trata-se agora de radicalizar essa concepção, para ampliar, até limites possíveis, o espaço de afirmação da cidadania.

3. *As formas de participação no processo decisório de natureza administrativa*

3.1. *A participação do fato*

Entre as formas de participação na decisão administrativa, não se pode esquecer da *participação de fato*, aquela não regulada ou não admitida pelo direito, mas que, por uma razão ou outra, acaba por influenciar a atividade administrativa.

A participação de fato pode ser pública ou legítima ou oculta e ilegítima. No primeiro caso, entre as legítimas, é possível vislumbrar uma participação aberta às exigências da historicidade. Os movimentos populares, os movimentos sociais reivindicantes, as manifestações de rua acabam por influenciar a decisão administrativa. Essa forma de participação tem ocorrido com frequência no quadro da crise pela qual passa o Estado brasileiro. Já os *lobbies* e grupos de pressão organizados atuam numa fronteira entre a legitimidade e a ilegitimidade, uma zona cinzenta não claramente definível.

Forma de participação, entretanto, que deve ser descartada é a oculta, consistente no tráfico de influências, nas negociações, no clientelismo racionalmente insustentável. *Aliás, aqui não há propriamente participação da cidadania no processo decisório, mas exclusão da cidadania do processo de decisão.* Tal prática, corriqueira na experiência brasileira, não pode subsistir por afrontar os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da publicidade (decisões não transparentes), que vinculam, nos termos do art. 37, *caput*, da Constituição Federal, a administração pública brasileira.

Entre as formas não reguladas (mas nem por isso ilegítimas) de participação popular no processo decisório, não se pode esquecer as consultas officiosas realizadas pela administração pública, notadamente nos municípios administrados por prefeitos de esquerda.

(19) Apud COMPARATO, Fábio Konder. *Para viver a democracia*. São Paulo, Brasiliense, 1989, p. 125.

3.2. A participação regulada

A Constituição Federal, no que se refere à participação direta do cidadão no *território político*, já estabeleceu os limites em que pode se dar (iniciativa popular, referendo e plebiscito). No que tange à participação direta no *âmbito administrativo*, apenas previu algumas hipóteses em que é exigida. A lei, entretanto, poderá criar outras hipóteses, e isso sem possibilidade de afrontar o texto constitucional.

Entre as hipóteses, citemos as seguintes:

Art. 10:

É assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação.

Art. 11:

Nas empresas de mais de duzentos empregados, é assegurada a eleição de um representante destes com a finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores. (Essa exigência vincula as sociedades de economia mista, bem como as empresas controladas pelo poder público.)

Art. 194, VII:

Compete ao poder público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

VII — caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa, com a participação da comunidade, em especial de trabalhadores, empresários e aposentados.

Art. 206, VI:

O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

VI — gestão democrática do ensino público, na forma da lei.

Art. 216, § 1.º:

O poder público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

Art. 29, X:

O município reger-se-á por lei orgânica (...) atendidos (...) os seguintes preceitos:

X — cooperação das associações representativas no planejamento municipal.

As hipóteses de participação previstas pelo constituinte, nem todas podem ser tidas como exemplos-tipos de participação direta. Por vezes, como na previsão do art. 29, X, da Constituição Federal, trata-se, a toda evidência, de espécie de participação mediatizada em face da intermediação de associação representativa. Mas já é uma conquista o modo como o texto constitucional tratou a questão, até porque sugere a possibilidade de novas fórmulas participativas emergirem por via de lei.

Aliás, no que se relaciona com essa problemática, um longo caminho precisa ser trilhado pelo direito administrativo brasileiro. Uma olhadela no direito comparado pode facilitar a compreensão do afirmado.

Veja-se o exemplo da Constituição espanhola de 1978, que pode ser tida como participacionista. Com efeito, o art. 9.2, inspirado diretamente no artigo 3.2 da Constituição italiana de 1947, estabelece princípio geral de participação dispondo que “cabe aos poderes públicos facilitar a participação de todos os cidadãos na vida política, econômica, cultural e social” (20).

Em relação à Espanha, afirma SANCHEZ MORON, professor de Direito Administrativo na Universidade Complutense de Madri (21), que a organização de novas e múltiplas formas de participação na via administrativa acabou por diminuir a distância ou o fosso que separavam anteriormente a sociedade da administração, autoritária por excelência. E, mais do que isso, longe de constituir um “cavalo de Tróia que introduziu elementos de distorsão no sistema político parlamentar instaurado na Espanha, a participação na administração é atualmente um fator de estabilização da sociedade e, pois, no sistema político, ele mesmo” (22).

Também a França, a Bélgica, a Itália, a Grécia admitem a participação direta do cidadão no universo decisório do aparelho administrativo. Tal intervenção pode se operar sob a forma de decisão (um referendo de natureza administrativa); nesse caso, a administração abre mão de seu poder de decisão para transferi-lo à comunidade — em certos casos, isso é necessário. Pode se operar por via de uma consulta (é a *enquête publique*, conhecida no direito belga). E pode consistir, ainda, numa forma de controle da

(20) SANCHEZ MORON, Miguel. “Espanha”. In: *Citoyen et administration*, sous la direction de Francis Delpérée. Loc. cit., p. 93.

(21) Idem, op. cit., p. 93-94.

(22) Idem, ibidem, p. 94.

execução de certas obras, com o sentido de impossibilitar o desvio dos planos anteriormente aprovados.

Com apoio na abertura oferecida pelo constituinte de 1988, na experiência das democracias ocidentais, e, mais, pela criatividade da sociedade brasileira, fórmulas de participação direta do cidadão na administração pública podem ser criadas, organizadas, incentivadas — notadamente em matérias onde o interesse do cidadão aparece com total evidência, como as relativas ao direito urbanístico, a proteção do meio ambiente e as obras públicas de grande porte.

É preciso quebrar o monolitismo da administração, que, como todos sabem, guarda como corolário mais precioso o monopólio da decisão. E, neste instante, avulta com significação especial o papel do jurista. Deve ele, nesta hora, definir com clareza se pretende advogar os interesses da sociedade e da modernidade ou os interesses, por vezes inexplicáveis, da administração viciada e autoritária.

§ 5.º — *Conclusões*

O território conceitual da participação direta propriamente dita (do cidadão na administração da coisa pública) se identifica com o moderno que resgata a experiência da antiguidade.

Consiste na radicalização da liberdade, que acaba por criar um novo paradigma: o paradigma da cidadania responsável. Responsável pela sua história, a do país, a da coletividade. Nascido de uma necessidade que trouxe à consciência da modernidade o sentido democrático do discurso, ou seja, o desejo instituinte de tomar a palavra, e ser escutado.

Na Constituição de 1988, a participação política é uma realidade. Não podemos, agora, subestimar a participação administrativa. Porque, lembra DELPÉRÉE, professor de Direito Constitucional na Faculdade de Direito da Université Catholique de Louvain, Bélgica, “é preciso, talvez, lembrar esta verdade. O cidadão é sempre uma só e mesma pessoa. Não há motivo, a partir de divisões escolásticas, para separá-lo em um *homo politicus*, que não se confunde com o *homo administrativus* (fala-se do *servus publicum*. . .), o qual não tem nada a ver com o *homo economicus*” (23). Ora, sendo o cidadão um só, a participação e a democracia precisarão ser, igualmente, uma só. Seja no domínio do político, seja no universo do aparato administrativo.

Essa unidade da democracia participativa foi favorecida pela emergência da nova ordem constitucional. Cabe a nós torná-la efetiva.

(23) *Citoyen et administration*, sous la direction de Francis Delpérée. Loc. cit., p. 277.

Tribunal de Contas.

Natureza jurídica e posição entre os poderes

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

Questão muito debatida é a da natureza jurídica e a da posição do Tribunal de Contas entre os Poderes.

ALFREDO BUZAID entende que, conforme as suas atribuições, ele ora atua como órgão auxiliar do Congresso, ora como corporação administrativa autônoma.

JOSÉ CRETILLA JÚNIOR nega-lhe que exerça atividade jurisdicional e diz que a sua natureza jurídica é de corporação administrativa autônoma, delegado do Legislativo e, até, auxiliar do Judiciário, nunca, porém, Corte Judicante ou Corte de Justiça.

SEABRA FAGUNDES tem uma visão mais ampla a respeito, e expõe que a projeção das Cortes de Contas, cumprindo papel controlador sobre todos os poderes estatais e participando de atividades legislativas, executivas e judiciárias, comunica-lhe um certo hibridismo e suscita controvérsias quanto à sua posição constitucional.

Entende que, dado o tríptico teor da competência do Tribunal de Contas, ele tem sido definido como órgão *sui generis*.

Mostrou a desorientação que existia nas normas jurídicas, até que a Carta de 1946 situou o Tribunal no capítulo do Poder Legislativo.

O Tribunal tem a relevante função de assessorar o Legislativo, mas cabe-lhe atribuições de outro teor, ora no âmbito da função jurisdicional, ora da administrativa.

Declara que, julgando contas dos administradores e demais responsáveis por bens ou valores públicos, os tribunais exercem função jurisdicional, e que esse teor jurisdicional das decisões se depreende da própria substância delas, não do emprego da palavra *julgamento*, resultando do *sentido definitivo* da manifestação da Corte.

Também PONTES DE MIRANDA preocupa-se com o assunto, indagando e respondendo ao mesmo tempo:

Órgão do Poder Executivo? Não. Fiscaliza o Poder Executivo. Se admitirmos que coopera com ele será exterior tal cooperação, delimitadora, cerceante, restringente. Órgão do Poder Judiciário? Sim, se bem que de modo especial, como função. Como órgão, não, embora de semelhante composição. Órgão do Poder Legislativo? Em parte. Órgão do Poder Judiciário *sui generis*; órgão também *sui generis* do Poder Legislativo; e conclui o saudoso jurista:

Criação posterior à teoria da separação dos Poderes e fruto da prática, destoa das linhas rígidas da tripartição.

Dessa maneira argumenta AGNELLO UCHÔA BITTENCOURT:

"Poder-se-á, talvez, dar-lhe, também, a qualificação de órgão auxiliar do Poder Judiciário, uma vez que funciona em matéria

de contas, como instância necessária, cujas decisões se tornam indispensáveis, constituindo prejudicial para o início de certas ações... Não se integra, muito menos, no Poder Executivo, a que deve fiscalizar... Não é também Poder Legislativo, embora certa subordinação funcional, não hierárquica. Não o é materialmente, visto que não legisla; não o é formalmente, porque assim não o considerou a Constituição.”

E CASTRO NUNES:

“Se o instituto está entre os Poderes é que a nenhum deles pertence propriamente, nem ao Judiciário, nem à administração como jurisdição subordinada, porque, já então, seria absurdo que pudesse fiscalizar-lhe os atos financeiros; nem mesmo ao Legislativo com o qual mantém afinidades... É um instituto *sui generis*, posto de permeio entre os Poderes políticos da Nação, o Legislativo e o Executivo, sem sujeição, porém, a qualquer deles.”

Creio que o conceito que melhor define a índole do Tribunal de Contas está nas palavras de RUI BARBOSA:

“Convém levantar entre o Poder que autoriza periodicamente a despesa e o Poder que cotidianamente a executa, um mediador independente, auxiliar de um e de outro, que, comunicando com a legislatura e intervindo na administração, seja não só o vigia, como a mão forte da primeira sobre a segunda, obstando a perpetração de infrações orçamentárias por um veto oportuno aos atos do Executivo, que, direta ou indireta, próxima ou remotamente, discrepem das linhas rigorosas das leis de finanças...”

O Tribunal de Contas, corpo da magistratura intermediária à administração e à legislatura, que, colocado em posição autônoma, com atribuições de revisão e julgamento, cercado de garantias contra quaisquer ameaças, possa exercer as suas funções vitais no organismo constitucional.”

Na verdade, o Tribunal de Contas é um órgão independente, em relação aos três Poderes, mas de relevante contribuição, auxiliando-os no desempenho de suas atividades de governo, ou em suas específicas atribuições constitucionais e legais.

O Tribunal é órgão que, funcionalmente, auxilia os três Poderes, porém, sem subordinação hierárquica ou administrativa a quaisquer deles. O contrário seria confundir e negar a sua natureza e destinação de órgão autônomo.

Sem essa independência, que é de sua própria substância, ele não poderia atingir suas finalidades.

São os Tribunais de Contas, assim, órgãos situados entre os Poderes e de cooperação funcional com eles, impondo-se, todavia, que mantenham independência como órgão e função.

Talvez, por isso é que a Constituição italiana o tenha qualificado como órgão auxiliar da República — da República, e não deste ou daquele de seus Poderes; e a Constituição brasileira de 1934 o haja definido como “órgão de cooperação nas atividades governamentais”.

Também não é por outro motivo que, por exemplo, a Constituição confere às Cortes de Contas a mesma competência de que dispõem os tribunais do Poder Judiciário no que se relaciona com a organização e funcionamento internos.

Enfim, a expressão “órgão auxiliar do Poder Legislativo” deve ser entendida como de cooperação funcional, na importante função fiscalizadora daquele Poder.

É preciso não esquecer que nas responsabilidades do Tribunal de Contas se inclui a auditoria financeira sobre as unidades administrativas dos três Poderes.

Fiscalizando a administração pública em seus aspectos orçamentários e financeiros, verificando a legalidade de atos administrativos, inclusive contratos de que resultem despesas para o Tesouro, julgando contas de administradores e responsáveis por bens, valores e dinheiros públicos, opinando sobre as contas globais dos governantes, chefes do Poder Executivo e Mesas de Assembléias Políticas — tudo isso mostra, à evidência, que o Tribunal de Contas é de ser dotado de plena autonomia.

Não é por outra razão que os ministros e conselheiros são protegidos constitucionalmente, tendo as mesmas garantias, prerrogativas, vencimentos e impedimentos dos magistrados, titulares do Poder Judiciário.

Tribunal de Contas: o valor de suas decisões

RAIMUNDO DE MENEZES VIEIRA
Advogado

Exceções ao monopólio jurisdicional

Ao dispor a Constituição Federal que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5.º, XXXV), consagrou, em princípio, o monopólio da função jurisdicional a esse Poder.

Este princípio vem reafirmado no art. 98, II, do mesmo Estatuto Fundamental, quando estatui que a União, o Distrito Federal, e os Estados, criarão justiça de paz, remunerada, composta de cidadãos eleitos pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos e competência para, na forma da lei, celebrar casamentos, verificar, de ofício ou em face de impugnação apresentada, o processo de habilitação e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação.

Conseqüentemente, qualquer ato que importe lesão ao direito individual, qualquer que seja sua fonte, não fica imune à revisão por parte dos órgãos do poder a que está afeta a aplicação da lei. Esta é a regra geral: no nosso país, portanto, a função jurisdicional pertence quase que por inteiro ao Poder Judiciário, vez que nem a lei pode dispor em contrário.

Duas exceções, porém, admite o constituinte ao monopólio jurisdicional do Poder Judiciário.

A primeira hipótese é a do juízo parlamentar, que concerne ao processo de *impeachment*, cujas conseqüências, ainda que impliquem prejuízo a direito individual, não são revisíveis por qualquer outro poder.

Dispõe nossa Carta Magna sobre o assunto:

“Art. 51 — Compete privativamente à Câmara dos Deputados:

I — autorizar, por dois terços de seus membros, a instauração de processo contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado;”

“Art. 52 — Compete privativamente ao Senado Federal:

I — processar e julgar o Presidente da República e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade e os Ministros de Estado nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles;

II — processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade;”

A pena imponível, no caso, limitar-se-á à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis (parágrafo único do art. 52 da C.F.). Mas a ressalva quanto à parte final deste dispositivo se refere à apuração de crime comum, cujo processo criminal poderá concluir por condenação à pena de reclusão, detenção ou multa. Nunca para reapreciar a decisão do juízo parlamentar.

Quanto a essa primeira exceção, é deveras significativa a palavra do eminente Ministro Eduardo Ribeiro de Oliveira, do Superior Tribunal de Justiça ⁽¹⁾:

“Como ressalvamos, a própria Constituição exclui do reexame judiciário certas questões em que pode haver lesão de direito individual. O Senado Federal julga o Presidente da República, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e o Procurador-Geral da República, nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado nos delitos da mesma natureza, se conexos com o do Presidente. Precederá o julgamento pelo Senado, quanto ao Presidente, Vice e Ministros de Estado, decreto de acusação da Câmara dos Deputados. As decisões proferidas pelo Senado e Câmara, em tais casos, não são passíveis de revisão pelo Poder Judiciário, pois se trata do exercício de função jurisdicional.”

A lição do ilustre Ministro permanece tão presente, que a atual Constituição, em seu art. 102, I, c, estabelece que compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, nas infrações penais e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado, ressalvado o disposto no art. 52, I, vale dizer, excluída a competência do juízo parlamentar.

A segunda hipótese se refere às decisões do Tribunal de Contas de que resulte imputação de débito ou multa, em razão do julgamento da regularidade das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores ou aplicação de bens ou fundos públicos (imputação de débito), seja pelo descumprimento de qualquer outro preceito, como, por exemplo,

(1) Sobre o Conceito de Jurisdição, in *Revista Brasileira de Direito Processual*, vol. 18. p. 67.

a aplicação de multa por atraso no atendimento de prazos legais para a realização de determinado ato.

Já no regime das Constituições anteriores mais recentes, o eminente Ministro Seabra Fagundes ensinava, nas páginas do seu "O Controle dos Atos Administrativos do Poder Público", ed. Forense, 1979, p. 113, que "o Tribunal de Contas não aparece na Constituição como órgão componente do Poder Judiciário. Dele se trata no capítulo referente ao Poder Legislativo, do qual constitui, sob certo ângulo, órgão auxiliar. Não obstante, a Constituição lhe comete o julgamento da regularidade das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos, o que implica investi-lo no parcial — pois que noutras matérias isto não ocorre — exercício da função judicante. Não bem pelo emprego da palavra julgamento, mas sim pelo sentido definitivo da manifestação da Corte, pois se a regularidade das contas pudesse dar lugar a nova apreciação (pelo Poder Judiciário), o seu pronunciamento resultaria em mero e inútil formalismo, restando inexplicável a mobilização, para fazê-lo, de um órgão altamente qualificado pelos requisitos de investidura e garantia de seus membros". (CF, art. 73).

A competência do Tribunal de Contas para julgar contas — proclama o insigne Ministro VICTOR NUNES LEAL, in *Problemas de Direito Público*, ed. Forense, 1960, p. 231 — torna prejudicial e definitivo o pronunciamento daquele órgão sobre o fato material do alcance. A disposição constitucional de que "a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual" não é obstáculo a este entendimento, porque, no caso, a redução de competência do Judiciário resulta da Constituição, e não da lei.

A eventual necessidade de propositura da ação de cobrança não desvirtua a função judicante da Corte de Contas, porque em tal hipótese a justiça ordinária funciona tão-somente como instrumento da *sanctio juris emanada* daquele órgão. A justiça comum é simples executora da decisão, não possui competência para investigar a *causa debendi*, e conseqüentemente da condenação, nem para modificá-la.

Estas páginas memoráveis não passaram despercebidas do legislador constituinte, pois a Carta de 1988 assimilou-as no § 3.º do art. 71, ao dispor:

"As decisões do Tribunal de Contas de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo."

E como que num remate definitivo, dispôs, no art. 75, que "as normas estabelecidas nesta Seção aplicam-se à fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios".

Título executivo

Na conformidade do nosso Código de Processo Civil, art. 583, toda execução tem por base título executivo judicial ou extrajudicial. A seguir, estabelece:

“Art. 584. São títulos executivos judiciais:

- I — a sentença condenatória proferida no processo civil;
- II — a sentença penal condenatória transitada em julgado;
- III — a sentença homologatória de transação, de conciliação, ou de laudo arbitral;
- IV — a sentença estrangeira, homologada pelo Supremo Tribunal Federal;
- V — o formal e a certidão de partilha.”

Nesse passo, cedo a palavra ao consagrado Professor Alcides de Mendonça Lima (*Com. ao CPC*, Forense, 1987, vol. VI, p. 260), que assim preleciona sobre os títulos executivos judiciais:

“O dispositivo arrola, apenas, os títulos judiciais, isto é, os oriundos de um processo. A relação, aliás, é taxativa, dentro do Código, não permitindo interpretações extensivas e analógicas, pela própria índole da execução. O mesmo já não acontece com os títulos extrajudiciais, pois o elenco do art. 585 não se esgota por si mesmo, porquanto o inciso VII dá margem a que outros títulos, com força executiva, possam surgir, mas “por disposição expressa” de outra lei que não o próprio Código. Mesmo, porém, quanto aos títulos judiciais, não há impedimento em que qualquer lei ordinária — como o Código é — conceda a uma outra sentença, fora das relacionadas, força executiva. Entretanto, tal situação apenas pode decorrer do texto do Código ou de outra lei que assim prescreve. Nunca atribuir força executiva a outro qualquer ato judicial não amparado por lei, por via de meras interpretações. A lei, portanto, é a única fonte para um título ter força executiva. Nem mesmo o acordo das partes permite tal condição.

Além das sentenças proferidas em processos judiciais, como o título executivo por excelência, a Lei n.º 6.822, de 22-9-1980, atribuiu a mesma força às decisões do Tribunal de Contas da União (não as dos Estados), quando “condenatórias de responsáveis em débito para a Fazenda Pública”, tornando-se, assim, “dívida líquida e certa” (art. 1.º). Foi esclarecida, assim, a norma dúbia da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (Decreto-

Lei n.º 199, de 25-2-1967, art. 50, c), que já autorizava a cobrança, mas não o meio processual, que teria de ser por via do processo de conhecimento, por ausência de acolhimento expresso da ação executiva. É, por conseguinte, situação excepcional, dando força executiva a uma “decisão” fora de processo judicial, como é o normal e tradicional.”

Como se observa na lição supratranscrita, o legislador de 1980, inconformado com a dubiedade dos termos do Decreto-Lei n.º 199/67 — Lei Orgânica do TCU, editou a Lei n.º 6.822, de 22-9-1980, onde se lê:

“Art. 1.º As decisões do Tribunal de Contas da União condenatórias de responsáveis em débito para com a Fazenda Pública tornam a dívida líquida e certa e têm força executiva, cumprindo ao Ministério Público Federal, ou, nos Estados e Municípios, a quem dele as vezes fizer, ou aos procuradores das entidades da administração indireta, promover a sua cobrança executiva, independentemente de quaisquer outras formalidades, na forma do disposto na alínea c do art. 50 do Decreto-Lei n.º 199, de 25 de fevereiro de 1967.

Art. 2.º Incluem-se entre os responsáveis mencionados no artigo anterior os da administração indireta, os das fundações instituídas ou mantidas pela União e os abrangidos pelos artigos 31, item X, e 43 do Decreto-Lei n.º 199, de 25 de fevereiro de 1967, e pelo art. 183 do Decreto-Lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, bem como os administradores de quaisquer recursos originários de transferências federais.

Art. 3.º As multas impostas pelo Tribunal de Contas da União, nos casos previstos no art. 53 do Decreto-Lei n.º 199, de 25 de fevereiro de 1967, após fixadas em decisão definitiva, serão, também, objeto de cobrança executiva, na forma estabelecida no art. 1.º”

O art. 1.º desta Lei n.º 6.822, revogou, a toda evidência, a exigência da inscrição, como dívida ativa, dos “alcances dos responsáveis definitivamente julgados”, constante do § 2.º do art. 39 da Lei n.º 4.320, de 1964. E o fez de maneira apropriada, porquanto a liquidez e certeza do débito, objeto da própria inscrição, já houvera sido apurada pelo Tribunal.

A inscrição de uma dívida ativa, a teor do § 3.º do art. 2.º da Lei n.º 6.830/80, se constitui no ato de controle administrativo da legalidade, e é feita pelo órgão competente (de natureza administrativa) para apurar a liquidez e certeza do crédito. Ora, seria um contra-senso que um órgão do Poder Judiciário ou o Tribunal de Contas atestasse a liquidez e certeza de um débito mediante sentença ou decisão condenatória, e, ainda

assim, esses títulos dependessem de “controle administrativo” para adquirir eficácia de título executivo.

No caso do Tribunal de Contas chegar-se-ia ao absurdo de o fiscalizado ter mais poder do que o órgão fiscalizador, porque a efetividade de suas decisões dependeria de ato do jurisdicionado.

De sorte que as decisões do Tribunal de Contas de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia vinculativa plena, cabendo ao Ministério Público, ou aos procuradores das entidades da administração indireta, promover sua cobrança executiva, independentemente de quaisquer outras formalidades.

Dir-se-ia que a legislação acima referida se destina ao âmbito da União, não alcançando as unidades federadas. Nada mais enganoso, porque se dúvidas pudessem existir, o legislador constituinte terminou por elidi-las, ao inscrever no Texto Fundamental, na Seção IX, do Capítulo I, do Título IV, as seguintes regras normativas:

“Art. 71.

§ 3.º As decisões do Tribunal de Contas de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.”

“Art. 75. As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se à fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios.”

Conclusões

Assim, a primeira conclusão a que se chega é a de que as decisões dos Tribunais de Contas referentes a imputação de débito ou multa se equiparam, por força de mandamento constitucional, às sentenças condenatórias proferidas por juízo monocrático ou aos acórdãos dos Tribunais Judiciários. São títulos judiciais por assemelhação e servem de base à propositura do processo de execução, independentemente de quaisquer outras formalidades.

Uma segunda conclusão a se extrair desses preceitos jurídicos é que constitui dever impostergável do órgão competente do Ministério Público, como dos procuradores das entidades da administração indireta, promover a cobrança executiva dos valores indicados nas decisões do Tribunal de Contas, sujeitando-se, em caso de omissão, às sanções legais cabíveis, pois um tal proceder terminaria por frustrar a atuação do Tribunal, redundando, em última análise, em lesão ao patrimônio público.

O Sistema Tributário Nacional na Constituição de 1988

Estudo comparativo com a Constituição
anterior (EC n.º 1/69 e EC n.ºs 2 a 27)

IDUNA E. WEINERT

Professora Assistente da Universidade de
Brasília. Advogada em Brasília

O tema, obviamente, não se esgota nas breves anotações a seguir alinhadas, que pretendem, somente, trazer contribuição, por menor que seja, à melhor compreensão do nosso novo Sistema Tributário, como inscrito no texto da Carta Política de 1988.

A primeira observação a fazer diz respeito à sistematização da matéria na nova Carta, visto que, ao invés de ocupar, como anteriormente, apenas um Capítulo (V — Do Sistema Tributário) do Título I (Da Organização Nacional), estende-se, agora, pelas seguintes divisões e subdivisões:

Título VI — Da Tributação e do Orçamento

Capítulo I — Do Sistema Tributário Nacional

Seção I — Dos Princípios Gerais

Seção II — Das Limitações do Poder de Tributar

Seção III — Dos Impostos da União

Seção IV — Dos Impostos dos Estados e do Distrito Federal

Seção V — Dos Impostos dos Municípios

Seção VI — Da Repartição das Receitas Tributárias

Nota-se, por conseguinte, que houve sensível ampliação do tema, valendo salientar, também, como será melhor explicitado adiante, a preocupação demonstrada pelo legislador constituinte em tornar mais analítico e minudente o texto da nossa nova Carta, com o objetivo, visível, de proporcionar maior segurança e proteção aos contribuintes.

Seção I — *Dos Princípios Gerais*

O art. 145 e seus incisos I, II e III trazem a especificação dos tributos que poderão ser instituídos pelas pessoas de direito público interno, que indica, nela estando compreendidos tanto os tributos vinculados ou diretos (taxas, contribuições de melhoria e contribuições específicas) como os tributos não vinculados ou indiretos (impostos).

Os tributos vinculados, como é sabido, caracterizam-se pelo fato de que sua cobrança está sempre e imediatamente relacionada com determinada atuação estatal, referida ao sujeito passivo, como ocorre com as taxas, cuja definição, contida no inciso II do art. 145, repete, *ipsis litteris*, o texto de 1969, enquanto que a contribuição de melhoria (inciso III) tem sua instituição justificada quando, sendo “decorrente de obras públicas”, a relação tributária se estabelece por força de atuação a que o poder público é levado por motivo de sua conveniência, de que são exemplos a abertura e o asfaltamento de ruas.

Observa-se, contudo, que foi eliminada, no novo texto, a expressão “que terá como limite total a despesa realizada”, constante da Carta anterior, na redação dada pela EC n.º 23, de 1.º-12-83, ao inciso II do art. 18, supressão essa altamente preocupante, visto que ensejará, certamente, a volta aos abusos que ocorriam antes de 1969, com as entidades que instituíam o aludido encargo tributário pretendendo arrecadar dos contribuintes mais do que tinham gasto, efetivamente, com o empreendimento, com evidente distorção do instituto.

No que tange aos tributos indiretos ou não vinculados (impostos), a cuja cobrança não corresponde qualquer contraprestação direta ou imediata do Estado, dizendo respeito, apenas, à capacidade contributiva do contribuinte, observa-se que a nova Carta, embora mencione expressamente essa modalidade de exação (art. 145, I), o que não fazia o texto anterior (art. 18), continua não definindo o que são os impostos; observa-se, por outro lado, que o constituinte manteve o sistema anteriormente adotado, de distribuição rígida da competência tributária das entidades de direito público interno, para instituí-los e arrecadá-los, cuidando disso era três seções diferentes, como assinalado inicialmente.

A escolha do critério rígido de repartição da competência tributária, dentre outros preferidos por diversos textos constitucionais, impede, no caso, a invasão da competência de uma pessoa jurídica de direito público interno por outra, afastando, por outro lado, a possibilidade de bitributação, ou seja, da instituição de dois tributos com o mesmo fato gerador.

O § 1.º do art. 145 fala em “objetivos” mas, em realidade, consubstancia critérios a serem observados, “sempre que possível”, na instituição dos impostos, havendo menção aos da pessoalidade e ao econômico, o que significa dizer, em outras palavras, que a lei instituidora do tributo, exatamente em razão de se cuidar de espécie não vinculada, procurará indivi-

dualizar a sua cobrança levando em conta, também, a capacidade econômica do contribuinte, embora seja facultado à administração tributária, em contrapartida, com as cautelas recomendadas no texto constitucional, identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do mesmo.

O preceito configura inovação do maior significado, especialmente porque revestido, agora, de força constitucional, sendo certo que introduz de forma expressa a obrigatoriedade da consideração, “sempre que possível”, na instituição dos impostos, do poder contributivo do contribuinte, ou seja, de sua capacidade econômica.

Curvou-se o legislador constituinte, nesse caso, à doutrina e à jurisprudência predominantes nos Estados em que o Direito Tributário já alcançou níveis superiores de desenvolvimento, como é o caso da Alemanha, valendo transcrever, a propósito, as lúcidas palavras de HEINRICH BEISSE, em seu trabalho “O Critério Econômico na Interpretação das Leis Tributárias, Segundo a mais Recente Jurisprudência Alemã”, *verbis*:

“A necessidade do critério advém do objetivo das leis tributárias.

a) A tributação está ligada a fatos, situações e realizações efetivas e, por isso, também a estruturas de direito civil. Nestes fatos se manifesta a capacidade econômica dos sujeitos passivos que justifica a intervenção de direito tributário.

Por isso, as leis tributárias, com a sua descrição de pressupostos, querem atingir, exatamente, estes fatos e situações “econômicas”, isto é, reais (efetivos), e não simples estruturas formais. Isso constitui uma condição fundamental da igualdade da tributação. A serviço desse princípio está o critério econômico.” (In *Direito Tributário — Estudos em Homenagem ao Prof. Ruy Barbosa Nogueira*, Saraiva, 1984, pp. 8/9.)

Vale ler, ainda, sobre o assunto, estudo do Prof. HUGO VON WALLIS, sob o título “Limites Econômicos e Jurídicos da Tributação dos Rendimentos”, constante de coletânea de trabalhos sobre o “Imposto de Renda” (Co-edição Instituto Brasileiro de Direito Tributário e Editora Resenha Tributária, SP, 1981, pp. 9/70).

Quanto ao art. 146, tem-se que se cuida de mero desdobramento do preceito contido no § 1.º do art. 18 da Carta anterior, mostrando o dispositivo em tela, de forma evidente, a preocupação do legislador constituinte em elaborar uma Carta que fosse o mais possível analítica, minuciosa, atendendo, certamente, à necessidade de defesa dos direitos dos contribuintes, freqüentemente violados por interpretações tendenciosas, de textos excessivamente genéricos, como ocorria anteriormente.

Com o mesmo objetivo, vale observar ter havido opção no sentido de desdobrar, em dispositivos autônomos, preceitos antes englobados em apenas

um, como se via no § 1.º do art. 18, registrando-se, ainda, a inclusão de novas normas a serem observadas pelo legislador ordinário, atendendo-se, no caso, ao imperativo a que se acham submetidas a criação e a majoração dos tributos, qual seja, ao princípio da legalidade, inscrito de forma genérica no art. 153, § 2.º, da CF/69 e no art. 5.º, § 29, da CF/88, bem como de maneira específica, no que concerne ao Direito Tributário, nos arts. 19, I, e 153, § 29, da CF/69 e no art. 150, inciso I, da Carta de 1988.

Assim é que o art. 146 determina que caberá à lei complementar “dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios” (inciso I) e “regular as limitações constitucionais ao poder de tributar” (inciso II), permitindo observar não ter havido qualquer alteração de conteúdo, face ao § 1.º do art. 18 da Carta anterior, não ocorrendo o mesmo em relação ao inciso III, que submete, igualmente, à exigência da lei complementar, definindo o âmbito de abrangência desta, a elaboração de normas gerais em matéria de legislação tributária, estabelecendo diretrizes que deverão ser observadas, especialmente no que concerne a:

“a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência;

c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas.”

No que tange ao inciso I, tem-se que o Código Tributário Nacional em vigor (Lei n.º 5.172, de 25-10-1966) não contém normas específicas para regular o procedimento para a solução dos conflitos de competência em matéria tributária, no âmbito administrativo, sendo certo, contudo, que seus preceitos procuram evitar a ocorrência dos mesmos, ao discriminar, com base nas diretrizes traçadas pela Constituição, a competência das entidades de direito público investidas da mesma.

Por outro lado, como bem assinala MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, em seus *Comentários à Constituição Brasileira*, a propósito do § 1.º do art. 18 da CF/69, tais conflitos somente são prováveis em matéria de impostos, uma vez que taxas e contribuições de melhoria correspondem a fatos geradores específicos e referidos a serviços prestados ao contribuinte, ou benefícios alcançados pelo mesmo, de forma direta, o que não ocorre com os impostos, que são tributos indiretos, sabendo-se, ainda, que as Constituições brasileiras optaram, sempre, pelo critério da discriminação rígida da competência para sua instituição. (Saraiva, 3.ª ed. 1983, pp. 147/148).

Quanto às limitações do poder de tributar, a que alude o inciso II do art. 146 constitucional, serão objeto de apreciação, mais adiante, valendo

registrar, quanto ao inciso III, que suas letras *a*, *b* e *c* apenas se referem, de forma exemplificativa, a alguns temas que deverão ser objeto de normas gerais de direito tributário, não se cuidando, pois, de enumeração exaustiva.

Observa-se, ainda, quanto às letras *a* a *c*, acima mencionadas, que apenas a última delas contém inovação, no sentido de recomendar “adequado tratamento ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas”, refletindo a valorização do cooperativismo em nossa Carta Magna; o conteúdo das letras *a* e *b*, antes transcrito, revela cuidar-se de temas que já são objeto de normas do CTN em vigor, que deverá sofrer modificações, contudo, no que concerne à competência para a instituição e cobrança dos impostos, objeto de significativas alterações na nova Carta.

O art. 147, subsequente, corresponde ao § 4.º do art. 18 da Constituição anterior, registrando, porém, as seguintes modificações:

1) não menciona mais a hipótese de Estados não divididos em Municípios, para o efeito de cobrança cumulativa de impostos estaduais e municipais, dada a inexistência deles, na prática;

2) atribui, expressamente, ao Distrito Federal os impostos municipais, sem se referir ao fato de que a cobrança dos mesmos se dá cumulativamente, com os impostos estaduais, como se vê adiante na Seção IV — Dos Impostos dos Estados e do Distrito Federal.

Os arts. 148 e 149 consubstanciam a atividade estatal geralmente denominada “parafiscal”, antes prevista no § 2.º, incisos I e II, do art. 21 da CF/69, que tratava da competência tributária deferida, com exclusividade, à União Federal.

Algumas alterações significativas foram introduzidas na área da parafiscalidade, valendo observar, quanto aos empréstimos compulsórios, previstos no art. 148, que:

1) continuam a ser da competência exclusiva da União;

2) somente poderão ser criados mediante lei complementar e para os fins específicos previstos nos incisos I e II do aludido art. 148, ficando afastada, por conseguinte, a possibilidade de sua instituição indiscriminada, consoante vinha ocorrendo, ultimamente, como fonte de receitas extras para os cofres federais; recorde-se, a propósito, a recente instituição de empréstimos compulsórios incidentes sobre a compra de combustíveis, automóveis, dólares e passagens para o exterior;

3) a eles não se aplicam mais as disposições constitucionais relativas aos tributos e às normas gerais do Direito Tributário, como impunha o inciso II do § 2.º do art. 21 da Carta anterior, o que significa dizer, dentre outras coisas, que não estão mais sujeitos ao princípio da anualidade, ou da anterioridade;

4) os recursos provenientes de sua arrecadação estão, agora, vinculados à despesa que fundamentou sua criação, não podendo, pois, ter outra destinação.

Pode-se concluir, em síntese, no que concerne aos empréstimos compulsórios, que, embora não mais sujeitos aos princípios gerais de Direito Tributário, sua criação e cobrança encontram-se, agora, mais limitadas, quer quanto às hipóteses que as comportam como, igualmente, no que se refere à destinação da receita deles oriunda.

Relativamente à instituição de contribuições, vê-se que foi deferida, apenas preferencialmente, à União (art. 149, *caput*), com o caráter de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, e excepcionalmente aos Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 149, parágrafo único), a ser cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, de sistemas de previdência e assistência social.

No que tange às contribuições referidas no *caput* do art. 149, ou seja, àquelas atribuídas com exclusividade à União, de caráter social, ou representativas de intervenção no domínio econômico ou, ainda, no interesse de categorias profissionais ou econômicas, verifica-se que, ao contrário do que ocorria na CF/69 (art. 21, § 2.º, inciso I), estão elas sujeitas, agora, expressamente, às normas gerais de direito tributário (art. 146, III) e aos princípios tributários da *legalidade* (art. 150, I), da *irretroatividade* (art. 150, III, *a*) e da *anualidade* (art. 150, III, *b*), o que significa estar explícita, agora, a natureza tributária das referidas contribuições, sendo certo que, pelo texto anterior, na redação dada pela EC n.º 8/77, não tinham as mesmas tal caráter.

A propósito, vale lembrar a longa polêmica que se travou nos tribunais brasileiros a respeito da natureza jurídica das contribuições sociais, face aos preceitos da Lei Maior em vigor, tendo-se inclinado o Supremo Tribunal Federal no sentido de que, a partir de 1977, com a EC n.º 8, teriam elas perdido sua natureza tributária, consoante se verifica do voto proferido pelo Ministro Moreira Alves, no julgamento do RE 86.595/BA (RTJ 87/271), após vista dos autos:

“1. Pedi vista para examinar a natureza jurídica da contribuição em causa, devida ao FUNRURAL.

2. Do exame a que procedi, concluo que, realmente, sua natureza é tributária.

Já o era, aliás, desde o Decreto-Lei n.º 27, que alterou a redação do art. 217 do Código Tributário Nacional, para ressaltar a incidência e a exigibilidade da contribuição sindical, das quotas de previdência e outras exações parafiscais, inclusive a devida ao FUNRURAL. Nesse sentido, é incisiva a lição de BALEIRO (Direito Tributário Brasileiro, 9.ª ed., pp. 69 e 584). Rea-

firmou-o a Emenda Constitucional n.º 1/69, que, no capítulo concernente ao sistema tributário (art. 21, § 2.º, I), aludiu às contribuições que têm em vista o interesse da previdência social. Por isso mesmo, e para retirar delas o caráter de tributo, a Emenda Constitucional n.º 8/77 alterou a redação desse inciso, substituindo a expressão “e o interesse da previdência social” por “e para atender diretamente à parte da União no custeio dos encargos da previdência social”, tendo, a par disso, e com o mesmo objetivo, acrescentado um inciso — o X — ao art. 43 da Emenda n.º 1/69 (“Art. 43 — Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente: ... X — contribuições sociais, para custear os encargos previstos nos arts. 165, itens II, V, XIII, XVI e XIX, 166, § 1.º, 175, § 4.º, e 178”), o que indica, sem qualquer dúvida, que essas contribuições não se enquadram entre os tributos, aos quais já aludia, e continua aludindo, o inciso I desse mesmo art. 43.

Portanto, de 1966 a 1977 (do Decreto-Lei n.º 27 à Emenda Constitucional n.º 8), contribuições como a devida ao FUNRURAL tinham natureza tributária. Deixaram de tê-la, a partir da Emenda n.º 8.

3. No caso, a questão versa contribuições relativas a 1967 e 1968. Por isso, concordo com o eminente relator em considerar que elas tinham natureza tributária, aplicando-se-lhes conseqüentemente, quanto à prescrição e à decadência, o Código Tributário Nacional.” (RTJ 87/273-274).

Assinale-se, por outro lado, que, na parte final do *caput* do art. 149, ressalva o texto constitucional a possibilidade de cobrança cumulativa das contribuições a que se refere o dispositivo com aquelas de que trata o art. 195, ou seja, as destinadas a financiar a seguridade social.

Como visto, a natureza jurídico-tributária das contribuições previstas no art. 149 constitucional, em suas três modalidades, resulta expressa no texto da Lei Maior, sem que se possa lançar qualquer sombra de dúvida a respeito da fiscalidade dessas exações de caráter específico. O mesmo não se pode dizer, contudo, das contribuições que se destinam a custear a seguridade social, referidas no art. 195, tantas são as objeções que poderão ser levantadas no sentido de negar-lhes o caráter de exação tributária.

O tema, por sua relevância, certamente despertará o interesse dos tributaristas pátrios, sendo certo, por outro lado, que a definição da natureza jurídica da contribuição securitária, como descrita no art. 195 e seus parágrafos da Lei Maior, dependerá de pronunciamento definitivo de nossa Suprema Corte, exigindo, sem dúvida, um estudo sistemático dos preceitos concernentes ao tema, assim como a exigência da consideração, imperiosa, dos aspectos teleológicos que inspiraram a introdução, no Título (VIII)

relativo à Ordem Social, de um Capítulo (II) dedicado, exclusivamente, à seguridade social.

Seção II — *Das Limitações do Poder de Tributar*

O art. 150 inicia a Seção II, que trata das “Limitações do Poder de Tributar”, destacando-se, no seu contexto, os seguintes princípios gerais (ou limitações gerais) a serem, obrigatoriamente, observados pela legislação tributária de qualquer nível (federal, estadual ou municipal):

- 1) princípio da legalidade (art. 150, I);
- 2) princípio da igualdade tributária, que corresponde, em realidade, à exigência de que a lei dê tratamento desigual aos desiguais (art. 150, II);
- 3) princípio da irretroatividade da lei tributária, que não poderá incidir sobre fatos geradores que lhe são anteriores (art. 150, III, a);
- 4) princípio da anualidade ou da anterioridade da lei tributária, o que significa dizer que o tributo não pode ser cobrado no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que o instituiu ou aumentou (art. 150, III, b);
- 5) princípio da não utilização do tributo como instrumento confiscatório (art. 150, IV); e
- 6) princípio da não utilização do tributo como instrumento de limitação ao tráfego interestadual ou intermunicipal de pessoas ou bens (art. 150, V).

A seguir, o legislador constituinte cuida, no inciso VI, letras e parágrafos, do art. 150, das chamadas imunidades tributárias constitucionais, na medida em que veda, à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a instituição e, conseqüentemente, a cobrança de impostos sobre os fatos geradores que, a seguir, enumera, notando-se que foram mantidas as imunidades antes previstas no inciso III do art. 19 da Carta anterior, com ampliação, apenas, da letra c, para inclusão das fundações dos partidos políticos e das entidades sindicais dos trabalhadores, observando-se, ainda, a exigência, agora expressa, de que as instituições de educação e de assistência social, para usufruírem do privilégio, atuem “sem fins lucrativos”, circunstância que, em face do texto anterior, exigia o exame de caso a caso.

Não houve, quanto à questão das imunidades tributárias, grandes inovações, verificando-se, apenas, uma maior explicitação das mesmas nos §§ 1.º a 4.º do art. 150, no sentido de que:

- 1) o princípio da anualidade ou anterioridade dos tributos (art. 150, III, b) não se aplica aos impostos de importação de produtos estrangeiros,

exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados, bem como sobre o incidente sobre produtos industrializados e o incidente sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários, todos da competência da União (art. 153, incisos I, II, IV V) e, ainda, sobre o imposto extraordinário previsto no art. 154, inciso II, igualmente da União (§ 1.º);

2) a imunidade aos impostos de que cuida o art. 150, inciso VI, letra *a*, deferida às entidades de direito público indicadas no *caput* do artigo, é extensiva às autarquias e às fundações mantidas pelo poder público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes (§ 2.º), incidindo, porém, sobre os mesmos fatos quando relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário (§ 3.º, primeira parte);

3) a imunidade aos impostos a que se refere o art. 150, inciso VI, letra *a*, não se estende ao comprador de bem imóvel adquirido das entidades imunes (§ 3.º, segunda parte);

4) a imunidade aos impostos, deferida aos templos de qualquer culto, aos partidos políticos, inclusive suas fundações, e às entidades sindicais dos trabalhadores, e às instituições de educação e de assistência social referre-se, apenas, no patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados com as finalidades essenciais das mesmas entidades (art. 150, inciso VI, letras *b* e *c* e § 4.º).

Cumpra observar, a este ponto, que todas as explicitações hoje contidas nos quatro parágrafos iniciais do art. 150 já se constituíram em pontos de dúvidas que vieram a ser elucidados, gradativamente, ora pelo trabalho de construção jurisprudencial dos Tribunais, ora pela doutrina, sempre em torno da interpretação do inciso III, letras *a*, *b*, *c* e *d*, e do § 1.º do art. 19 da EC 1/69 e emendas posteriores.

O § 5.º do art. 150 contém, entretanto, inovação, ao prever que lei, no caso ordinária, e que poderá ser federal, estadual ou municipal, determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços, preceito que reflete a preocupação do constituinte de 1988 na defesa do consumidor, preocupação essa até hoje ausente em nossas Cartas Magnas.

Por fim, o § 6.º do mesmo art. 150 impõe a exigência de lei específica para a concessão de anistia ou remissão em matéria tributária ou previdenciária, o que só ocorria, anteriormente, em relação a isenções de impostos estaduais e municipais, por parte da União (art. 19, § 2.º), o que significa dizer que tais benefícios estão submetidos, agora, ao controle do Poder Legislativo, federal, estadual ou municipal.

Vistas as chamadas vedações gerais do poder de tributar, contidas no art. 150, encontramos, a seguir, no art. 151, proibições dirigidas, especificamente, à União e, no art. 152, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios.

Nota-se que os incisos I e II do art. 151 repetem, quase que *ipsis litteris*, os termos das vedações previstas no art. 20, incisos I e II, da Constituição anterior, valendo registrar, apenas, o acréscimo feito ao inciso I, no sentido de admitir a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do país, sem que se possa alegar mais distinção ou preferência em relação às mesmas, como ocorria antes, sendo certo que a ressalva veio a consagrar constitucionalmente prática de há longo tempo adotada pela União, no sentido de privilegiar algumas delas.

A alteração substancial, que se observa, é a transformação em proibição, no inciso III do art. 151, do que antes era facultado à União (art. 19, § 2.º), valendo comparar os textos dos dois preceitos:

“Art. 19 —

§ 2.º — A União, mediante lei complementar e atendendo a relevante interesse social ou econômico nacional, poderá conceder isenções de impostos estaduais e municipais.”

“Art. 151 — É vedado à União:

.....

III — instituir isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios.”

A vedação, agora imposta à União, resulta, sem dúvida, das severas críticas que eram dirigidas à faculdade que antes lhe era deferida, à consideração de que consubstanciava visível invasão da autonomia dos Estados e Municípios, com o conseqüente enfraquecimento do regime federativo, além de representar, em todos os casos, perda de recursos orçamentários para a entidade pública competente para arrecadá-los, sendo certo, por fim, que a proibição ora imposta pelo art. 151, III, é mais ampla, pois diz respeito a todo e qualquer tributo, e não, apenas, a impostos.

Quanto aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, tem-se que a eles é vedado estabelecer diferenças tributárias entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino, nos termos do art. 162 da nova Carta, que repetiu, aqui, a mesma proibição contida no inciso III do art. 20 do texto anterior.

Seção III — *Dos Impostos da União*

Enfatizam constitucionalistas e tributaristas que o sistema de distribuição das rendas tributárias é a “pedra de toque” do federalismo, na medida

em que vai determinar um maior ou menor equilíbrio entre os Estados que compõem a Federação.

Partindo desse princípio, fácil é verificar, através de um estudo comparativo de nossas Constituições, especialmente a partir da EC n.º 18 à Carta de 1946, que houve um gradual alargamento da competência tributária deferida à União, conseqüente não apenas da atribuição dos impostos mais rendosos e do maior número deles, como, ainda, da possibilidade da criação de novos impostos e da atividade parafiscal, representada pela instituição de contribuições e empréstimos compulsórios.

Nessa evolução, foram sendo, os Estados e Municípios, usurpados em suas fontes de rendas e levados, muitos deles, a um verdadeiro estado de penúria, que os obrigava a perambular, na figura de seus Governadores e Prefeitos, pelos gabinetes federais, em Brasília, à cata de recursos para enfrentar, muitas vezes, às despesas mais essenciais.

A conseqüência desse fenômeno, que se agravou, consideravelmente, nos vinte anos de governos militares, foi a presença, no Brasil, de um regime federativo meramente formal, sabido que é ser a autonomia política decorrência natural da autonomia financeira.

Não foi, pois, outra a razão que levou tantas vezes a se levantarem, no Plenário da Assembléia Nacional Constituinte, em defesa dos Estados e Municípios, para que aos mesmos fosse reservada, na nova Carta, uma fatia maior das rendas tributárias, cabendo examinar, agora, se tal objetivo foi alcançado.

A Seção III do Capítulo I — Do Sistema Tributário Nacional, da nova Constituição, trata dos impostos cujas instituição e arrecadação foram deferidas à União, abrangendo os arts. 153 e 154.

A relação de impostos contida no art. 153, se comparada à constante do art. 21 da Constituição anterior, revela, logo à primeira vista, ter ocorrido a redução do número dos impostos da competência da União, antes contidos em dez incisos e, agora, em sete.

Assim é que permaneceu na competência da União a instituição dos impostos incidentes sobre importação de produtos estrangeiros — inciso I (II); exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados — inciso II (IE); renda e proventos de qualquer natureza — inciso III (IR); produtos industrializados — inciso IV (IPI); operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários — inciso V (IOF); propriedade territorial rural — inciso VI (ITR) e sobre grandes fortunas, nos termos de lei complementar — inciso VII, verificando-se, por outro lado, que foram excluídos, do âmbito federal de competência, os impostos sobre serviços de comunicações, o imposto único sobre produção, importação, circulação, distribuição ou consumo de lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos, e de energia elétrica, o imposto único sobre a extração, a circulação, a distribuição ou o consumo dos minerais do País, e o inci-

dente sobre transportes, impostos, estes últimos, que estavam enumerados nos incisos VII a X do art. 21 da Carta anterior.

Os impostos excluídos da competência da União foram destinados aos Estados e/ou aos Municípios, como se analisará adiante, valendo assinalar, porém, que permaneceram sob o poder de tributar da mesma os impostos mais rendosos, ou seja, aqueles que trazem aos cofres públicos maior receita tributária, além de um número ainda considerável dessa espécie tributária.

Dessa forma, embora se constate que, de maneira global, houve algum avanço, no sentido de uma distribuição mais equânime das rendas tributárias, em relação ao sistema anterior, é inegável que a União continua a deter a "parte do leão", e que a Federação brasileira ainda está muito longe de alcançar o equilíbrio político ideal, que só se concretiza através da autonomia financeira dos Estados federados, no modelo federativo, sabendo-se, por outro lado, que, por razões históricas, existe no Brasil um terceiro nível de poder, o municipal, igualmente revestido de autonomia, o que obriga a uma tripartição das receitas tributárias.

O § 1.º do art. 153 permite ao Poder Executivo federal alterar as alíquotas dos impostos que enumera (I — importação, II — exportação, IV — sobre produtos industrializados e V — sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários), desde que atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, o que significa dizer, em outras palavras, que, além da criação por lei, essa mesma lei deverá dispor, em cada caso, sobre a *forma* de alteração das alíquotas dos impostos incidentes sobre importação, exportação, renda e proventos de qualquer natureza e operações de crédito, câmbio e seguro ou relativas a títulos ou valores mobiliários.

No § 2.º do art. 153 vamos encontrar os critérios a serem observados pelo legislador ordinário, quando da instituição do Imposto de Renda, havendo referência expressa aos da generalidade, universalidade e progressividade, no sentido de que o aludido imposto deverá ser, o mais possível, geral, atingindo a todos, universal, abrangendo toda e qualquer renda ou patrimônio, e progressivo, ou seja, estabelecer alíquotas que variem na razão direta da renda ou do patrimônio do contribuinte (inciso I).

A inovação contida no referido inciso I do § 2.º do art. 153 corresponde, apenas, à consagração de critérios que já vinham sendo aplicados, na instituição e arrecadação do IR; verifica-se, por outro lado, no inciso II, subsequente, que a nova Carta concede imunidade do referido tributo relativamente aos rendimentos provenientes de aposentadoria e pensão das pessoas que menciona, nos termos e limites fixados em lei.

O § 3.º do art. 153 trata do IPI, determinando que o mesmo será seletivo, em função da essencialidade do produto (inciso I), será não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores (inciso II), e não incidirá sobre produtos indus-

trializados destinados ao exterior (inciso III), valendo registrar que os dois primeiros princípios já estavam previstos no § 3.º do art. 21 da Carta anterior, tendo sido introduzida, apenas, como inovação, a imunidade de que cuida o inciso III que objetiva, claramente, estimular as exportações, que tantas divisas trazem para o país.

Quanto ao ITR, consoante resulta claro da redação do § 4.º do art. 153, tornou-se instrumento de desestímulo à manutenção de propriedades rurais improdutivas, através de suas alíquotas, persistindo, embora, a imunidade relativa às pequenas glebas rurais, cuja definição foi remetida à lei, “quando as explore, só ou com sua família, o proprietário que não possua outro imóvel”. Cuida-se, porém, como salta aos olhos, de mero paliativo à grande omissão do legislador constituinte de 1988, que, pressionado pela UDR e pelos grandes latifundiários do país, deixou de enfrentar crucial questão da reforma agrária, mais uma vez adiada.

O § 5.º do art. 153 traz, pela primeira vez, ao texto constitucional previsão sobre a incidência de imposto, referido no inciso V, sobre o ouro, quando este for definido em lei como ativo financeiro ou instrumento cambial, refletindo, dessa forma, a preocupação da nova Carta com fenômeno econômico relativamente recente, qual seja, a descoberta de enormes reservas do minério no país, como é o caso de Serra Pelada, e a especulação em torno do mesmo, no mercado financeiro; beneficiados com a arrecadação desse tributo foram o Estado, o Distrito Federal e o Território, conforme a origem (30%) e o Município de origem (70%).

O privilégio já existente, em favor da União, na Constituição anterior (art. 21, § 1.º), no que diz respeito à competência para instituir novos impostos, desde que não sejam cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados na Lei Maior, foi mantido, em termos quase idênticos, pelo art. 154, inciso I, da nova Carta.

Nota-se, apenas, que a instituição desses novos impostos dependerá, agora, de lei complementar, a ser votada pelo Congresso Nacional, o que afasta a possibilidade de sua criação por outro diploma legal, sendo certo que, em face do texto anterior, e com o beneplácito de jurisprudência tranqüilizada, do Supremo Tribunal Federal, admitiu-se a criação de tributo por decreto-lei.

Por fim, encerrando a Seção III, que trata da União, o inciso II do já referido art. 154 prevê a hipótese de instituição dos chamados impostos extraordinários, tendo sido mantida a mesma redação do art. 22 do texto constitucional anterior.

Seção IV — Dos Impostos dos Estados e do Distrito Federal

O cotejo entre o art. 155 da nova Constituição e o art. 23 da anterior revela que os Estados e o Distrito Federal, embora tenham perdido uma de suas fontes de receita para os Municípios, foram aquinhoados com

outras, as quais, embora não tão rendosas quanto os impostos deferidos à União, vieram reforçar seus orçamentos, o que significa ponderável avanço no sentido contrário à centralização, que sempre se verificou, no sentido da União Federal, especialmente nas últimas décadas.

Assim é que os Estados e o DF mantiveram o imposto de transmissão *causa mortis* e doação de quaisquer bens ou direitos, mas perderam, para os Municípios, o incidente sobre a transmissão, *inter vivos*, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição, que lhes era assegurado pelo art. 23, inciso I, da Carta de 69; mantiveram, ainda, os impostos sobre circulação de mercadorias (ICM), acrescido do incidente sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ganhando a nova sigla ICMS, bem como o imposto sobre propriedade de veículos automotores (IPVA).

Além do acréscimo, acima apontado, do imposto incidente sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, mesmo que as operações e as prestações se iniciem no exterior, tributos estes antes pertencentes à União, foram os Estados e o DF contemplados, ainda, na nova Carta, com um adicional de até cinco por cento do que for pago à União, por pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas nos respectivos territórios, a título de imposto de renda e proventos de qualquer natureza, previsto no art. 153, inciso III.

Exsurge claro, da leitura do art. 155, constitucional, que não se cuida, no inciso II, de um novo imposto mas de adicional relativo a imposto já existente, que é o imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, deferido à União, bastando, para que se chegue a essa conclusão, que se observe a sistemática adotada pelo legislador constituinte, ao discriminar, no inciso I do aludido art. 155, os impostos da competência dos Estados e do DF, e ao indicar, isoladamente, no inciso II, o adicional de que se cuida; por outro lado, se novo imposto fosse, estaríamos diante de bitributação, ante a identidade de fatos geradores.

O adicional de que trata o inciso II do art. 155 não incide, contudo, sobre todo o montante do imposto de renda pago à União por pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas nos territórios dos Estados e do Distrito Federal, mas, tão-somente, sobre a parcela representativa dos lucros do capital (e não lucro real da empresa), ganhos e rendimentos do capital.

Esse entendimento decorre, necessariamente, do pressuposto antes apontado, de que se está diante de um mero adicional a imposto já existente e não de um novo imposto, sendo certo, por outro lado, que o percentual de até cinco por cento, previsto no preceito em tela, incidirá sobre "o que for pago à União", ou seja, sobre o *quantum* que for, efetivamente, desembolsado pelo contribuinte, no pagamento do tributo, importância essa,

por conseguinte, que servirá de base de cálculo para os Estados e o Distrito Federal.

Cumpro assinalar, ainda relativamente ao adicional estadual ao imposto de renda federal (art. 155, II, c/c art. 153, III), que, ante a inexistência da nova lei complementar federal, prevista no art. 146 da Lei Maior e, no que concerne aos impostos discriminados na Constituição, com as definições a que se refere o inciso III, letra *a*, a maioria dos Estados brasileiros vem editando suas próprias leis sobre o adicional ora focalizado, notando-se enorme diversidade de posicionamentos, como ocorre, por exemplo, entre as leis de São Paulo, que aponta como fato gerador do adicional o mesmo do imposto federal correspondente (aquisição de disponibilidade econômica de renda) e do Rio de Janeiro, que optou por considerar o efetivo pagamento à União como “fato gerador” do adicional.

Prosseguindo, vê-se que o § 1.º, incisos e letras, do art. 155 fixam normas relativas à instituição e arrecadação do imposto de transmissão *causa mortis* e doação, de que cuidam o *caput* e o inciso I, letra *a*, do mesmo, cumprindo ressaltar, como particularidade, a exigência de lei complementar, em duas hipóteses: *a*) se o doador tiver domicílio ou residência no exterior; e *b*) se o *de cujus* possuía bens, era residente ou domiciliado ou teve o seu inventário processado no exterior.

Os impostos estaduais incidentes sobre circulação de mercadorias, e sobre prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, e de comunicação, pela complexidade que envolvem suas arrecadações (em especial o primeiro deles), mereceram regulação detalhada por parte do legislador constituinte, que fixou não apenas princípios gerais, a serem observados pela legislação ordinária, como o da não-cumulatividade (obrigatório) e o da seletividade (facultativo), como também estabeleceu que suas alíquotas seriam fixadas através de resolução do Senado Federal, observada a diferenciação das mesmas em razão do local de circulação das mercadorias ou da prestação dos serviços, da pessoa do destinatário (contribuinte ou não) etc.; preocupou-se, ainda, com os reflexos da isenção ou não-incidência desses tributos, bem como da imunidade aos mesmos, de sua base de cálculo, terminando por submeter à exigência de lei complementar a normatização de todos os aspectos fundamentais à sua instituição e à sua arrecadação.

Todos esses temas estão previstos no § 2.º do art. 155, que se desdobra em doze incisos, e estes em letras, com grande minudência, como já ocorria com o art. 23 da Constituição anterior.

A Seção IV, ora em estudo, se encerra com o § 3.º, que prevê a não-incidência de qualquer tributo sobre operações relativas a energia elétrica, combustíveis líquidos e gasosos, lubrificantes e minerais do País, salvo as exceções nele previstas, ficando evidente que não se cuida, mais, dos

chamados "impostos únicos", já que várias operações relativas a esses produtos vão permitir a incidência tributária.

Seção V — *Dos Impostos dos Municípios*

Os Municípios, *celula mater* da Federação brasileira, lutaram, sempre, ao longo de sua história, contra a falta de recursos, tendo-se verificado o seu gradual empobrecimento, semelhantemente ao que ocorreu com os Estados a que pertenciam, como resultado da tendência constante, em nossas Cartas Magnas, de fortalecimento do poder central.

Essa tendência, registrada por historiadores e constitucionalistas, de que resultou, sempre, o desequilíbrio do nosso regime federalista, decorreu do artificialismo com que a primeira Constituição Republicana, de 1891, transportou para o nosso País o modelo norte-americano, muito bem sucedido nos Estados Unidos, mas que trouxe graves reflexos para nós, quer de caráter político, quer econômico.

Em verdade, ignorou-se, à época, a realidade brasileira, em que as antigas províncias eram totalmente dependentes, política e economicamente, visto que o Brasil, até então, tinha sido um estado unitário, com um poder central monárquico, enquanto que os Estados Unidos foram, inicialmente, uma confederação, para somente adotar a forma federativa de estado por razões de ordem externa e de segurança.

Tais reflexões buscam, tão-somente, situar historicamente os municípios, com vistas a explicar e entender a situação de penúria a que foram levados, ao longo dos governos republicanos, por força de sistemas de distribuição injusta dos recursos provenientes da arrecadação dos tributos, valendo recordar que, somente a partir de 1965, com a EC n.º 18 à Carta de 1946, a matéria tributária alcançou o *status* de sistema tributário nacional.

Além dos poucos recursos que lhes eram destinados, defrontavam-se os municípios brasileiros com verdadeira caudal de exigências burocráticas que lhes eram impostas, para recebimento das verbas provenientes da arrecadação de tributos que não eram de sua competência e que lhes eram repassadas.

Em face da Constituição anterior, a entrega das parcelas a que faziam jus, relativas ao Fundo de Participação dos Municípios (art. 25, inciso II), dependia do recolhimento dos impostos federais pelos mesmos arrecadados, bem como liquidação das dívidas por eles assumidas para com a União ou seus órgãos de administração indireta, inclusive as oriundas de prestação de garantia (§ 3.º do referido art. 25), circunstâncias que, por força dos entraves burocráticos que envolviam essas operações, traziam graves prejuízos a essas entidades menores da Federação.

Resta indagar, a este ponto: e agora, em face da nova Constituição, qual é a situação dos Municípios brasileiros?

A simples leitura do art. 156 revela que a competência tributária dos Municípios foi ampliada pela atribuição de novos impostos, como é o caso do imposto incidente sobre a transmissão *inter vivos* (art. 156, II), antes pertencentes aos Estados e ao DF, e, ainda, o que tributa as vendas a varejo de combustíveis líquidos e gasosos, exceto o óleo diesel (art. 156, III), produto que antes era taxado pela União na Carta de 1969 (art. 21, VIII) e que agora goza de imunidade constitucional.

Permaneceram na competência dos Municípios o imposto incidente sobre a propriedade predial e territorial urbana — IPTU (art. 156, I) e sobre serviços de qualquer natureza — ISS (art. 156, IV), não recaindo, este último, sobre os serviços de transportes e de comunicações, cuja tributação foi reservada aos Estados e ao DF (art. 155, I, b).

O § 1.º do art. 156 do novo texto constitucional introduz inovação no sentido de admitir o IPTU progressivo, de forma a assegurar o cumprimento da função social da propriedade, nos termos que vierem a ser fixados em lei municipal, sabendo-se que essa progressividade vinha sendo, até então, rechaçada pelos Tribunais do país, por falta de previsão expressa.

Vale assinalar, também, a exemplo do que já foi registrado em relação ao ITR (art. 153, VI, e § 4.º), que o IPTU poderá se transformar, de agora em diante, em instrumento, ainda que débil, de realização do ideal de uma utilização mais justa do imóvel urbano, fazendo recair carga tributária mais pesada sobre o imóvel sem ocupação.

O imposto de transmissão *inter vivos* (art. 156, II) compete ao Município da situação do bem (art. 156, § 2.º, II), sendo que o inciso I do mesmo § 2.º prevê hipótese de não-incidência do aludido imposto que já figurava da Carta anterior, quando ainda pertencia aos Estados e ao DF (art. 23, I, e § 3.º), observando-se, apenas, a final, o acréscimo da expressão “arrendamento mercantil”.

O § 3.º do art. 156 diz que o ISS não exclui a incidência do imposto estadual previsto no art. 155, I, b, sobre a mesma operação, enquanto que o § 4.º, subsequente, exige lei complementar para a fixação das alíquotas máximas dos impostos previstos nos incisos III (vendas a varejo de combustíveis líquidos e gasosos), e IV (serviços de qualquer natureza), valendo lembrar a parte final do aludido inciso IV, que impõe, igualmente, lei complementar, que terá de ser, necessariamente, federal, para a definição dos serviços sujeitos à incidência do imposto em tela.

Seção VI — *Da Repartição das Receitas Tributárias*

Além de discriminar, rigidamente, quanto aos impostos, a competência das pessoas jurídicas de direito público interno, a nova Constituição dedica uma Seção exclusivamente à repartição das receitas tributárias, denotando

a preocupação que o tema despertou, no seio da Assembléia Nacional Constituinte, e, como já foi registrado antes, não faltavam razões para isso, vez que se trata de ponto nevrálgico para todos os regimes federativos.

Vale recordar, a propósito, as observações do Prof. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, ao comentar o art. 25 da CF/69, *verbis*:

“Desde a Reforma Tributária (Em. Const. n.º 18, de 1965), o sistema tributário nacional estabelece complexo sistema de participação dos Estados e Municípios no produto da arrecadação federal. Esse sistema apresenta inegáveis vantagens. Como escrevemos noutro trabalho, “a primeira vantagem que deve ser salientada nesse sistema é a redistribuição de rendas” (“Participação do Município...”, cit., in *Revista de Direito Público* n.º 9, p. 150). LAUFENBURGER, o mestre francês do Direito Financeiro, bem formulou a questão quando viu nas participações tributárias um meio de diminuir as diferenças entre regiões de um mesmo Estado. Serve a participação para dar meios melhores a regiões mais pobres, retirando-os das zonas mais ricas. Supre, assim, a deficiência do regime de repartição rígida de tributos entre a União, Estados e Municípios, pois os tributos exclusivos... rendem bem nas regiões ricas, onde há riqueza para alimentá-los, e mal, ou insuficientemente, nas que são pobres. É essa a lição de LAUFENBURGER através da conhecida “teoria do filtro”, cuja aplicação ao federalismo cooperativo soube salientar o Prof. MACHADO HORTA (cf. *A Autonomia do Estado-Membro no Direito Constitucional Brasileiro*, p. 281).” (*Comentários à Constituição Brasileira*, Ed. Saraiva, 3.ª ed., 1983, p. 177).

Assim, para que os Estados federados alcancem autonomia política e econômica, característica do regime, é indispensável que haja uma distribuição equânime das receitas tributárias, de modo a assegurar o custeio das despesas de cada unidade federativa e a proporcionar-lhe desenvolvimento e progresso, sendo certo que, no Brasil, como peculiaridade, temos, ainda, um terceiro nível de poder, o municipal, obrigando a uma tripartição dos recursos.

O estudo das Constituições brasileiras revela ter havido, inicialmente, na Carta Imperial de 1824, o total esquecimento da existência dos Municípios, sabendo-se, contudo, que anteriormente a ela gozavam os mesmos de expressiva autonomia, decorrente da dificuldade que se registrava, à época, de comunicação entre o Poder Central e essas unidades municipais, espalhadas por todo o território nacional, obrigando os líderes políticos locais a decidirem sobre os problemas mais urgentes.

A falha foi corrigida pela primeira Carta Republicana, de 1891, que dispôs sobre a existência e autonomia dos Municípios em seu art. 68, sem nada prever, contudo, sobre sua competência tributária, ou mesmo, sobre a parcela que lhes caberia dos tributos arrecadados pela União e pelos

Estados, havendo recomendação, apenas, no aludido dispositivo, no sentido de que os Estados deveriam organizar-se de forma a que ficasse assegurada a autonomia dos Municípios em tudo quanto respeitasse ao seu peculiar interesse.

A partir da Carta de 1934 registrou-se, porém, não apenas a atribuição expressa de competência aos municípios, para arrecadar tributos, como, ainda, a repartição de rendas entre os Estados e eles (art. 13, § 2.º, incisos I a V, c/c art. 8.º, § 2.º, e art. 10, parágrafo único).

O mesmo ocorreu com as Constituições de 1937 (art. 28, incisos I a IV, c/c art. 23, § 2.º) e de 1946 (art. 29, incisos I a V, c/c art. 15, §§ 2.º e 4.º, e outros), sendo certo que, a partir da EC n.º 18/65, a matéria erigiu-se em Sistema Tributário Nacional, mantido em 1967, 1969 e na nova Carta, de 1988.

O cotejo entre os arts. 25 e 26 da CF/69 e os arts. 157, 158 e 159 da Carta atual revela que houve, inegavelmente, sensível progresso no sentido de uma redistribuição mais justa das rendas tributárias, valendo registrar um aumento significativo dos percentuais destinados aos Estados, dos impostos federais, e aos Municípios, dos impostos federais e estaduais.

Assim é que os Estados e Municípios receberão todo o produto da arrecadação do imposto da União incidente sobre rendas e proventos de qualquer natureza, pagos na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e fundações que instituírem e mantiverem (arts. 157, I, e 158, I), sendo certo que os Estados receberão, ainda, da União vinte por cento do produto da arrecadação de qualquer imposto novo, que seja instituído pela União, com apoio no art. 154, I; os Municípios farão jus, por sua vez, a cinquenta por cento do produto da arrecadação do ITR, relativamente aos imóveis neles situados (art. 158, II).

Quanto aos Municípios, receberão, ainda, dos Estados a que pertencerem cinquenta por cento do IPVA de veículos automotores licenciados em seus territórios e vinte e cinco por cento do ICM e do imposto sobre prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (art. 158, incisos III e IV), sendo que estes últimos (inciso IV) obedecerão, no que se refere ao creditamento das parcelas de receita municipal, aos critérios fixados nos incisos I e II do parágrafo único do art. 158.

O art. 159, no seu inciso I, impõe à União a repartição de quarenta e sete por cento do produto da arrecadação de dois dos seus mais significativos impostos, quais sejam, o IR e o IPI, com o Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal, com o Fundo de Participação dos Municípios e para aplicação em programas de financiamento ao setor produtivo das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, da forma estabelecida em suas letras *a*, *b* e *c*, e obriga a mesma, ainda, a destinar aos Estados e ao DF dez por cento do IPI, proporcionalmente ao valor das respectivas expor-

tações de produtos industrializados (inciso II), verificando-se, por fim, que os §§ 1.º, 2.º e 3.º do mesmo art. 159 estabelecem critérios a serem observados no repasse desses recursos.

Buscando evitar os males antes apontados, que ocorriam quando da transferência das parcelas destinadas aos Estados, DF e Municípios, o art. 160 da nova Carta veda a retenção ou qualquer restrição à entrega e ao emprego dos recursos aos mesmos atribuídos, inclusive quanto aos adicionais e acréscimos relativos a impostos, abrindo exceção, apenas, em seu parágrafo único, à possibilidade de a União condicionar a referida operação ao pagamento de seus créditos, o que significa dizer, em outras palavras, que poderá haver, até mesmo, se assim o desejarem as entidades interessadas, compensação de créditos, prevista no art. 170 do CTN.

O art. 161 remete à lei complementar a tarefa de regular a operacionalização dos repasses de recursos de que cuida a Seção VI, deferindo competência ao Tribunal de Contas da União (parágrafo único) para efetuar o cálculo das quotas de participação previstas no inciso II do art. 159, antes examinado.

Por fim, encerrando todo o Capítulo I — Do Sistema Tributário Nacional, do Título VI — Da Tributação e do Orçamento, que foi objeto de análise crítica, no presente trabalho, encontramos, no art. 162, obrigação imposta à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, no sentido de que divulguem, até o último mês subsequente ao da arrecadação, os montantes de cada um dos tributos arrecadados, os recursos recebidos, os valores de origem tributária entregues e a entregar, e a expressão numérica dos critérios de rateio, sendo que a União deverá discriminar os dados por Estado e por Município e os Estados, por Município.

Observe-se que a obrigação aludida, hoje imposta a todas as pessoas de direito público interno detentoras do poder de tributar ou beneficiadas por recursos oriundos de redistribuição de receitas tributárias, só existia, na CF/69, relativamente à União e aos Estados (art. 21, § 7.º, e art. 23, § 14) e, mesmo assim, somente a partir da EC n.º 27, de 28-11-85, tendo-se ampliado, dessa forma, com a nova Carta, o poder de fiscalização sobre as entidades a que o dispositivo se refere, a ser exercido não apenas, de forma recíproca, pelas mesmas, como também, por qualquer cidadão brasileiro.

Conclusões

Apesar das severas críticas que vêm sendo dirigidas à nova Constituição brasileira, promulgada a 5 de outubro de 1988, no que concerne ao "Sistema Tributário Nacional", nela contido, e que foi objeto de breve análise, no presente trabalho, forçoso é concluir que representa significativo esforço no sentido de proporcionar aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios uma fatia maior dos recursos oriundos da arrecadação

dos tributos, antes atribuídos em sua maioria, de forma injusta, à União Federal, esperando-se, com isso, que consigam superar seus crônicos problemas.

Enfatize-se que receberam, as mencionadas entidades federativas, um número maior de impostos, bem como percentuais mais significativos do produto da arrecadação dos impostos federais, como o IR e o IPI, tendo-se registrado, inclusive, a preocupação do legislador constituinte em afastar qualquer tipo de obstáculo que possa ser levantado ao repasse desses últimos recursos.

Há, contudo, circunstância irrecusável, a lançar sérias dúvidas no sentido de que sejam definitivamente equacionados, com as inovações introduzidas no Sistema Tributário Nacional pela Carta de 1988, os males que, por enfraquecerem sistematicamente a economia dos Estados e Municípios brasileiros, sempre contribuíram, simultaneamente, para a desfiguração do modelo federativo aqui implantado.

É que, a rigor, nada mudou, no novo texto constitucional, no que tange ao critério de repartição de receitas tributárias adotado, desde que a matéria alçou o patamar do texto da Lei Maior com a Emenda Constitucional n.º 18, de 1.º-12-65, à Carta de 1946, verificando-se, tão-somente, uma modesta tentativa de corrigir a injusta distribuição que prevaleceu por tantos anos e que se agravou, acentuadamente, com o texto da EC n.º 1/69, e emendas posteriores.

Dessa forma, cumpre indagar se não foi perdida uma excelente oportunidade, numa fase de transição que o país atravessa, para mudar os rumos da Federação brasileira, com a adoção de um sistema tributário mais justo e racional, como o é, por exemplo, o que foi escolhido pela República Federal da Alemanha, em sua Lei Fundamental, sob o título "Regime Financeiro".

Com efeito, parece bem mais lógico e democrático que se efetue, inicialmente, como o fez a Carta alemã, uma repartição das despesas, ou seja, dos encargos a serem enfrentados pelas pessoas jurídicas de direito público interno que compõem sua Federação para, só então, distribuir a cada uma delas os tributos que poderão instituir e arrecadar, na medida de suas necessidades.

Outra conclusão, a extrair, da Constituição de 1988, no que tange ao seu "Sistema Tributário", diz respeito à consideração, recomendada no § 1.º, do art. 145, da capacidade contributiva do contribuinte, quando da criação de impostos, sendo facultado à administração tributária, com as cautelas exigidas no texto constitucional, identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do mesmo; é que, na prática, o uso da mencionada faculdade vem demonstrando que, como ocorreu na Alemanha, por exemplo, a pretexto de investigar dados relativos ao contri-

buinte, poderá a administração cometer abusos, promovendo a uma verdadeira devassa em sua vida.

Embora seja altamente elogiável a preocupação contida no aludido preceito constitucional, em relação à capacidade contributiva do contribuinte, a segunda parte do mesmo deve ser vista com reservas, vez que, no Brasil, as autoridades tributárias nunca primaram pelo respeito aos direitos dos contribuintes.

Vale fazer, ainda, breve observação, no que concerne ao fato de ter o legislador constituinte optado, relativamente a várias matérias contidas no "Sistema Tributário Nacional", no sentido de que sejam elas objeto de lei complementar e não lei ordinária.

A resposta está em que, sendo o Estado o detentor do poder de tributar, competindo-lhe legislar em causa própria, com vistas à criação e à arrecadação dos tributos, a exigência de lei complementar à Constituição, nos casos nela previstos, a ser votada com *quorum específico*, assegurará maior segurança aos contribuintes e melhor defesa contra os abusos que poderiam resultar do exercício desse poder através de lei ordinária, cuja aprovação se dá com *quorum* menor, sendo certo, por outro lado, que da Carta Magna devem constar, apenas, as diretrizes ("rechtslinien") a serem observadas, cabendo a normatização das mesmas, inicialmente, às leis complementares, estágio prévio às leis ordinárias que irão, finalmente, descer a detalhamentos sobre o tributo a que se referirem.

Por fim, resta-nos afastar a descrença e depositar um voto de confiança na nova Constituição brasileira, esperando que ela se torne, efetivamente, um instrumento de paz e justiça social, e que seja admirada e respeitada por todos os brasileiros.

BIBLIOGRAFIA

Constituição da República Federativa do Brasil — 1988.

Emenda Constitucional nº 1/69 e Emendas Constitucionais nºs 2 a 27.

Constituições do Brasil — Campanhole, ed. Atlas, 4.^a ed., 1979.

Código Tributário Nacional — Lei nº 5.172/66.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de Direito Tributário*. Saraiva, 6.^a ed., 1986, pp. 1 a 15.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira*. Saraiva, 3.^a ed., 1983, p. 177.

BEISSE, Heinrich. In *Direito Tributário*. Estudos em homenagem ao Prof. Ruy Barbosa Nogueira — "O Critério Econômico na Interpretação das Leis Tributárias segundo a mais recente Jurisprudência Alemã". Saraiva, 1984, pp. 8/9.

WALLIS, Hugo von. In "Imposto de Renda" — "Limites econômicos e jurídicos da tributação dos rendimentos" — Ed. Resenha Tributária, SP, 1981, pp. 19/70.

Ombudsman: um mecanismo democrático para o controle da administração

DAISY DE ASPER Y VALDÉS

Procuradora da República. Mestre em Direito Público da UnB. Mestre em Administração Pública University of Southern California. Ph. D. University of Southern California.

S U M Á R I O

1. Definição do problema. 2. Pressuposto básico e objeto de estudo. 3. Marco conceitual. 4. Papel potencial da instituição do Ombudsman. 5. Objetivos da instituição. 6. A evolução da idéia. 7. A autopercepção dos incumbentes: uma pesquisa comparativa e longitudinal. 8. O esquema brasileiro.

1. Definição do problema

A constante expansão do papel dos governos seguida pela crescente complexidade dos processos governamentais tem provocado um aumento do poder discricionário dos burocratas no exercício da autoridade. Em contrapartida, o público tem procurado um antídoto contra esse aumento de poder, que seja facilmente acessível, efetivo, como um guardião leal e protetor, que o represente em sua defesa contra tais excessos governamentais. Paralelamente, governos interessados no bem-estar de seus cidadãos têm procurado novas vias para remediar as queixas do público. A instituição do Ombudsman tem sido um dos mais significantes mecanismos para alcançar ambos objetivos.

Este estudo é sobre a criação de mecanismos que assistam aos cidadãos em seus contatos com os burocratas. O objeto do estudo é o Ombudsman, mas o marco conceitual é a disponibilidade de mecanismos pelos quais o público possa focalizar sua insatisfação com as burocracias públicas e procurar alívio para as suas queixas. A instituição do Ombudsman é apenas uma entre outras possíveis vias para resolução de conflitos entre o Estado e o cidadão.

A assertiva básica é a de que a introdução de instituições essencialmente democráticas, como o Ombudsman, no Brasil, pode gerar benefícios substanciais ao limitar possíveis excessos da burocracia, fortalecendo a proteção aos direitos humanos e aliviando as queixas do cidadão.

De fato, durante as últimas três décadas, a existência de mecanismos para alívio das queixas dos cidadãos tem sido alvo de atenção pelos cientistas sociais. Assim, tem sido reconhecido que o estudo dos conflitos entre cidadãos e órgãos governamentais é uma área que pode prover excelentes dados para desenvolvimento de um conjunto de novos indicadores para controlar o bem-estar da população. Assim, os pontos essenciais nesta análise concentram-se em saber:

a) São os mecanismos existentes suficientes para prevenir o exercício indevido do poder governamental e restrições desnecessárias à liberdade individual?

b) São os cidadãos adequadamente informados a respeito da atuação da burocracia pública?

c) É a administração pública guiada por princípios garantidores de tratamento igual e impessoal e de processos suficientemente flexíveis para lidar com as diferenças individuais?

d) É a introdução de um "humanizador" como o Ombudsman em uma burocracia impessoal e desumana um fator que pode contribuir efetivamente para o fortalecimento da produtividade administrativa e a qualidade do serviço público?

2. *Pressuposto básico e objeto do estudo*

O propósito deste estudo é demonstrar que organizações que lidam com as queixas e reclamações do cidadão têm como objetivo alcançar equidade e responsabilidade na administração da política pública. O propósito da equidade burocrática é conseguir que "os burocratas tratem igualmente casos semelhantes e na base de regras claras e anteriormente conhecidas".⁽¹⁾

O objeto de análise é definido pela comparação entre diferentes organizações de Ombudsman universalmente, considerando-as segundo suas funções como:

a) mecanismos de correção de erros;

b) como "humanizadores" da burocracia;

c) redutores de alienação dos cidadãos de seus governos;

d) mecanismos de prevenção de abusos por agirem como agentes fiscalizadores (*watchdog*) da burocracia;

e) defensores do servidor público quando eles são injustamente acusados; e

f) incentivadores de reformas administrativas.⁽²⁾

(1) JAMES Q. WILSON, "The Bureaucracy Problem", *The Public Interest*, N. 6 (Winter 1967): 3-9, p. 4.

(2) LARRY HILL, *The Model Ombudsman: Institutionalizing New Zealand's Democratic Experiment*. Princeton: Princeton University Press, 1976.

O objetivo final é identificar como tais funções devem ser implementadas ao estabelecer um Ombudsman nacional em nosso país como um instrumento fortalecedor e consolidador do atual regime democrático.

3. *Marco conceitual*

O marco conceitual em que se baseia o estudo consiste no conjunto de mecanismos de prestações de contas disponíveis para controlar a tomada de decisões e atividades do setor público. Tais sistemas são necessários, mas não suficientes para satisfazer a necessidade pública de prestações de contas por parte do governo. Estes sistemas são internos ou externos à Administração.

a) Procedimentos de revisão interna da atividade administrativa

Os mecanismos de revisão pela própria Administração em geral falham em imparcialidade. Tais mecanismos avaliam *cumprimento* ou obediência de acordo com diretrizes hierárquicas centralmente impostas, que podem não coincidir com os objetivos políticos ou organizacionais. Devido ao tamanho do governo, tais mecanismos tendem a premiar *conformidade* com as políticas gerais mais do que a efetividade em casos individuais. Tendem, também, a valorizar medidas quantitativas mais do que qualitativas. No setor público, preocupações qualitativas são geralmente consideradas como parte do processo político. Porém, em termos. Medidas quantitativas como custo-benefício e produtividade podem ser padrões técnicos suficientes no setor privado, onde as forças do mercado provêm a dimensão qualitativa. Competitividade, entretanto, é irrelevante na provisão de serviços essenciais por monopólios públicos. Enquanto um programa de avaliação interna pode fornecer alguma medida de controle de qualidade, tal avaliação falha na objetividade propiciada pelo envolvimento público direto.

Portanto, para estimular a responsabilidade e presteza no atendimento ao público, é necessário estimular a Administração a prestar contas da qualidade de seus serviços — tais mecanismos devem ser *externos* ao governo mesmo, para serem tidos como *legítimos*.

b) Procedimentos de revisão externa da atividade administrativa

Os procedimentos externos à Administração podem ser classificados como:

- a) processo político:* eleições, membros do Legislativo;
- b) processo judicial:* Cortes de Justiça, Tribunais Administrativos;
- c) publicidade;*
- d) participação comunitária e individual;*
- e) outros:* revitalização de comitês legislativos;
— proteção a “whistleblowers”

A *efetividade* de qualquer desses sistemas em provocar a prestação de contas por parte do governo é diretamente relacionada com a sua habilidade de *identificar injustiças* e *estimular mudanças* para melhor. O critério para medir esta efetividade relaciona-se com medidas de: independência, tempestividade, confiabilidade, custo, acesso ao público, acesso às informações governamentais, capacidade técnica, influência.

Uma revisão de cada um daqueles sistemas de acordo com tais critérios demonstra a potencial efetividade do escritório do Ombudsman como mecanismo de responsabilização administrativa.

Eleições

As eleições representam a expressão fundamental dos direitos democráticos. Entretanto, não são suficientes em si mesmas para provocar prestação de contas por parte do governo. A seleção periódica entre candidatos e partidos não provê por uma expressão adequada das preferências dentro da miríade de complexas e importantes questões públicas nas quais as decisões devem ser tomadas.

Membros do Legislativo e o Legislativo

Os membros do Legislativo são a principal voz dos seus respectivos eleitores no governo. Através deles o Legislativo legitimamente representa o povo de uma localidade específica. Entretanto, existem limites na sua capacidade de manter o governo responsável por injustiças ou erros cometidos contra o cidadão.

Se o membro do Legislativo é aliado ao governo ou seu opositor, inexistirá, pelo menos, aparência de neutralidade em qualquer debate. Os membros do Legislativo são também limitados em tempo e capacidade técnica para supervisionar a burocracia pública de forma sistemática. O Legislativo, portanto, não é adequado para lidar efetivamente com queixas individuais. Ou melhor, o centro de suas atividades é dominado por problemas de grande complexidade e aplicação ampla. Mesmo que seu tempo fosse utilizável para questionamentos e debates sobre um problema particular, tal tema se tornaria necessariamente matéria pública, o que pode não ser no interesse da pessoa envolvida.

Ademais, muitas tomadas de decisão em matéria pública são conduzidas por grupos supostamente independentes, comissões ou corporações governamentais e uma série de quasi-governamentais organizações (quangos). Enquanto tais organizações podem ser criadas ou designadas pelo governo, raramente são tais agências subordinadas ao Legislativo. Um excesso de poderes delegados a tais organizações impede uma responsabilização facilmente identificável. Embora tal situação possa despolitizar a ação e decisões dos incumbentes, pode também isolá-los de prestar contas ao processo político.

Processo judiciário

As Cortes Judiciais têm responsabilidade de salvaguardar os direitos individuais contra atos abusivos. Como tal, operam como força repressora de atos administrativos que possam ser reprováveis. Sua efetividade, entretanto, é limitada por diversos fatores. Aonde direitos legais existem contra a ação do governo, as barreiras para acesso à justiça através das Cortes Judiciais, por efeito de custos e demora, são ainda enfraquecidas por um litigante particular tendo que confrontar-se com os recursos ilimitados do oponente, o governo. Ademais, direitos legais que devem ser cumpridos contra indivíduos podem ser limitados ou mesmo nem existir contra o governo, devido a imunidades ou privilégios ou mesmo pela especial deferência do Judiciário pela "santidade" das decisões do Executivo. Outras limitações podem ser representadas por cláusulas contratuais específicas, proibindo recurso ao Judiciário, por demora em fornecer a prestação jurisdicional ou mesmo pela ausência de certeza que é provida quando há um sistema de precedentes jurisprudenciais. Os recursos através das Cortes representam também um exercício público que pode romper a prezada privacidade do indivíduo recorrente.

Publicidade

A liberdade de imprensa é um elemento essencial a todos os sistemas democráticos. Vários fatores, entretanto, interferem em sua efetividade como um sistema de prestação de contas.

Primeiro, interesse comercial e o interesse público às vezes colidem. Em certas circunstâncias, interesse em excitar o público pode tomar precedência ou mesmo conflitar com o interesse maior de informar com neutralidade. Quando isso acontece, há um enfraquecimento do valor informativo dos mecanismos de publicidade como sistemas de responsabilização. Outro tema relacionado à habilidade de informar ao público é a facilidade de acesso das agências de notícias e do público a informações sobre as ações do governo. Este direito de publicidade dos atos do governo contrapõe-se ao privilégio governamental de guardar sigilo. Efetividade em receber uma informação neutra é então limitada pela exceção de selecionar-se que tipo de informação será veiculada.

Participação comunitária e individual

A democracia funciona melhor quando cada membro toma responsabilidade pessoal pelas ações de todos. Isto é conseguido por indivíduos que se tornam informados e participam em tomadas de decisão e prestação de serviços a nível local. Este envolvimento assegura que as decisões e serviços são relevantes e adequados às necessidades da comunidade. Ao contrário, barreiras criadas por ignorância ou impossibilidade de acesso provavelmente aumentarão a apatia e limitação do público em geral.

Dada a demanda massiva por serviços executados pelo governo, o escopo e a complexidade de suas responsabilidades estimulam tendências centralistas e intervencionistas, não obstante as convicções políticas do governo. Estas tendências podem limitar a efetividade da participação local em provocar melhor prestação de contas por parte do governo central.

4. *Papel potencial da instituição do Ombudsman*

Os mais tradicionais sistemas de responsabilização dos governos acima mencionados falham, individualmente ou combinados, em assegurar um critério efetivo de prestação de contas em favor do cidadão. A instituição do Ombudsman tem um potencial de satisfazer todos estes critérios.

A organização é independente do governo e politicamente neutra, reportando-se diretamente à legislatura como um todo. As bases do sucesso da instituição assentam-se em *plenos poderes de investigação e facilidade de acesso pelo público*.

Muitos pedidos e queixas podem ser resolvidos rapidamente pelo acesso imediato do incumbente a órgãos e agências do governo e a habilidade e capacidade técnicas dos membros da organização. Totalmente centrado na equidade administrativa, a instituição provê uma análise crítica e recomendações autorizadas para mudança administrativa. Como tal, a organização do Ombudsman tem os elementos necessários para fazer os governos responsáveis ao cidadão pela aplicação de práticas justas e compatíveis com os múltiplos objetivos da política pública.

Definições da instituição do Ombudsman

Uma definição estruturada da instituição é dada na Enciclopédia Britânica, edição de 1972, como sendo o incumbente "um comissário Legislativo para a investigação de reclamações dos cidadãos sobre abusos da burocracia". (3)

Os acadêmicos têm sugerido definições diversas. WALTHER GELLHORN, por exemplo, destaca os *atributos comuns* do Ombudsman:

a) são todos instrumentos do Legislativo, mas funcionam independentemente dele, sem ligações com o Poder Executivo e com apenas uma responsabilidade geral frente ao Legislativo;

b) todos têm praticamente ilimitado acesso a documentos oficiais passíveis de investigação, para que possam revê-los com prestimoso julgamento administrativo;

c) todos podem expressar-se *ex officio* com opiniões capacitadas tecnicamente sobre quase tudo que os governantes fazem e que os governados não apreciam;

(3) STANLEY V. ANDERSON, "Ombudsman", *Encyclopedia Britannica*, 1972 XVI, 960.

d) todos se esmeram em explicar suas conclusões, para que ambos, a administração e o cidadão reclamante, entendam efetivamente os resultados alcançados. (4)

JOHN MOORE percebe os *atributos ou capacidades distintivas* da organização:

“Um Ombudsman é um técnico do governo independente, imparcial e facilmente acessível, que recebe e investiga as reclamações individuais de abuso burocrático. Ele os relata e pode publicar suas conclusões, mas *não tem o poder de mudar as decisões administrativas.*” (5) (grifamos)

LARRY HILL desenvolveu uma definição compreensiva, separando várias características diferenciadoras: (6)

1. estabelecido legalmente
2. funcionalmente autônomo
3. independente em sua operacionalização de ambos, do Legislativo e do Executivo
4. especialista
5. tecnicamente capaz
6. não partidário
7. normativamente universalista
8. centrado no cliente (cidadão), mas não contra a Administração
9. popularmente visível e acessível.

De acordo com HILL, a missão da instituição é lidar com reclamações contra a administração governamental, para usar seus poderes extensivos de investigação desempenhando uma auditoria administrativa posterior, para formar um julgamento que *critica* ou *absolve* burocratas e reportar publicamente suas conclusões e recomendações, mas não para mudar as decisões administrativas. (7) De fato, uma das mais proeminentes características da instituição é sua aparente efetividade apesar de um mínimo de capacidade coercitiva.

(4) WALTER GELLHORN, *When Americans Complain: Governmental Grievance Procedures* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1966), pp. 9-10.

(5) JOHN E. MOORE, “Ombudsmen and the Ghetto”, *Connecticut Law Review* 1 (December, 1968): 246.

(6) LARRY B. HILL, *Ombudsmen, Bureaucracy, and Democracy* (New York: Oxford University Press, 1975), Chapter 1.

(7) LARRY B. HILL, “Institutionalization, the Ombudsman, and Bureaucracy”, *American Political Science Review* 68 (September 1974): 1077.

5. *Objetivos da instituição*

Qualquer governo sério, portanto, sobre a manutenção da dignidade dos direitos humanos e da democracia participativa, deve promover o estabelecimento da instituição do Ombudsman. Ainda, a idéia somente tornou-se popular fora dos países escandinavos nos últimos 30 anos. Até 1950 existiam apenas duas dessas organizações — o original Ombudsman sueco (*Riksdagen Justitieombudsman*), estabelecido em 1809, e o finlandês, que foi instituído em 1919, quando a Finlândia tornou-se independente depois da 1.ª Guerra Mundial. Agora existem cerca de 135 dessas organizações operando em cerca de 30 países. Este aparecimento súbito da "Ombudsmania" pode ser explicado como

"a atividade de adeptos da função e de seus advogados, mas também da grande receptividade à idéia por governos que reconheceram a habilidade dos Ombudsman em desenvolver as causas dos direitos humanos, de controlar a burocracia, de remediar queixas individuais contra a má administração pública, e trazer a atenção pública para problemas administrativos nas organizações públicas".⁽⁸⁾

I. *Proteção dos direitos humanos*

O reconhecimento de direitos humanos básicos que ocorreu principalmente depois da 2.ª Guerra Mundial marcou uma significativa mudança em termos de ênfase em valores humanos e forneceu um critério para julgar a realidade — tornou-se obrigatório para os governos e instituições proverem por uma estrutura para implementar a eficácia desses direitos humanos.

Junto com outros sistemas, é obrigação do Ombudsman trazer as experiências burocráticas do cidadão próximas ao ideal democrático. Isto quer dizer que o Ombudsman assegura que as autoridades ajam de acordo com ditames legais e nos limites estabelecidos pela lei. O Ombudsman, entretanto, não é o único ou o maior controlador da legalidade da ação governamental. As Cortes Judiciais são incumbidas desta função juntamente com os tribunais administrativos, nos países que os adotam. Processos judiciais podem ser os mais efetivos meios de obrigar o respeito aos direitos humanos fundamentais, especialmente na área de direitos civis e políticos, como a liberdade de expressão, liberdade de imprensa, garantias de reunião e associação, proteção contra discriminações, garantias contra prisões arbitrárias, ou o direito ao devido processo legal.

Teoricamente, todos os indivíduos são intitulados aos direitos enunciados desde 1948 na Declaração Universal dos Direitos Humanos proclamada

(8) GERALD E. CAIDEN, NIALL MACDERMOT and AKE SANDLER, "The Institution of Ombudsman", in *International Handbook of the Ombudsman: Evolution and Present Function*, Gerald E. Caiden, td. (Westport, CT: Greenwood Press, 1983), pp. 3-22.

pela Organização das Nações Unidas. Muitos direitos específicos — econômicos, culturais e sociais — garantidos formalmente aos indivíduos, entretanto, não encontram o canal próprio para seu cumprimento obrigatório.

Ainda, é função do Ombudsman reforçar os canais existentes e prover os meios para a proteção dos direitos humanos. De fato, o mais significativo desafio para o Ombudsman é a defesa dos direitos dos mais desfavorecidos na sociedade. Em países em desenvolvimento é, de fato, a ausência de muitos desses direitos ou meios de obrigar seu cumprimento que torna a instituição essencial no seu significado e propósito — qualquer instituição que visa a melhoria da qualidade de vida para o indivíduo e assegura que alguém está alerta para a proteção de seus melhores interesses tem não somente um significado simbólico mas também um valor prático imensurável. Como diz WALTHER GELLHORN:

“... nenhuma sociedade digna de respeito pode satisfatoriamente marchar em direção dos seus objetivos definidos (quaisquer que eles sejam) sem considerar quem eles atropelam neste caminho.”⁽⁹⁾

Por isso é que cada vez mais os países têm buscado proteção contra o exercício opressivo, errôneo ou equivocado da autoridade pública.

II. *Um mecanismo único de controle democrático*

Independência é o pré-requisito para atingir outros objetivos. Ela pode ser tida como instrumental para a consecução dos fins precípuos da organização. O conceito de independência é essencial para um exercício efetivo da atividade do Ombudsman. Independência absoluta, entretanto, é difícil de alcançar. Por isso, o Ombudsman deve ter autonomia financeira para operar autonomamente. O aspecto de sua independência relaciona-se com a sua liberdade de atuar segundo normas estabelecidas estatutariamente. Independência, por ser tão importante, obriga necessariamente um compromisso com a *objetividade* e a *imparcialidade*.

Algumas organizações criaram princípios explícitos de justiça administrativa orientadores dos padrões de correção das decisões administrativas e que ajudam a fortalecer a responsabilidade e respeito da organização perante os burocratas, os outros poderes e o público em geral. Em tais casos, as decisões e recomendações do Ombudsman podem ser medidas contra tais princípios declarados neste “Código de Justiça Administrativa”.⁽¹⁰⁾ Diferentemente do Judiciário, o Ombudsman tem mais flexibilidade de ação. Isto, entretanto, tem suas desvantagens. O formalismo das

(9) WALTER GELLHORN, *When Americans Complain: Governmental Grievance Procedures* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1966), p. 4.

(10) KARL A. FRIEDMANN, “Realization of Ombudsman’s Recommendations”, paper presented at the Fourth International Ombudsman Conference, Canberra, Australia, 23-27, October 1988, (Mimeografado).

Cortes de Justiça protege a instituição. Esta proteção não é geralmente propiciada ao Ombudsman, que deve agir mais rapidamente e com menos custos.

III. *Defensor do cidadão*

Assume-se que o Ombudsman deve exercer uma influência humanizadora no governo. Enquanto a apresentação de queixas ou reclamações é básica para uma tomada de posição, a resolução destes conflitos constitui o objetivo primordial do Ombudsman. Seu sucesso depende de ambos — dos clientes trazendo as reclamações e da presteza da burocracia em cumprir suas recomendações.

Existe evidência para consubstanciar a utilidade da instituição na resolução das queixas dos cidadãos e seus efeitos colaterais favorecendo outros em iguais situações.

Os cidadãos que trazem suas queixas são geralmente socializados no sentido de uma melhor interação com os burocratas no futuro. WILLIAM GWYN atesta que, como um crítico equânime e efetivo de abusos e ineficiências, o Ombudsman reduz o medo e a apreensão que muitas vezes o indivíduo traz de seu contacto com uma burocracia poderosa, impessoal e, algumas vezes, caprichosa que toca suas vidas de múltiplas maneiras. ⁽¹¹⁾

ROWAT afirma que o povo necessita saber que existe uma autoridade imparcial desejosa de agir em seu favor. Psicologicamente os indivíduos necessitam de um "muro das lamentações" onde possam apresentar seus problemas. ⁽¹²⁾

IV. *Um instrumento para atacar patologias burocráticas*

A organização do Ombudsman age como um controle de qualidade da atividade administrativa, pois os cidadãos trazem reclamações sobre praticamente qualquer assunto. Entretanto, nenhuma organização está em condições de fazer reformas radicais ou de expor corrupção ou escândalos venais em grande escala. Mas o Ombudsman tem uma posição vantajosa para propor reforma, porque está ao mesmo tempo dentro e fora do sistema. A organização do Ombudsman é parte da estrutura governamental, atua junto com as agências administrativas e comunga de valores semelhantes. Simultaneamente, é externa às responsabilidades operacionais das agências governamentais e pode ter uma visão global imparcial e objetiva.

(11) WILLIAM GWYN, "Transferring the Ombudsman" in S. V. Anderson (ed.), *Ombudsmen for American Government?* (Inglewood Cliffs, NJ: Prentice Hall, 1968), p. 43.

(12) DONALD C. ROWAT, *The Ombudsman Plan; Essays on the Worldwide Spread of the Idea*, Revised Second Edition, (New York: University Press of America, 1985), p. 4.

Ademais, os incumbentes trazem uma perspectiva diferente e capacidade técnica administrativa própria, que ajuda a promover mudanças. (13)

Estas características induziram LARRY HILL a construir uma análise de um ideal-tipo de Ombudsman, semelhante a um burocrata-auditor. (14) Fundado em WEBER, a concepção teórica de HILL tem sido percebida como um duplo propósito: como um mecanismo operacional para gerenciar a burocracia e como uma instituição de assistência ao cidadão. Ele ilustra seu modelo como o Inspetor Estadual Israelense — imitando o modelo escandinavo, os israelenses mesclaram o Ombudsman clássico com o auditor financeiro, criando uma instituição única que se tornou muito efetiva em obter resposta administrativa e reformas urgentes.

Segundo HILL, a genialidade do burocrata-auditor é a aplicação do princípio da racionalidade no controle da ação burocrática — “o burocrata-auditor responde fogo com fogo” —, procurando resolver os reclamos dos cidadãos, os incumbentes atacam a “petrificação mecanizada” burocrática (como WEBER se referia à cultura burocrática iniciada por “técnicos sem alma, sensualistas sem coração”). (15)

Aspectos controversos da instituição

Tendo discutido as características básicas e os objetivos primordiais da instituição, alguns aspectos controversos do Ombudsman necessitam ser apreciados. Particularmente em transplantando a instituição são os aspectos do *poder discricionário* garantido ao incumbente; os limites estabelecidos em sua jurisdição; o problema da *neutralidade política*; e o *relacionamento do Ombudsman com os outros poderes*, em particular com o Poder Judiciário.

Que poderes discricionários devem ser dados ao Ombudsman? Devem os incumbentes ser livres de criticar não apenas a justiça mas também os motivos, a propriedade de uma decisão burocrática? Devem eles ter autoridade para criticar a ação dos Ministros? Devem eles ter o poder de denunciar os funcionários públicos? Devem eles supervisionar as cortes judiciais e os governos locais? As respostas a tais questões variam de acordo com as diferentes adaptações do Ombudsman clássico.

A autoridade de criticar não apenas a justiça de uma decisão, mas também seus motivos e propriedade, é extremamente controversa — na

(13) GERALD E. CAIDEN, *To Right Wrong: The Initial Experience in Israel*. (Tel Aviv: Ashdown Press, 1980), p. 101.

(14) LARRY B. HILL, “Bureaucracy, the Bureaucratic Auditor, and the Ombudsman: An Ideal-Type Analysis”, in *State Audit: Developments in Public Accountability*, B. Geist, ed. (London and New York: Macmilland and Holmes and Meier, 1981), pp. 83-121.

(15) LARRY B. HILL, “Bureaucracy the Bureaucratic Auditor, and the Ombudsman”, citando de Max Weber, *The Sociology of Religion*, Vol. I (Boston: Beacon Press, 1964), p. 206.

Dinamarca e na Noruega o Ombudsman tem esse poder, provavelmente porque não possuem eles um sistema de Tribunais Administrativos. Outros países, como a Nova Zelândia, no seu "Ombudsman Act", ressaltam que o Ombudsman não deve ter jurisdição sobre as decisões administrativas para as quais exista outras fontes de recurso quanto ao mérito da questão. (16)

Outro ponto controverso é a célebre dicotomia matéria administrativa versus matéria política. Embora as doutrinas atuais reconheçam que não há limites estritos entre o político e o administrativo, a questão permanece em debate. R. BAKEWELL, ombudsman australiano, observa que esta área ainda necessita de elaboração — problemas resultantes de uma definição precisa de jurisdição ou poder discricionário são agravados pela relutância do Poder Judiciário em considerar o mérito da decisão administrativa. (17)

As críticas do Ombudsman sobre a legalidade das decisões ministeriais rompem a doutrina da responsabilidade ministerial. A autoridade do Ombudsman de criticar as ações dos Ministros na Noruega e na Dinamarca não interfere com essa doutrina. Esse poder tem sido usado imparcialmente e sabiamente. Não há interferência quanto a decisão dos Ministros, mas tenta-se chegar às circunstâncias que produziram a decisão, reportando-se criticamente a tais fatos perante o Parlamento.

O poder de denúncia, também exercitado na Suécia e Finlândia, tem representado muito mais uma ameaça do que uma ação. Os incumbentes agem como promotores mas também como agentes persuasivos — os poderes punitivos perdem sua relevância quando o objetivo é impedir futuros erros mais do que determinar faltas individuais. (18)

A autoridade do Ombudsman para supervisionar o Judiciário é também bastante controversa. Muitas das reclamações ao Ombudsman na Suécia lidam com problemas no Judiciário e com os promotores públicos. Referem-se, entretanto, a falhas administrativas como queixas sobre demora ou descaso dos juízes. A proposição de que o Ombudsman deve ter jurisdição sobre as cortes ou de que deve ser criado dentro do sistema judiciário um órgão encarregado de queixas e reclamações só pode trazer benefícios ao sistema. (19)

Outro ponto debatido é estabelecer se a jurisdição do Ombudsman nacional deve incluir agências e funcionários locais. O Ombudsman supervisiona municipalidades em Finlândia, Suécia, Dinamarca, Noruega e Nova

(16) DONALD C. ROWAT, *The Ombudsman Plan*, p. 67.

(17) ROBERT D. BAKEWELL, "The Ombudsman and Politics", *Australian Journal of Public Administration*, Vol. XLV, Nº 1 (March 1986): 46-59.

(18) WALTER GELLHORN, *Ombudsmen and Others: Citizens' Protectors in Nine Countries* (Cambridge, MA: Harvard University Press), p. 46.

(19) DONALD C. ROWAT, *The Ombudsman Plan*, p. 71.

Zelândia. O Relatório Whyatt⁽²⁰⁾ referiu-se a numerosos exemplos de poder discricionário não controlado a nível local na Inglaterra, e propôs a inclusão de jurisdição local no esquema inglês. Como foi explicado por ROWAT, depois de estabelecer um plano nacional em 1967, a Inglaterra criou um esquema separado para o governo local em 1974, com dois comissários locais na Inglaterra, um na Escócia e outro no País de Gales.⁽²¹⁾ A inferência é que ou o esquema nacional deve incluir as municipalidades ou um plano separado deve ser criado para governos locais.

6. A evolução da idéia

A instituição do Ombudsman tem laços estreitos com o cidadão e é planejada para monitorar o impacto das burocracias governamentais no público. À medida que o escopo do governo se expande, o Ombudsman tem evoluído numa instituição preocupada principalmente com a resolução das queixas dos cidadãos contra a burocracia. Porque a instituição tem sido vista como efetiva em sua atuação, a partir da segunda metade deste século o Ombudsman propagou-se pelo mundo.

No curso desta evolução, o original sueco adquiriu certas características distintivas que foram imitadas por novas organizações. Suécia e Finlândia incorporaram o *Justitieombudsman* (JO), uma posição ocupada por uma pessoa com reconhecido saber jurídico e excepcional integridade eleita pelo governo mas como parte do Poder Legislativo — enquanto similar função era exercida pelo original Chanceler de Justiça, *Justitiekansler* (JK), subordinado ao executivo — e que deveria reportar-se ao Parlamento e não ao rei. O JO tem poderes investigatórios sobre as cortes como também sobre o Executivo. Dinamarca deu ao escritório do Ombudsman uma distinta saliência, negando-lhe jurisdição sobre as cortes. Embora Suécia e Finlândia tenham um sistema bem desenvolvido de tribunais administrativos e amplas oportunidades de recurso para decisões administrativas, ambos os países acharam necessário instituir o Ombudsman para investigar arbitrariedades no governo. Quando a experiência destes dois países é analisada, ela nos fornece evidência bastante para a adoção do sistema com poderes similares no Brasil. O Ministério Público Federal, tradicionalmente funcionando com poderes similares ao sistema sueco, se enriquece com uma divisão de funções com um Ombudsman (JO), que representa uma vantagem para qualquer país democrático. Para ser mais efetiva, entretanto, a instituição deve prestar contas ao Legislativo, a nomeação do incumbente politicamente neutra e por prazo razoável (em média 5 anos), e ser resguardado de remoção ou destituição da função, que deve ser aprovada pelo Legislativo.

(20) JUSTICE (British Section of the International Commission of Jurists), *The Citizen and the Administration: the Redress of Grievances — A Report*. (London: Stevens and Sons, 1961), pp. xv, 104; também conhecido como The Whyatt Report (Diretor da Pesquisa Sir John Whyatt).

(21) DONALD C. ROWAT, *The Ombudsman Plan*, p. 71.

Na Dinamarca, Noruega e Nova Zelândia algumas mudanças adotadas no modelo sueco tornaram-se o padrão para o resto do mundo. Não existe a figura do Chanceler de Justiça com funções idênticas às do Ombudsman e não existe a tradição de supervisionar ao Judiciário. A jurisdição do Ombudsman está restrita a "matérias administrativas". Questões políticas e profissionais foram excluídas de sua apreciação, muito embora a dificuldade em dizer o que é administrativo e o que é político. Porque as jurisdições variam, a melhor lição a ser aprendida para a adoção no Brasil é que o ponto essencial não é saber onde o Ombudsman tem jurisdição, mas que questões são válidas de serem perseguidas e quão longe a instituição pode ir nesta investigação.

Usualmente a instituição não intervém até que uma ação administrativa se tenha completado, e o cidadão tenha percorrido os recursos normais administrativos. O acesso às informações relevantes é essencial para o bom desempenho do Ombudsman. Em princípio, a instituição deve manter sigilo das matérias de que toma conhecimento no exercício de sua função.

No Canadá, legislação em todas as províncias onde o Ombudsman foi introduzido seguiu o modelo neozelandês. Enquanto o Ombudsman é definitivamente parte do sistema provincial, sua aceitação pelo sistema federal não é pacífica. Sucessivos governos liberais têm introduzido Ombudsmen especializados — comissário para informações, comissário da privacidade, comissário para idiomas e a Polícia Montada Real Canadense.

A essência da instituição nos países da Comunidade inglesa é a mesma — os incumbentes são funcionários legislativos com poderes investigatórios, de aconselhamento e relatorial. Eles possuem um orçamento pequeno, e, talvez por compensação, são nomeados por um período relativamente longo, gozando de relativa estabilidade. O poder de persuasão do incumbente determina com certo grau de certeza o tipo de resposta administrativa dada às suas recomendações. Seu poder de agir estaria amplamente comprometido se as autoridades administrativas se tornassem hostis ao Ombudsman. O poder de publicar suas recomendações é também usado inteligentemente, pois publicidade representa o seu melhor instrumento para compelir obediência.

Ao implementar a idéia do Ombudsman no seu complexo sistema de três níveis de governo (federal — estado — local), a experiência americana demonstrou que o nível estadual oferece as maiores vantagens para a instituição. Investido com os poderes de denúncia, de conduzir investigações, e com autoridade de manifestar-se a respeito de autoridades administrativas estaduais e locais, o Ombudsman havaiano foi criado à semelhança do modelo escandinavo. Mas a idéia tem sido indiscriminadamente usada nos Estados Unidos. Comumente, os chamados escritórios de Ombudsman funcionando em muitos dos estados americanos ou são nomeados pelo governador, com a supervisão da assembléia legislativa, ou as funções são exercidas por algum oficial eleito como um prefeito. Além disso eles não são investidos de poderes de denúncia ou de conduzir investigações por inicia-

tiva própria. Sua função principal é promover a política do executivo estadual. Assemelham-se a agentes negociadores em seu papel de relações públicas do governo. Em nenhuma instância devem eles reportar-se ao legislativo estadual, e geralmente seu orçamento é incluído no do Poder Executivo estadual. Os escritórios especializados de Ombudsman são altamente limitados em suas funções e agem mais como mediadores.

O Brasil tem tido algumas experiências na adoção de Ombudsmen executivos em ambos os níveis, local e estadual. Eles têm conseguido alguns resultados limitados ao teor do seu orçamento e jurisdição restrita. Embora falte o requisito de independência para levantar críticas e exercer uma investigação plena, que são as marcas registradas do Ombudsman clássico, a instituição representa ainda a melhor resposta prática para o crescente lapso entre o cidadão e a administração.

Certamente a legalidade da ação do Ombudsman repousa na autoridade legislativa de supervisão e de inquirição quanto à atividade da administração. Porém, se a organização do Ombudsman deve caracterizar-se como independente e imparcial, então deve agir por seus próprios meios, num escritório ou agência separado dos outros órgãos do Executivo.

No Brasil, por causa da supremacia tradicional do Poder Executivo sobre os outros poderes, a instituição corre o risco de ser confundida com um "quarto poder" competindo com a estrutura clássica tripartida. Um equilíbrio pode ser atingido se os legisladores, no seu papel de mediadores entre o cidadão e a administração, revitalizarem o futuro político nacional, conscientizando os detentores do poder de suas responsabilidades em falhas administrativas. Nos mesmos termos, o modo brasileiro de ver os representantes legislativos como advogados do cidadão contra o abuso governamental torna difícil influenciar o cidadão médio da necessidade de um investigador imparcial para representá-lo. O Ministério Público Federal tem tradicionalmente funcionado como investigador imparcial. Por isso apresenta o contexto adequado para o exercício das funções do Ombudsman.

7. A autopercepção do Ombudsman: uma pesquisa comparativa e longitudinal

O escopo deste estudo é, então, examinar os Ombudsmen existentes no contexto geral da teoria administrativa e explorar seu valor em países em desenvolvimento como o Brasil. As diferentes características e aspectos peculiares dos sistemas de Ombudsman em seis regiões diversas do mundo são analisadas especialmente como:

- a) as origens da instituição nos países escandinavos;
- b) a divulgação da instituição na comunidade inglesa;
- c) a sua difusão no sul e oeste da Europa;
- d) a adoção do Ombudsman clássico (legislativo) nos Estados Unidos;

e) a preferência demonstrada pelos americanos aos Ombudsmen executivos ou quasi-ombudsman;

f) a experiência e ajustamento da instituição em países em desenvolvimento.

Em suma, o foco de análise é a descrição e comparação entre instituições de Ombudsman pelo mundo. As instituições são classificadas em três categorias principais: legislativa, executiva e especializada. Ombudsman legislativo são aqueles criados de acordo com as "Resoluções de Forum" da Associação Jurídica Internacional (IBA) — organizações de Ombudsmen independentes e estabelecidos expressamente por processos legislativos: provisões constitucionais, atos do legislativo ou ordenamentos municipais. Ademais, com a finalidade de comparação, alguns "quasi-ombudsmen" foram incluídos neste estudo. São eles denominados "Ombudsmen executivos" e partilham de muitas das características do tipo clássico, porém um aspecto essencial lhes falta — normalmente sua independência está comprometida. Algumas instituições com finalidades especiais são também incluídas neste estudo: Ombudsman militar, Ombudsman para penitenciárias, Ombudsman universitário, Ombudsman para crianças etc. A instituição tornou-se tão popular que seu nome é freqüentemente usado para qualquer organização, relacionada ou não ao governo, que lide com conflitos ou reclamações apresentados pelo público. O universo considerado por este estudo é, entretanto, limitado às organizações listadas no Instituto Internacional do Ombudsman (IOI) em Alberta, Canadá, de acordo com o seu último diretório revisto em 16 de maio de 1988. Cento e trinta e cinco encarregados em trinta e um países estão listados no referido diretório.

Após a abordagem dos principais aspectos das organizações de Ombudsman nas categorias e regiões acima mencionadas, os resultados da pesquisa comparativa e longitudinal sobre a autopercepção do papel do incumbente Ombudsman são apresentados. Cientistas sociais e acadêmicos têm freqüentemente mencionado a ausência de estudos longitudinais sobre a matéria. O presente estudo estende a pesquisa comparativa feita por LARRY HILL sobre a autopercepção dos encarregados da função de Ombudsman durante o período de 1975 até 1977. (22) Neste sentido, usando como instrumentos questionários e entrevistas, as respostas relacionadas com a efetividade e padrões do papel do Ombudsman são analisadas.

Podem Ombudsmen com estilos próprios ser efetivamente comparados num aspecto interestadual ou mesmo intra-estadual?

Pode, então, ser discernido um tipo "genérico"?

Quais são as características diferenciadoras deste tipo "genérico"?

(22) LARRY B. HILL, "The Self-Perceptions of Ombudsmen: A Comparative Survey", in *International Handbook of the Ombudsman: Evolution and Present Function*, Vol. 1, Gerald E. Caiden, ed. (Westport, CT: Greenwood Press, 1983): 43-58.

Como comparar a organização do Ombudsman com organizações similares?

A pesquisa longitudinal e comparativa provê a compreensão sobre a evolução, utilidade e impacto da instituição do Ombudsman na última década. Alguns países em desenvolvimento, alguns com apenas alguns anos de experiência, são também incluídos com propósito de comparação com os países desenvolvidos.

Em junho de 1988 uma primeira abordagem ao tema, em entrevista com o diretor executivo do Instituto Internacional do Ombudsman (IOI) em Alberta, Canadá, Dr. Randal Yvany, definiu o contexto e atual estado-da-arte da instituição mundialmente, além de fornecer informações básicas e o universo a ser pesquisado. A troca de correspondência com expoentes da matéria, como Larry B. Hill, Donald C. Rowat e Brenda Danet — além da orientação direta e especializada do Dr. Gerald E. Caiden —, foi de inestimável valor na evolução do projeto de pesquisa.

Ademais, as respostas individuais dos incumbentes Ombudsmen representaram uma preciosa fonte de dados com inúmeras sugestões, recomendações e relatórios. A análise da pesquisa, seguindo a metodologia de LARRY B. HILL, é organizada em torno das seguintes dimensões:

- 1) facilidade de acesso por parte dos cidadãos;
- 2) substância das queixas e reclamações apresentadas;
- 3) normas operacionais; e
- 4) grau de autonomia política.

Limitações do estudo

Visto que técnicas de estatística são utilizadas para avaliar a validade dos dados colhidos, o tamanho da amostra é essencial para determinar o significado estatístico. Diferenças entre categorias e regiões são apontadas por meio de estatística descritiva. Entretanto, o número de participantes na presente pesquisa — 77 respostas — é muito pequeno para tornar testes de significância efetivos. A avaliação é difícil porque os objetivos dos incumbentes Ombudsmen são equidade e justiça. Tais conceitos são de difícil operacionalização e podem confundir o avaliador. Entretanto, ainda que seja difícil a avaliação, procura-se sinais de eficácia em cada uma das dimensões pesquisadas — muito embora termos como “acessível”, “alienação”, “humanidade” (da burocracia) ou mesmo “justiça” são por si mesmo subjetivos e passíveis de interpretações viciadas. Também, a impossibilidade de aplicar-se uma metodologia “antes-depois” susceptível de experimentação, usando experimentos controlados que comparam indivíduos recebendo tratamento com pares de indivíduos não recebendo tratamento, limita a validade externa e interna do esforço de avaliação.

Ademais, é importante estar atento ao fato de que estudos avaliativos tendem a enfatizar o lado positivo, funcional e esquecer o lado negativo,

disfuncional, e a documentação ao alcance do avaliador mais do que o objetivo a longo prazo de melhoria da administração pública. Não deve o pesquisador, portanto, ressaltar os aspectos quantitativos em detrimento dos aspectos qualitativos. Considerações qualitativas e intangíveis que possam defluir do conjunto de dados podem ser mais importantes do que as quantitativas.

Os índices essenciais a serem aplicados relacionam-se com medidas de justiça (como equidade) e eficiência. Equidade na burocracia é um critério crítico de sua efetividade. Por exemplo, a proporção de pedidos considerados justificados pelo Ombudsman é uma medida útil neste respeito. Então, um grande número de petições combinado com um grande número de pedidos justificados provavelmente indica a existência de sérios erros. Mas o que caracteriza "alto" ou "baixo" índice de reclamações justificadas é problemático definir.

Em resumo, comparando diferentes papéis, percepções, e efetividade das organizações clássicas de Ombudsman em países desenvolvidos e em desenvolvimento mundialmente, e contrastando-os com ombudsmen executivos e quasi-ombudsmen nos Estados Unidos, e comparando também a evolução que tem havido na última década, os achados representam uma base sólida para estruturar a legislação básica de um Ombudsman nacional para o Brasil.

Conclusões da pesquisa

Uma das maiores dificuldades em discutir a instituição do Ombudsman tem sido a multiplicidade de formas em que a organização tem se revestido, fora de seu país de origem, na Escandinávia.

Algumas das mais comuns confusões sobre a autêntica função da instituição e de sua flexibilidade em ajustar-se a diferentes situações resultaram do incrível número de autodenominados Ombudsmen surgidos nas duas últimas décadas. Uma visão longitudinal de sua evolução neste período dá substância a algumas das características mais salientes da instituição, que, sem medir esforços para controlar inúmeras variáveis limitadoras — como excesso de trabalho, exigências legislativas, escassez financeira —, tem-se organizado para desenvolver e sobreviver.

Por muitas décadas o setor público tem tomado emprestado do setor privado sua organização, instituições, estilos gerenciais e políticos. O Ombudsman é o modelo público que tem sido cada vez mais copiado pela administração privada. As conclusões da pesquisa definem a conceituação, natureza, extensão, flexibilidade em ajustar-se às variáveis situacionais, e o significado prático da instituição num esquema democrático.

Facilidade de acesso pelos cidadãos

Dada uma predominância do modo reativo de operar, a organização tem sido moldada pelo tipo de queixa ou reclamação apresentado ao

Ombudsman. Grande parte do trabalho do Ombudsman clássico é uma resultante de reclamações individuais, e o princípio básico de acesso ao sistema é *passivo* — o Ombudsman espera pela iniciativa do reclamante.

Conclui-se, entretanto, que o quasi-ombudsman e o Ombudsman em países em desenvolvimento não diferem basicamente do modelo clássico. Uma modalidade de acesso mais ativa exige que o Ombudsman inicie questões por sua própria iniciativa e vá de encontro ao reclamante, com fiscalizações externas à organização (*outreach services*).

As tradicionais barreiras de acesso — reclamações apresentadas por escrito, exaustão de outros canais administrativos de apelo, restrições de jurisdição — não mudaram significativamente na última década. O método predominante de acesso, que é por correspondência, tem sido substituído, pelo menos em países desenvolvidos, e por telefone, muitas vezes com chamadas gratuitas (*toll-free numbers*).

A mais óbvia medida de produtividade do escritório do Ombudsman é o número de reclamações registradas pela organização, que varia enormemente. Muitos dos escritórios manuseiam um volume muito grande (acima de 2000) ou um volume muito baixo (menos de 1000) de reclamações. Os incumbentes parecem ter-se organizado para atender situações cada vez mais complexas e ainda prover ajuda satisfatória. Muitos dos escritórios tiveram que lidar com um crescente volume de reclamações muito embora os simultâneos cortes de verba e de pessoal. Paradoxalmente, em épocas de escassez o número de reclamações aumenta. Em termos de justiça social e equidade, os escritórios em todo o mundo parecem estar incentivando a ajuda ao mais necessitado na sociedade, ou pelo menos os Ombudsmen que responderam aos questionários parecem se preocupar igualmente com a classe mais privilegiada e com os menos favorecidos. Eles tem em geral interpretado sua jurisdição liberalmente e reagido contra a idéia de manter-se à sombra para desencorajar reclamações.

Acima de tudo, Ombudsmen — clássicos, executivos e os incumbentes em países em desenvolvimento — parecem estar igualmente disponíveis aos seus clientes. Apesar de distâncias geográficas consideráveis, dificuldades em comunicação, atraso tecnológico, ou grandes índices de analfabetismo, Ombudsmen em países em desenvolvimento parecem lutar para superar seus obstáculos circunstanciais e exercer adequadamente sua missão.

Substância das reclamações

Comparando ambos, Ombudsman executivo e Ombudsman clássico, STANLEY ANDERSON⁽²³⁾ especifica que, para o Ombudsman executivo, um caso é qualquer coisa que um cidadão deseja: informação, serviço, reclamação, ou simplesmente atenção. Em relação ao Ombudsman clássico, entretanto, um caso freqüentemente refere-se à maneira como o governo provê o serviço.

(23) STANLEY ANDERSON, *Ombudsmen for American Government?* (Englewood Cliffs, N.J.: Prentice-Hall, Inc. 1968), p. 23.

As conclusões neste estudo indicam uma tendência similar no tipo de ajuda que o executivo, o quasi-ombudsman ou mesmo o Ombudsman clássico provêm. De fato, com exceção dos Estados Unidos, mais de dois terços dos problemas manuseados pelo Ombudsman referem-se a reclamações ou queixas. Ademais, quase a metade dos Ombudsmen clássicos americanos e quasi-ombudsmen trataram de reclamações administrativas. Uma distribuição paralela de ambos os tipos de reclamações — alegações de ineficiência e alegações de arbitrariedades — foi encontrada predominantemente em todas as categorias de Ombudsmen.

Contrário às expectativas, grande parte do trabalho dos quasi-ombudsmen americanos é também composta por ambos os serviços: prestação de informações e reclamações quanto à maneira pela qual o serviço é prestado.

Ademais, ficou claro que os cidadãos não estão preocupados em obter proteção de uma maneira defensiva (contra um ato que possa causar dano). Muitas das reclamações são colocadas numa perspectiva ofensiva (apelo para garantir um benefício), que parece ser uma tendência desta última década. A expectativa do público por justo e equânime tratamento nas mãos dos funcionários do governo não diminuiu a utilidade da instituição do Ombudsman.

Normas operacionais

Independência e imparcialidade não se consegue facilmente. Estas qualidades parecem ser mais subjetivas, aderentes ao incumbente Ombudsman do que objetivamente derivadas da estrutura externa da organização.

Unanimemente, os Ombudsmen que responderam aos questionários concordaram que o seu papel principal é ser um investigador imparcial. O papel de advogado parece ser uma escolha secundária, a ser desempenhado depois que a investigação está concluída e uma posição definida sobre o problema. Os incumbentes Ombudsmen têm tentado ser imparciais, todos, porém, têm sido sensíveis às realidades circunstanciais.

Autonomia política

Os incumbentes Ombudsmen, em geral, crêem-se independentes de influências políticas. Além da convicção pessoal de independência, estruturalmente a grande maioria de incumbentes Ombudsmen é criada por Constituições federais, estatutos ou normas estaduais. Isto pode ser tido como um índice da importância da instituição no processo democrático.

Finalmente, concorrendo com as conclusões anteriores de LARRY HILL, pode ser dito que a instituição com suas características distintivas e básicas existe transnacionalmente, e desenvolve-se guardando traços básicos diferenciais simultaneamente a seu ajustamento a situações peculiares. Logo, independência, imparcialidade, acessibilidade, equidade e poder de persuasão são todos conceitos relativos, a serem observados no contexto ambiental geral. Assim, o significante acordo sobre certos pontos básicos

de fato caracteriza a instituição e dá um peso extra a um dos seus mais relevantes aspectos: flexibilidade.

8. O esquema brasileiro

O momento político é o mais oportuno para experiências com instituições imbuídas do *ethos* democrático. No Brasil, entretanto, as opiniões sobre a utilidade, impacto e efetividade da instituição variam amplamente, desde sua relevância em definir um estado democrático a somente um instrumento para reduzir as críticas à ação administrativa. A atual conscientização da idéia no Brasil ocorreu como uma reação ao constante incremento da burocracia. Presentemente, alguns esforços específicos para implementar este tipo de instituição têm sido constantemente propostos, focalizando a jurisdição federal ou mesmo problemas locais. Algumas propostas legislativas enfatizando o papel da instituição na sua luta contra a corrupção têm sido apresentadas, sem contudo se tornarem lei. Uma destas propostas foi o "Advogado do Interesse Público" proposto por ALUISIO ALVES em seu projeto de reforma administrativa. A previsão visava ajustar à realidade nacional o instituto sueco provendo de canais efetivos às queixas e reclamações do público contra a administração.

O Decreto n.º 93.714/86, que criou o CODICI (Comissão para a Defesa do Cidadão), representou uma tentativa frustrada. Os membros da comissão estavam comprometidos com o Executivo, sendo designados pelo Presidente entre funcionários de alto nível das agências federais. A sua missão de proteção dos direitos do cidadão contra o abuso do poder, arbitrariedades e omissões limitou-se à esfera federal. De fato, sua jurisdição cingiu-se ao atendimento de reclamações trabalhistas apresentadas por funcionários federais. Os principais atributos do Ombudsman — independência e imparcialidade — tornaram-se enfraquecidos na sua estreita vinculação com o Poder Executivo.

O projeto original da nova Constituição previa o "Defensor do Povo" como uma das características de seu espírito democrático. Na versão definitiva, um papel central para o exercício da função do Ombudsman foi dado ao Ministério Público Federal. Atuando tradicionalmente como fiscal da lei e advogado da União Federal, também como o braço direito do Poder Executivo, foi-lhe agora atribuída a necessária independência política para participar significativamente da estrutura organizacional do Estado. Tais atributos, juntamente com as expectativas do público sobre o futuro democrático do Brasil, identificam o Ministério Público Federal como o contexto mais perfeito para o desabrochar do modelo clássico do Ombudsman em terras sul-americanas.

De fato, no seu Capítulo IV, a Constituição de 1988⁽²⁴⁾ enuncia as funções essenciais do Ministério Público em sua missão de administração

(24) *Constituição da República Federativa do Brasil*, (Centro Gráfico do Senado Federal, Brasília, DF), 1988.

da justiça. A Seção I especifica a estrutura, composição, funções e garantias da organização. A Seção II estipula a composição, estrutura e funções da Advocacia Geral da União. Ainda no seu art. 127 o Ministério Público é visto como o defensor da ordem jurídica, o advogado do interesse público e o protetor dos direitos humanos. Para tornarem-se operativas, estas funções e atributos necessitam ser suportados por disposições compreensivas. As características de independência, autonomia funcional e garantias idênticas às proporcionadas ao Poder Judiciário fazem desta instituição, o Ministério Público Federal, a mais adequada para implementar o conceito do *Justitieombudsman* (JO) sueco. O art. 129, inciso II, da Constituição Federal de 1988 invoca como sua principal atribuição a defesa dos direitos individuais do cidadão, devendo promovê-los por todos os meios.

A nova lei orgânica do Ministério Público Federal em tramitação pela Câmara Federal, elaborada em cumprimento às novas exigências constitucionais, introduz duas grandes inovações na esfera do Ministério Público: as Coordenadorias de Defesa dos Interesses Sociais Difusos (SECODID) e o Ombudsman brasileiro, defensor federal dos direitos constitucionais.

O Ombudsman brasileiro é responsável pelo recebimento de queixas decorrentes de desrespeito aos direitos constitucionais praticados pelos poderes do Estado. Isto significa que, se alguém está sendo lesado em qualquer dos direitos constitucionais por parte de um dos poderes públicos, poderá recorrer ao Ombudsman, que é o defensor federal em Brasília, e indicado pelo Procurador-Geral da República. Em cada Estado do país há um delegado que é também escolhido pelo Procurador-Geral da República. A nova lei orgânica, além de tratar de questões internas do Ministério Público, como o seu funcionamento, pretende democratizar a estrutura do Ministério Público Federal através da divisão de poderes entre o Procurador-Geral da República e um Conselho Superior dos Procuradores. Desvincula, também, a nova Constituição, da Procuradoria, a função de Advocacia da União. É pois o Ministério Público Federal o órgão dotado de independência e imparcialidade necessárias para a defesa dos interesses públicos e para posicionar-se como crítico neutro do governo e do Estado.

O enunciado constitucional — particularmente em duas disposições — defere a defesa da sociedade democrática ao Ministério Público Federal. Então, entre as funções institucionais do Ministério Público, dizem respectivamente os incisos II e III do art. 129:

“a de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos Serviços de Relevância Pública, aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia”.

“promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

Destina-se, portanto, o Ministério Público Federal a um papel decisivo na consolidação do atual Estado brasileiro democrático.

O Código do consumidor

LUIZ AMARAL

Advogado, ex-Secretário Executivo do
CNDC - MT

O Anteprojeto de código de defesa do consumidor que vem de ser apresentado pelo Conselho Nacional de Defesa do Consumidor ao Congresso Nacional é, se mais não for, a culminância de um tortuoso trabalho que este órgão vem desempenhando desde julho de 1985 (quando foi solenemente instalado pelo Presidente da República) pelo consumidor brasileiro, elo final e tão importante quanto ainda débil de nossa economia que já vai rumo aos primeiros lugares do *ranking* mundial. Desde a reunião histórica de 22-8-85 o CNDC, então presidido pelo Ministro Paulo Lustosa (grande incentivador da causa), vem estudando o cipoal legislativo em que se encerra a defesa do consumidor. Dotar todos os Estados de órgãos oficiais (PROCON) propulsores e organizadores da política estadual do setor era a outra grande prioridade do CNDC. Ambas as metas estão quase que concluídas ou em vias disto, porquanto o atalho constitucional poupou-nos etapas e garantiu força constitucional àquelas metas essenciais. Agora é, apenas, questão de cumprimento da lei fundamental (tanto na institucionalização como na "codificação" da matéria) o que, entre nós, também ainda pressupõe lutas.

O Anteprojeto (cujo teor tem dado consistência a diversos projetos de parlamentares) tem muito de outros preparados pelo CNDC e que não lograram sequer terminar suas tramitações regulares; tem muito também do que se pensou, experimentou, discutiu e se escreveu no âmbito do CNDC e dos órgãos locais vinculados à causa. O Código é, enfim, resultante de uma aceleração no processo histórico que coube ao CNDC encetar, enfrentando os anestésicos e sonolentos argumentos contrários de dentro e de fora do governo e cuja origem era e é a conveniente má-fé ou a ignorância acerca do assunto. Hoje, com menos de 4 anos, a defesa do consumidor é algo nacionalmente palpável.

Ao lado dos órgãos locais de orientação e formação (PROCON) e dos juizados de pequenas causas, curadorias e delegacias especializadas, o código

go representará a consecução da concreta justiça social e da plena democracia econômica e colocará o Brasil consoante às recomendações da ONU e ao nível das nações econômica e juridicamente mais civilizadas, algumas até menos desenvolvidas no campo econômico e social (Venezuela, Espanha, México, Portugal, Porto Rico, Canadá, França, EUA etc. . . .).

Tanto quanto a Lei da Ação Civil Pública (Lei n.º 7.347/85) que representou uma ruptura inicial no individualismo do nosso Direito Processual, o Código representará sensível ruptura no liberalismo individualista de nosso Direito Substantivo ou Material. Não se desvanece, é certo, a liberdade econômica, mas pelo princípio da intervenção mínima necessária impede-se que os economicamente fortes reduzam ou anulem a liberdade dos economicamente fracos. A declaração de que todos são livres é ociosa quando apenas alguns podem viver essa liberdade. No que tange à liberdade de contratar ela é cada vez mais, na economia moderna, um exercício vedado à grande massa consumidora. Que liberdade há para quem desconhece as regras básicas do mercado, os produtos e seus similares e os preços e seus componentes? Que liberdade há para quem está sob pressões diversas (publicidade subliminar, rótulos e embalagens atrativas e/ou enganadoras, monopólios, insuficiência salarial etc. . . .)? Que liberdade resta para quem ignora o sentido das conseqüências jurídicas de cláusulas adrede arquitetadas pelo economicamente mais forte? Como se vê a liberdade contratual ou a autonomia da vontade amíde não passa de máscara para a vontade unilateral; é por isso mesmo que este velho princípio (enquanto absoluto) acha-se a caminho do museu das belas utopias jurídicas. Sucede que para que houvesse liberdade efetiva de contratar seria preciso que todos fossem, não apenas juridicamente, mas socialmente iguais, o que necessariamente não ocorre, uma vez que a sociedade se divide em grupos, uns dispondo de poder econômico e outros sequer de suficiente salário. O Anteprojeto nada faz senão reconhecer a necessidade social de se distinguir o que é efetivamente diferente, para que a igualdade (longe de prejudicar o mais fraco) se traduza no tratamento desigual e equilibrado das pessoas (empresas e consumidores) e situações que são de fato desiguais. Por outro lado, estes preceitos inspiradores não nasceram, lá fora originalmente, de qualquer ato de criação espontânea, constituem, isto sim, expressão mais ou menos elaborada dos interesses em conflito (Ihering) e das mutações jurídico-econômico-sociais, já amplamente observadas por grandes juristas (Ripert em 1947, Betti em 1953, Savatier em 1967).

No Brasil, todavia, ainda causa *frison* o mero abrandamento daquele "princípio superior de respeito absoluto da liberdade das convenções" de

que falava Saleilles, exatamente em 1889; princípio este caldeado em outro clima histórico. O anteprojeto do CNDC, pelo que já se pode verificar, tem causado duas grandes apreensões: a chamada inversão do ônus da prova e a dosimetria das penas privativas de liberdade, além de outras críticas que não merecem mais que a resposta dos fatos, já porque não passam de terrorismo verbal (p. ex.: presunção de culpa nos casos das infrações penais) já porque são argumentos liminarmente derrotados noutras plagas.

Ônus da Prova

No Direito em geral quem alega suportar o ônus de provar, não o fazendo ou fazendo-o deficientemente decai do direito em demanda. Este é o princípio geral que com as vicissitudes de nossa sociedade já pós-industrial e de produção e consumo em massa, é por vezes excepcionado pela regra da inversão daquele ônus. A par de ser simplista e nostalgicamente individualista aquele velho princípio do ônus da prova é, cada vez mais, insuficiente e em muitos casos gritantemente injusto para com os socialmente mais frágeis; superada que foi a enganadora igualdade meramente formal. "Quem não pode provar é como quem nada tem" (MASCARDUS).

No Direito do Trabalho é bastante acentuada a inversão do ônus da prova, atendendo, é claro, a extrema desigualdade do empregado (o hipossuficiente) perante o patrão (empresário, ou não); antes a adequação do código aos fatos, à rebelião destes contra aquele.

A presunção de culpa prevista no Anteprojeto (a inversão do ônus probatório é corolário dessa presunção) é a adoção da teoria objetiva ainda tão acanhada que quase não passa da tradicional teoria subjetiva com minúscula concessão (presunção e não afastamento da culpa) àquela teoria. Para o Anteprojeto não basta o mero risco, melhor dizendo, não é suficiente o dano e o nexos causal (que o liga ao agente) para fundamentar a obrigação de reparar como ocorre nos casos em que a vida moderna está a exigir maior garantia. Remanesce, assim, no Anteprojeto, para o hipossuficiente (a ser protegido) toda a carga probatória, salvo a referente à culpa do agente cuja presunção a favor do consumidor ainda pode ser ilidida pelo hipersuficiente (o patrão da relação de consumo) desde que comprove ser a culpa do consumidor ou de terceiro. Quiçá tenha sido este o mais comedido avanço em direção à teoria da responsabilidade sem culpa entre os muitos casos de exceção, necessária, ao regime da culpa que vigora amplamente em nosso Direito Civil. Ficou-se mesmo na simples identificação entre responsabilidade e probabilidade de culpa, tal qual ocorre no art. 1.253 do Código Civil Espanhol e no art. 4.º da Diretiva/85 da CEE.

A teoria objetiva (já também algo insuficiente) conquanto considerada moderna tem suas origens (*ubi commoda, ubi incommoda*: quem lucra com uma situação responde pelo risco ou desvantagens dela decorrentes), como a teoria subjetiva, no direito romano. E sua utilidade hodierna, não mais como reflexo da vingança privada como nos primórdios daquele direito (antes, é claro, da *Lex Aquilia*), decorre da insuficiência da culpa como razão da responsabilidade civil.

Nosso Código Civil (de 1916) abraçou o sistema de responsabilidade subjetiva (prova-se: a culpa, o dano, o nexa causal) e, sem embargo o próprio Código já traz, como não poderia deixar de ser, exceções àquele sistema (arts. 1.523, 1.527, 1.528, 1.546, 1.208, 1.519, 1.520, 1.540, 560, 567, 587, 541, 160 e 15...). Antes mesmo do Código Civil, sede mor da responsabilidade civil, o Decreto Legislativo n.º 2.681, de 1912, já reconhecia a necessidade de superar a insuficiência da fugidia teoria da culpa e fê-lo presumindo-a em relação aos danos causados pelas estradas de ferro (logo estendida aos bondes e hoje até os elevadores). Presume-se também a culpa no Código do Ar (de 1938 e 1966) e na Lei n.º 6.194/74 (seguro obrigatório de danos pessoais/veículos). Na Lei de Acidente do Trabalho (DL n.º 7.036/44) que representa, entre nós, o grau máximo de superação da culpa (teoria do risco integral: prova-se apenas o dano) há até reparação (hoje, pelo seguro) de ato de louco, cuja culpa/imputabilidade indiscutivelmente inexistente. "O patrão é quem recolhe os benefícios da produção; logo, há de ser ele quem suporte não só os riscos da perda de materiais como os resultantes dos acidentes sofridos pelos operários" como se vê nesta lição do prof. Washington B. Monteiro, o patrão indeniza não porque tenha culpa, mas porque é o dono do meio produtor do dano. É fato notório que a dialética patrão x empregado é análoga à dialética empresário x consumidor (hiper x hipossuficiente).

Já é, pois, lugar comum em nosso Direito casos de responsabilidade sem culpa (melhor se dirá: obrigação de reparar) ou de sua presunção até mesmo com referência à mora, não do credor mas exclusivamente do devedor, por conta de quem corre o ônus da prova da inexistência de sua culpa (art. 957, do Cód. Civil).

Vejamos noutros países, apenas alguns exemplos da responsabilidade sem culpa: o Cód. Civil de Quebec (art. 1.487) estabelece a presunção de culpa do vendedor perante o consumidor, da mesma forma o art. 1.324 do Cód. Civil uruguaio e o art. 499 (e ss.) do Cód. Civil português; o art. 1.913 do Cód. Civil mexicano, o célebre art. 404 (teoria objetiva plena) do Cód. Civil russo e os arts. 1.183 e 1.253 do Cód. Civil espanhol.

Presume a culpa também a Convenção de Roma de 1933, sobre transporte aéreo.

Para muitos autores talvez seja nos EUA, a catedral do capitalismo, onde mais se avança, em termos de responsabilidade civil. Depois de presumir até a negligência do produtor, os tribunais americanos têm aplicada a teoria do risco (ou objetiva) de modo expresso e absoluto, com base em três argumentos: *a)* o interesse público exige máxima proteção da vida, da saúde e da segurança pessoal; *b)* o fato de que o fabricante ponha no comércio um bem determinado equivale à garantia de um consumo ou uso conforme a natureza do produto; *c)* o fabricante se encontra melhor situado na estrutura de mercado para distribuir o risco entre o público, através do preço e do seguro. Na Inglaterra, menos avançada, a prática jurisprudencial segue ainda a teoria subjetiva, todavia com forte inversão da carga probatória. Na Alemanha, país mais radical na manutenção da teoria subjetiva, a interpretação ampla do art. 831 do BGB (similar ao art. 1.903, 4.º do Cód. Civil espanhol) tem resultado em larga inversão do ônus da prova a favor do hipossuficiente. Na França, centro irradiador da teoria da culpa com o célebre código napoleônico de 1804 que para muitos é marco final do pensamento jurídico-filosófico de cunho individualístico (FASSO), há presunção absoluta (não admite prova em contrário) de má-fé do vendedor profissional (o profissionalismo do comércio é multissecular e já nos legou até um código que antes de ser do comércio é do comerciante), com relação ao defeito do produto vendido. No México a teoria da responsabilidade sem culpa (do produtor e equiparados) está capitulada nos arts. 31 e 33 da Lei Federal de Proteção ao Consumidor (de 1975), na Espanha no art. 28 da Lei Geral de Defesa do Consumidor. A Diretiva da Comunidade Econômica Européia (de 25-7-85) acerca da responsabilidade civil do produtor (do vendedor, fornecedor e importador) sobre danos causados ao consumidor (que desde 1988 é de recepção obrigatória pelos Direitos internos de cada país-membro), considera “que só a responsabilidade sem culpa do produtor permite resolver de forma adequada o problema, próprio de nossa época de tecnicidade crescente...”. A sistemática desta Diretiva da CEE é bem semelhante à que foi adotada no Anteprojeto.

Na verdade, o dever de indenizar o dano produzido mesmo sem culpa é antes uma garantia do que uma responsabilidade (idéia moral), ensinava o mestre Orlando Gomes. “O dever de não lesar ninguém” (Savatier idem Ripert), cada dia mais essencial ao nosso mundo, tem fundamentado a responsabilidade civil a partir de um largo espectro que vai desde a tradicional teoria subjetiva, passando pela mera presunção da culpa, atingindo a subs-

tituição da culpa pelo risco (teoria objetiva plena) e culminando com teoria do risco integral, extremo oposto da teoria subjetiva.

O acaso, a repetição (que embota a atenção), a imperfeição dos sentidos humanos, enfim o acidente (que os alemães denominam corretamente de falta de ajustamento da consciência à circunstância) tem sido frequentemente confundido com a culpa. E, numa época em que o acidente e o dano (redução patrimonial) são mais um tributo à mecanização de nosso cotidiano que propriamente a expressão de uma conduta individual, época esta em que o valor moral, social e pedagógico da responsabilidade perde-se na emaranhada teia da produção e da distribuição, o problema da reparação dos danos em geral sofridos por uma pessoa deve ser proposto desta maneira: "quem deve reparar os danos? e não, quem é o responsável?" Eis o inexecedível magistério de MORIN. Outro consumado mestre assim leciona: "a tendência atual do Direito manifesta-se no sentido de substituir a idéia de responsabilidade pela idéia de reparação, a idéia de culpa pela idéia de risco, a responsabilidade subjetiva pela responsabilidade objetiva" (RIPERT).

Em suma, tanto a responsabilidade criminal quanto a civil, ofendem nossa auto-estima, o que não é tão estranho, uma vez que não há antologicamente distinção entre ambas. É sensível a confusão mental que reina em torno do vocábulo "responsabilidade", que de logo traz a idéia de imputabilidade (elemento psíquico), de reprovabilidade moral e censura social, que por seu turno avoca a idéia sine qua non de culpa (falha, erro): responsável é quem tem culpa. Tal confusão é o bastante para turvar o imperativo moral da reparação. Não se diga que a culpa como geradora da responsabilidade civil está sendo erradicada, entretanto, ela se mostra, a cada dia, mais insuficiente para atender, não as clássicas, mas as contingências de nosso tempo, que certamente mais se comprazem com os modernos meios coletivos de indenização e com o seguro de responsabilidade (art. 30 da Lei do Consumidor da Espanha). Observe-se, a propósito, que o elenco de seguros obrigatórios, ao longo do tempo, vem crescendo segundo a necessidade de se garantir a reparação independente de culpa de quem quer que seja. Aliás, a teoria da culpa em certos e máxime nos casos não-clássicos de dano tem sido quase que uma velada cláusula de não-indenizar, o que no mais das vezes é uma injustiça social contra, invariavelmente, os mais fracos.

Quem há de lograr atualmente a comprovação da negligência, da imperícia, da imprudência, ou do dolo na fabricação dos incontáveis produtos de toda a natureza (desde remédio até eletrodomésticos...)? Quem

há de lograr comprovar que o comerciante, na busca da maior lucratividade, assumiu o risco de causar dano ao consumidor? Como evidenciar ao Juiz a culpa nestes casos? Em termos de relações de consumo pode-se até dizer que dá-se, não raro, o inverso do que ocorre com as moedas: o produto ruim quase sempre afasta o bom do mercado; isto tem várias explicações (redução de custo etc.), mas apenas uma só causa: a antipedagógica teoria da culpa no âmbito das relações desiguais entre consumidor e empresário. Enfim, a responsabilidade civil sem culpa, conquanto de natureza excepcional, se impõe no campo das relações de consumo como único meio efetivo de se viabilizar na prática o direito do consumidor (aquele que não tem como repassar seus prejuízos) ser indenizado quando lesado pela persuasão oculta ou pelos sutis comportamentos de mercado lesivos ao interesse geral. Busca-se assim uma igualização das partes nas chamadas relações de consumo.

Dosimetria penal

O Anteprojeto prevê como pena máxima 5 anos de reclusão que pode ser cumulada ou substituída pela multa e abre ao juiz um leque amplo de opções punitivas, desde interdição de direitos, publicação dos fatos, suspensão de direitos e prestação social alternativa (esta bem adequada à necessidade de recurso para a educação do consumidor). Todas essas opções podem ser cumuladas à reclusão e multa, como podem ser aplicadas como alternativa mais adequada. É evidente que a pena máxima será aplicada em graves situações, o que até, para alguns, pode se verificar insuficiente, segundo a proporcionalidade entre lesividade e pena máxima. Ademais é de se esperar que as sanções administrativas e civis possam prevenir muitos (não todos) casos de infrações penais. Com efeito, são, por si só, insustentáveis as verdadeiras situações de imunidade penal dos mais fortes da relação de consumo. O consumidor que infringe as regras daquela relação (invariavelmente preparadas não por ele) sofre desde logo a punição privada (SPC), a cobrança vexatória, os acréscimos financeiros discutíveis, retomada do bem e pode até ser preso. Quando a infringência é do lado mais forte daquela relação quase nada o consumidor pode reclamar, quer civil, quer penalmente; o Anteprojeto pretende corrigir esta distorção jurídica.

Já o DL n.º 869/38, bem como a Lei de Economia Popular (Lei n.º 1.521/51) cominam penas de 10 anos de reclusão para algumas fraudes. No Código Penal (de 1940) a saúde pública (art. 270) está protegida (remé-

dios e alimentos) por penas "de prisão" de 5 a 15 anos (dolo) e 2 anos em caso de crime culposos (negligência, imperícia e imprudência) e, na hipótese do art. 272 a pena varia de 2 a 6 anos. Como se vê o Anteprojeto não foi exigente demais nestes termos. O que pode merecer alguma crítica é o largo espectro de aplicação da multa num campo onde sua ineficácia é patente.

É interessante notar, por outro lado, como nosso Direito Penal tem sido rigoroso com os fracos e manso com os fortes, ou tem sido menos zeloso na proteção do bem ou interesse coletivo, do que no resguardo do bem ou interesse particular, individual. Vejamos exemplos destes casos: o art. 176: diz que quem "tomar refeição em restaurante" ou tomar ônibus . . . sem dispor de recursos para o pagamento poderá ser punido com até 2 meses de prisão. Neste dispositivo penal em que se protege o patrimônio individual do dono do restaurante ou do ônibus, sequer nossa histórica crise de desemprego e fome serviu de "álibi" (como a crise econômica tem servido aos empresários) ao seu destinatário certo: que jamais deixará de ser um mísero. Uma pessoa que furtar (art. 155, 1.º) coisa móvel de *pequeno valor* (uma lata de leite em supermercado / um ovo de páscoa. . .) poderá ter pena de até 4 anos, sendo que o juiz poderá (e não deverá) reduzi-la de 1/3 a 2/3, "se o criminoso for primário". Como reclamar de 5 anos para quem lucra com a lesão de tantos?

Na tutela do patrimônio individual (furto/roubo) o Código Penal prevê penas de oito a dez anos de reclusão (art. 155, 4.º e 157), um cheque sem fundos, por exemplo, pode render até cinco anos de prisão (jamais para um não-pobre, na prática). Enquanto tal, uma fraude no comércio (art. 175), que pode gerar (quase sempre gera) dano a múltiplos patrimônios, a pena é de até dois anos ou a mera multa (repassada para os consumidores). Quem suprimir ou alterar em gado alheio, marca ou sinal indicativo de propriedade pode ser condenado a até três anos de prisão (art. 162); no entanto, quem vender, expor à venda (ou tiver em depósito, ou ceder) substância destinada à falsificação de alimentos ou medicamentos (art. 277) pode apenas ser condenado a até um ano de prisão, embora ameace ou lese a muitos (a saúde e o bolso). Tudo isso demonstra que valorações estranhas têm interferido na estrita consideração do injusto, desde a elaboração das leis até a prática do dia-a-dia.

O Anteprojeto de Código de Defesa do Consumidor em questão garantirá eficácia aos direitos do consumidor, conforme prevê a Constituição Federal, permitirá uma economia de mercado livre, mas responsável, justa e leal para todos; eis que a defesa do consumidor é princípio constitucional da ordem econômica brasileira (art. 170, VI).

As modalidades de contratos de adesão e seu regime jurídico

CARLOS ALBERTO BITTAR

SUMÁRIO

1. Observações preliminares. 2. Contratos de adesão no relacionamento pessoal. 3. Contratos de adesão no relacionamento empresarial: os contratos de massa. 4. Contratos de alienação de bens. 5. Contratos de uso e gozo de direitos sobre bens alheios. 6. Contratos de prestação de serviços. 7. Contratos de conteúdo especial. 8. Contratos associativos. 9. Contratos de transporte. 10. Contratos bancários. 11. Outros contratos.

1. Observações preliminares

Distribuída por entre contratos negociados e de adesão, em escala ascensional dos últimos, a contratação privada reflete ora a dominação da vontade individual por cláusulas pré-dispostas pelo ofertante de bens ou de serviços, como temos anotado⁽¹⁾. De outro lado, a crescente organização, mesmo no plano civil, de sistemas empresariais de fornecimento de serviços os mais variados (desde os de escritórios a oficinas de consertos, com os sofisticados aparatos eletrônicos existentes) vem ampliando esse espectro, de sorte que os contratos diretos entre pessoas físicas vêm perdendo espaço no mundo negocial⁽²⁾.

De fato, como um dos pólos na contratação é empresa, a preservação de seus interesses tem feito com que a técnica contratual se espalhe, em concreto, por entre disposições legais, regulamentares e voluntárias, e estas normalmente pré-determinadas e escritas, seja unilateralmente pela entidade ou empresa do setor, ou de certa atividade, ou por terceiros (profissionais) por elas contratados para esse fim, ou a seu serviço regular.

Trazidos então esses elementos, muitas vezes (ou quase sempre) a leigos, a desproporcionalidade na relação posterior evidencia-se desde logo,

(1) V. nossos trabalhos "O dirigismo econômico e o Direito Contratual" e "Os contratos de adesão e a defesa do consumidor".

(2) No atual estágio do debate, ganha corpo na Europa a questão da exacerbação do valor da indenização, que nos Estados Unidos contribuiu para a sensível melhoria das condições das empresas e da qualidade de seus produtos, embora inúmeros reflexos outros tenham sido detectados (como a quebra de empresa diante do *quantum*, ou seja, do vulto da indenização fixada em concreto). De qualquer sorte, a eficiência da fórmula tem sido defendida pela doutrina como precioso reforço na defesa da sociedade contra os maus produtos ou serviços postos à sua disposição, bem como para sancionamento de ilícitos perpetrados contra direitos fundamentais da pessoa.

dada a inferioridade em que o último se posiciona, dependente sempre de explicações ou de informações técnicas que refogem a seu alcance ou são de difícil compreensão. Com isso, são levados à concretização sem uma plena consciência da carga obrigacional correspondente e, depois, no conflito com a idéia básica — que, de regra, preserva — de honrar o compromisso assumido, pesados e injustos ônus financeiros, ou pessoais, tornam-se conseqüências inevitáveis para o aderente.

A par disso, práticas outras de cunho lesivo têm sido detectadas — e, quando denunciadas ou debatidas, têm sido profligadas pelos organismos próprios — como as chamadas vendas agressivas ou sob impulso; as cobranças vexatórias; as práticas comerciais abusivas; a publicidade enganosa (liminar e subliminar); defeitos ou de produtos ou de serviços; ocultação de informações especiais; revelação de dados pessoais e mesmo atentados à vida e à saúde, afóra a outros aspectos da personalidade do consumidor. Além disso, como verificadas no mercado em geral, outras tantas ações condenáveis o direito projetado aponta e procura prevenir, ou sancionar, através do sistema mencionado (3).

Deter-nos-emos, no entanto, apenas no âmbito contratual e nos limites necessários à compreensão da temática em debate, discutindo modelos em uso e os problemas de maior freqüência na prática, com ênfase especial para as cláusulas abusivas e seu controle, mais como amostragem para o exato entendimento dos termos da problemática em debate.

Versaremos, pelo gênero correspondente — particularizando ademais as espécies de maior uso prático — os principais contratos utilizados no plano comercial privado, depois de breve referência aos civis, pois são aqueles que se situam no âmbito dos contratos chamados *de massa* e que reclamam, pois, a atenção especial dedicada à matéria, nesse momento em que anseia o país por um regime coerente e eficiente de defesa dos consumidores (em que incluímos, não só pessoas físicas comuns, como também profissionais e empresas de menor porte, que adquirem bens de consumo, pela mesma via, como destinatários finais).

Adotaremos a nomenclatura e a compreensão que à matéria imprimimos em nosso livro sobre contratos, detendo-nos mais nos modelos codificados, mas cuidando também de figuras outras, nascidas da prática negocial ou tratadas em leis especiais.

2. *Contratos de adesão no relacionamento pessoal*

Voltando-nos, pois, de início, para os contratos civis, temos a assinalar que, mesmo no relacionamento pessoal — em que ainda se pode observar

(3) Infelizmente, inúmeras práticas lesivas verificam-se em concreto, diante da falta de consideração para com os consumidores que, em certos setores, ou em certas atividades, se observa, máxime através de inclusão, nos contratos de adesão, de cláusulas abusivas, a par de mecanismos outros de obtenção de vantagens indevidas que existem (quanto à qualidade e à quantidade de produtos e quanto a outros itens da relação de consumo).

a influência da vontade individual no mundo negocial —, já é de larga aplicação a contratação mediante adesão.

O disponente estabelece as cláusulas básicas do negócio, define preço e condições ou, mesmo, se vale de modelos e de fórmulas prontas, aceitando os respectivos termos, que depois oferece à adesão do interessado.

Esse fenômeno pode ser observado em relação a, praticamente, todos os contratos possíveis no campo civil, tanto em ajustes entre pessoas físicas, como destas com associações, com cooperativas e com fundações, e sob finalidades as mais variadas, como as de satisfação de necessidades pessoais, de família, de parentes ou de outrem; a preservação ou a recuperação de saúde; a prática de entretenimentos ou de lazer; a consecução de objetivos educacionais, assistenciais, científicos e outros tantos (4).

Destaquem-se, nesse passo, os contratos com proprietários de imóveis para residências; com mutuantes, para obtenção de empréstimos; com médicos, para tratamentos de saúde; com engenheiro, para construção ou reforma de residência; com advogado, para defesa de interesses jurídicos; com inúmeros prestadores individuais de serviços, para os fins correspondentes; com instituições educacionais, para estudo regular ou especializado, e assim por diante.

Nesses contratos as partes ainda discutem, sob certos condicionantes, as disposições que regerão suas relações, perfazendo-se o vínculo pelos meios tradicionais escritos, verbais ou tácitos, conforme o caso, podendo haver a interpolação de elementos volitivos de cada qual em sua textura. Mas, de qualquer sorte, é pela conjugação de declarações negociais que se perfaz a contratação, obediente, no mais, às regras próprias aplicáveis à espécie.

Já nos contratos de adesão, as partes ou não se relacionam diretamente, ou dificilmente discutem ou debatem as cláusulas pré-dispostas, de sorte que a manifestação do aderente se reduz à mera emissão da decla-

(4) Conhecida é a classificação da MESSINEO, segundo a função econômica dos contratos, que os divide em: contratos que disciplinam as relações patrimoniais familiares; contratos que favorecem a circulação da riqueza (bens ou serviços), deles resultando transferência de propriedade ou de utilidade singular (ou de gozo), com os contratos de escambo, sob as modalidades: *do ut des* (*daré* a título oneroso, como na compra e venda; troca; renda perpétua; contrato estimatório; contratos de Bolsa e em outros); *do ut facias* (*facere* como núcleo: assim, na locação, na prestação de serviços e em outros); *factio ut facias* (duas obrigações da mesma estrutura, em contratos inominados); e *dare* sem contraprestação (como na doação); contratos de colaboração ou de cooperação (como mandato, comissão, edição e outros); contratos de prevenção de risco e de previdência (seguro, capitalização); contratos de conservação e guarda (custódia, depósito); contratos de prevenção ou solução de controvérsia (transação); contratos de concessão de crédito (empréstimo, financiamento); contratos constitutivos de direito real (penhor, hipoteca). Mas, não exaure essa classificação o elenco possível de fórmulas contratuais, pois inúmeros outros poderiam ser lembrados. No Brasil, é interessante a divisão seguida por JOSÉ DA SILVA PACHECO: "Direitos negociais e contratuais", S. Paulo, Saraiva, 1979, em que versa sobre várias modalidades contratuais.

ração negocial. A diferença está, pois, no fato de que, na contratação negociada, existe a integração volitiva, com a influência de ambas as vontades no contexto da avença, enquanto na por adesão, a aplicação do princípio da autonomia circunscreve-se à mera opção entre contratar, ou não contratar, ou acolher, ou não, o instrumento pré-ordenado de cláusulas contratuais. Há, pois, contrato no sentido técnico, pela convergência de declaração na direção pré-estabelecida, mas não existe reflexo da vontade do aderente em sua textura.

Na celebração em concreto, diferentes formas são possíveis, dentro da liberdade de convenção, salvo os casos de imposição legal: contratos verbais, simbólicos ou escritos e pelos meios próprios a cada espécie. Emissão de títulos de crédito; adoção de formalidades próprias, como as necessárias para a admissão em instituições de ensino (matrículas, testes) e outras; exigências de documentação ou cumprimento de obrigações específicas (como a entrega de bens) podem acompanhar a conclusão do negócio.

Como podem, outrossim, os contratos envolver relacionamentos diretos, ou indiretos, entre pessoas físicas (titular do bem, ou do serviço e adquirente ou retente) e entre pessoas físicas e entidades ou instituições jurídicas, personalizadas, ou não (como consórcios, fundos de participação, cooperativas, condomínios), assume a contratação por adesão real importância nos dias presentes, dada a necessidade de proteção do consumidor, pois diante dele também as entidades civis e profissionais apresentam ora organizações que lhes conferem posição de proeminência.

Assim, mesmo no contato direto entre pessoas físicas, cuidados próprios suscitam a compra e venda de imóveis e de móveis; a locação de bens ou de prédios; o transporte; a prestação de serviços, profissionais ou especializados, diante de questões referentes a vícios nos bens, ou nos serviços, ou de problemas na documentação, ou na situação jurídica do disponente, a par de outras.

As principais questões que preocupam nesse setor — e que nem sempre a reação individual permite solução satisfatória aos utentes ou adquirentes — são as referentes a cláusulas, ou a condições abusivas; a valor; a preço; a reajuste ou a correção de preço; a retomada do bem e suas conseqüências. Em particular, no campo contratual são mais comuns os litígios sobre preços e reajustes; retomada de bem locado; despejo do inquilino; reparação de danos; questões possessórias, ou de propriedade, resolvendo-se pelos mecanismos comuns de reação, judiciais ou extrajudiciais.

3. *Contratos de adesão no relacionamento empresarial: os contratos de massa*

Mas é no relacionamento empresarial — no exercício de atividades organizadas para a produção de bens ou de serviços para o mercado, ou seja, para o consumo do público — que dominam os contratos de adesão.

Nascidos da necessidade de garantir-se os titulares dos bens ou dos serviços oferecidos, quanto ao efetivo cumprimento, pela outra parte, de

sua contraprestação, proliferaram esses contratos por todas as áreas de atuação empresarial, assumindo vulto maior com a expansão econômica alcançada em nosso século⁽⁵⁾.

A conquista de mercados, a realização de resultados, o desenvolvimento da empresa em si e outras tantas metas postas pelos titulares foram sempre as premissas a partir das quais se propagou a contratação mediante adesão, que, a par disso, permite a realização continuada de negócios dentro do dinamismo exigido pelos tempos atuais, e também em conexão com a larga evolução experimentada pela publicidade e por todos os meios de comunicação em geral.

A circulação de riquezas tornou-se mais célere, mas acirrou-se a competição, de modo que, na busca de consumidores, assumiu a publicidade papel de destaque, tornando-se instrumento indispensável e eficiente de afirmação e de expansão empresarial. Assiste-se ora a acentuada disputa de mídia e em todos os veículos existentes, que ainda mais contribui para a estandardização dos contratos, os quais se firmam, na prática, em breves espaços de tempo.

A massificação da produção — que inúmeras conseqüências outras inseriu na vida em sociedade — trouxe, ainda, como correspondente a da comercialização de produtos (ou de serviços) também em massa. Redes de circulação, corredores de escoamento, complexos de distribuição de produtos e de serviços — atualmente com aparatos e com mecanismos de ordem eletrônica, como as caixas: os aparelhos de entretenimento e de lazer; as máquinas de cálculo, de impressão e de criação artística; os visores; os reprodutores de sons, palavras e imagens, e outras tantas — encarregam-se de fazer chegar ao público os bens e serviços oferecidos pelo sistema produtivo, através de técnicas de adesão, por escrito, verbalmente, por meio de gestos, ações ou outros modos de manifestação de vontade negocial.

A colocação desses produtos ou serviços, que pressupõe também enormes capitais e organização complexa e adequada, vem fazendo, de outro lado, com que associações entre empresas interessadas ampliem o respectivo universo de atuação, ultrapassando fronteiras de estados e de continentes, nas denominadas empresas multinacionais, mas vinculadas não societária ou acionariamente, e sim por laços contratuais (contratos associativos, como os de *joint venture*, de distribuição, de concessão, de franquia, de licenciamento e outros). A tônica é, sempre, a da adoção de contratos pré-elaborados pelos detentores da tecnologia, ou do direito correspondente, a que aderem os interessados, também, de regra, organizados empresarialmente, mas com menor porte econômico.

(5) Os contratos de massa são ora a via pela qual se satisfazem necessidades primárias e, mesmo, suplementares da existência humana, reduzidos ou não a documento, e sob modalidades e combinações negociais as mais variadas, como temos anotado. É de ressaltar-se, nesse contexto, a contínua inserção de contratos atípicos ou inominador, dada a farta imaginação do mundo empresarial, sempre na busca de novos meios de obtenção de resultados, tanto na produção, como na colocação de bens ou de serviços à coletividade. A respeito desse fenômeno, V. PEDRO ARRUDA FRANÇA: *Contratos atípicos*, Rio, Forense, 1989.

Assim, de contratos de âmbito industrial, comercial ou rural em geral, tem-se passado a ajustes, em áreas especializadas, como as da informática, da publicidade, das comunicações (televisão, rádio, jornal, revistas, etc.) e outras, em que o denominador comum tem sido o resguardo dos direitos dos disponentes. De avenças impressas para compras efetuadas em grandes lojas de departamentos, a formulários usados em centros de distribuição, e mesmo a *tickets* e a notas simplificadas em supermercados, em *shopping centers* e em outras unidades de vendas, as facilidades decorrentes da própria estrutura montada para a atração do consumidor vem estimulando o surgimento, ou a ampliação, de outros regimes de vendas, como os sob anúncios; por meio de correspondência; por meio de contrato direto, e com técnicas simplificadas de adesão (como assinatura de canhotos destacáveis, de pedidos através de reembolso postal, de formulários simplificados e outros tantos, a par do referido acionamento de máquinas e de aparatos eletrônicos).

Designados genericamente de contratos de massa, esses ajustes destinam-se a propiciar a integração pronta e mediata do interessado à relação jurídica oferecida, para a satisfação de necessidades as mais variadas de sua vida diária, seja no lar, seja no trabalho, seja no lazer, seja no esporte, enfim, em atividades outras normais do homem na sociedade.

Em uma perspectiva comum da vida diária de uma família média, pode-se observar o alcance dos contratos de adesão no mundo negocial presente: dos alimentos servidos à mesa aos remédios necessários; do combustível para o automóvel (ou, quando não do transporte) ao material indispensável à locomoção; do aparato necessário ao exercício de profissão, ou de trabalho, ao sistema de repouso, ou de lazer, todos os bens e os serviços são obtidos nas redes de produção e de distribuição existentes nos centros urbanos, através de contratos de adesão. Assim, nas compras em lojas, em armazéns, em supermercados, em *shopping centers* e na fruição de serviços em escritórios e em oficinas ou em centros próprios (como clínicas, institutos, hospitais); na prática de esportes e de lazer, na fruição de diversões públicas, em locais, estabelecimentos em centros próprios (como clubes, associações, empresas e centros de diversões, de ginástica, de dança, de teatro, de *shows* artísticos e outros); no transporte em geral, por ar, por terra e por mar, pelos meios possíveis (tanto de pessoas, como de coisas).

No perfazimento do ajuste, simbólica, tácita ou expressamente, manifesta-se a adesão, como: por via de escrito, público ou privado; de palavra oral; de gesto; de símbolo, ou de atitude, ou de ação da pessoa. No universo citado, podem detectar-se, dentre outras, as seguintes situações: assinatura de instrumento próprio, de formulário, de pedido, de orçamento, de recibo, de contrato, de carnê, de cadastro; emissão de palavra ou de gesto, ou de sinal; adoção de certa conduta (como a de acionamento de botões, ou de teclas; a inserção de cartões magnéticos em máquinas próprias; o ingresso em veículo, ou em plataforma) e outras tantas.

É que, nesse nível de negociação, já se encontra presente a manifestação de vontade do ofertante, pela simples disposição pessoal, ou dos bens ou dos meios de exercício da atividade, cabendo ao consumidor a prática de ações tendentes a caracterizar sua adesão. E com tal naturalidade e, às vezes, instintivamente, se atua no mundo negocial, dentro do ciclo diário de atividades que o homem desempenha, que de modo imperceptível se encontra, a cada momento, envolto em relações contratuais.

Mas a elasticidade dessa observação não encontra limite ou restrição no plano jurídico, pois a existência de contrato se verifica pela simples expressão da vontade de contratar (ou declaração negocial), que move as pessoas a atuar para a aquisição de bens, para a fruição de serviços ou de utilidades disponíveis no seio empresarial, a par de outras operações suscetíveis de realização por intermédio do entrelaçamento jurídico com os atores do cenário empresarial (firmas individuais ou pessoas jurídicas).

Ora, problemas inúmeros povoam esse universo contratual, sejam formais, sejam substanciais, como textos ilegíveis, impressos em letras diminutas; redações confusas ou obscuras; estipulações de condições desequilibradas ou desfavoráveis aos aderentes, ou utentes; excessos de garantia; multas exorbitantes; limitação, exclusão ou transferência de responsabilidades; fixação de sobrepreço; definição de preço consoante critérios de apuração unilateral; exclusão de serviços ou de garantias apregoadas na publicidade e outras. Assim, diferenças de metragem em prédios e em garagens alienados; inexistência de garantias ou de vantagens anunciadas; perda de direitos; imposição de obrigações e de funções; e outros tantos efeitos desagradáveis têm sofrido os consumidores, em razão da ação de disponentes, de fornecedores ou de intermediários sem escrúpulos.

4. *Contratos de alienação de bens*

No âmbito dos contratos de alienação, que são os destinados à transferência de direitos sobre bens disponíveis, a regra é a celebração por meio de adesão. Nesses contratos, em que a transmissão se opera pela tradição ou pelo registro, conforme se trate de bem móvel ou imóvel, a compra e venda é o modelo básico, recebendo regulamentação nos Códigos Comercial e Civil. Desdobra-se, no entanto, a categoria em diferentes modalidades (vendas condicionadas), ou mesmo em contratos mistos (vendas complexas), em que outros negócios jurídicos se imiscuem à figura em questão.

Inúmeros são os modelos disponíveis, como a venda e compra pura e simples; as vendas condicionadas (como a sob amostra; a contento; sob documento; a venda futura, de coisa existente ou a existir; a venda a termo; a sob reserva de domínio); a alienação fiduciária em garantia e outros. Utilizados para venda de bens móveis e semoventes, duráveis ou não, à vista, ou a prazo, esses contratos oferecem-se pré-elaborados, estampando o respectivo contendo, ou por anexo, cláusulas padrões de defesa de interesses do disponente.

Colocados à disposição do aderente (ou do consumidor) em pontos vários de venda (estabelecimentos comerciais; *shoppings*; centros; máquinas próprias em diferentes locais; *stands*; *displays* e outros), permitem a conclusão pronta e imediata do negócio, não possibilitando, muitas vezes, ao interessado análise detida das cláusulas contratuais, ou mesmo das próprias condições e do estado do bem. Somem-se a esse espectro as vendas por meio de correspondência, de anúncios, com ofertas de brindes ou mesmo as denominadas vendas domiciliares, técnicas que o marketing moderno inseriu na circulação de bens, ampliando o campo negocial, mas com sacrifícios à plena conscientização do comprador quanto às reais características do bem e do próprio contrato e de seu alcance.

Dada a extensão dos negócios no campo comercial, é com relação a esse contrato, que mais ampla se apresenta a gama de problemas práticos detectados, formais ou substanciais, com consumidores. A nível puramente contratual, cláusulas abusivas têm sido verificadas nos modelos em uso e sob as modalidades já expostas.

Impõe-se, em nosso entender, a par dos mecanismos individuais de defesa, como o da responsabilidade por vícios, a indenização por danos e outros, a instituição de normas explícitas de declaração de ineficácia — como as do direito projetado — a fim de que não produzam mais efeitos na órbita jurídica tais práticas abusivas, em relação, aliás, a todas as espécies de contratos, de massa, de que discutiremos os de maior incidência.

Especial menção merecem os contratos que ingressam no contexto das vendas complexas (como os de fornecimento e o de assinatura), pois a relação continuada e, normalmente, de prazo indeterminado impõe obrigações especiais ao disponente, dentre as quais a manutenção do estoque e a entrega periódica dos bens. Daí, a necessidade de exame cuidadoso de cláusulas restritivas, ou limitativas, ou de ingerência na atividade do usuário, para ajuste à sistemática exposta.

5. *Contratos de uso e de gozo de direitos sobre bens alheios*

Contratos de uso e de gozo de direitos sobre bens alheios são os que possibilitam a terceiros a fruição de coisas alheias ou de direitos sobre as mesmas, tendo no de locação o modelo básico. O usuário fica com a posse e o gozo do bem, mantendo o titular a posse indireta e o direito de disposição. Inúmeros desdobramentos oferece essa espécie, como a anterior.

Com contratos pré-elaborados — e mediante cláusulas protetivas do interesse do disponente — é que também se desenvolve esse setor, que conta com os contratos de locação de bens infungíveis, coisas ou prédios, de todas as espécies possíveis, e *leasing* ou arrendamento mercantil, em especial quanto a maquinária e a aparelhos eletrônicos, como principais fórmulas jurídicas em uso. Mas, de outro lado, o uso e o gozo de bens incorpóreos — ou intelectuais, estéticos ou utilitários — movimentam outra

gama de contratos, todos especiais, por envolverem as criações elementos de caráter moral (direitos morais de autor, de criador ou de inventor); genericamente, denominados contratos de licenciamento, comportam inúmeras variações e sob regimes legais próprios, no Direito de Autor, no Direito de Propriedade Industrial e no Direito da Informática (quanto ao uso de *software*).

Problemas vários defluem dos relacionamentos nesse setor, seja em razão dos termos do contrato, seja em razão de vícios, ou defeitos dos bens, ou de seu uso; seja em função de assistência técnica e de garantias e outras tantas situações, em que se não assegure ao usuário a tranqüila fruição.

Com isso, também nesse plano merecem ser apontadas e coibidas as práticas abusivas, a par dos instrumentos atuais de defesa individual que a técnica contratual tradicional e a legislação especial propiciam. Exame cauteloso de cláusulas limitativas, ou restritivas, é também de mister, para efeito de valoração concreta e ajuste ao regime protetivo em debate.

6. *Contratos de prestação de serviços*

No gênero prestação de serviços, que, da mesma forma se integra de diferentes figuras ou modalidades, permite-se ao contratante a disposição de força de trabalho, intelectual ou física, de outrem, mediante remuneração. Compreendem a realização de obra final, ou a simples efetivação do serviço, tendo nos contratos de empreitada e de locação de serviços os protótipos, com inúmeras variações.

Em todos os diferentes setores de serviços, a tônica é também a contratação mediante adesão, compreendendo-se extenso elenco — listado, ou não, oficialmente (como para efeito da cobrança do imposto correspondente) — e com ou sem documentação escrita. Pode perfazer-se mediante ação pessoal, entrega da coisa e outros modos de contrato possíveis, cumprindo ao usuário aderir às cláusulas e às condições que o fornecedor estipula, às vezes em regimento ou regulamentos, ou mesmo em normas internas de serviço (assim em hotéis, hospitais, em casas de repouso ou de exercício, em oficinas de consertos de automóveis, de aparelhos eletrônicos, de aparelhos domésticos, etc).

Os problemas mais comuns giram em torno da clausulação prévia e do alcance de regulamentos e de normas internas de serviço. Debates sobre preço, reajustes, quanto a vícios do serviço e outros, também povoam o mundo fático desses ajustes.

Em todas essas situações, há que se pôr em relevo também a necessidade de defesa do aderente; assim, ao lado da proscrição de cláusulas abusivas, devem-se submeter à análise valorativa própria eventuais normas regulamentares ou de ordem interna que se escapem ao limites de autotutela para a exata definição do respectivo espectro.

7. *Contratos de conteúdo especial*

Na regulamentação codificada tradicional, inserem-se ainda contratos que, por ausência de critérios identificadores comuns, são reunidos sob a

epígrafe de “contratos de conteúdo especial”. Desse bloco, destacamos os de seguro, de depósito e de fiança, diante do vulto no uso prático.

Com respeito ao de seguro, que pode ser de pessoas ou de coisas, e sob espécies variadas, em razão do bem visado, tem-se que, no respectivo cenário, se incluem praticamente todas as atividades humanas, empresariais, ou não, bem como diferentes valores, pessoais ou patrimoniais, do contexto dos direitos da pessoa. Indispensável ora como garante da existência e do desenvolvimento normal das potencialidades humanas e, mesmo empresariais, o seguro é praticado em larga escala, inserido no contexto das instituições financeiras e compondo, aliás, os grupos econômicos de maior porte. Submetem-se, ademais, a regime próprio de fiscalização estatal.

Ora, ao lado da extrema complexidade da sistemática da contratação e do funcionamento do esquema indenizatório, inclusive com a modalidade do seguro obrigatório, as dificuldades do consumidor começam com o próprio entendimento do texto do contrato, do cálculo do prêmio, das condições do reembolso pelo implemento do risco e, depois, no próprio preenchimento das formalidades necessárias para o reembolso. Assim, na prática, problemas de interpretação do ajuste e de seu alcance, em especial quanto ao reembolso, são os mais comuns, a par da responsabilidade da seguradora.

Outro contrato de relevo no uso prático é o de depósito, ou de guarda de bens ou de valores, em que alguém entrega a outrem, profissional ou não, coisas próprias para conservação e posterior devolução no estado próprio. O zelo e o cuidado com o bem são elementos básicos dessa figura, a respeito da qual existem contratos próprios, conforme a atividade em que se insira a guarda. Combinado, ainda, com outros serviços, os contratos de guarda ocupam espaço considerável no cenário negocial e seus principais problemas são referentes às condições da guarda e a responsabilidade do depositário quanto à existência, ou não, do bem, ou do valor, de sua deterioração e outras questões desse naipe (como em guarda de valores; depósitos e armazéns; garagens; estacionamentos; etc.)

Por fim, a fiança vem, em vários contratos, propiciando à realização dos negócios visados, como garantia ao credor, submetendo o patrimônio do interessado aos efeitos próprios. Também quanto à sua concessão e aos termos correspondentes, o respectivo universo está sob as mesmas condições já expostas e ora profissionalmente operado.

8. *Contratos associativos*

Contratos associativos são os que se consubstanciam na reunião de pessoas, básicas ou jurídicas para, sob laços, societários ou contratuais, perseguir objetivos comuns, mediante a conjugação de esforços ou de bens. O fim comum identifica e aproxima os interessados, podendo surgir de sua união, ou não, uma pessoa jurídica (com o registro próprio), no primeiro caso, quando objetivo o contrato a constituição de sociedade. Mas essa conjugação pode resumir-se a simples associação entre os interessados, mediante contratos próprios (em que cada unidade mantém personalidade jurídica

própria, como nos contratos de licenciamento, de franquia, de *joint venture*, de concessão mercantil e outros).

É exatamente quanto à vinculação por associação que os contratos por adesão ganham vulto, permitindo, ademais, a natureza dos direitos envolvidos verdadeira ingerência externa na atividade do aderente. As cláusulas são pré-dispostas pelo titular do direito (como de marca, de *know how* e de outros bens intelectuais), o qual impõe as condições do negócio, exigindo em concreto a subsunção do interessado aos mínimos de capital e de organização e impondo-lhe fiscalização direta da atividade para verificação de sua atuação e dos respectivos resultados.

Embora sob uma visão empresarial, as figuras em tela podem compor cláusulas que excedam aos limites do exercício normal da autotutela, facultando, pois, a reação do interessado — empresa de menor porte, quando também destinatária final do produto — como quanto a abusos na exigência de exclusividade ou na submissão a certos parâmetros de ação.

9. *Contratos de transporte*

No âmbito dos transportes, todos os meios adotam a contratação por adesão, com ou sem documento escrito, mediante bilhetes, passagens, *tickets* e outras formas de oferta ao público, por ar, por terra e por mar. São os contratos por força dos quais o transportador se obriga a entregar, em determinado lugar, pessoa ou coisa, nas condições próprias.

Constituindo obrigação de resultado, obrigam o transportador à assunção dos riscos em acidentes, em que é objetiva a responsabilidade. Os contratos, bilhetes e outros elementos — bem como os títulos de crédito suscetíveis de emissão, como conhecimento de transporte, ou de frete, no de bens — têm as cláusulas básicas definidas na legislação em regulamentos e, mesmo, por ação das empresas do setor, cabendo ao interessado acolhê-las, na prática, pelos modos próprios.

Mais comuns nesses campos são as cláusulas excludentes, restritivas ou modificativas de responsabilidade, que os tribunais já declararam inoperantes. Mas as próprias condições da regulamentação e o exercício da atividade têm oferecido azo, ainda, a discussões jurídicas em defesa do consumidor, que se procuram obviar com as normas projetadas.

10. *Contratos bancários*

Na área financeira, e em especial a bancária, também imperam — e exclusivamente — os contratos de adesão em todas as operações, ativas e passivas, desde simples movimentação a investimentos e a complexos esquemas de financiamento, inclusive com emissão de títulos de crédito (financiamento industrial, comercial, rural).

Diferentes contratos existem nesse campo, desde os de abertura de conta-corrente (ou de depósito bancário); de abertura de crédito, ou de financiamento; de provisão de conta-corrente; de prestação de servi-

ços de cobrança de títulos, de guarda de valores, de caixas eletrônicos, de cartões de crédito e outros. Em todos, as cláusulas que vêm impressas em documentos próprios (instrumentos de contratos ou formulários) revelam o rigor das cautelas tomadas pelas entidades do setor na proteção de seus interesses.

Mas algumas cláusulas leoninas têm sido detectadas na prática, em particular quanto a excesso de garantia (cumulação de espécies diferentes, com ônus para o tomador, pessoa física, ou jurídica, ou esta e seus administradores, concomitantemente). A discussão em Juízo tem reduzido a contratação a seus limites próprios, inclusive quanto ao plano da responsabilidade, em que às entidades do setor se impõem os ônus em ações de reparação de dano por descumprimento do dever de vigilância e em interpretação de cláusulas excessivas, na defesa do público, depositante ou investidor.

O dinamismo de atividade vem, aliás, impondo contratação por documentação simplificada e, mesmo por meio de cartões magnéticos e outros aparatos eletrônicos, que reduzem, ou eliminam, pois, o espaço da participação de vontade do cliente.

11. *Outros contratos*

Em diferentes outros setores de atividade e envolvendo pessoas físicas ou jurídicas como destinatários, ou usuários finais, de bens ou de serviços, os contratos de adesão comandam a técnica contratual, impondo a vontade do disponente, ou do ofertante, aos interessados. Podem ser lembradas, dentre outras, as áreas de comunicações em geral, pelos sistemas de satélite, televisão, telefonia, telex, fax, etc.; de diversões públicas, como em cinemas, teatros, casas de espetáculos em geral, *shows*, *play centers*, circos etc.; de publicidade, tanto na criação como na produção e na veiculação das peças publicitárias e, nessa última, por todos os meios possíveis (satélite, televisão, cinema, rádio, jornal, revista etc., sintetizados nas expressões mídia eletrônica e impressa); da informática, também quanto à criação do *software* e do *hardware*, como na produção e na comercialização respectivas, e assim por diante; do comércio exterior, em que prosperam formulários e títulos próprios.

Em todo o circuito negocial pode-se perceber, nessa breve amostragem, o alcance dos contratos de adesão, cuja tendência é, aliás, de ampliação, em razão das premissas já expostas, particularmente pela substituição progressiva de pessoas e de profissionais por empresas, no âmbito dos disponentes ou ofertantes de bens ou de serviços para o público.

Ora, nesse extenso e complexo campo contratual, o pêndulo da justiça aponta para a necessidade de controle de suas cláusulas, retirando-se eficácia às abusivas ou reduzindo os seus termos aos legítimos limites, a par de sancionamentos outros cabíveis, na defesa dos valores básicos mencionados, priorizados na Carta Magna vigente, na linha de defesa dos interesses dos consumidores.

O abuso de direito no Projeto 634 - B

GUILHERME FERNANDES NETO

Pós-graduado em Direito Empresarial pela Univ. Mackenzie, professor auxiliar-mestrando na PUC/SP, advogado em São Paulo.

SUMÁRIO

I — Introdução. II — Há conflituosidade na expressão “abuso do direito”? III — Critérios para a constatação do abuso de direito. IV — Críticas à doutrina — sua autonomia. Jurisprudência. V — O Projeto nº 634-B. VI — Conclusão.

I — Introdução

Ao investigarmos a doutrina do abuso do direito, nos deparamos com divergências que conseguiram açambarcar o seu próprio conceito e lacunas que dificultam senão deturpam a interpretação dos atos abusivos, bem como de seus critérios e efeitos.

Com o escopo de perscrutar o âmago da doutrina que foi esquecida por nosso ordenamento jurídico, erroneamente lembrada por nossos tribunais e timidamente aposta no Projeto de Código Civil (Projeto n.º 634-B, na redação da Câmara dos Deputados), visamos enfatizar e denotar a sua importância, dando assim o lugar que indiscutivelmente merece no corpo de nosso direito positivo, para que, esclarecendo sua abrangência e delimitada a sua configuração, possa o direito restringir a forma abusiva pela qual muitos deles se utilizam, prejudicando interesses alheios. Cremos que, se relegarmos o estudo da doutrina do abuso do direito, ou afirmássemos a logomaquia no que tange a sua própria expressão, tropeçaríamos em erro bizantino, senão luctífero, pois sua negação se consubstanciaria na própria negação do abuso, ao qual visa o direito resguardar. De forma

diversa e oposta ao nosso ordenamento jurídico, outras legislações conseguiram alcançar o cerne do ato abusivo, e como exemplo vemos o Código Civil suíço (art. 2.º), o Código soviético (art. 1.º), bem como o Código Civil polonês (art. 135); estes consagraram a doutrina, relegando ao passado, pois a ele pertence, o aspecto puramente subjetivo, onde se perscruta o espírito malicioso, o aspecto intencional. E assim, com o fulcro de se chegar à “verdade integral” e obter um melhor critério para que se constate ou não a existência e a configuração de um ato abusivo, iniciou-se uma concepção que teve e têm como estribo critério diverso daquele utilizado pelos antigos romanos — iniciou-se uma concepção objetiva. Bizarro seria, como na realidade o é, querer utilizar-se do critério puramente subjetivo, que foi a base para a construção da vetusta teoria da *aemulatio* (antecessora milenar da doutrina em foco), para, dela se utilizar, visar solucionar litígios de nossa era, onde a engenhosidade humana há muito ultrapassou todo e qualquer limite previsto pela não muito fértil imaginação de nosso legislador; e, conseqüentemente, distanciando-se mais do critério arcaico da teoria dos atos emulativos, que estranha e bizarramente teve acceitação pelos nossos tribunais, onde vagava e talvez ainda vague o espírito perscrutador do aspecto intencional.

II — Há conflituosidade na expressão “abuso do direito”?

A expressão *abuso do direito* ou *abuso de direito* foi duramente combatida pelo eminente civilista PLANIOL, conceituando-a como logomáquica e ilógica, verdadeira antítese. Haja vista a concepção de PLANIOL, foi esse jurista profusamente citado, havendo quem creia até que o ilustre jurista negava a existência da doutrina — inverdade:

“Esta nova doutrina repousa inteiramente numa linguagem insuficientemente estudada; a sua fórmula *uso abusivo dos direitos* é uma logomaquia, porque, se eu uso o meu direito, o meu ato é lícito; e, quando ele é ilícito, é porque ultrapasso o meu direito e ajo sem direito. . .” (1)

De forma escoreita, assevera em sentido contrário JOSSERAND:

“Ato abusivo é muito simplesmente aquele que, praticado em virtude de um direito subjetivo cujos limites foram respeitados, é no entanto contrário ao direito visto no seu conjunto e enquanto juridicidade, quer dizer, enquanto corpo de regras sociais obri-

(1) PLANIOL, Marcel (com colaboração de RIPERT, Georges), *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, p. 298.

gatórias. Pode-se perfeitamente ter por si “tal direito” determinado e entretanto ter contra si o direito em conjunto; é esta situação, nada contraditória e perfeitamente lógica.” (2)

No mesmo sentido, ORLANDO DE CARVALHO não crê existir logomaquia, haja vista que o abuso do direito não reside no direito subjetivo, mas na obediência ou não do seu uso aos limites do poder de autodeterminação (3).

Em contraposição a PLANIOL, CASTANHEIRA NEVES sustenta:

“O abuso do direito justamente traduz a contradição entre o cumprimento da estrutura formalmente definidora de um direito e a violação concreta do fundamento que material axiologicamente constitui esse mesmo direito.” (4)

Vê-se, pelo texto de PLANIOL que esse não negava a existência da doutrina; aceitava aliás suas conseqüências, desde que fosse ela esculpida dentro do critério que venha a lastrear-se na intenção de lesar, como expressão da culpa tradicional, com a simples aplicação da teoria da responsabilidade civil.

A doutrina, de forma quase que unânime, acolhe tranqüilamente a existência da doutrina do abuso do direito, de forma a não permanecerem dúvidas quanto a sua existência; divergências entretanto, não são poucas no que tange aos critérios para a constatação e configuração ou não do ato abusivo.

III — Critérios para a constatação do abuso do direito

Obra de referência obrigatória indiscutivelmente é *De l'esprit des droits et leur relativité*, de JOSSERAND, que nesta conseguiu desenvolver sua concepção, consolidando e consubstanciando a doutrina, de onde extraímos os seguintes critérios: 1.º *l'intention de nuire et ses dérivés* (critério intencional); 2.º *la faute dans l'exécution* (critério técnico); 3.º *le défaut d'intérêt légitime* (critério econômico); 4.º *le détournement du droit de sa fonction social* (critério social ou finalista) (5); após discorrer sobre todos os critérios, finaliza o jurista asseverando que somente com o quarto e último cri-

(2) JOSSERAND, Louis. *D'esprit des droit et de leur relativité — théorie dite de l'abus des droits*, p. 313.

(3) CARVALHO, Orlando de. *A teoria geral da relação jurídica — seu sentido e limites*, p. 57.

(4) NEVES, Castanheira. *Questão de fato — questão de direito ou o problema metodológico da juridicidade*, I, pp. 524-25.

(5) Op. cit., p. 341.

tério se pode apurar *la vérité intégrale*, e com os demais obter-se-á somente uma parte da verdade (6).

Ora, o ponto nevrálgico da doutrina é a interminável controvérsia que paira sobre o critério correto a ser adotado para a constatação do ato abusivo. PEDRO BAPTISTA MARTINS (7) e ALVINO LIMA (8), seguindo a boa doutrina dominante, defendem o critério finalista, lastreados na corrente objetiva. JORGE AMERICANO defende um critério mixto (9) e EVERARDO CUNHA LUNA (10), de forma sectária, defende o critério subjetivo, estribado na comprovação do espírito emulativo, na existência da culpa.

Cremos de suma importância o escoreito e preciso posicionamento de ALVINO LIMA, ao qual nos filiamos:

“A diversidade da natureza dos direitos não os afasta do princípio geral de que todo e qualquer direito tem uma finalidade específica, uma destinação econômica e social; o desvio desta finalidade ou destinação caracteriza o abuso do direito; o critério a adotar deve, pois, ter em vista fixar com precisão aquele desvio” (11) (Grifo nosso.)

IV — Críticas à doutrina — sua autonomia. Jurisprudência

Com o fulcro de desatar esse no górdio, ALVINO LIMA, esclarecendo que os céticos quanto à doutrina nem sempre a atacam frontalmente, elenca em três grupos os negadores da doutrina: uns negam em absoluto a existência de um ato abusivo do direito; outros admitem a existência do abuso do direito, mas como caso de responsabilidade civil, negando a sua autonomia; e há os que negam a existência dos direitos subjetivos.

Cremos, entretanto, que a principal contestação da doutrina repousa naquela que, apesar de aceitar a existência do ato abusivo, não lhe dá a autonomia devida, conceituando o ato como simples modalidade do ato ilícito, e esperando com o clássico critério da culpa resolver e configurar um ato abusivo. Podemos visualizar que a grande parte da jurisprudência e um único autor nacional ampliaram o conceito de culpa, para assim poder nela abarcar o conceito do ato abusivo. Essa celeuma em torno dos cri-

(6) *Ibid.*, pp. 368 e 369.

(7) BAPTISTA MARTINS, Pedro. *O abuso do direito e o ato ilícito*, pp. 142-143.

(8) LIMA, Alvíno. “Abuso do direito”. In: *RF* 166/25.

(9) AMERICANO, Jorge. *O abuso do direito no exercício da demanda*, p. 29.

(10) CUNHA LUNA, Everardo. *Abuso do direito*, pp. 119 e ss.

(11) *Op. cit.*, p. 26.

térios, bem como em torno da própria doutrina, faz com que o posicionamento jurisprudencial não seja o esperado, deixando a desejar inclusive para os que arrolam o ato abusivo como espécie do ato ilícito, pois mesmo estes nunca sequer vislumbraram a possibilidade de se exigir para o prejudicado a prova do dolo para o praticante do ato abusivo. Esse evento vários decisórios conquistaram (RT 412/217 e 218; acórdão proferido na Ap. 128.417, pela 7.^a Câmara do T.A. Cível de SP; e acórdão proferido na Ap. 96.985, pela 5.^a Câmara do mesmo tribunal, entre outros); conquistaram também, da grande parte dos juristas a melancolia e a perplexidade por adotar fórmula mais retrógrada que a disposta no art. 160, I, do Código Civil; estribaram-se as sentenças na vetusta e milenar teoria dos atos emulativos, para tratar dos atos abusivos, o que ao nosso ver não deixa de ser uma proeza.

Fundamental é o posicionamento de JOSÉ DE AGUIAR DIAS, no que tange ao art. 1.531 do Código Civil, que trata de típico caso de abuso de direito, assim categorizando:

“(...) em relação ao art. 1.531, aderiríamos ao ponto de vista do ilustre Gonçalves de Oliveira, entendendo que não é lícito ao juiz exigir do autor que prove o dolo de quem lhe provou dívida já paga, (...)”

E, ainda:

“O elemento subjetivo, a saber, a intenção do agente, não é indagação de que se cogite no caso” (12).

Continua, ainda o jurista, de forma precisa, categorizando que cabe ao agente, no caso do art. 1.531, que trata de quem demanda por dívida já paga, comprovar que não possuiu intenção maliciosa; conforme se verifica, o jurista funda-se na existência de uma presunção *juris tantum* contra o autor da cobrança.

V — O Projeto n.º 634-B

Melancolicamente, percebemos, ao analisar o § 2.º do art. 1.229 do Projeto de Código Civil, que retrocedeu ao adotar a fórmula subjetiva para a configuração do ato abusivo, advindo do mau uso da propriedade. Ora, inúmeros malefícios provieram da má interpretação do art. 160, I, do atual Código, pois, apesar de esculpido em base objetiva, distante do conceito clássico da culpa, não poucas vezes se exigiu a comprovação da má fé, da intenção de prejudicar do autor, violador do direito subjetivo.

(12) AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*, v. 2, p. 526.

Exata é a assertiva do Dr. ARRUDA ALVIM:

“Na realidade, dever-se-ia ter preferido, como, ao nosso ver, se fazia nitidamente com a antiga redação do art. 17 do CPC, disciplinando-se o abuso do direito de demandar com má fé, o critério objetivo, por causa da maior facilidade de aferição da configuração mesma do abuso do direito.”⁽¹³⁾

Cumpra-se notar que erro crasso foi cometido no referido projeto ao conceituar o abuso de direito, pois, apesar de modo não expresso, foi feita uma tentativa de configurá-lo no art. 187, que assim soa:

“Também comete ato ilícito o titular de direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela *boa-fé* ou pelos bons costumes.” (Grifamos.)

Verifica-se que o projeto possuiu não só o escopo de açambarcar o abuso do direito com o conceito de ato ilícito, mas ainda buscou trazer o aspecto subjetivo, o aspecto intencional denotado pela “*boa-fé*” — tal retrocesso somente foi, entretanto, amenizado em virtude da influência de JOSSERAND —, e ter-se acatado o critério econômico (*le défaut d'intérêt légitime*) e o social (*le détournement du droit de sa fonction social*).

VI — Conclusão

Forçoso é concluir que, apesar da nossa doutrina dominante, da raíça e quase unânime posição dos juristas estrangeiros em conceber a doutrina do abuso do direito como autônoma, fazendo assim distinção entre ato ilícito e ato abusivo, conseqüentemente distanciando-se incrivelmente do elemento intencional, diversamente se manifestaram nossos tribunais.

O espírito prescrutador do aspecto psicológico ainda paira sobre nossos pretórios, bem como sobre nossos legisladores; urge que seja exorcizado, para relegar, assim, o elemento intencional ao passado, pois a ele pertence.

Cremos que dificilmente nosso ordenamento jurídico permanecerá impermeável e reticente às doutrinas modernas, bem como ao movimento jurisprudencial do resto do mundo.

A deformação intencional do direito constitui classe particular; não pode ser avaliada com o conceito tradicional de culpa.

A nosso ver, a ampliação do conceito de culpa, para nele açambarcar o conceito de abuso, o que corresponde à inclusão do ato abusivo como

(13) ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Posse e propriedade*, p. 58.

modalidade do ato ilícito, equivale à negação da própria doutrina do abuso do direito, sendo os efeitos tão luctíferos quanto a pertinência exagerada em utilizar-se da teoria dos atos emulativos para a constatação ou não do ato abusivo.

Un droit porté trop loin devient une injustice (Voltaire).

BIBLIOGRAFIA

- AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*, 8ª ed., Rio, ed. Forense, 1987.
- ALARCÃO, Rui de. *Direito das Obrigações*, ed. Coplograf, Coimbra, 1978.
- AMERICANO, Jorge. *Do abuso do direito no exercício da demanda*, 1ª ed., SP, Casa Vanordem, 1923.
- ARANTES, Tito. *Do abuso do direito e da sua repercussão em Portugal*, Lisboa, 1936.
- ARAÚJO CAMPOS, Paulo de. *O abuso do direito*. Dissertação defendida em 1982, na USP.
- ARRUDA ALVIM, José Manuel de. Breves anotações para uma teoria geral dos direitos reais, in *Posse e Propriedade*, Coord. Yussef Said Cahali, São Paulo, Saraiva, 1987.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil Reais*, 4ª ed., ed. Coimbra, 1987.
- BAPTISTA MARTINS, Pedro. *O abuso do direito e o ato ilícito*, 1ª ed., Rio, 1935.
- BERNAL, José Manuel Martín. *El abuso del derecho*, ed. Montecorvo, Madrid, 1982.
- CAMPION, L. *La théorie de l'abus des droits*, Bruxelas, 1925.
- CARVALHO, Orlando de. *A teoria geral da relação jurídica — seu sentido e limites*, 2ª ed., Coimbra, 1981.
- CHIRONI, G. P. *La culpa en el derecho civil moderno*, 2ª ed., ed. Reus, Madrid, 1928.
- CLEMENTE ARRAIZ, Rafael. *Contribucion al estudio del abuso del derecho — A la memória de Lorenzo Herrera Mendonza*, Faculdade de derecho de la universidade central de Venezuela, Caracas, 1970.

- COUTINHO DE ABRÉU, Jorge Manuel. *Do abuso de direito*, 1ª ed., Coimbra, L. Almedina, 1983.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito romano moderno*, 2ª ed., Rio, ed. Forense, 1980.
- DIEZ PICAZO, Luis. *Los límites del derecho de propiedad en la legislación urbanística*, Revista de D.U., nº 13, 1974.
- El abuso del derecho y el fraude a lei, *Revista de doc. jurídica*, nº 4, em outubro de 1974.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*, 9ª ed., Rio, ed. Forense 1987.
- Contratos, 12ª ed., Rio, ed. Forense, 1987.
- Transformações gerais do direito das obrigações, 2ª ed., São Paulo, ed. *Revista dos Tribunais*, 1980.
- JOSSERAND, Louis. *De l'esprit des droits et leur relativité*, 1ª ed., Paris, L. Dalloz, 1927.
- LIMA, Alvíno. Abuso do direito, in: *Revista Forense*, 1953, vol. 166, pp. 25 e ss.
- LUNA, Everardo da Cunha. *Abuso do direito*, 2ª ed., Rio, ed. Forense, 1988.
- MARSON, Jacqueline. *L'abus de droit en matière de contrat*. 1ª ed., Paris, L. Arthur Rousseau, 1935.
- MAZEAUD, Henri et Leon. *Traité théorique et pratique de la responsabilité contractuelle et délictuelle*, t. I, Paris, 1947.
- MANSO, M. Costa, comentário, in *RT* 129, pp. 22 a 70.
- NEVES, A. Castanheira. *Questão de fato — Questão de direito ou o problema metodológico da juridicidade*, I, Coimbra, 1987.
- PLANIOL, Marcel, (c/ colab. de Georges RIPERT) *Traité élémentaire de droit civil*, T. II, 4ª ed., Paris, 1948.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Manual do Dir. Civil*, vol. 16, 1974.
- SÁ, Fernando Augusto CUNHA DE. *Abuso do direito*, Lisboa, 1973.
- TUHR, A. Von. *Tratado de las Obligaciones*, t. I e II. Madrid, Ed. Reus, 1934.
- VARELA, J. M. Antunes. *Direito das Obrigações*, vol. II, 1ª ed., ed. Forense, 1978.
- VAZ SERRA, Adriano Paes da Silva. *Boletim do Ministério da Justiça de Portugal*, nº 85, 1959.

O advogado e o Poder Judiciário

SYDNEY SANCHES

Ministro do STF e Presidente do TSE

1. Diz o art. 68 do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei n.º 4.215, de 27-4-1963) que, no seu ministério privado, o advogado presta serviço público, constituindo, com os juízes e membros do Ministério Público, elemento indispensável à administração da Justiça.

E o art. 133 da Constituição Federal de 5 de outubro de 1988 que o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

2. Entre a data da entrada em vigor do Estatuto da OAB, de 27-4-1963, e a da Constituição atual, em 5 de outubro de 1988, muitas foram as manifestações de integrantes e entidades da nobre classe dos Advogados, no sentido de que lhes fossem asseguradas maiores garantias no exercício do mister, inclusive com um tratamento constitucional.

Destaco, nesse ponto, a atuação da ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO, em cujo Boletim n.º 143, de 13/agosto/85, pág. 1, encontrei a seguinte notícia:

“XI Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil

Com o expressivo comparecimento de cerca de três mil advogados de todo o país, realizou-se em Belém, Estado do Pará,

Palestra inaugural do Ministro SYDNEY SANCHES, do Supremo Tribunal Federal e Presidente do TSE, no IV Seminário de Valorização Profissional do Advogado, promovido pela Associação dos Advogados de São Paulo, no Salão Nobre da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, a 23 de outubro de 1989.

entre os dias 4 e 8 deste mês, a XI Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, versando o tema "CONSTITUIÇÃO". Os trabalhos se desenvolveram através de 9 (nove) painéis, intitulados: O Poder e a Sociedade; Federação e Organização Tributária: Poder Judiciário; Propriedade e Poder; Reforma Agrária; Reforma Urbana; Direitos da Pessoa Humana; Família, Educação, Saúde e Cultura e Direitos do Trabalhador.

O tema relativo à *inserção constitucional da advocacia* decorreu de sugestão formulada pela AASP em Ofícios n.ºs 1.199 e 1.200, datados de 10-4-86, dirigidos às Presidências do Conselho Federal e Seccional de São Paulo, em que aventou a necessidade de se cuidar também do problema específico do *advogado*, na nova Constituição, *como elemento indispensável à administração da justiça*. Sobre o assunto, o eminente Conselheiro Federal LUIZ CARLOS VALLE NOGUEIRA, no painel sobre o Poder Judiciário, apresentou excelente estudo, cujas conclusões foram plenamente aprovadas, inclusive com acolhimento de emenda substitutiva oferecida pela AASP, com o objetivo de assegurar aos advogados, como mandamento constitucional, inteira inviolabilidade no exercício de suas funções. O dispositivo redigido de comum acordo com o expositor, a ser inserido no capítulo relativo ao Poder Judiciário, na nova Carta Magna, preceitua que: *A par dos membros do Poder Judiciário, são agentes integrantes da administração da justiça, o Ministério Público e os advogados, independentes e invioláveis no exercício de suas funções, com os direitos e deveres estabelecidos em lei*". Com o inteiro apoio da sessão plenária, que aceitou muitas das conclusões dos diversos painéis, inclusive a de atribuir à Ordem a indicação, em lista sêxtupla, dos advogados a serem escolhidos para compor o quinto constitucional dos ditos Tribunais, a emenda aprovada possibilitará o perfeito equilíbrio entre os responsáveis pela administração da justiça, assegurando, também, ao advogado aquelas garantias imprescindíveis para o desempenho da sua profissão no próprio texto constitucional, que vem sendo um constante e justificado reclamo da nossa classe.

Emenda substitutiva apresentada pela Associação dos Advogados do Estado de São Paulo

Justificativa

Lei fundamental, que consubstancia o sistema político jurídico, econômico e social de cada país e, por isso, em tese intocável, enquanto afinada com os superiores interesses da coletividade, a Constituição, nas nações livres, soberanas, independentes e democráticas, deve ser, também, o compêndio dos direitos e garantias essenciais do indivíduo.

Entre os direitos e garantias impostergáveis do cidadão ganha justificado relevo o direito de defesa. No Brasil, com as exceções verificadas nos períodos autoritários, de execrável memória, ficou ele sempre resguardado, em seus diversos aspectos, com especial ênfase para a área processual penal.

Assim, a Constituição Federal de 1946, elaborada pelo Congresso Nacional, com a queda do chamado Estado Novo, dispunha, em vários de seus preceitos, a garantia da inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos ali proclamados (art. 141, §§ 1.º a 38). O exercício desses direitos, face à igualdade de todos perante a lei, expressamente destituída de retroatividade em prejuízo do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, inadmitida a exclusão do exame do Poder Judiciário de qualquer lesão de direito individual e, notadamente, a assecuração da ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela intrínsecos, impôs a presença permanente do advogado em favor do cidadão ou do grupo social para a preservação adequada daquelas garantias constitucionais. O texto da atual Carta Magna, sem embargo das muitas emendas que a transformaram em verdadeira colcha de retalhos, exigindo, para efetiva remoção do entulho autoritário, a convocação da Assembléia Nacional Constituinte, reproduz o teor da precedente no que concerne aos direitos e garantias individuais, aliás, em atendimento ao reclamo da nossa categoria profissional. Reúne, ainda, outros dispositivos que tornam mais relevante, como o define, exemplarmente, o Estatuto (Lei n.º 4.215, de 1963), a experiência alcançada no exercício desse árduo mister, que justifica a inclusão obrigatória do advogado nos órgãos superiores do Poder Judiciário, em proporção idêntica à atribuída aos membros do Ministério Público (arts. 121, 131, II, 133, III, 141, § 1.º, *a*, IV, 127, § 1.º, *a*). Assim, como o reconhece a Lei Magna em nosso país, pelo menos a partir da proclamação da República, o papel do advogado tem significativa predominância para a garantia da própria ordem jurídica e política.

Aliás, como a nossa história política e institucional o tem demonstrado, a presença e a participação efetiva do advogado é que vêm garantindo a preservação dos princípios fundamentais que asseguram a índole democrática da República em nosso país. Cumpre destacar que não se cuida apenas do jurista e do simples estudioso do direito que, embalados em seus sonhos, muita vez, sugerem e defendem soluções que não se coadunam com aquele espírito. Mas do advogado mesmo, que possui a vivência cotidiana com a exata aplicação da lei, sintonizado com os verdadeiros e justos interesses do cidadão e da comunidade. Realmente, como recorda FRANCISCO PADILLA, invocado por RUY DE

AZEVEDO SODRÉ (*Ética Profissional e Estatuto do Advogado*, ed. 1975, p. 41):

“É um órgão de elaboração da lei, porque, ao estudá-la e adaptá-la às condições ambientais, observa experimentalmente seus efeitos e falhas. Interpreta-a e esclarece se for obscura. Dá vida ao organismo da lei, que sem ele seria quase um corpo morto; fixa a consciência jurídica do povo e a reflete na norma positiva.”

A advocacia, essa árdua fadiga posta ao serviço da Justiça, na preciosa definição de Eduardo Couture, é ação, concretizada no desempenho de uma representação pública e no exercício de uma função social,

“exigindo dos que a exercem, uma conduta moral condicionada não só aos preceitos do Código de Ética Profissional, como aos que decorrem da moral individual e da moral social”. (ob. cit., p. 43).

Desse modo, em razão de labor tão relevante, a vida mesma impõe ao advogado uma permanente sintonia com as justas aspirações da sociedade de que participa.

Em suma, é manifesta a relevância da missão confiada ao advogado, no contexto da vida nacional, em estrita e inafastável obediência aos mandamentos que asseguram os direitos e as garantias individuais do cidadão e dos grupos sociais.

Atento a esses princípios, indissolivelmente ligados ao ofício que nos cumpre exercer, o nosso Estatuto preceitua, com justeza, que:

“O advogado, no seu ministério privado, presta serviço público relevante, constituindo elemento indispensável à administração da Justiça.”

E, ainda, também com inteira propriedade, que:

“Entre os juízes de qualquer grau de jurisdição, membros do Ministério Público e advogados não há hierarquia nem subordinação, devendo-se todos consideração e respeito recíproco.”

Comungamos, assim, do entendimento, já reiterado nas diversas Conferências Nacionais e ainda agora repetido na ilustrada tese do eminente Conselheiro LUIZ CARLOS DO VALLE NOGUEIRA sobre o Poder Judiciário e a inserção constitucional da advocacia, em que salienta:

“O serviço público que desempenham os advogados, sem embargo da independência que devam manter em relação

ao Poder Judiciário, tem como fim a administração da justiça e esta resulta de um trílogo de que participam, sem hierarquia, o julgador, o Ministério Público e os advogados.”

Todavia, parece-nos que a simples reprodução dos citados textos no âmbito da nova Constituição seria insuficiente para o pleno resguardo da independência do advogado no desempenho do “munus” público a ele confiado.

Dai resulta a indeclinável necessidade de se incluir, no corpo da Lei Magna, expressa referência à função pública cometida ao advogado, como elemento indispensável à administração da justiça, com as prerrogativas que o tornem intangível, nesse labor, aos abusos de qualquer autoridade, a exemplo das deferidas aos integrantes do Poder Judiciário.

Proposição

Com esse escopo, sugerimos a inclusão do seguinte dispositivo no capítulo relativo ao Poder Judiciário:

“É assegurada aos juízes, aos membros do Ministério Público e aos advogados, a quem compete a administração da justiça, inteira inviolabilidade no exercício de suas funções.”

Subscreveram a Emenda Substitutiva da AASP, entre outros, as seguintes Entidades e Advogados: José Araújo Agra; Ives Gandra da Silva Martins, Presidente do Instituto dos Advogados de São Paulo; Guaracy da Silva Freitas, Ruy Homem de Mello Lacerda; Presidente do Instituto dos Advogados de Pernambuco; José Alves Cajazeiros Neto; Wandilson Lopes de Lima, Conselheiro da Seccional da Paraíba; Celeide Queiroz e Farias; Milton Nobre, Presidente do Instituto dos Advogados do Pará; Alfredo de Assis Gonçalves Neto, Presidente do Instituto dos Advogados do Paraná; Maria do Socorro Brito Silva e Felicíssimo José de Sena.”

3. O ilustre Advogado RUY HOMEM DE MELLO LACERDA, Delegado da Associação dos Advogados de São Paulo, na referida XI Conferência Nacional da OAB, realizada de 4 a 8-8-86, em Belém do Pará, ao prestar contas de sua atuação e informações sobre as ocorrências principais, informou ao Presidente da Associação e a seu Conselho Diretor, em carta, que, por seu caráter histórico, merece reproduzida:

“Por decisão do nosso Colendo Conselho Diretor, foi deliberado apresentar tese sobre a INSTITUCIONALIZAÇÃO CONSTITUCIONAL DA ADVOCACIA, no temário daquele conclave, que dele originalmente não constava e seria, em verdade, o único ponto específico pertinente à nossa categoria pro-

fissional no longo elenco dos trabalhos cogitados para a Assembléia Nacional Constituinte.

A notícia desse propósito foi comunicada à Presidência da Ordem dos Advogados do Brasil, através de ofício por mim entregue na Secretaria na mesma oportunidade. Creio que a simples revelação da idéia foi útil, pois se introduziu no temário título relativo à **INSERÇÃO CONSTITUCIONAL DA ADVOCACIA**, sendo confiada ao ilustre Conselheiro Federal **LUIZ CARLOS DO VALLE NOGUEIRA** a tarefa de elaborar tese a respeito do assunto.

Como sabe e se pôde verificar, por meu intermédio, tese desse teor foi oferecida ao Colendo Conselho Seccional da Ordem pelo nobre Conselheiro **WALTER MARIA LAUDIZIO**, na qual, em suma análise, se sugeria, como medida altamente positiva à ordem jurídica, representando, ainda, "mais uma garantia ao exercício da profissão, alçar a figura do advogado ao campo constitucional".

A leitura dos referidos estudos (até a abertura e o encerramento da Conferência não havia notícia do efetivo ingresso do oriundo da OAB/SP), indica que o segundo cogita de introduzir, no texto da nova Carta, vários dispositivos contidos na Lei n.º 4.215, de 1963 e, quanto ao primeiro, cuida da composição do Poder Judiciário, inclusive pelo quinto constitucional, assegurando à Ordem dos Advogados do Brasil, pelo Conselho Federal e pelos Conselhos Seccionais, a indicação dos nomes a serem submetidos para a escolha dos magistrados entre os advogados. Contém, ainda, emenda significativa de que, com os juizes e o Ministério Público, os advogados são agentes integrantes da administração da justiça.

A tese apresentada em nome desta entidade, que tivemos ambos a honra de elaborar e redigir, é mais abrangente. Preocupa-se, essencialmente, em assegurar a garantia da inviolabilidade do advogado no exercício das suas funções, como elemento indispensável à administração da Justiça, no corpo da própria Lei Magna, e não apenas no Estatuto (*verbis*):

"É assegurada aos juizes, aos membros do Ministério Público e aos advogados, aos quais compete a administração da justiça, inteira inviolabilidade no exercício de suas funções."

Esse trabalho mereceu o prévio apoio dos Institutos dos Advogados de São Paulo, Pará e Paraná, bem como de muitos conselheiros federais e estaduais presentes à Conferência, dos diversos Estados ali representados. Com essas justas e nobilitantes

adesões, foi entregue à Coordenadoria Geral como emenda substitutiva à redação sugerida pelo eminente expositor LUIZ CARLOS VALLE NOGUEIRA. Na discussão da matéria que, com ele, fizemos antes de ser submetida ao plenário da Comissão, chegamos a uma solução de consenso, conjugando as duas emendas numa única assim concebida:

“A par dos membros do Poder Judiciário, são agentes integrantes da administração da justiça o Ministério Público e os advogados, *independentes e invioláveis no exercício das suas funções*, com os direitos e deveres estabelecidos em lei.”

Submetida aos participantes do painel, as conclusões da tese e a emenda final substitutiva foram integralmente aceitas, indicando o propósito de erigir em mandamento constitucional as garantias de independência e de inviolabilidade do advogado, como elemento componente da administração da justiça, assegurada, assim, a sua intangibilidade no exercício desse mister.

Na sessão plenária realizada no dia 8, com as demais conclusões aprovadas por unanimidade nas diversas Comissões, foi a referida emenda plenamente acolhida por aclamação, aí revelado o interesse justificado pela situação da nossa classe, integrada, como sabemos, por muitos que, lamentavelmente, desconhecem as prerrogativas e os próprios deveres éticos e, todavia, são advogados.

Sobre a XI Conferência, cabe, ainda, assinalar algumas derradeiras observações ligadas ao tema objeto de nossa constante preocupação.

Concluída a votação das conclusões e enquanto se aguardava o ato de leitura da CARTA DE BELÉM, foram lidas as diversas moções apresentadas por participantes. Entre estas, foi o auditório, a essa altura ainda lotado, surpreendido com uma mensagem de protesto firmada por advogados da região amazônica, que reclamavam contra o comportamento da Ordem, só cogitando de assuntos de natureza política, econômica e social, de mero interesse *mediato para a nossa categoria profissional, enquanto o advogado mesmo ficava à margem da atenção do órgão máximo da categoria.*

Nos termos do Regimento Interno, que restringe a manifestação em plenário a 2 (dois) debatedores, em campos antagônicos, sobre cada matéria a ser discutida, pedi a palavra e informei à Mesa que iria me pronunciar a favor da moção. Com a palavra, esclareci à assistência que os advogados da Amazônia tinham, em princípio, razão em seu reclamo. Todavia, a Ordem havia se tornado, durante o período autoritário, por força das próprias circunstâncias, *a grande voz da sociedade civil brasileira e, por isso, no desempenho desse árduo trabalho, parecia, mesmo, ter se desin-*

teressado da sorte do advogado, na luta pela sobrevivência digna. Entretanto, a sensibilidade política do Conselho Federal, com a iniciativa tomada pela AASP no sentido de se inserir, no texto constitucional, o advogado, como elemento indispensável à administração da justiça, o levou a inscrever esse tema no elenco das cogitações da Conferência, assim suprida a involuntária omissão. Com essa referência à própria história do conclave, relatei ao plenário o resultado obtido na discussão da única tese em que foi contemplado o advogado de modo específico, ficando, penso, minimizado o impacto e esclarecido o incidente.

Ciente de que se estava redigindo a chamada CARTA DE BELEM, procurei aproximar-me dos encarregados dessa tarefa. Tive notícia de que, no respectivo texto em elaboração final, nada se dizia a respeito da inserção constitucional da advocacia, que, deveria, sem dúvida, dele constar, ainda mais diante da verdade histórica e do acontecimento há pouco descrito. Consegui, à última hora, com a preciosa colaboração do Conselheiro Federal Evandro Lins e Silva, que estava ajudando no aperfeiçoamento da aludida declaração, fosse incluída referência, embora lacônica, sobre o deliberado a propósito do assunto, embora sem a explicitude por mim sugerida.”

4. A atuação da Associação dos Advogados de São Paulo, assim como as das entidades congêneres, como se sabe, repercutiu na Assembléia Nacional Constituinte, que consagrou o princípio, segundo o qual, “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

5. Comentando esse dispositivo, a equipe do Departamento de Assessoria Tributária e Empresarial da PRICE WATERHOUSE, in “Constituição do Brasil — 1988 — comparada e comentada”, escreveu (p. 593):

“Antes da Constituição atual já havia a previsão da incumbência do advogado de defender a ordem jurídica e a Constituição da República, pugnar pela boa aplicação das leis e rápida administração da justiça, bem como contribuir para o aperfeiçoamento das instituições jurídicas (art. 87, I, da Lei n.º 4.215, de 27 de abril de 1963) — reconhecida, portanto, a importância da atuação advocatícia para a administração da justiça. O art. 133 da Constituição, entretanto, eleva a atuação profissional do advogado à condição de indispensável à administração da justiça, garantindo-lhe inviolabilidade por seus atos e manifestações, enquanto nos limites estabelecidos em lei.”

6. Sobre a indispensabilidade do advogado à administração da justiça e sobre a inviolabilidade de seus atos e manifestações no exercício da profissão, assim previstas no art. 133 da Constituição Federal, polemizam

os juízes, advogados, professores, juristas, enfim, sobretudo em face do tópico do texto, que alude aos “limites da lei”.

A esse respeito, dentre outros, escreveram WAGNER GIGLIO (“Nova Constituição e a necessidade de advogado, nos processos trabalhistas” — Revista LTR, Repertório de Jurisprudência — 2.^a quinzena de janeiro de 1989 — n.º 2/89, p. 28), ANTONIO LAMARCA (“A advocacia como função essencial à Justiça e os honorários de advogado”, “*ibidem*”, p. 29), JOSÉ DE RIBAMAR DA COSTA (“O patrocínio de advogado na Justiça do Trabalho de acordo com a nova Constituição”, LTR, vol. 52, n.º 11/1.361), VICENTE JOSÉ MALHEIROS DA FONSECA (“A nova Constituição e o “*jus postulandi*” na Justiça do Trabalho”, “*ibidem*”, p. 1.364), FLORIANO CORRÊA VAZ DA SILVA (“O acesso dos cidadãos ao Poder Judiciário — O “*jus postulandi*”, no processo do trabalho, em face da Constituição brasileira de 1988” — “o princípio da norma mais favorável”, LTR, vol. 53, n.º 1, janeiro/1989, p. 53), ANTONIO CARLOS FACIOLI CHEDID (“O contraditório e a indispensabilidade do advogado no processo judicial”, LTR vol. 53 — n.º 3 — março de 1989, p. 300), ORLANDO TEIXEIRA DA COSTA (“O advogado e a administração da justiça segundo a Constituição de 1988”, “*ibidem*”, p. 268), CARLOS ADAUTO VIEIRA (“Os poderes constitucionais da advocacia”, LTR, vol. 4, abril de 1988, p. 444).

7. O Supremo Tribunal Federal, ao que me consta, não se tem defrontado, até agora, com a interpretação do disposto no art. 133 da Constituição Federal, ao menos expressamente. Mas tem conhecido de *habeas corpus* impetrados pelos próprios pacientes, sem assistência de advogado.

O tema não foi examinado, ainda, às explícitas, pelo Plenário da Corte, que prefere aguardar provocação.

8. Lembro, ainda, que as entidades de classe ou associações legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano, foram também valorizadas pela Constituição, com a outorga de legitimidade para impetração de mandado de segurança coletivo, na defesa dos interesses de seus membros ou associados (art. 5.º, LXX, *b*).

E, em geral, as entidades de classe, no âmbito nacional, com a legitimidade para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade (art. 103, IX), cabendo especial destaque para o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (inc. VII).

9. Parece-me, agora, oportuno, recordar alguns precedentes da Suprema Corte, ainda que anteriores ao advento da nova lei maior, mas que envolvem, de uma forma ou de outra, temas correlatos ao exercício da advocacia e de suas entidades de classe. Leremos as ementas e faremos breves comentários:

“EMENTA: — Honorários de Advogado. Defensor Dativo de réus pobres em processos criminais.

Inexistindo, junto ao órgão judiciário, serviço oficial de assistência gratuita a réus pobres, em processo crime, é cabível o pagamento, nesses casos, pela Fazenda Estadual, de verba honorária aos advogados nomeados pelo juiz, para tal fim. Fixação que, no caso, é relegada, porém, para a liquidação por arbitramento. Interpretação dos arts. 153, § 32, da Constituição Federal e 30 da Lei n.º 4.215/63.

Recurso extraordinário parcialmente conhecido.”

(RE n.º 103.950-SP — Rel. Min. Oscar Corrêa — Relator para o acórdão o Min. SYDNEY SANCHES — Tribunal Pleno — Julgado em 14-8-1985 — Publicada na RTJ 115/878)

“EMENTA: — Advogado. Processo penal. Condenação. A teor do art. 105 da Lei de Execuções Penais (Lei n.º 7.210/84), o juiz só ordenará a expedição de guia do recolhimento do réu depois de transitada em julgado a sentença que aplicar a pena privativa de liberdade. Sendo o réu advogado, goza da prerrogativa do art. 89, V, da Lei n.º 4.215/63, não podendo ser recolhido preso antes da sentença transitada em julgado, senão em sala de Estado-Maior.

Medida cautelar concedida até apreciação do recurso interposto pelo réu.”

(Petição n.º 166-SP — Rel. Min. Carlos Madeira — 2.ª Turma — Julgado em 4-4-1986 — Publicada na RTJ 119/1).

“EMENTA: — *Representação de Inconstitucionalidade. Advocacia. Fiscalização. Provimento n.º 01/87, da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de Alagoas. Substituição, pelo Judiciário, de fiscalização que cabe à OAB e aplicação de sanções.*

A União cabe legislar sobre as profissões liberais e, portanto, sobre o exercício da advocacia (inc. XVI, do art. 8.º da CF). A Lei n.º 4.215/63, estipula ser dever do advogado pagar em dia suas contribuições em favor da OAB (art. 87, XXII) e deixando de fazê-lo poderão ser suspensos pela Ordem, tudo como previsto nos arts. 140 e 141, c/c o art. 110, III, tudo do Estatuto daquela entidade.

Não cabe, assim, ao Juiz impor sanções ao advogado que se atrasa no pagamento das contribuições, impedindo o exercício da profissão, pois tais medidas cabem à OAB. O provimento que determina a imposição de sanções por aquele motivo é inconstitucional.”

(Rp n.º 1.481-9-AL — Rel. Min. Aldir Passarinho — Tribunal Pleno — Julgado em 15-6-1988 — Publicado no D.J. de 2 de setembro de 1988. — Ementário STF 1513-1).

“EMENTA: — ORDEM DOS ADVOGADOS. Autorizada pelo Estatuto a representar em juízo e fora dele os interesses gerais da classe (Lei n.º 4.215, de 27-4-1963, art. 1.º, § 1.º), não se pode recusar à Ordem dos Advogados legitimidade para requerer mandado de segurança contra ato administrativo que considere lesivo à coletividade dos advogados.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO. No recrutamento para sua composição, os advogados estão adstritos à cláusula de se acharem “no efetivo exercício da profissão”, tal como explicitamente dito pela Constituição relativamente ao Tribunal Superior do Trabalho (Constituição, art. 141, § 1.º, *a*, *c/c* § 5.º).

ADVOGADO. Valor da inscrição. A qualificação para o exercício profissional, inclusive a situação de efetivo exercício, é dada pela atualidade da inscrição do advogado na respectiva Secção da Ordem não cabendo proceder-se a laboriosa investigação para verificar a conformidade do registro com as condições de sua subsistência.”

(MS n.º 20.170-3-DF — Rel. Min. Décio Miranda — Tribunal Pleno — Julgado em 8-11-1978 — Publicada na RTJ 89/396 — Ementário STF 1126/1).

“EMENTA: — Mandado de segurança. Legitimidade da OAB para a sua impetração, contra ato de nomeação pelo Presidente da República, de Ministro do TST, em vaga de advogado. Interpretação da letra *a* do § 1.º do art. 141 da Constituição da República. Exercício de modo efetivo da advocacia, e não a simples inscrição na OAB. *In casu*, o litisconsorte satisfaz as exigências constitucionais. Mandado de segurança denegado.”

(MS n.º 20.702-7-DF — Rel. Min. Djaci Falcão — Tribunal Pleno — Julgado em 7-10-1987 — DJ 6-11-1987 — Ementário STF 1481/1 — Publicada na RTJ 123/39).

“EMENTA: — *Habeas Corpus*. Queixa-crime.

1) A inscrição principal habilita o advogado ao exercício permanente na sessão em que inscrito e ao eventual ou temporário em qualquer outra, desde que atendida a exigência prevista no § 2.º do art. 56 da Lei n.º 4.215/63 (Estatuto da OAB).

2) A emissão de tal exigência, contudo, traduz mera irregularidade, com possível consequência disciplinar na Ordem, sem res-

sonância, contudo, no processo, tanto mais que não se demonstrou tenha o patrono do querelado manifestado qualquer protesto a respeito.

3) Nulo não é o exame pericial subscrito por um único perito se é este oficial e emana aquele do Instituto oficial.

4) Ausência de ter sido intempestiva a apelação do querelante.

5) Ordem indeferida.”

(HC n.º 51.015-GO — Rel. Min. Raphael de Barros Monteiro — 2.ª Turma — Julgado em 9-6-1973 — Publicada na RTJ 67/420).

“EMENTA: — Prerrogativa do advogado.

1) O acesso do advogado ao preso é consubstancial à defesa ampla garantida na Constituição, não podendo sofrer restrição outra que aquela imposta, razoavelmente, por disposição expressa de lei.

2) Ação penal instaurada contra advogado, por fatos relacionados com o exercício do direito de livre ingresso nos presídios.

Falta de justa causa reconhecida.

Recurso de *habeas corpus* provido.”

(RHC n.º 51.778-SP — Rel. Min. Xavier de Albuquerque — Tribunal Pleno — Julgado em 13-12-1973 — Publicada na RTJ 69/388).

“EMENTA: — *Habeas Corpus*. Decisão denegatória que merece confirmada, por seus fundamentos. Improcedência da argüida ilegalidade da prisão em flagrante, por violação do art. 89, IV, da Lei n.º 4.215, de 27-4-1963, que se refere à prisão de advogado, por motivo de exercício da profissão, o que não ocorreu no caso. Alegações do paciente, referentes à pretensão de trancamento da ação penal, que não podem ser acolhidas no processo de *habeas corpus*. Recurso não provido.”

(RHC n.º 53.548-SP — Rel. Min. Eloy da Rocha — 1.ª Turma — Julgado em 12-12-1975 — Audiência de Publicação de Acórdão em 2-3-1977).

“EMENTA: — *Habeas Corpus*. Lei n.º 5.726/71. Não havendo ou não se encontrando presente, na sede do juízo, advogado ou provisionado, é lícito ao Juiz nomear, como defensor do réu, es-

crivão de Registros Públicos, bacharel em direito, não inscrito na Ordem dos Advogados, por ser titular de cargo incompatível com o exercício da advocacia. Recurso ordinário a que se nega provimento.”

(RHC n.º 54.698-ES — Rel. Min. Moreira Alves — 2.ª Turma — Julgado em 3-9-1976 — Audiência de Publicação de Acórdão em 29-9-1976).

“EMENTA: — *Habeas Corpus*. Indeferido. Ausência de intimação do acusado não comprovadas. Falta de intimação de um dos advogados repelida em anterior *habeas corpus*. Presença de um dos advogados. Infrutífera alegação de que um dos advogados estaria com inscrição cancelada. Recurso ordinário improvido.”

(RHC n.º 55.216-SC — Rel. Min. Djaci Falcão — 2.ª Turma — Julgado em 29-3-1977 — Publicado o acórdão no DJ de 25-4-1977).

“EMENTA: — *Advogado. Calúnia irrogada em juízo. Imunidade judiciária. Código Penal, art. 142, I (inaplicação)*. Ao crime de calúnia não se estende a excludente do art. 142, I, do C. Penal, referente a ofensas irrogadas em juízo, configurativas, em princípio de injúria ou difamação. Recurso denegado.”

(RHC n.º 57.398-3-SP — Rel. Min. Rafael Mayer — 1.ª Turma — Julgado em 16-10-1979 — Publicado o Acórdão no DJ de 9-11-1979 — RTJ 92/1117).

“EMENTA: — 1. Penal. Interposição de recurso por outro. Da decisão de única ou última instância, proferida pelos tribunais federais ou tribunais de justiça dos Estados, denegando *habeas corpus*, cabe o recurso ordinário previsto no art. 119, II, “c” da Constituição da República e não o do art. 581, I, do Código de Processo Penal. Conhecimento do recurso, no entanto, em obséquio ao princípio da fungibilidade (Código de Processo Penal, art. 579).

2. Não cabe a tentativa de reconciliação, previsto no art. 520 do Código de Processo Penal, quando a ação penal é pública.

3. Crime de difamação. A imunidade judiciária, de que fala o art. 142, I, do Código Penal, não alcança a ofensa irrogada a magistrado.

4. Recurso de *habeas corpus* conhecido e desprovido.” (RHC 59.807-SP — Rel. Min. Alfredo Buzaid. 1.ª Turma — Julgado em 27-4-1982 — Publicada na RTJ 101/1027).

“EMENTA — Apelação de réu preso. Necessidade de intimação da sentença condenatória também ao defensor, dativo ou constituído, para amplo exercício da defesa.

Nem sempre está o réu, preso, em condições de decidir da conveniência, ou não, do recurso.

Recurso de *Habeas Corpus* provido.”

(RHC n.º 60.361-RJ — Rel. Min. Oscar Corrêa — 1.ª Turma — Julgado em 8-10-1982 — Publicada na RTJ 103/1047).

“EMENTA: — Defesa. Cerceamento de defesa. Prazo para alegações finais. Intimação do advogado. CPP, art. 500. Cumpre que o defensor do réu seja intimado da abertura do prazo para a apresentação das alegações finais, sob pena de nulidade, postergado o princípio da ampla defesa assegurado no § 15 do art. 153 da Constituição. Recurso de *habeas corpus* provido.”

(RHC n.º 60.526-RJ — Rel. Min. Rafael Mayer — Julgado em 5-4-1983 — Publicada na RTJ 106/132).

“EMENTA: — Criminal. *Habeas Corpus*.

Cerceamento de defesa configurado: anulação do julgamento.

Não se encontrando nos autos, cópia da publicação da pauta de julgamento, no Tribunal, para que se possa verificar se houve omissão do nome do advogado do réu, não é possível considerar-se tal alegação. Entretanto, tendo-se, tal como sustentado na impetração, que não foi dada vista do processo ao advogado constituído perante o Tribunal, como fora tempestivamente requerido, configurado se encontra o cerceamento de defesa, sendo a consequência a anulação do julgamento, a fim de que outro seja realizado, após vista dos autos ao advogado.”

(HC n.º 60.853-GO — Rel. Min. Aldir Passarinho — 2.ª Turma — Julgado em 30-6-1983 — Publicada na RTJ 109/517).

“EMENTA: — PENAL. Denúncia pelos crimes de calúnia, injúria e difamação. Negada a falta de justa causa para a acusação mais grave, não é conveniente suprimirem-se desde logo, no juízo sumário do “*habeas corpus*”, as imputações de injúria e difamação.”

(RHC n.º 61.651-8/RS — Rel. Min. Francisco Rezek. Relator para o acórdão o Min. Décio Miranda — 2.ª Turma — Julgado em 6-4-1984 — Publicado o Acórdão no DJ de 25-5-1984 — Ementário STF 1337-1).

“EMENTA: — Habeas Corpus. Intimação. Pauta de julgamento. Omissão.

Se são vários os réus e cada um deles possui seu próprio advogado, e da intimação para o julgamento, no Tribunal, das apelações apenas consta o nome do primeiro acusado, seguida da expressão “e outros” e também só foi mencionado o nome do advogado daquele réu, igualmente seguido da mesma expressão “e outros”, não se observando, ainda, que em fases anteriores, tenham os demais advogados sido intimados com qualquer indicação feita por tal forma, tem-se por irregular a intimação da pauta de julgamento para os acusados, exceto quanto ao primeiro.

“Habeas Corpus” que, em consequência, se concede para que seja anulado o acórdão que confirmou a condenação de primeiro grau. Extensão do “habeas corpus” aos demais co-réus que se encontram na mesma situação, o que inclui os demais, com exceção do primeiro, pois quanto a este a intimação foi regular.”

(HC n.º 62.620-SP — Rel. Min. Aldir Passarinho — 2.ª Turma — Julgado em 16-8-1985 — Publicada na RTJ 117/560).

“EMENTA: — 1. Sentença condenatória, só apelável mediante recolhimento do réu (art. 594 do Cód. Proc. Penal).

2. Se o condenado estiver solto e não houver sido encontrado pelo Oficial de Justiça, é indispensável intimar-se, da sentença, o advogado constituído, cuja amplitude de atuação não está sujeita as naturais limitações do desempenho do defensor dativo (art. 392, III a VI, do Cód. Proc. Penal).

3. HC concedido para, mantido o decreto de prisão constante da sentença, cancelar-se o seu trânsito em julgado e, mediante regular intimação do advogado constituído, reabrir-se o prazo de apelação, sujeita aos pressupostos do citado art. 594 do estatuto processual penal.”

(HC n.º 62.956-RJ — Rel. Min. Octávio Gallotti — 1.ª Turma — Julgado em 23-8-1985 — Publicado na RTJ 115/178).

“EMENTA: — Acadêmico de Direito que atuou com desenvoltura, como defensor designado pelo Magistrado, após prestar o compromisso legal.

2. Inexistência de ausência de defesa, diante da recusa dos advogados que militam no foro da Comarca em patrocinar a defesa dativa dos réus carentes de recursos econômicos ou que se encontrem em lugar incerto e não sabido.

3. Aplicação da Súmula 351.

4. RHC improvido.”

(RHC n.º 63.584-9-PR — Rel. Min. Cordeiro Guerra — 2.ª Turma — Julgado em 10-12-1985 — Publicado o Acórdão no DJ de 7-2-1986).

“EMENTA: — *Habeas Corpus*. Alegações de inépcia da denúncia e falta de justa causa para a ação penal. Código Penal, arts. 138 e 141, II. O fato, situado no tempo, tem objeto certo. De explícito, imputou o recorrente, que é advogado, à vítima, oficial de Registro de Imóveis, a prática de crime de prevaricação. Não cabe a alegação de surpresa para o réu ou de limitação à sua defesa. O livre exercício da profissão, pelo advogado, estabelecido, antes de tudo, para a plena defesa dos direitos ou interesses que lhe forem confiados, não lhe garante imunidade, em termos a poder assacar eventuais ofensas à honra da parte adversária ou de seu patrono, bem assim de servidor da Justiça. Se é certo que o advogado, no desempenho de seu nobre ofício, não há de deter-se por temor de desagradar ao juiz ou a qualquer autoridade, exato está, outrossim, que, daí, não lhe resulta situação de imunidade, se caluniar ou injuriar terceiros. Recurso desprovido.”

(RHC n.º 63.525-0-MS — Rel. Min. Néri da Silveira — 1.ª Turma — Julgado em 19-12-1985 — Publicado o Acórdão no DJ de 7-3-1986 — Ementário STF 1410-2).

“EMENTA: — 1. *Habeas Corpus*. Advogado inscrito na secção da Ordem de São Paulo, mas, suspenso sob o fundamento de haver incidido em erros reiterados que evidenciam inépcia profissional. A pena perdura até que preste novas provas de habilitação (Lei n.º 4.215, art. 109, IV).

2. A pena de suspensão acarreta para o infrator a interdição do exercício profissional em todo o território nacional (Lei n.º 4.215, art. 113).

3. Instauração de processo por violação do art. 47 da Lei de Contravenções. Inexistência de coação ilegal.

4. Recurso de *habeas corpus* a que se nega provimento.”

(RHC n.º 61.081-1 — SP — Rel. Min. Alfredo Buzaid — 1.ª Turma — Julgado 2-8-1983 — Publicado o acórdão no DJ de 23-9-1983 — Ementário STF 1309-1 — RTJ 108/574).

“EMENTA: — Processual Penal. Defensor dativo. Estagiário. Ausência de defesa prévia e alegações finais. Cerceamento de defesa. Nulidade.

Réu que teve a defesa técnica entregue à acadêmica que não ofereceu defesa prévia e produziu alegações finais inócuas. Cerceamento de defesa configurado.

A elaboração e subscrição por estagiário, das alegações finais no processo-crime — ato privativo de advogado — acarreta nulidade absoluta (art. 76 do Estatuto da OAB).

Concessão da ordem para anular o processo a partir da fase do art. 499 do CPP, dando-se ao paciente defesa adequada e repetindo-se os atos subseqüentes, mantida a situação prisional do acusado.

Extensão da ordem a co-réu.

Writ deferido.”

(HC n.º 64.676-PE — Rel. Min. Célio Borja — 2.ª Turma — Julgado 5-6-1987 — Publicada na RTJ 122/979).

“EMENTA: — Imunidade judiciária (art. 142, I, do CP).

Não opera essa excludente de criminalidade, quando se trata de ofensa praticada por advogado de uma das partes contra o representante do Ministério Público, este atuando em processo cível como “custos legis”. Precedentes.

Hipótese em que se alega, além dessa imunidade judiciária, inépcia da denúncia, atipicidade da conduta do denunciado, falta de justa causa para a ação penal (por ausente a intenção de ofender). Alegações repelidas, no caso. *Habeas corpus* indeferido.”

(RHC n.º 65.038-PR — Rel. Min. Sydney Sanches — 1.ª Turma — Julgado em 29-5-1987 — Publicada na RTJ 122/1013).

“EMENTA: — *Habeas Corpus*. Processual penal. Sentença condenatória. Impossibilidade de intimação do último defensor constituído, em face da ausência de seu endereço nos autos. Tentativa também, de intimação dos réus, que não foram localizados. Recurso da acusação. Nomeação de defensor dativo para apresentar contra-razões. Alegações de nulidade. Inocorrência. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

Writ indeferido.”

(HC n.º 65.335-RJ — Rel. Min. Célio Borja — 2.ª Turma — Julgado em 20-10-1987 — Publicada na RTJ 124/207).

“EMENTA: — *Advocacia*.

1) A inscrição do advogado na Seção em que situa a sede de sua atividade habilita-o ao exercício eventual ou temporário da

advocacia em qualquer parte do território nacional, mormente quando obteve ele "visto" da Seção do lugar onde ele ia intentar a causa. Aplicação dos arts. 55 e 56, parágrafo único, da Lei n.º 4.215, de 27-4-1963 (Estatuto da Ordem dos Advogados).

2) Ademais, não suscitada qualquer preliminar, a respeito, na ocasião oportuna, preclusa ficou a matéria pelo despacho saneador irrecorrido, que declarou formalmente em ordem o processo.

3) Recurso extraordinário conhecido e provido, a fim de que conheça a Eg. Turma julgadora do recurso de ofício interposto da sentença de fls. 248/251v.)."

(RE n.º 67.841-SP (Jurisdição Preventa) — Rel. Min. Raphael de Barros Monteiro — 1.ª Turma — Julgado em 4-12-69 — Publicada na RTJ 53/325).

"EMENTA: — Exercício profissional: advocacia.

Vista dos autos fora de Cartório. Lei n.º 4.215-63 (Estatuto da OAB), art. 89, inc. XVII.

Não pode ficar ao nuto do Escrivão, ter o advogado vista dos autos fora do Cartório. Tal direito do advogado lhe está assegurado no inc. XVII do art. 89 da Lei n.º 4.215-63.

Se fatos concretos contra o advogado forem apurados, aí então providências deverão ser tomadas, mas fora isso não há como negar-lhe o direito aludido."

(RE n.º 77.882-PR — Rel. Min. Aldir Passarinho — 2.ª Turma — Julgado 5-4-1983 — Publicada na RTJ 107/192).

"EMENTA: — 1) Mandado de segurança é ação civil, ainda quando impetrado contra ato de juiz criminal, praticado em processo penal. Aplica-se, em consequência ao recurso extraordinário interposto da decisão que o julga, o prazo estabelecido no Código de Processo Civil. Tempestividade reconhecida.

2) Advogado. Vista dos autos, fora de cartório, para oferecimento de razões finais. É direito assegurado pelo art. 89, XVII, do Estatuto (Lei n.º 4.215/1963), sendo-lhe inoponível o art. 501 do CPP.

3) Recurso extraordinário conhecido e provido, com a consequente concessão da segurança."

(RE n.º 85.278-SP — Rel. Min. Xavier de Albuquerque — 2.ª Turma — Julgado 23-8-1977 — Publicada na RTJ 83/255).

“EMENTA: — *Advogado em causa própria. Funcionário Público. Impedimento. Estatuto da Ordem dos Advogados, art. 85, VI. Anulabilidade.* Razoável a interpretação do art. 85, VI, do Estatuto da Ordem dos Advogados, aliás, coerente com jurisprudência deste Tribunal, ao admitir que o ato praticado por advogado, em causa própria, simplesmente impedido para o exercício da profissão, é passível de anulabilidade, logo sanada por tempestiva ratificação. Recurso extraordinário não conhecido.”

(RE n.º 90.139-6-RJ — Rel. Min. Rafael Mayer — 1.ª Turma — Julgado 31-3-1981 — Publicada na RTJ 98/293).

“EMENTA: — Constitucional. Tribunal de Justiça. Composição. Quinto da composição, reservado a advogados e membros do Ministério Público. Advogado. Valor da inscrição. A qualificação para o exercício profissional, inclusive a situação de efetivo exercício, é dada pela atualidade da inscrição do advogado na respectiva Seção da Ordem, não cabendo proceder-se a laboriosa investigação para verificar a conformidade do registro com as condições de sua subsistência.”

(RE n.º 94.616-1-PR — Rel. Min. Décio Miranda — 2.ª Turma — Julgado 16-2-1982 — Publicado o Acórdão no DJ 19-3-1982 — Ementário n.º 1.246-2 — RTJ 101/834).

“EMENTA: — Processual.

Intimação do advogado da pauta de julgamento. Omissão. Nulidade do acórdão para novo julgamento.

Embora um réu, pessoa física, possa deter a quase totalidade das ações do outro réu, pessoa jurídica, se cada um deles constituiu advogado diferente, e até em procurações independentes, o nome do patrono de cada um deve ser publicado para intimação da pauta de julgamento, mesmo que se verifique que ambos tinham escritório no mesmo endereço.

A intimação com a publicação do nome do advogado de um réu não supre a omissão relativa ao nome do outro, ante as regras do § 1.º do art. 234 e do art. 247, tudo do Cód. Proc. Civil. Recurso conhecido e provido para anular o v. acórdão recorrido a fim de que novo julgamento seja realizado, após a regular publicação da pauta.”

(RE n.º 94.617-RJ — Rel. Min. Aldir Passarinho — 2.ª Turma — Julgado 26-10-1982 — Publicada na RTJ 109/1045).

“EMENTA: — Advogado. Falta de comunicação ao presidente da seção em que o profissional está exercendo eventualmente a profissão. Mera irregularidade, que não leva à nulidade dos atos por ele praticados em juízo.

Recurso extraordinário conhecido e provido.”

(RE n.º 94.792-2-GO — Rel. Min. Cunha Peixoto — Julgado em 29-9-1981 — Publicado o acórdão no DJ 13-11-1981 — Ementário STF 1234-2).

“EMENTA: — A norma do exercício das atividades privativas do advogado, expressa nos arts. 71, § 3.º, e 72 da Lei n.º 4.215-63, sofre exceção inserida no art. 75 do mesmo estatuto a fim de possibilitar-se a designação de cidadão leigo para a defesa do acusado, quando não exista, na comarca, advogado desimpedido.”

(RE n.º 110.990-2-GO — Rel. Min. Octávio Gallotti — 1.ª Turma — Julgado 18-11-1986 — Publicado o acórdão no DJ 19-12-1986 — Ementário STF 1446-3).

10. Esta exposição, que foi mais longa que o desejável, não teve outro propósito que o de suscitar alguns temas concernentes ao exercício da advocacia, ao menos desde o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil até a Constituição Federal de 1988.

Como é óbvio, o nobilitante mister não pode ser minimizado. Ao contrário, deve ser colocado em pé de igualdade com os dos demais órgãos a serviço da Justiça: o juiz e o Ministério Público.

E exercido com a segurança necessária, para que o advogado não se atemorize diante dos poderosos, dos truculentos e dos arbitrários, pois esse temor enfraquece a defesa do direito de seu constituinte e repercute na obtenção da verdadeira justiça.

11. Ao ensejo deste encerramento, quero reafirmar minha profissão de fé e dizer que muito me honro de ter sido advogado, renovando, sempre, a esperança de que, ao fim de minha judicatura, Deus ainda me reserve algum tempo de vida para a advocacia, que tanto enobrece o profissional que a exerce com dignidade e desvelo, que ama a ciência do Direito e cultiva a Justiça.

Renovo também o agradecimento pelo amável convite da Associação dos Advogados de São Paulo, que, a um tempo, me proporcionou a oportunidade deste convívio tão agradável, o retorno às arcadas tão queridas e à minha terra paulista.

O artista e os direitos da criação: um apartheid autoral?

JORGE JOSÉ LOPES MACHADO RAMOS

SUMÁRIO

Autor. Berna: Erraram seus autores ou erram seus intérpretes? 1ª Questão: Berna, qual a forma da interpretação artística? 2ª Questão: Berna, e as obras não fixadas num suporte material? 3ª Questão: Berna, o que é obra dramática? 4ª Questão: Berna, o que é transformação? Conclusão. Bibliografia.

Autor

Autor é aquele de quem algo nasce. Tudo aquilo que é feito, revelando uma concepção nova ou uma manifestação própria, resulta da aplicação do engenho humano e constitui um ato criativo. Logo, toda criação, quer se apresente sob uma forma material, quer se apresente apenas como uma expressão intelectual, implica sempre na preexistência de uma autoria.

O conflito de interesses entre os indivíduos e entre os grupos sociais sempre foi a base do avanço do conhecimento humano e do desenvolvimento das sociedades. Dos interesses brotam as idéias. Do choque das idéias surgem as lutas. Das lutas, conquistam-se os direitos que são transformados em lei.

A sociedade humana sempre teve necessidade de fazer leis para afirmar os direitos, estabelecendo regras e normas para regular as relações entre indivíduos, grupos e classes, cujos interesses se chocam, ora em torno do direito ou da privação de posse das coisas, ora em torno do direito ou da privação do exercício de atividades.

O autor está, neste contexto, defendendo a sua criação e os direitos conferidos à sua autoria.

Na antigüidade, as relações sociais dominantes não instigavam qualquer consciência para a necessidade de instrumentos legais calçando essa defesa.

Escritores, compositores e pintores sentiam-se recompensados por seus ricos patronos que lhes garantiam a subsistência ou por seus protetores nobres que lhes regalavam a vaidade com honrarias.

O direito do autor sobre a sua obra emanava abstratamente dos usos e costumes da época, destacando-se apenas dois aspectos de natureza moral: o vínculo da nomenclatura entre o criador e a sua criação — que era respeitado; e a eventualidade do plágio que já era condenável. Nada mais se questionava, nada mais se contestava.

Foi a invenção de Guttemberg que provocou o início de uma radical transformação nas relações culturais da sociedade humana. As obras literárias, usualmente manuscritas e quase sempre sob o controle do clero, podiam ser reproduzidas com os recursos da imprensa.

Desse modo, a imprensa revelava dois fatores essenciais de suas possibilidades reprodutivas: a função material do uso da obra como fator predominante de exploração econômica e a projeção quantitativa de exemplares e de compradores como fator determinante da escala econômica.

Entretanto, ainda que se compreenda sem dificuldade que o direito do autor sobre a sua criação “é a mais legítima forma de propriedade” — talvez a única —, tal princípio já era pisoteado pelos primeiros passos da indústria cultural. As regras estabelecidas para a nascente tecnologia da impressão não visavam os direitos do autor da obra reproduzida, mas os interesses dos que detinham o controle do Estado e dos meios de produção. Igreja e Estado instituíram um sistema de “privilégios” que eram concedidos pela autoridade aos editores e impressores. Por esse sistema, a Igreja exercia rigorosa ação censória sobre as obras publicadas; o Estado arrecadava tributos; impressores e editores acumulavam riquezas.

Mas a realidade mudaria mais rapidamente, agora sob o impacto de um novo dinamismo. Enquanto os próprios editores e impressores enfrentavam conflitos entre si, no exercício de seus “privilégios” — porque não eram exclusivos —, aumentava o número de escritores, compositores e obras disponíveis à reprodução. A sombra protetora dos ricos patronos só recompensava a poucos e a garantia de subsistência não alcançava a todos. Homenagear o talento apenas com a promessa da fama já não atendia à glória vil de saciar o estômago. A vaidade entrava em crise.

O sistema de “privilégios” acabou por tornar nítida a injustiça de suas relações. A injustiça provoca conflitos de interesses. Os conflitos fazem nascer, cedo ou tarde, uma nova ordem de coisas. O direito de propriedade do criador sobre a sua obra começava a provocar a consciência.

A primeira janela a se abrir para as novas necessidades sociais e resgatar a dívida com os criadores intelectuais — marginalizados do processo de exploração de suas obras — foi o “Act Anne 8 c 19”. Por ato real, em 1710, a rainha Ana, da Inglaterra protestante, extinguiu os “privilé-

gios” dos editores e impressores, atribuindo aos autores o direito exclusivo sobre as suas criações — ainda não publicadas — durante 14 anos.

O autoralista Nilton T. Santos nos lembra que “no preâmbulo da Copyright Law do Estado de Massachussets, de 17 de março de 1783, ficou dito que “não há propriedade mais particular, mais legítima do homem que a produzida pelo seu cérebro”.

Se do choque das idéias surgem as lutas, a dos autores certamente contribuiu para o caldo cultural da Revolução Francesa que, no confronto com o absolutismo por liberdade, igualdade e propriedade, trouxe as bases para a modernização do direito de autor, reconhecendo a criação intelectual como “a mais sagrada, a mais legítima, a mais pessoal das propriedades”.

Das lutas, conquistam-se os direitos que são transformados em lei. A Convenção de Berna, realizada em 1886, foi o primeiro encontro importante entre nações para consagrar, universalmente, o direito exclusivo do autor de utilizar a sua obra, bem como os direitos decorrentes dessa exclusividade. Entre esses direitos estão o de patentear o seu invento; o de registrar a sua obra, para impedir que outros se apropriem de sua idéia original; o direito de permitir ou não o uso, a comercialização e/ou industrialização de sua criação por terceiros; o direito de permitir ou não a transformação de sua obra, etc.

Berna: erraram seus autores ou erram seus intérpretes?

A Convenção de Berna define e esclarece os seus objetivos nos dois primeiros artigos daquela declaração de princípios:

“Artigo 1

Os países aos quais se aplica a presente Convenção constituem-se em estado de união para a proteção dos direitos dos autores sobre as suas obras literárias e artísticas.

Artigo 2

1) os termos “obras literárias e artísticas” compreendem todas as produções do domínio literário, científico e artístico, qualquer que seja o seu modo ou forma de expressão, tais como: os livros, folhetos e outros escritos; as conferências, aloções, sermões e outras obras da mesma natureza; as obras dramáticas ou dramático-musicais; as obras coreográficas e as tidas pantomimas; as composições musicais, com ou sem palavras; as obras cinematográficas, às quais são assimiladas as obras expressas por um processo análogo à cinematografia; as obras de desenho, pintura, arquitetura, escultura, gravura e litografias; as obras das artes aplicadas; as ilustrações e as cartas geográficas; os planos, esboços e obras plásticas relativos à geografia, à topografia, à arquitetura ou às ciências;

2) fica contudo reservado às legislações dos países da União a faculdade de prescrever que as obras literárias e artísticas ou apenas uma ou

várias categorias entre elas não são protegidas, na medida em que não estejam fixadas num suporte material;

3) são protegidas como obras originais, sem prejuízo dos direitos do autor da obra original, as traduções, adaptações, arranjos de música e outras transformações de uma obra literária ou artística."

Ora, se o princípio de Berna é a proteção dos direitos dos autores sobre as suas obras literárias e artísticas, qualquer que seja o modo ou forma de expressão;

se as legislações nacionais protegem as obras não fixadas num suporte material, tais como: as conferências, alocações e sermões;

se são protegidas as obras dramáticas ou dramático-musicais;

se são protegidas como obras originais as traduções, adaptações, arranjos e outras transformações de uma obra literária ou artística;

por que a criação do artista intérprete não vem sendo reconhecida com precisão conceitual e os direitos sobre essa criação não vêm sendo corretamente protegidos?

Talvez a origem dessa distorção tenha raízes no Império Romano. Na antiguidade, a qualidade autoral era habitualmente atribuída aos artistas escritores, compositores, pintores e escultores porque suas formas de expressão eram mais perceptíveis ao mundo.

Mas, se para essas espécies de autores o tempo traria muitas dificuldades para a afirmação de seus direitos, essas dificuldades não se comparam àquelas enfrentadas pela autoria da criação e interpretação artística.

Vale aqui invocar RENÉ SAVATIER para exemplificar as pressões que recaíam sobre a atividade do ator desde a antiguidade, pois que a função era, no teatro romano, desempenhada por escravos.

"Entre o artista, o artesão e o operário, o direito antigo não faz distinção. A inspiração das musas não significa, entre eles, um prestígio especial. O artista como o operário, pode ser um escravo." . . . "Mas, no trabalho do artista, a justiça antiga não remunera a arte; ela paga somente a obra."

Ora, o ordenamento jurídico brasileiro inspira-se, fundamentalmente, no Direito Romano. Por isso, constatamos hoje que, se, por um lado, os reconhecidos autores sempre exerceram sua atividade criadora com certa autonomia nas relações de produção, por outro, os artistas e sua criatividade sempre estiveram subordinados às regras e pressões impostas sobre o trabalho.

Daí porque, obviamente, a legislação autoral contempla os autores — escritores e compositores —, por exemplo, com maior zelo, uma vez que as contradições entre esses criadores autônomos e a indústria cultural são

um pouco mais atenuadas; e as contradições entre artistas assalariados e o controle econômico da produção artística são mais aguçadas.

Mas, afinal, o que vem a ser a autoria para a Convenção de Berna? Não seria essa autoria uma qualidade, uma condição inerente ao gênero artista, do qual o escritor, o compositor, o escultor, o poeta, o desenhista, o arquiteto, o ator, o músico e o bailarino — entre tantas outras — seriam espécies?

As convenções internacionais das quais o Brasil é signatário foram elaboradas com o concurso de juristas de todo o mundo, ao longo de muitos anos de estudos. Porém, esses anos jamais esgotaram a matéria autoral, nem acumularam tanta sabedoria que não fosse rapidamente superada pela realidade dinâmica das relações sociais.

Prova disso é que as legislações nacionais não têm refletido a precisão jurídica que os conceitos da matéria autoral exigem. Alternadamente, sucedem-se as confusões conceituais, ora entre autor e titular de direitos de autor, ora entre obra intelectual e formas de utilização da obra.

“Erram, e erram muito, os que não dão a devida importância a esse assunto da denominação de uma disciplina jurídica. Vêm-nos logo ao espírito estas esclarecedoras palavras de Gaston May: “As instituições jurídicas devem se distinguir umas das outras com todo o cuidado. E isso porque é preciso designá-las por nomes especiais, instituir uma nomenclatura precisa. A terminologia tem aqui a mesma importância, representa o mesmo papel que nas outras ciências; evita as confusões, os erros, as perdas de tempo. Diz-se com razão que uma ciência é uma língua bem feita. A ciência do direito não se poderia valer sem um vocabulário técnico, tem necessidade de usar uma nomenclatura firmemente determinada”. — EVARISTO DE MORAIS FILHO.

A ausência de uma nomenclatura firmemente determinada tem provocado resultados nocivos aos fins a que, em tese, esses diplomas objetivam, principalmente para os artistas intérpretes.

O exemplo mais gritante deste problema é a Convenção de Roma, onde o produtor fonográfico é considerado autor e, no Brasil, se apossa de 50% do que os verdadeiros criadores recebem pela execução pública de suas criações musicais; onde organismos de radiodifusão têm os mesmos direitos que os artistas intérpretes: os chamados direitos conexos. Isso demonstra que os juristas não se abstraem de sua visão de classe e as convenções produzidas não foram imunes às fortes pressões do poder econômico sobre o autor.

Depara-se com a necessidade de suprir essa carência conceitual dos fundamentos da matéria autoral para, urgentemente, melhor sistematizar a sua disciplina ante as relações conhecidas e aquelas que forem previsíveis.

É imperioso, portanto, apontar e definir qual é o objeto e quem é o sujeito do direito autoral onde eles não estão explicitados.

Colocadas essas premissas, vamos questionar os princípios proclamados pela Convenção de Berna em relação ao tratamento doutrinário dispensado aos artistas.

1.ª QUESTÃO:

Berna, qual a forma da interpretação artística?

“Os termos “obras literárias e artísticas” compreendem todas as produções do domínio literário, científico e artístico, qualquer que seja o seu modo ou forma de expressão.” — Convenção de Berna.

Não é tão novo, como possa parecer, o debate — em âmbito internacional — sobre a natureza jurídica do direito de intérprete, distinto do direito que assiste ao trabalhador como assalariado.

Existe no sistema do direito da propriedade intelectual uma categoria de direitos chamada “direitos conexos”, terminologia hispano-americana, cu ainda “direitos vizinhos”, usando a terminologia anglo-saxônica ou francesa. Mas quaisquer dessas expressões são impróprias, porque imprecisas. Conexo ou vizinho de alguma coisa não indica qualidade, mas circunstância. A circunstância é um acidente, uma particularidade que acompanha um fato, mas não é o fato. Uma ciência que pretenda disciplinar as relações sociais necessita determinar, com precisão, a qualidade essencial dos direitos fundamentais do homem em sociedade.

Abordando a questão das controvérsias sobre a nomenclatura mais adequada para os direitos de autor, se Direito de Cópia (*Copyright*), Direito intelectual, Propriedade Literária, Científica e Artística. Direito do Autor ou Direito Autoral, N. TEIXEIRA DOS SANTOS faz uma advertência que, para os artistas, intérpretes ou executantes, deve ser acolhida com redobrada atenção.

Diz ele:

“A questão não é secundária. Caselli já dizia que essa diferença “tem uma importância muito maior que a de uma simples questão de nomenclatura”. Também Mouchet e Radaeli: “Dos termos que se adotem dependerá não só a correta redação científica, como também a eficácia da tutela jurídica.”

A doutrina tem elaborado diversas teorias sobre o direito de intérprete.

A primeira delas concede aos intérpretes a qualidade de autores ou criadores de um valor novo, estabelecendo que participam da mesma natureza que o direito do criador da obra interpretada, isto é, atribui ao intérprete, pela sua atuação, um direito como se se tratasse de um criador de um valor novo e original, mais ou menos análogo ao do autor.

Uma segunda teoria enquadra o direito do intérprete num conceito da personalidade individual dele mesmo. Entende que a instituição desse direito tem como base o próprio e característico de cada indivíduo da espécie humana, a projetar-se para o exterior e a comunicar-se com os seus semelhantes. Na opinião de Ihering, "o que se protege é uma manifestação externa da atividade da própria pessoa em si". (Actio Injuriarum, Capítulo X.)

Uma terceira teoria, sustentada pelo jurista uruguaio Eduardo J. Couture, soma ao conceito da criação de um valor novo a idéia de que esse valor novo é a emanção da personalidade individual do intérprete, combinando ambos os conceitos. Preocupa-se em achar qual é essa espécie ínfima, distinta no mundo intelectual, que configura o direito do intérprete; partícula que, a seu modo de ver, consiste na "personalidade da criação".

Afirma o mesmo autor que "o intérprete tem a proteção da lei por ser um novo criador e não um intermediário. A determinação dessa partícula criativa é difícil diante de fatos concretos. Há casos nos quais o intérprete põe de si tal quantidade de nova substância artística, que a sua obra vale tanto como uma criação autônoma. E em outros casos, a interpretação, sem deixar de ser uma interpretação, traz tão forte personalidade que se faz inconfundível".

Uma quarta teoria considera que o intérprete é um colaborador do autor, supondo que faz proteger a obra original, na forma para a qual foi destinada (Carlos Cristóvão, *Tratado do Direito de Autor e do Inventor*. Torino, 1931).

No Brasil, pela formulação conceitual e classificação jurídica de PONTES DE MIRANDA:

"A interpretação (e.g., o recitativo) e a execução (musical, teatral, cinematográfica) são outra criação, no sentido das leis que cogitam do direito autoral de personalidade, do direito autoral de nomeação, ou do direito autoral de exploração. O intérprete ou o executor adquire esses direitos como os adquiriu quem fez a obra interpretada ou executada."

Diversos tratadistas alemães, entre os quais se destacam Hoffman e De Boor, têm elaborado uma teoria denominada "teoria da prestação". Nesse sistema, o executante goza de um direito para o desfrute de sua execução, porque sua atividade constitui uma prestação. Afirma-se, assim mesmo, que como as outras formas de elaboração, deve reconhecer-se ao intérprete um direito exclusivo, de natureza especial, que possa se valer mesmo contra o autor da obra original.

Esse direito exclusivo, portanto, exige zelo legislativo adequado, próprio, para a proteção dos criadores e das criações que deles emanam,

ou seja, dos artistas e de suas interpretações. Principalmente, quando consideramos que o Direito de Autor tem como sujeito o criador e como objeto a criação intelectual quanto à sua forma e não quanto à sua idéia. A idéia é uma abstração que, por mais particular ou universal que seja, estará sujeita a transformações em muitas formas concretas e sensíveis de interpretação. A cada forma original de interpretação corresponderá uma autoria.

Ao propósito, e para que consigamos elaborar um adequado raciocínio sobre tal princípio, torna-se necessário, igualmente, um adequado entendimento sobre os conceitos que as palavras idéia e forma encerram. Vejamos o que diz BUARQUE DE HOLANDA:

"Idéia. (Do gr. idéa, pelo lat. idea). S.f. 1. Representação mental de uma coisa concreta ou abstrata; imagem:" ... "2. Elaboração intelectual; concepção:" ... "4. Invenção, criação:" ... "5. Maneira particular de ver as coisas; opinião, conceito, juízo:" ... "6. Visão imaginária, irreal; imaginação, quimera, sonhos:" ... "7. Mente, pensamento:" ... "11. Filos. Elementos em que aparecem condensados os poderes de reflexão e de auto-reflexão do pensamento. Daí duas definições gerais: 1) o que é apreensível nas coisas, pelo pensamento (a forma, a espécie, a natureza, a essência); 2) os objetos do pensamento, enquanto pensados; representação." ... "Idéia adventícia. Hist. Filos. Segundo Descartes (v. cartesianismo), idéia que, através dos sentidos, provém de coisa exterior ao espírito. Idéia factícia. Hist. Filos. Segundo Descartes (v. cartesianismo), idéia construída arbitrariamente pelo espírito. Idéia geral. Lóg. Idéia resultante de generalização. Idéia inata. Hist. Filos. Segundo Descartes (v. cartesianismo), idéia que se concebe em razão da própria natureza do espírito. Idéia transcendental. Hist. Filos. Segundo Kant (v. kantismo), idéia que não deriva nem dos sentidos nem do entendimento, mas que é necessariamente concebida pela razão. Distinguem-se a idéia da alma (correspondente a unidade absoluta à sistematização completa dos fenômenos) e a idéia de Deus (correspondente à unidade de todas as existências)". AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA.

"Forma. (Do lat. forma), S.f. 1. Os limites exteriores de que é constituído um corpo, e que confere a este um feitio, uma configuração, um aspecto particular:" ... "3. Realização particular de um fato geral; maneira variável com que uma noção, uma idéia, um acontecimento, uma ação se apresenta; modo de ser; modalidade, variedade:" ... "4. P. ext. Maneira, modo, jeito:" ... "10. O modo de expressão que o artista plástico adota na criação de uma obra, utilizando os elementos específicos da pintura, da escultura, da gravura, etc.:" ... "14. Filos.

Princípio que confere a um ser os atributos que lhe determinam a natureza própria." . . . "Forma substancial. Filos. Natureza comum aos indivíduos da mesma espécie, enquanto considerada como tendo um modo de existência que lhe é próprio, independente da dos indivíduos em que se realiza."

Seja qual for a doutrina, o que vai se ampliando à nossa frente é a clareza de que a aplicação dos caracteres e talentos próprios da individualidade do intérprete é uma forma de pensar; constitui um ato criativo porque esse modo de expressão confere, ao mesmo tempo, os atributos que determinam uma natureza própria a um ser imaginário; dá forma singular à idéia interpretada.

É exatamente essa forma de expressão singular que configura a forma teatral; o fenômeno de representar um personagem.

"Habitar um ser que não existe, e sobretudo, por esse meio, obter a adesão dos demais homens. O ator encarna condutas imaginárias que tornam convincentes realizações na trama da vida real." — JEAN DAVIGNAUD.

Há, portanto, obras criadas, cujas idéias são escritas para o teatro; há obras criadas na ocupação de um espaço cênico, onde as idéias escritas passam a ter vida e as palavras sentimento. Há obras criadas, cujas idéias concebidas são pautadas para a música; há obras criadas na execução dos instrumentos musicais, onde a concepção passa a ter presença e as notas emoção.

A interpretação artística, por conseguinte, é uma criação intelectual concreta, de forma viva, mesmo quando elaborada sobre uma criação intelectual abstrata, sob forma escrita.

A criação do artista intérprete tem a forma de expressão do que é inexprimível apenas pela palavra escrita.

2.ª QUESTÃO:

Berna, e as obras não fixadas num suporte material?

"As conferências, alocações, sermões e outras obras da mesma natureza." — Convenção de Berna.

O artista intérprete é aquele em que algo adquire forma característica, ganha expressão particular e vive. Tudo aquilo que é vivificado pelo homem revela um valor novo que resulta da aplicação de caracteres e talentos próprios da individualidade e constitui um ato criativo.

Ocorre que os tratadistas do Direito Autoral aferram-se ao conceito de que autor é apenas aquele que, como vimos antes, registra materialmen-

te a sua idéia original. Ainda não conseguiram enxergar que algumas dessas idéias, mesmo representadas sob a forma gráfica ou escrita, sem qualquer prejuízo de suas qualidades criativas e sem negar a existência de seus autores, adquirem um valor absolutamente novo atribuído pelo aporte de um outro criador: o artista intérprete.

A dificuldade desses tratadistas reside, exatamente, em reconhecer que o ator, o bailarino, o cantor ou o músico é o autor de sua criação interpretativa.

O intérprete cria na ação do seu trabalho. Antigamente, a criatividade do intérprete só era exibida ao espectador no momento em que a ação do trabalho estava sendo executada e nos limites de um espaço determinado.

“Ao primeiro exame das condições da representação teatral aparece a preeminência do ator. Por ele o fato teatral adquire seu significado. A criação do ator se manifesta, com efeito, por sua presença corporal. Ele está ali diante do público que foi para vê-lo e ouvi-lo.” — André Villiers.

Em tais circunstâncias, somente a relação trabalhista atrai toda a observação jurídica; porque apenas essa relação era identificada e reconhecida; porque não era notado o que havia de particular e distinto, além dessa relação. Terminada a ação do trabalho, terminava a manifestação da obra.

O desenvolvimento de sistemas eletrônicos provocou um enorme progresso tecnológico. O trabalho artístico passou a ser exibido ou transmitido por processos e veículos que reproduziam a criação do ator e rompiam com os limites do espaço cênico, multiplicando os auditórios e platéias de maneira incontrolável.

A oportunidade — cada vez maior — de usar a técnica — cada vez mais sofisticada — acentuou a função material do uso da interpretação como produto de consumo. Daí, o trabalho artístico antes artesanal — passa a ser industrializado por processos eletrônicos de transmissão e de gravação, reproduzindo e revelando aí a materialidade da criação artística.

Foi exatamente esse fenômeno que permitiu a observação sobre a substância impalpável que resulta do trabalho do intérprete. Substância singular e misteriosa que constitui a criação em si.

Se antes, a atuação de um intérprete num palco só podia ser conceituada nos limites de uma ação de trabalho, agora, como os processos e veículos de sua reprodução pôde-se perceber, com precisão, que além de seu desempenho físico num palco, o artista projeta um valor próprio, imaterial e inconfundível; pôde-se constatar, com o infantil espanto de quem descobre o óbvio, a qualidade imaginativa da interpretação, ora emanando sen-

sações e emoções, ora revelando o oculto, ora transmitindo idéias e sentimentos.

Absurdo pretender-se que o sentir e o fazer sentir não constituam a substância essencial e fascinante da criação.

Apreendeu-se, então, a relação que se encontrava oculta já na antiga realidade: executada a ação do trabalho, via-se, longe, transmitida e reproduzida a manifestação da obra e — em alguns casos, terminada a ação do trabalho, permanecia gravada a criação artística.

Em outras palavras, a difusão, a transmissão e a fixação do trabalho do intérprete revelaram — pela sua reprodução — o resultado imaterial desse trabalho que é a interpretação. Não foi o mesmo serviço prestado aos escritores pela imprensa de Gutenberg?

A interpretação artística, portanto, constitui um bem imaterial passível de reprodução em um suporte fonográfico, fotográfico ou cinematográfico; por meio de emissão de ondas radioelétricas, de sons ou de sons e imagens.

Porém, a interpretação artística não é efeito, mas causa dos processos de sua reprodução. Ela existe e se exprime como obra intelectual em pleno ato de sua manifestação. Tal como a conferência, a alocução e o sermão, a interpretação artística é uma criação do espírito, ainda que não esteja fixada em um suporte material.

3.^a QUESTÃO:

Berna, o que é obra dramática?

“As obras dramáticas ou dramático-musicais.” — Convenção de Berna

Drama, pela origem grega da palavra, significa ação.

Nosso idioma nos leva a uma aparente redundância com a formulação “ação dramática” para explicar o fenômeno teatral ou a arte de representar. Mas a ação dramática figura como o primeiro exercício de imaginação do homem. Ela surge com a sua necessidade de imitar as coisas e elementos da natureza ou narrar os fatos pelo seu sentido cênico, usando a máscara facial, a gesticulação, a expressão corporal. A ação dramática precede a capacidade do homem de explicar os fenômenos com a invenção da palavra.

Dito isto, no caso em questão, o que é obra dramática? DANIEL ROCHA, escrevendo sobre o “Estatuto Jurídico da Obra Dramática e Dramático-Musical”, diz:

“A ação dramática surge ligada à tendência natural à imitação, especialmente quando o livre jogo da imaginação, nesta tarefa

evocativa, toma consciência de seu poder mágico de reprodução. É como dar vida ao que está inerte." ... "É a confirmação de que drama é o acontecimento em ação, isto é, com o auxílio — isolado ou em conjunto — da gesticulação, indumentária apropriada, inflexão, cenário, música, dança ou outros atributos da arte cênica."

Contraditoriamente, o autoralista entende que a forma da obra dramática já está contida no texto escrito para o espetáculo teatral ao afirmar que *a interpretação ou execução musical é um serviço de intermediação*. Ele (o ator) *é um agente da comunicação entre a obra do autor e o público*.

Ora, se é verdade que o ator é um mero agente de reprodução da obra e que um texto escrito para o teatro já traz, em si mesmo, sua própria forma de representação, somente uma dentre as interpretações que vier a sofrer será a legítima. As demais serão mutilações da obra original.

Eu pedi ao saudoso amigo FLÁVIO RANGEL que me desse a sua opinião sobre o papel do ator no teatro. Ele escreveu:

"A peça mais importante do teatro é o ator. O ator é a base sobre a qual se sustenta o edifício do teatro; e o teatro pode prescindir de tudo o mais, menos do ator.

O teatro pode subsistir sem um texto escrito e transmitir emoção através da mímica realizada por um ator dotado; pode ter palavras criadas na hora, em brilhante improviso, e ser o endereço da poesia. O teatro pode ter energia e fé mesmo representado em praças públicas como faziam os jograis da Idade Média e como fazem hoje os artistas populares em todas as grandes cidades do mundo — nos subterrâneos do metrô ou nas praças públicas.

O teatro pode ser representado sem cenários; desde que exista um ator, ele pode dizer a que veio em pleno sol ou debaixo de chuva, num palco nu ou contra a murada de um castelo. Prescinde de figurinos, pois em certos casos basta o corpo e a voz do ator. Pode existir sem o diretor — profissão relativamente nova — sem aparatos técnicos, sem música.

Mas não existe sem o ator."

A opinião, segundo a qual o intérprete não passa de um veículo de reprodução da obra é um grande equívoco defendido pelos autoralistas, cuja visão se encontra estreitada pelo conservadorismo. Mas,

"... para poder, sempre, conferir as leis objetivas da criatividade artística, devemos manter ininterrupto o desenvolvimento da nossa própria experiência subjetiva." — STANISLAVSKY.

Agora, tomemos uma obra de Shakespeare, *Hamlet*, por exemplo. Ao renomado autor jamais poder-se-ia negar a autoria sobre as suas obras, imortalizadas pela maneira particular de ver as coisas, pela concepção singular das idéias, registradas, literariamente, em forma não menos singular.

Entretanto, ainda que Shakespeare tenha concebido e escrito *Hamlet* com o propósito de uma encenação teatral, uma coisa é certa: o autor jamais escreveu a encenação em si. E isso seria impossível, pois *Hamlet*, *Ofélia* e tantos outros personagens do episódio concebido por Shakespeare não passaram de uma visão imaginária, de fantasmas encarcerados em seu cérebro, cujo modo de sentir ou a intensidade de manifestar seus sonhos e aflições, na forma verdadeiramente idealizada por aquele autor, somente Shakespeare testemunhou, ao conviver com eles nos misteriosos castelos da sua fantasia. E ao libertar para o mundo esses fantasmas, Shakespeare o fez transformando-os e as suas ações, sentimentos, movimentos e trajetórias em letras, palavras e frases.

Essa foi a única representação encontrada por Shakespeare para a sua concepção mental. Vale dizer que os fantasmas criados nos labirintos da imaginação de Shakespeare, enquanto permanecerem sob o encanto da palavra escrita, continuarão fantasmas na imaginação dos leitores. Serão idéias. Abstratas idéias. Serão objetos do pensamento. Serão coisas apreensíveis apenas pela mente; sujeitas a variações de forma, de força e de comportamento de acordo com a imaginação, a sensibilidade e a psiquê de cada leitor.

Assim, sob o conceito de obra, de criação intelectual, os personagens de Shakespeare serão sempre idéias abstratas em forma estritamente literária, como pretendia HENRI BECQUE:

“O verdadeiro teatro é o teatro de biblioteca.”

Mas, pelo que anseia o homem ao ter diante de si uma idéia que lhe excita os sentidos e desafia a imaginação? A biblioteca já não lhe satisfaz. Ela não nos permite captar o que omite o texto fixo; não revela tudo que a insaciedade humana busca.

“Através dos objetos exteriores o homem procura encontrar-se a si próprio.” . . . “O autor da obra de arte procura exprimir a consciência que de si possui.” . . . “Se quiser marcar um fim último à arte será ele o de revelar a verdade, o de representar de modo concreto e figurado aquilo que agita a alma humana.”
— HEGEL.

Tomemos agora a mesma obra que repousa escrita nas folhas do branco papel. Abramos esse livro. Materializemos cada uma dessas figuras imaginárias que nos desafiam à leitura, dando-lhes contornos definidos da maté-

ria de que passam a ser constituídas, conferindo-lhes um feitio, uma configuração, um aspecto particular. Criemos e incorporemos uma personalidade singular, adequada à cada um desses membros — apenas descritos naquelas páginas —, dotando cada um desses seres dos atributos que lhes determinam uma natureza própria e real. Vivifiquemos aquelas referências filosóficas, sociológicas e psicológicas do drama proposto, aplicando-lhes todos os caracteres existenciais capazes de torná-las perceptíveis aos sentidos de qualquer observador interessado. Eis que se fez o milagre da dramatização: os fantasmas adquiriram vida.

Para essa complexa e milagrosa elaboração criativa que é a dramatização, surge o ator com todos os seus atributos e qualidades que, no dizer de EDUARDO J. CONTURE — vale repetir — não se trata apenas de um instrumento intermediário entre o autor do texto e o espectador da cena, mas aquele indivíduo que “põe de si tal quantidade de nova substância artística, que a sua obra vale tanto como uma criação autônoma”.

Há uma nítida diferença entre um texto escrito para o teatro e a representação ou o espetáculo teatral. O primeiro tem a forma literária e o segundo tem a forma viva da interpretação. O texto não contém a interpretação — que varia —, mas a interpretação contém o texto — que é fixo. Tanto um quanto o outro são criações intelectuais que se exteriorizam de formas distintas e, como já vimos, o Direito de Autor considera a criação do espírito pela forma como a obra se exterioriza e não como foi idealizada.

Um texto escrito para o teatro não é uma obra dramática. Esse texto pode ser considerado uma obra acabada pela sua forma literária, mas para a finalidade a que se propõe — a forma dramática, ele é incompleto, insuficiente. A obra de qualquer autor, escrita para o teatro ou composta para a música, só alcançará a plenitude de seu propósito formal — a dramaticidade, quando interpretada; quando não o é, permanece na condição da forma como se expressa: a forma literária ou grafada.

Assim, podemos afirmar que obra dramática é aquela que representa, de modo concreto, vivo e figurado “aquilo que agita a alma humana” — como queria HEGEL — “para além das palavras” — como completaria LEON DAUDET.

4.^a QUESTÃO:

Berna, o que é transformação?

“São protegidas como obras originais, sem prejuízo dos direitos do autor da obra original, as traduções, adaptações, arran-

jos de música e outras transformações de uma obra literária ou artística.” — Convenção de Berna.

Na esteira da criação intelectual vamos encontrar obras de plena fruição como, por exemplo, o desenho, a pintura, a escultura, os escritos; outras, necessitam de transformação para que possam ser fruídas.

Uma composição grafada numa pauta musical não é música para todos que a queiram ouvir. Um roteiro cinematográfico não é projetável para ser assimilado como obra cinematográfica. A observação de um esboço coreográfico não nos permite assistir ao balé.

Mas, e o teatro? O fenômeno teatral ocorre com a conjugação de três fatores: o texto, a representação e a platéia. Dentre esses fatores, os dois primeiros são essencialmente criativos.

O texto, como já vimos antes, expressa uma idéia pela forma da palavra escrita. Mas para o teatro isso não é suficiente. Sobre isso, disse GASTON BATY:

“O papel do texto, no teatro, é igual ao da palavra na vida. A palavra serve, para cada um de nós formular a si mesmo e comunicar aos outros aquilo que sua inteligência registra. Exprime diretamente, plenamente nossas idéias claras. Exprime também, porém indiretamente, nossos sentimentos e nossas sensações, na medida onde nossa inteligência as analisa; não podendo dar de nossas vidas uma transcrição integral e simultânea, a palavra a decompõe em elementos sucessivos, em reflexos intelectuais, como o prisma decompõe um raio de sol.” — FRANCISCO FERNANDES.

O texto para o teatro não consegue transmitir, plenamente, as características de personalidade, de emotividade e de imaginação de seus personagens, seja de per si ou quando interagindo na ação dramática, porque, segundo LEON DAUDET:

“O indivíduo mais sábio e o mais dotado não traduz (mesmo que tenha à sua disposição todo o dicionário da língua) senão a centésima parte mais ou menos do que sente, do que medita. O mais importante, o mais interessante foge às malhas do vocabulário como a água foge entre os dedos.”

Por isso o texto, para ser teatro, necessita de transformação.

A transformação da obra intelectual pode ser de natureza criativa ou de caráter reprodutivo por processo mecânico, eletrônico ou audiovisual. Como transformações criativas temos, por exemplo, a tradução, a adaptação, os arranjos musicais, a representação e a execução.

Para a tradução de uma obra original é imprescindível a elaboração intelectual do tradutor. Igualmente, para a representação de um texto e para a execução de uma pauta musical são imprescindíveis as interpretações do ator e do músico, respectivamente.

E não se diga que o autor do texto teatral ou da composição musical não admite a coexistência de outro autor — o ator ou o músico na sua obra; como se estes não passassem de invasores no terreno da obra original.

“Porque o autor quer ser representado, tem necessidade de ser representado, e o espectador — o verdadeiro espectador — necessita ver a representação.” — ANDRÉ VILLIERS.

Pois que, segundo SÁBATO MAGALDI:

“Uma obra dramática sem a representação, não existe.”

A obra de um autor, sob a forma literária, somente se realizará como obra cênica com a representação; e a composição, na partitura, somente alcançará a sublimação da música com a execução.

“Realizar em cena uma obra é penetrar bastante profundamente no espírito e no coração do poeta, a fim de alargar o pensamento e a emoção para além das palavras.” — GASTON BATY.

Também não se pode aceitar que “o trabalho do intérprete ou do executante, por sua própria natureza, não possui autonomia”, como apregoa Daniel Rocha. O personagem de uma proposta dramática, registrada literariamente, não se impõe de maneira absoluta sobre o intérprete. Ao contrário, a interpretação é uma atividade do pensamento e não uma possessão. A criatividade do intérprete é que se impõe sobre o personagem do drama proposto de tal forma, que o *Hamlet* vivificado por um ator não será jamais o mesmo criado por outros atores.

A transformação de um texto teatral pela representação só é possível pelo fenômeno da dualidade do ator. Em apresentação à *Ator e Método*, de Eugênio Kusnet, Fernando Peixoto reflete sobre as palavras do autor daquela obra:

“O ator aceita e assume os problemas do personagem, “adquirindo a fé cênica na realidade da sua existência, vive como se fosse o personagem com a máxima sinceridade, mas, ao mesmo tempo, não perde a capacidade de observar e criticar a sua obra artística — o personagem.”

Assim, a representação é a transformação criativa de uma obra original que resulta numa obra derivada. Ou, como diria com precisão EFRAIN BO”:

“... o complexo mecanismo do espetáculo dramático, da transformação emocional e misteriosa do verbo em cena.”

Resta agora examinar a relação jurídica entre o autor da obra original e o co-autor na obra derivada.

Para que uma tradução seja publicada é indispensável a autorização do autor da obra original. Autorizada, reconhece-se a autoria do tradutor sobre a sua tradução. Em outras palavras, o autor da obra original passa a ter um co-autor na obra derivada.

Para que um texto seja representado publicamente é, igualmente, indispensável a autorização do autor desse texto. Mas há que se reconhecer a autoria do artista sobre o seu aporte criativo — a interpretação — que deu forma à verdadeira obra dramática.

O autor do texto tem direitos exclusivos sobre a sua obra original. Ele manterá intocável o direito de autorizar quantas novas representações desejar, mas o artista que criar uma determinada encenação será o autor de sua interpretação e co-autor dessa representação, dessa nova forma que atribuiu à obra.

É absurdo pretender-se que o autor de um texto escrito para o teatro aproprie-se da criação daquele que transformou esse texto, elevando-o à categoria de obra dramática. Vista sob esse ângulo, a obra dramática é uma obra derivada.

Conclusão

Abordadas estas questões, como responder ao problema que as suscitou?

Berna, erraram seus autores ou erram seus intérpretes?

Ao considerar que a interpretação artística é uma forma de expressão intelectual, independentemente de estar fixada num suporte material; que ela cria a forma da obra dramática; que ela transforma uma obra literária ou artística, quem errou?

Erraram os autores de Berna por omissão? Teriam eles, deliberadamente, limitado o reconhecimento da autoria a, somente, alguns dentre os artistas criadores e excluído a outros?

Ainda que a Convenção de Berna haja optado pelo perigoso caminho da tipificação da obra — superável pela tecnologia e pelo tempo —, teria ela como objetivo a restrição conceitual dos autores dessas obras, virando as costas à reflexão de PONTES DE MIRANDA?

“A obra de arte é inserção do homem no material, ainda quando esse material é som ou movimento.”

É pouco provável. O que se destaca nos tratados internacionais sobre Direito de Autor é a acuidade no sentido de consagrar o direito e não o de feri-lo. Tal é como diz PEDRYLVIO GUIMARÃES FERREIRA:

“Predominam as disposições genéricas, suscetíveis de exegese duradoura e evolutiva no tempo, sobre as específicas e restritivas.”

Estaria o erro no fato de — após as reuniões de 1967, em Estocolmo, e de 1971, em Paris — aquela Convenção não ter ainda explicitado a interpretação artística como forma de criação intelectual, se já considerara necessário fazê-lo para a tradução, a adaptação e o arranjo de música?

Tampouco seria prudente concluir dessa maneira. Não é demais recorrer a PEDRYLVIO em sua profunda admiração por Pontes de Miranda:

“A aparente omissão ou contradição legal se desfaz, a nosso ver, pela exegese. Ainda neste ponto, é lapidar a lição do insubstituível PONTES DE MIRANDA:

“A principal função do jurista é explicitar o sistema jurídico, revelando-lhe as regras jurídicas não escritas e encontrando a coerência entre as regras jurídicas escritas.” (*Tratado do Direito Privado*, vol. 16, p. 59).

“A interpretação literal de uma norma jurídica nem sempre revela o exato contorno do direito ou de alguma de suas modalidades. Nem a omissão da lei é suficiente para ocultar o direito.”

E, mais concretamente, se a Convenção de Roma reconhece um direito exclusivo do artista intérprete sobre a sua interpretação ou execução, sem prejuízo para o direito do autor da obra interpretada, por que nas demais convenções haver-se-ia de inferir a inexistência desse direito e, por conseguinte, a sua nulidade?

Seria um desperdício imperdoável deixar de aproveitar uma preciosa formulação de PEDRYLVIO diante de tanta incoerência:

“Se pela melhor exegese não se pode excluir a autoria — original ou derivada; individual ou coletiva, conforme a hipótese fática —, também não se confundem as linhas divisórias, nem os conceitos fundamentais. Criação é criação. Existe ou não existe.”

Assim, diante dos princípios de proteção consagrados pela Convenção de Berna, concluímos que:

a interpretação artística é uma criação intelectual concreta, de forma viva, mesmo quando elaborada sobre outra criação preexistente, sob a forma escrita;

a interpretação artística tem a forma de expressão do que é inexprimível apenas pela palavra escrita;

a interpretação artística — embora passível de reprodução — é uma criação intelectual por sua própria expressão e não por estar fixada num suporte material;

a interpretação artística é a criação que atribui forma e expressão à obra dramática e dramático-musical, constituindo a finalidade destas;

a interpretação artística de uma obra preexistente é uma modalidade de transformação criativa da obra original e resulta numa obra derivada.

Erram, isso sim, aqueles intérpretes de Berna quando, reacionariamente, tentam impedir que as legislações nacionais superem essa implicitude e erradiquem muitas ambigüidades nocivas de seus textos. Ambigüidades que corroem a integridade e a dignidade do artista por privá-lo da liberdade e independência econômicas.

Ninguém pode ignorar que a invejável potencialidade da nossa criatividade artística permitiu o desenvolvimento de uma opulenta indústria cultural. Empresas e grupos empresariais tornaram-se sólidos, obtendo altas taxas de lucratividade com a reprodução de bens intelectuais, cuja matéria-prima é o extrato de nosso artista criador.

Contraditoriamente, à margem desse acelerado fortalecimento econômico-industrial, constata-se um permanente esfacelamento social dos trabalhadores da cultura. As empresas se agrupam com vistas à exploração monopolista. Os artistas se chocam na competição pela oportunidade de trabalho que se tornou um privilégio, e de um salário que se transformou em uma arma nas mãos dos empregadores que nos ameaçam com o terror do desemprego e do anonimato. Essa indústria acumula riquezas. Os artistas socializam a pobreza.

No entanto, se é verdade que

“não há propriedade mais particular, mais legítima do homem que a produzida pelo seu cérebro”,

como podem os artistas conviver com essa insuportável expropriação de seu único patrimônio? Será essa a base irremovível do nosso futuro?

Na virada do século e do milênio, impõe-se o rompimento com estruturas arcaicas de práticas sociais injustas e de pensamentos que as susten-

tam. Talvez seja essa mais uma oportunidade de não mais burlar a Declaração Universal dos Direitos do Homem:

“ARTIGO XXVII

... Todo homem tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor.”

Com a palavra Berna.

Com a ação os artistas.

BIBLIOGRAFIA

BORBA FILHO, Hermilio. *Teoria e Prática do Teatro*. Ed. Iris. São Paulo.

DAVIGNAUD, Jean. *El Ator*. Ed. Taurus. Madrid.

FERNANDES, Francisco. *Cartilhas de Teatro IV*. Serviço Nacional de Teatro. Rio.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio*. Ed. Nova Fronteira. Rio.

FERREIRA, Pedrylvio Guimarães. Parecer 308/65 — C.N.D.A. Brasília.

HEGEL, *Estética — A Idéia e o Ideal*. Introdução. Tradução Orlando Vitorino. Ed. Guimarães. Lisboa.

KUSNET, Eugênio. *Ator e Método*. Serviço Nacional de Teatro. Rio.

MAGALDI, Sábato.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado do Direito Privado*. Vols. 7 e 16.

MORAIS FILHO, Evaristo de. *Introdução ao Direito do Trabalho*. Ed. LTr. Rio.

ROCHA, Daniel. Cadernos de Direito Autoral 2. *Revista de Teatro*. Rio.

SANTOS, N. P. Teixeira dos. *A Fotografia e o Direito de Autor*. Ed. LTr. Rio.

SAVATIER, René. *Le Droit de L'Art e des Lettres*. Ed.

VILLIERS, André. *Psicologia Dil Arte Dramatico*. Liv. Hachette. Buenos Aires.

CONVENÇÃO DE BERNA

CONVENÇÃO DE ROMA

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM

O direito civil como essência do direito

DILVANIR JOSÉ DA COSTA

Professor Adjunto de Direito Civil da UFMG

S U M A R I O

1. *Os instintos básicos: conservação da vida e da espécie*
2. *O direito da personalidade*
3. *O direito das coisas*
4. *O direito da família*
5. *O direito das obrigações — o contrato e a responsabilidade civil*
6. *O direito das sucessões*
7. *Parte geral do direito civil*
8. *O direito civil como essência do direito*

1. *Os instintos básicos: conservação da vida e da espécie*

O direito civil tem suporte em dois instintos humanos: conservação da vida e conservação da espécie. O primeiro é o fundamento natural e racional de duas ordens de direitos absolutos, às quais correspondem dois instintos do direito civil: o direito da personalidade e o direito das coisas.

2. O direito da personalidade

O direito da personalidade é o expoente do direito civil e a manifestação superior do instinto de conservação da vida. Os direitos personalíssimos são o princípio e o fim dos direitos civis, assim como o homem é o princípio e o fim do direito e da vida em sociedade: *omne jus hominum causa* (1).

A manifestação primeira do instinto de conservação da vida consiste na proteção e defesa da própria vida, da integridade física, psíquica e moral e das liberdades fundamentais, bem como na tutela dos demais atributos que compõem o variado e complexo quadro dos bens personalíssimos. Destacam-se, esses bens ou valores, pela íntima e profunda vinculação ao homem, pelo caráter pessoal, moral, extra ou suprapatrimonial e, portanto, inalienável. São os únicos direitos subjetivos em que a pessoa (e atributos) figura como titular e objeto da relação jurídica. Destacam-se, ainda, pelo caráter absoluto, no sentido de que se exercem *erga omnes* ou contra todos os demais membros do convívio social, inclusive contra o Estado, os quais figuram na relação jurídica personalíssima, como devedores da chamada obrigação passiva universal, consistente no dever geral de respeito aos bens ou valores da personalidade de cada cidadão.

3. O direito das coisas

Aqui temos outra decorrência natural do instinto de conservação da vida.

Em razão de sua estrutura biológica, fisiológica e psíquica, o homem necessita dos bens da vida para o seu sustento, agasalho, habitação, transporte, trabalho, educação, cultura, diversão etc. Para tanto, há necessidade de apropriar-se desses bens de uso e consumo e de tê-los à sua disposição.

O direito das coisas, através do direito de propriedade e dos direitos reais sobre coisas alheias, garante e assegura o poder ou vinculação direta das pessoas sobre os bens corpóreos ou não, possibilitando-lhes o uso, gozo, fruição, consumo, alteração, destruição e alienação dos mesmos, em função de suas necessidades e conveniências, mas em harmonia com os interesses e direitos das comunidades em que o cidadão se insere. Esse poder ou vínculo direto ou imediato da pessoa sobre as coisas, ensejando o recolhimento das vantagens ou utilidades sem a cooperação ou prestação de outrem, é o que se denomina relação interna do direito real. Na relação externa, esse poder ou direito se exerce *erga omnes* ou com o mesmo caráter absoluto do direito da personalidade, mas deste se distingue pela natureza patrimonial. Ambos se aproximam ainda pelo fundamento comum: o instinto de conservação da vida.

(1) JUSTINIANO, D. 1.5.2.

4. O direito da família

O instinto de conservação da espécie é o suporte natural do direito da família.

A atração recíproca entre o homem e a mulher, o estímulo e a necessidade sexual os conduzem à união e à vida em comum, gerando um complexo de prestações recíprocas que carecem de disciplina e proteção jurídica. Essas prestações são de bens e serviços, materiais ou patrimoniais umas (regime de bens, alimentos), mas sobretudo de caráter moral ou suprapatrimonial, inclusive por irradiação ou transposição, para a família, dos valores da personalidade de cada cônjuge.

Além do relacionamento entre os cônjuges, surge e carece de regulação e proteção outro complexo de relações no sentido vertical: entre pais e filhos. Daí a importância da família, como compromisso íntimo de duas pessoas e como fonte da personalidade.

5. O direito das obrigações

O contrato e a responsabilidade civil

A propriedade e a família são dois institutos-meio na realização da personalidade, valor-fim em si mesma. E os três necessitam de mais um instrumento: o contrato, via de acesso à propriedade e à família. Segundo JEAN CARBONNIER, família, propriedade e contrato são os três pilares do direito ⁽²⁾. Ousamos acrescentar que esses três pilares ou vigas mestras constituem o suporte da personalidade.

Num conceito amplo, o contrato é o esquema da comunicação e da cooperação intersubjetiva e a essência formal de todo o relacionamento humano. Mesmo fora das relações jurídicas, os homens se comunicam e se entendem através de vínculos de intensidade menor, na vida familiar, social e religiosa, no lar, na vizinhança, na escola, no clube e na igreja, na amizade e no amor. Ou de intensidade maior, como no amor e na família, ressalvamos. Mas é no plano jurídico e na área dos interesses patrimoniais que mais se destaca o contrato, como veículo da cooperação intersubjetiva, da divisão do trabalho e da solidariedade. Para se atingir a propriedade e os direitos reais limitados, para se ter acesso aos bens e serviços, recorre-se ao contrato. A própria família tem na sua base um esquema contratual.

O contrato insere-se no contexto mais amplo da relação obrigacional. É o vínculo obrigatório *voluntário*, ao lado da declaração unilateral de vontade. Mas existe outra fonte de obrigações, emergente *da lei*, compondo o direito obrigacional: os atos ilícitos. Voluntário ou *ex lege*, o vínculo obrigatório caracteriza-se pela relação entre duas ou mais pessoas, que

(2) *Flexible droit*, 2ª ed., Librairie Générale, Paris, 1971, p. 123.

se obrigam entre si a uma prestação de dar, entregar, restituir, indenizar, fazer ou não fazer.

Vale ressaltar a multivalência, flexibilidade e dinamismo do vínculo obrigacional, na vida em sociedade.

Aquele que nada possui dispõe dos valores ou atributos de sua personalidade — energias e qualidades pessoais. Obriga-se, pelo contrato de trabalho ou prestação de serviço, a colocá-las à disposição de outrem, em troca de moeda ou de outros bens. E assim valores personalíssimos se transformam em obrigações (débitos e créditos) e em direitos reais. Por sua vez, o proprietário de moeda ou de outros bens se obriga a comprar, vender, permutar, doar, alugar ou emprestar, gerando sucessivas mudanças na titularidade dos direitos reais e obrigacionais e provocando o dinamismo e a agitação da vida em sociedade.

Mas, se, em vez de entendimento, cooperação ou contrato, os homens partem para o anticontrato e a ofensa à pessoa, à propriedade, ao próprio contrato e à família, irrompe-se novo vínculo obrigatório, imposto pela lei ao ofensor, que fica adstrito a reparar o dano e a recompor os bens e valores atingidos. É a responsabilidade civil por ato ilícito.

6. O direito das sucessões

O homem nasce e adquire uma personalidade que é um potencial em busca de atualização. Entra em contato com o semelhante e, por via do contrato, torna-se proprietário e constitui família. Realiza-se, sua personalidade atinge a exaustão e se extingue com a morte. Os direitos subjetivos e as obrigações do *de cuius* entram no estado de acefalia ou falta de titular ou responsável. Não convém que os objetos dos direitos fiquem sem sujeitos, ou que as obrigações restem sem devedor ou responsável no convívio civil. Donde a atribuição do patrimônio do *de cuius* aos legítimos sucessores, após levantados os débitos e créditos e apurados os direitos reais. Os direitos reais e obrigacionais denunciam a existência de um patrimônio sem sujeito ou titular, enquanto o direito da família aponta aqueles que, pelo grau de parentesco ou vinculação afetiva com o morto, credenciam-se à sucessão, a menos que interfira uma sucessão testamentária.

7. Parte geral do direito civil

Contemplando os institutos básicos do direito civil — personalidade, obrigações, coisas, família e sucessões —, identificamos três presenças constantes: pessoas, bens e fatos ou vínculos jurídicos. As pessoas, sujeitos ou titulares são os credores dos direitos subjetivos e os devedores das obrigações correlatas. Bens jurídicos são os objetos dos direitos e obriga-

ções. E fatos, vínculos ou relações jurídicas são os acontecimentos da vida social, em virtude dos quais os direitos subjetivos e as obrigações correlatas nascem, transformam-se e extinguem-se.

Sujeito, objeto e vínculo são os elementos do direito subjetivo.

Aliás, o direito subjetivo é o átomo ou unidade não só do direito civil, como de toda estrutura jurídica, do direito privado ao direito público. O direito objetivo, em todos os níveis e dimensões, não é senão a previsão, descrição, delimitação, reconhecimento, consagração e garantia dos direitos subjetivos, direta ou indiretamente, em sua infinita variedade. Donde a definição simples: direito subjetivo é a vinculação jurídica de uma pessoa a um bem, valor ou interesse. Sendo *jurídico* o vínculo, pressupõe a inter-subjetividade.

Daí a preocupação do direito civil com o estudo e disciplina, na parte geral ou introdutória, desses elementos.

Pessoas, bens e vínculos ou fatos jurídicos constituem, portanto, as peças ou unidades de um jogo de xadrez. Cada fato ou acontecimento jurídico, gerador de direito subjetivo e obrigação correlata, é como se fora um movimento ou jogada, no cenário ou tabuleiro da vida social. Antes de se iniciar a movimentação, deve-se conhecer tudo sobre as peças. Essa, a missão da parte geral do direito civil.

8. O direito civil como essência do direito

Os direitos subjetivos constituem as células ou unidades do direito. Os deveres e obrigações decorrem dos direitos subjetivos, como acentua EDUARDO ESPÍNOLA:

“Sobre se o dever ou o direito é o elemento preponderante, o *prius*, na relação jurídica, apenas repetimos que, para nós, o dever se desprende do direito, não só conceitualmente, como afirmou com exatidão BINDING, mas na realidade dos fatos.”⁽³⁾

Os direitos subjetivos civis formam a essência ou a base dos direitos subjetivos em geral, pela proximidade ou mais íntima vinculação ao homem. E também porque este, como ser livre e racional, constitui a unidade moral e finalística: a família, a escola, o clube, a igreja, o sindicato, a empresa, a cidade e o Estado são instrumentos de sua realização pessoal.

Pretendemos demonstrar que os demais ramos ou áreas do direito constituem, sem nenhum demérito e conquanto as virtudes peculiares, estruturas de apoio à plena realização dos direitos civis. Com efeito, a ordem

(3) *Tratado de direito civil brasileiro*, Freitas Bastos, 1941, vol. 9, p. 609.

jurídica não só reconhece e consagra os direitos civis, como, em última análise, existe para lhes dar efetiva proteção e garantia.

A propósito dessa garantia, acrescenta EDUARDO ESPÍNOLA:

“O direito subjetivo é a relação que vincula, direta ou indiretamente, um bem da vida a um sujeito, e que, reconhecida pela ordem jurídica, dá a esse o poder de, pessoalmente ou representado, tirar toda a utilidade daquele bem, no seu próprio interesse ou no alheio, com a iniciativa de fazer movimentar os órgãos da justiça pública para efetivar a plena proteção assegurada àquela relação.” (4)

E assim o direito processual, através da trilogia ação, jurisdição e processo, entra em cena, na proteção aos direitos subjetivos violados ou ameaçados.

Por sua vez, o direito penal tutela a pessoa, a propriedade e a família contra os ataques a esses bens jurídicos e seus desdobramentos. E fá-lo pela ação repressiva contra os autores de condutas anti-sociais, afastando-os do convívio, corrigindo, reeducando e reintegrando-os na sociedade.

Mas para atuar a justiça, é mister que a sociedade se organize política e juridicamente, através do direito constitucional. Para agir, tendo em vista suas funções essenciais, ou visando à execução dos serviços públicos, em que se desdobra a atividade do Estado moderno, a administração pública recorre aos princípios e normas do direito administrativo.

O direito comercial beneficia, indiretamente, o cidadão que existe em cada comerciante, na labuta profissional pelos meios de subsistência, sem perder de vista a função social desse ramo do direito em favor da generalidade dos cidadãos.

Em cada operário existe o cidadão que luta, com o apoio do direito do trabalho, pela realização de seus direitos civis.

Finalmente, como os extremos se comunicam, os direitos civis são objeto de proteção superior do Estado, no âmbito do direito constitucional. E mais: pela sua essencialidade, ampliam-se e se tornam direitos da humanidade, consagrados e proclamados em convenções, tratados e declarações internacionais de direitos do homem e do cidadão.

Donde a conclusão inafastável: o direito é semelhante a um foguete; a ogiva, com a tripulação humana, é o direito civil, enquanto a estrutura de combustível, subdividida em fases ou etapas de propulsão, são os demais ramos do direito, os quais haverão de conduzir essa carga nobre pela grande rota da vida em sociedade.

(4) Obra e vol. cit., p. 573.

Trabalho da mulher: compatibilização entre as normas constitucionais e a legislação ordinária

JOSÉ PITAS

Juiz do Trabalho. Presidente da JCJ de Franca - SP.

I — Introdução

A questão *sub examine* traz latente aspecto universal do papel da mulher no mercado de trabalho e a luta na consecução do direito de igualdade, perante a História, com fundamento na dignidade e no valor da pessoa humana, como condição de realização plena da mulher e sua contribuição para o desenvolvimento nacional e causa da paz mundial.

Sob prisma psicanalítico o observador pode extrair dos estatutos jurídicos dos povos o espelho dos traumas e anseios experimentados pela respectiva comunidade. Assim é que se observa na Constituição de Angola belíssimo e completo preceito de valorização da mulher, enquanto em países mais adiantados da Europa o legislador ou é omissos ou institui diretrizes genéricas sobre a proteção da mulher.

No Brasil constata-se uma evolução legislativa em que a mulher passa ignorada pelo legislador na fase em que sua situação era pacificamente aceita, perpassa por uma segunda etapa de incapacidade relativa, até sua plena emancipação com a inequívoca e pacífica consagração pela Carta Magna de 1988.

II — Extrato histórico

A situação fática de desigualdade da mulher na sociedade mundial não decorre de meros preconceitos, mas advém das grandes mudanças sociais pela qual a comunidade humana evoluiu através da História.

A propósito o filósofo e historiador XENOFONTES, discípulo de Sócrates, no sec. IV a.C., ponderava com expressividade:

“Os deuses criaram a mulher para as funções domésticas, o homem para todas as outras. Os deuses puseram-na nos serviços caseiros, porque ela suporta menos o frio, o calor e a guerra. As mulheres que ficam em casa são honestas e as que ‘vagueiam’ pelas ruas são desonestas; para os homens, seria vergonhoso ‘ficar em casa’ e não se ocupar das coisas de fora de casa.” (apud *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n.º 53/1977, cit. CARREA VAZ in A discriminação contra o trabalho feminino, pág. 183.)

Leciona Octávio Bueno Magano (in “A Proteção ao Trabalho da Mulher”, Ltr 49/929) que a Revolução Industrial propiciou o manejo de máquinas indistintamente a homens e a mulheres. Em tal circunstância os empresários preferiam o trabalho das mulheres porque estas se submetiam pacificamente a menores salários, o que como reação pendular da História fez emergir inicialmente na Inglaterra, depois França, Itália, restante da Europa, América do Norte e Latina uma resistência legislativa de proteção da mulher, sob fundamento de que a mulher é o elemento essencial de preservação da própria espécie; a mulher é fisicamente débil e a mulher tem a incumbência de se dedicar ao marido e à família.

Tais normas protetivas tiveram sua produção principalmente a partir da segunda metade do século XIX, com a proibição do trabalho penoso ou perigoso; de jornada superior a 12 horas e do trabalho noturno.

Contudo, em decorrência do célere avanço tecnológico e conseqüentes alterações sociais, particularmente após a Segunda Guerra Mundial, novo e irreversível vento de amplitude universal começou a soprar, com visível tendência a impor uma mentalidade diferente plasmada pela predominância da necessidade de se erradicar “todas as formas de discriminação contra a mulher”, em prejuízo da tendência anterior de tutela integral e incondicional.

Este novo espírito permeou o ordenamento jurídico brasileiro gradativamente, como se verifica pelo Estatuto da Mulher Casada (Lei n.º 4.121, de 27-8-62) para tomar corpo sólido pelo Decreto n.º 89.640, de 20-3-84 que promulgou a Convenção que elimina “todas as formas de discriminação contra a mulher”, celebrada sob os auspícios da ONU, em 1979. Entretanto, por estranha “inércia cultural” a referida convenção não se impôs com a devida eficácia, haja vista a produção legislativa posterior, v.g., Lei n.º 7.189, de 4-6-84, que prescreveu alterações no artigo 379 da CLT, sobre o trabalho noturno da mulher; Lei n.º 7.855, de 24-10-89, que, dentre outros, revogou (?) o artigo 446 da CLT, que enunciava a incapacidade relativa da mulher casada, que aliás já estava revogado pelo Estatuto da Mulher Casada, na forma da Lei de Introdução ao Código Civil (art. 2.º, § 1.º).

III — Constituição da República Federativa do Brasil

A despeito da inércia da consciência jurídica, finalmente, o Estatuto Fundamental de 5 de outubro de 1988 consagrou como princípio superior e intangível em seu artigo 5.º, inciso I, que:

“homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;”,

sepultando com esta opção “todas as formas de discriminação contra a mulher”.

Convém salientar que a nova Carta Política trouxe, particularmente, nas relações de trabalho, em seu artigo 7.º, importantes modificações que vêm confirmar as asserções supra, tal qual a inclusão no texto da proibição de discriminação de exercício de funções (proibição que não se encontra em relação aos deficientes; cf. art. 7.º, incisos XXX e XXXI, e não fora prescrita nas Constituições anteriores; cf. Constituição de 1967, Emenda n.º 1/69, art. 165, III).

A Constituição suprimiu a proibição do trabalho em indústrias insalubres que era prevista pelo artigo 165, inciso X, da Carta anterior, disposição que colidia com a Convenção da ONU de 1979, promulgada pelo Decreto n.º 89.640, de 20-3-84.

IV — Legislação ordinária

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), editada antes do final da Segunda Guerra Mundial, evidentemente, traz em seu bojo toda uma sistemática tutelar e discriminatória em relação à mulher, que representou “efeito duplo” de pretender proteger a mulher e ao mesmo tempo obstar a igualitária competição no mercado de trabalho.

Entretanto, como atrás se analisou, com a promulgação da Convenção de 1979, em 20-3-84 (mais de quatro anos antes da Carta Política da Liberdade e Igualdade), salvo a proibição de trabalho nas indústrias insalubres (Constituição Federal de 1967, art. 165, inciso X) os artigos da CLT formalmente destinados a proteger a mulher, unicamente por se tratar de pessoa de sexo diferente (sem nenhum nexo com sua conformação muscular, ou sem pertinência à eventual situação de gravidez) foram fulminados pela revogação tácita, por incompatibilidade com o novo *status* conferido à mulher (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 2.º, § 1.º).

Somente explicável por “inércia cultural” pode-se compreender que o “choque jurídico” provocado pela Convenção de 1979 tornou-se inócuo diante da teimosia do legislador em elaborar leis que explicitamente revogam os dispositivos de discriminação da mulher, tais como Lei n.º 7.189, de 4-6-84, Lei n.º 7.855, de 20-10-89 (cf. art. 13).

Os dispositivos celetistas que proibiam o trabalho noturno da mulher, as atividades perigosas ou insalubres, as sobrejornadas, efetivamente colidiram, incompatibilizaram-se com os mandamentos do novo Estatuto Político de 1988, perdendo a vigência. Pelo menos a evidência lógico-jurídica deste fato emerge de modo inevitável, incorruptível, e se impõe ao espírito, sem reserva, sem exigência de adesão, por força da consagrada, fundamental e insuperável autoridade da Carta Magna. Argumento que, segundo o exposto anteriormente, tem sua necessidade limitada.

V — Conclusão

Os dispositivos da legislação ordinária que prescreviam tratamento diferenciado às mulheres, só por motivo da diferença de sexo, perderam sua vigência e eficácia desde a incorporação da Convenção de 1979 sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, celebrada pela ONU e promulgada pelo Brasil em 20-3-84 pelo Decreto n.º 89.640, restando dúvida apenas quanto à proibição de trabalho, em indústrias insalubres, por vigência do inciso X do artigo 165 da antiga Constituição. Dúvida porque poder-se-ia, por hipótese, interpretar tal tutela à mulher gestante, não à mulher pela simples diferença sexual.

Se entretanto a tal conclusão não chegou a comunidade jurídica, com a edição da Convenção de 1979, o mesmo não se pode deduzir após promulgação da Constituição Federal ora vigente, por explícita opção jus-política plasmada, como princípio fundamental, pela *Lex Legum* em seu artigo 5.º, inciso I:

“homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;”

reforçado pelo § 1.º do mesmo artigo:

“As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

Para concluir, note-se a necessidade de se configurar com nitidez o conceito de *discriminação*, no qual não se incluem situações decorrentes da natureza fisiológica, morfológica ou de tutela de valores não fundados na mera diferença de sexo, v.g., massa muscular, evolução etária, maternidade, etc. . . . Intocáveis os valores que resguardam tratamento diferenciado para situações especiais, as demais normas ordinárias que contrariem o princípio igualitário enunciado acima, estão definitivamente revogadas.

Dissertação elaborada, em 7 de março de 1990, em Concurso Público para ingresso em Curso de Pós-Graduação, em Nível de Mestrado em Direito, perante a UNESP.

A mulher no direito internacional

ALMIR DE OLIVEIRA

Professor Titular de Direito Internacional Público e de Direitos Humanos Fundamentais (aposentado) da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora. Advogado. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros

PRELIMINAR HISTÓRICA

1. *Da Antiguidade aos nossos dias*

Examinada sob a ótica de nosso tempo, e à luz das aspirações femininas de hoje, a condição da mulher sempre foi de inferioridade em relação ao homem. A História mostra-a, desde a mais remota antiguidade, como um ser submetido, subordinado ao homem e dele dependente. Na China e na Índia, na Mesopotâmia e no Egito, na Grécia e em Roma, leis e costumes mantiveram-na dependente e submetida ao pai, ao marido, ao irmão e até mesmo ao filho, visto que era ao homem, ao varão, que se deferia a direção da sociedade, tanto no que respeita à família quanto no concernente à religião, à política e às armas. Vêmo-la, no curso dos séculos, muitas vezes, transformada em objeto de comércio e em força de trabalho do homem, freqüentemente reduzida à condição de sua escrava para a satisfação dos impulsos libidinosos do macho. Criou-se o conceito de sua inferioridade

Conferência na 4ª Subseção da OAB — Seção Feminina, em 28-9-89.

física e mental, negou-se-lhe o acesso ao conhecimento científico e filosófico, concedendo-se-lhe apenas o aprendizado de artes manuais, domésticas, e, quando pertencente a uma categoria social mais bem dotada, a prática da música, do canto e da pintura. O mais consistia em dar-lhe aptidão para a produção de riqueza do homem, no trabalho duro da vida rural e, mais adiante, na indústria. Esse quadro desfavorável à mulher atravessou os milênios. Dele ainda resta alguma coisa, em que pese aos esforços no sentido de elevá-la ao mesmo nível do homem. Esforços que ainda encontram resistências por toda parte, principalmente em povos menos desenvolvidos, ainda apegados a tradições seculares, que resistem ao progresso científico e ao desenvolvimento sócio-cultural da humanidade. É certo que, no Ocidente mais desenvolvido, a mulher ascendeu a um nível de igualdade relativamente ao homem, ombreando-se com ele em todos os setores de atividade, fato que ocorre nos países orientais mais adiantados. Ainda assim, nesses mesmos países, ocorrem bolsões de atraso, onde o preconceito e a resistência conseqüente a ele criam dificuldades à plena igualdade social e jurídica da mulher em termos práticos. O trabalho no sentido dessa equiparação da mulher ao homem, no entanto, continua inflexível e vence gradualmente tais resistências à medida que obtém o esclarecimento dos espíritos. E aqui é preciso assinalar que o esclarecimento deve buscar não apenas o espírito do homem, mas também o da própria mulher, que, muitas vezes, devido a velhos condicionamentos culturais, se opõe irracionalmente à equiparação. É comum encontrarmos a mulher submissa por uma questão de interesse econômico, comodismo, ou por formação religiosa. Enquanto muitas se lançam ao trabalho, competindo em igualdade de condições com o homem, grande parte se abstém de qualquer esforço no sentido de lograr um lugar ao sol da igualdade. E outras não conseguem reunir forças para vencer a pressão masculina, pois uma grande parte do mundo dos machos resiste egoisticamente à ascensão e à libertação da mulher. Façamos, porém, justiça aos homens que, na liderança das sociedades, em todos os quadrantes, têm dado o seu apoio às aspirações femininas de igualdade e, por que negar? têm tido a iniciativa de medidas jurídicas e sociais no sentido dessa igualdade. Há, hoje, no melhor do mundo masculino, uma consciência de que é preciso destruir todos os óbices à igualdade da mulher em relação ao homem, tendo por base que, essencialmente, ela e ele são iguais, embora tenham suas diferenças de natureza anátomo-fisiológica, que precisam ser consideradas no sentido da própria harmonia social. Creio que não serei absurdo se disser que, excluída a tarefa relacionada com a procriação, na qual homem e mulher têm funções específicas e intransferíveis um ao outro, não há outra tarefa que o homem execute, por mais árdua que seja, do ponto de vista muscular ou mental, que a mulher não possa executar. A experiência nesse terreno já vai longe suficientemente, a mostrar que aquelas diferenças constitucionais não inferiorizam a mulher em relação ao homem.

A MULHER NO DIREITO INTERNACIONAL

2. *A Mulher antes da Declaração Universal de Direitos Humanos*

A ascensão jurídico-social da mulher ao nível da situação de que desfruta o homem é um problema de direitos fundamentais da pessoa humana. E esses direitos têm por um dos seus fundamentos o princípio de que todo ser humano é essencialmente igual ao seu semelhante. Dele resulta a regra geral, como o seu corolário, que é a da indiscriminação por motivo de sexo, raça, cor, língua, religião, opinião política ou de qualquer outra opinião, origem nacional ou social, fortuna, nascimento, ou qualquer outra condição ou situação — como vem inscrito no artigo 2.º da Declaração Universal de Direitos Humanos, aprovada pela A.G. das Nações Unidas em 1948. E assim é porque, tal como está inscrito no artigo 1.º da mesma Declaração, todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos e são dotados de razão e de consciência. O pronome indefinido *todos* está presente ao longo da Declaração, a significar a exclusão de qualquer discriminação pelos motivos arrolados no seu texto. É que esses motivos não são da essência do ser humano, são-lhe acessórios, são projeções existenciais, são modos de ser. Homem e mulher são pessoas, são aquela substância individual de natureza racional, da definição boeciana, o ser subsistente na natureza racional, dotado de dignidade, no conceito de Sto. Tomás de Aquino. Por isso, não distinguíveis senão pelos seus aspectos físicos e não podem ser considerados em razão desses aspectos. Porque não conhecia essa noção da pessoa humana, surgida na Idade Média, é que o mundo antigo pôde construir a idéia de uma inferioridade da mulher em relação ao homem, uma idéia infundada, que tem resistido tanto e que se vai desfazendo à medida que as sociedades evoluem à luz de novos conhecimentos filosóficos.

Antes mesmo da Declaração Universal de Direitos Humanos, já o Direito Internacional passara a ocupar-se da mulher, visando a subtraí-la às condições a que estava sujeita em razão de um errôneo conceito que dela se fazia.

3. *O tráfico de mulheres brancas*

As primeiras medidas de caráter jurídico-internacional, tomadas em favor da mulher foram a criação do Escritório Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres e Crianças. Esse tráfico, que vinha de longe no tempo e estava ligado à prostituição, desenvolveu-se a ponto de preocupar as autoridades do mundo civilizado. As medidas consistiram na Convenção de 1899 e no Acordo de Paris de 1904, que previa a nomeação de funcionários especiais para a repressão a esse comércio degradante, que se tornara um grave e escandaloso problema universal, a desafiar ação internacional, tal como ocorre, ainda em nossos dias, com tráfico de entor-

pecentes. Organizações ricas e poderosas conseguiram superar a ação isolada das autoridades nacionais, e o problema passou a exigir ação conjugada dos estados. Em 1910, nova Convenção de Paris reconheceu a necessidade de criminalizar-se o ominoso tráfico. Em 1919, criou-se a Sociedade das Nações, em cujo Pacto constitutivo se inseriram dois dispositivos, constantes do artigo 23, pelos quais os estados-membros da entidade se comprometiam a esforçar-se por “assegurar e manter condições de trabalho equitativas e humanas para o homem, a mulher e a criança” (alínea a) e encarregaram a Sociedade “da fiscalização geral dos acordos relativos ao tráfico de mulheres e crianças” (alínea c). Em 1921, a Assembléia Geral da SdN aprovou nova Convenção, em Genebra, que reforçou e completou os acordos de 1904 e 1910, adotando a expressão “tráfico de mulheres” como definidora do delito internacional a ser combatido. Em 1933, nova Convenção de Genebra atualizou e aperfeiçou os instrumentos anteriores.

Encaminhada a solução desse grave problema, que é uma repugnante agressão à dignidade da mulher, restava buscar a solução de outros, civis, econômicos e políticos, em ordem à equiparação da mulher ao homem e a dar-lhe condições de vida à altura de sua correta posição na sociedade, sem qualquer discriminação.

4. *A mulher casada e o Código Bustamante*

Os conflitos de leis no espaço têm sido objeto do Direito Internacional Privado. Esses conflitos, muitas vezes, dificultam a vida das pessoas, quando de suas relações interpessoais, seja nas relações de ordem econômica, seja nas de ordem civil. Disso e da constante aspiração à harmonização das normas resultam *convenções internacionais, regras e princípios capazes de compor essas divergências, que resultam de dados culturais influentes na formação e evolução do direito em cada comunidade nacional. O Código Bustamante, aprovado em Havana em 1928, procurou harmonizar o Direito Privado dos diferentes estados americanos. É nele que encontramos alguns dispositivos, poucos, que interessam à situação da mulher. Quanto ao domicílio do casal, estipulou o Código que seria o do marido, chefe da família, se a lei pessoal de cada um não dispuser o contrário. A capacidade para o matrimônio, o consentimento, os impedimentos e sua dispensa estão sujeitos à lei pessoal de cada nubente. A indenização, ou não, em caso de promessa de casamento não cumprida, ou de publicação de proclamas, rege-se pela lei pessoal comum das partes, e, na sua falta, pelo direito do lugar em que ocorrer o fato. Os deveres conjugais — de proteção, de obediência, de a mulher seguir o marido na mudança de residência, assim como as disposições relativas à administração dos bens comuns do casal e outros efeitos especiais do casamento regulam-se pela lei pessoal, mas, havendo divergência, prevalecerá a do marido. A lei pessoal da mulher rege a disposição e a administração de seus bens próprios. As regras sobre o cuidado*

de filhos de matrimônios nulos, caso os pais não queiram ou não possam estipular a respeito, serão as da lei pessoal de ambos os cônjuges, se for a mesma; na sua falta, a do que tiver procedido de boa-fé; na falta de ambas, a do varão (arts. 24, 36, 39, 43, 44 e 49). Como se vê, sempre que as leis pessoais do marido e da mulher conflitam, prevalece, segundo o Código, a do cônjuge varão. Só para a administração dos bens pessoais, não comunicados pelo casamento, é que prevalece a lei da mulher. O Código é um documento masculino, na linha do Direito Civil tradicional.

5. *A mulher na Declaração Universal de Direitos Humanos e na Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem*

Dissolvida em conseqüência de vários conflitos, que acabaram na eclosão da II Guerra Mundial, a Sociedade das Nações foi substituída pela Organização das Nações Unidas em 1945. Os propósitos da primeira, no terreno da harmonia social e do progresso das instituições jurídicas, foram assumidos pela segunda e atualizados. Em seu preâmbulo, a Carta das Nações Unidas reafirmou “a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano”, na *igualdade de direitos dos homens e das mulheres*, abrindo novas perspectivas à revisão do Direito em todos os seus aspectos, com vistas à edificação de uma sociedade justa. Esse propósito é reiterado na Carta, ao cuidar esta das funções e atribuições da Assembléia Geral (art. 13, I, *b*), ao dispor da cooperação internacional econômica e social (art. 55, *c*), sobre as funções e atribuições do Conselho de Segurança (art. 62, 2) e sobre o sistema de tutela internacional (art. 76, *c*).

A primeira conseqüência dessa posição das Nações Unidas foi a preparação da Declaração Universal de Direitos Humanos. Constituiu-se a Comissão de Direitos Humanos no início de 1946 e seus trabalhos começaram em janeiro do ano seguinte. Em dezembro de 1948, foi aprovada a Declaração.

Antes disso, porém, em maio daquele mesmo ano de 1948, a IX Conferência Internacional Americana, realizada em Bogotá, aprovou a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem. Esse importante documento proclamou que “os direitos essenciais do homem . . . têm como fundamento os atributos da pessoa humana”, que são “a razão e a consciência” (considerandos e preâmbulo), e, no artigo 2.º, firmou a regra pela qual todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direitos e deveres consagrados na Declaração “sem qualquer distinção de raça, sexo, idioma, credo nem qualquer outra”. A linguagem adotada na Declaração Americana é — “toda pessoa”, expressão mais feliz do que a da Declaração Universal, que se refere a — “todo homem”. Pelo menos, é mais simpática . . . E, em seu artigo 7.º, atende a uma peculiaridade feminina, quando proclama

que “toda mulher em estado de gravidez ou em período de lactação, assim como toda criança têm direito à proteção, cuidados e ajuda especiais”.

A Declaração Universal tem, como um de seus principais fundamentos, o princípio da indiscriminação. Um princípio que amadureceu ao longo dos séculos, acentuando-se a partir do XVIII, com a Declaração de Direitos da Virgínia, em 1776, e a Declaração de Independência dos Estados Unidos, naquele mesmo ano, quando se afirmou que “todos os homens são criados iguais”, às quais se seguiu a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da Revolução Francesa, em 1789, onde se proclamou que “os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos”. A realização disso, na prática, porém, tem exigido esforços de lentos resultados. Porque uma só é a mentalidade dos legisladores, ilustrada pelo conhecimento filosófico e pelas doutrinas de fundamento humanista; outra, a tradição cultural, sedimentada, resistente à evolução do pensamento, conservadora, lenta no absorver as mudanças propostas. Daí por que a condição da mulher permaneceu, mais de um século depois dessas declarações, apesar da expansão do modelo liberal por todo o mundo, com poucas mudanças. Mas, o princípio da indiscriminação está hoje consagrado de forma definitiva e saltou das declarações para as convenções e pactos internacionais, dando força aos reformadores sociais em toda parte, fortalecendo os movimentos de reivindicação e alterando o direito interno por toda parte. Ele está no Preâmbulo da Declaração Universal e nos seus artigos II, 1 (“*sem distinção de qualquer espécie*”), IV, V, IX, XI, 2, XII, XV, 2, XVII, 2, XX, 2 e XXV, 2, onde o pronome indefinido *ninguém* dá o sentido da igualdade, assim como no artigo VII, que afirma serem *todos* iguais perante a lei, *sem qualquer distinção*.

6. *A Declaração sobre a Eliminação de Discriminação contra a Mulher*

Em 1967, a Assembléia Geral das Nações Unidas tinha verificado que, “apesar dos progressos realizados em matéria de igualdade de direitos”, ainda existia “considerável discriminação contra a mulher”. Isso ocorria a despeito de todos os instrumentos internacionais, até então expedidos, que visavam a exterminar essa discriminação. A AG considerou essa discriminação “incompatível com a dignidade humana e com o bem-estar da família e da sociedade” e impeditiva da “participação da mulher na vida política, social, econômica e cultural de seus países em condições de igualdade com o homem”. Apontou-a como “um obstáculo ao pleno desenvolvimento das possibilidades que a mulher tem de servir seus países e a humanidade”. Teve presente “a importância da contribuição da mulher na vida social, política, econômica e cultural, bem como sua função na família e especialmente na educação dos filhos”. Afirmou que “a máxima participação, tanto das mulheres como dos homens, em todos os campos é indis-

pensável para o desenvolvimento total de um país, o bem-estar do mundo e a causa da paz” e considerou que “é necessário garantir o reconhecimento universal, de fato e de direito, do princípio de igualdade do homem e da mulher”. Com esses fundamentos, aprovou a Declaração sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, na qual proclamou que essa discriminação, por negar ou limitar a igualdade do homem com a mulher, “é fundamentalmente injusta e constitui uma ofensa à dignidade humana” (art. 1.º). Proclamou dever serem adotadas “todas as medidas apropriadas a fim de abolir as leis, costumes, regulamentos e práticas existentes, que constituam discriminação contra a mulher e de assegurar a proteção jurídica adequada da igualdade de direitos do homem e da mulher”, inscrevendo-se nas constituições o princípio da igualdade e, nas leis, a garantia dessa igualdade, aceitando-se os instrumentos internacionais, que visam a eliminar a discriminação, mediante sua ratificação ou adesão e sua aplicação (art. 2.º). A Declaração sustenta o direito de votar para a mulher em todas as eleições e referendos, o de ocupar cargos e exercer todas as funções públicas (art. 4.º), a igualdade de direitos com o homem em matéria de nacionalidade, com a eliminação da regra, segundo a qual a mulher fica na dependência da nacionalidade do marido (art. 5.º). Sustentou que a mulher, casada ou não, deve ter direitos iguais aos do homem no campo do Direito Civil, em especial, quanto à aquisição, administração e herança de bens, gozo e disposição deles, incluindo-se os adquiridos durante o casamento; igual capacidade jurídica e igualdade de seu exercício; igualdade de direitos relativos à circulação de pessoas; o mesmo direito do homem para a livre escolha do cônjuge e de casar apenas mediante seu livre consentimento; ter no casamento os mesmos direitos do homem, incluindo-se o mesmo direito à sua dissolução; terem pai e mãe os mesmos direitos e deveres em relação aos filhos; dever proibir-se o casamento de crianças e os esponsais de jovens antes da puberdade; fixar-se uma idade mínima para o casamento (art. 6.º). Afirmou a necessidade de eliminarem-se dos códigos penais todas as regras discriminatórias contra a mulher (art. 7.º). Insistiu na necessidade de medidas legislativas para o combate ao tráfico de mulheres e à prostituição feminina (art. 8.º). Recomendou a adoção de medidas destinadas a assegurar à mulher, casada ou não, “direitos iguais aos do homem em matéria de educação em todos os níveis”, com iguais condições de acesso e de estudo a todos os tipos de instituições docentes, mesmos programas, mesmos exames, pessoal docente do mesmo nível profissional, locais e equipamentos da mesma qualidade; iguais oportunidades na obtenção de bolsas de estudos e outros auxílios; iguais oportunidades de acesso aos programas de educação e acesso a informações que ajudem a assegurar a saúde e o bem-estar da família (art. 9.º). Afirmou deverem adotar-se medidas assecuratórias da igualdade de direitos entre o homem e a mulher, casada ou não, no âmbito da vida econômica, no tocante à formação profissional, à livre escolha de emprego e profissão e ao progresso num e noutra, à isonomia salarial, às férias remuneradas, à aposentadoria, à seguridade social em igualdade de condições com o homem; à proteção con-

tra sua demissão em caso de casamento ou maternidade; à licença de maternidade com o salário pago e à volta ao emprego (art. 10).

7. *Os direitos civis da mulher*

Na linha de velha tradição jurídica, os Estados europeus, quase todos, vinculavam a nacionalidade da mulher à do marido. Casada com estrangeiro, perdia ela sua nacionalidade, originária ou não, e passava a ter a do consorte. Isso criava problemas, quando a lei do Estado do marido não admitia a naturalização pelo casamento, como acontecia e acontece com o Brasil. Nesse caso, a mulher ficava sem nacionalidade, ficava apátrida. Em 1933, pela Convenção de Montevidéu, os Estados americanos deram o primeiro passo no sentido de eliminar esse tipo de discriminação, dispondo: "Não se fará distinção alguma, baseada no sexo, em matéria de nacionalidade, nem na legislação, nem na prática." Mas, foi pela Convenção de Nova York, de fevereiro de 1957, que se dispôs no plano universal, sob a égide das Nações Unidas, a respeito do problema. Sob a invocação do artigo 15 da Declaração Universal de Direitos Humanos, a Assembléia Geral aprovou: a) "que nem a celebração nem a dissolução do matrimônio entre nacionais e estrangeiros, nem a mudança de nacionalidade do marido durante o matrimônio, poderão afetar a nacionalidade da mulher" (art. 1.º); b) o fato de o marido adquirir "voluntariamente a nacionalidade de outro Estado ou renunciar a sua nacionalidade, não impedirá que a mulher conserve a nacionalidade que possui" (art. 2.º); c) "uma mulher estrangeira... poderá adquirir a nacionalidade do marido, se o solicitar, mediante um procedimento especial de naturalização privilegiada" (art. 3.º).

Ainda no plano dos direitos civis, insere-se a Convenção de Nova York de 1962 sobre o consentimento e a idade mínima para o matrimônio e o registro deste. A Convenção parte do artigo 16 da Declaração Universal, sob a égide das Nações Unidas, a respeito do problema. Sob a invocação "a partir da idade núbil", a contrair matrimônio, sem restrição alguma, mas "somente mediante livre e pleno consentimento" dos nubentes. Velhas normas costumeiras e mesmo legais, no Oriente, sujeitam os filhos ao casamento antes da idade núbil e segundo a vontade dos pais, não dos nubentes. Contra isso, ergue-se o Direito Internacional mediante a Convenção aqui referida, que procura generalizar normas jurídicas há muito vigentes no Direito Ocidental. A idade núbil é aquela em que homem e mulher estão maduros para a procriação sem riscos para sua saúde e para a do filho gerado. Varia segundo algumas condições de raça e de clima, basicamente. Daí, a necessidade de proteger o matrimônio contra a antecipação de sua celebração, e, em particular, a mulher, a mais prejudicada pelos casamentos extemporâneos. E o casamento deve ser um ato de vontade livre daqueles que o vão viver. Assim é que a Convenção dispõe sobre os dois problemas básicos do matrimônio: a) "Não poderá contrair-se legal-

mente matrimônio sem o pleno e livre consentimento de ambos os contraentes, expresso por estes em pessoa, depois da devida publicidade, ante a autoridade competente para formalizar o matrimônio, e testemunhas, de acordo com a lei” (art. 1.º); b) os Estados “adotarão medidas legislativas necessárias para determinar a idade mínima para contrair matrimônio”, impedindo-se de fazê-lo legalmente “as pessoas que não hajam cumprido essa idade, salvo se a autoridade competente, por causas justificadas e no interesse dos contraentes, dispensar o requisito da idade” (art. 2.º).

Esses dispositivos estão em harmonia com o que dispõe o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, já referido, cujo art. 23 atende a outra aspiração da mulher: a de ter, na sociedade conjugal, a mesma posição do homem. Assim é que o parágrafo 4 desse artigo manda que se tomem “as medidas apropriadas para assegurar a igualdade de direitos e de responsabilidade de ambos os cônjuges no que diz respeito ao casamento, durante o casamento e em caso de dissolução do mesmo”.

Busca-se, com isso, eliminar aquela condição de inferioridade, de subordinação, que a mulher ainda tem, nalguns sistemas legais e costumesiros, no lar conjugal, onde ela deve ter o mesmo *status* do marido, onde ela é *cônjuge*, onde ela é *consorte*, onde ela é *companheira*, no mesmo nível hierárquico daquele a que se uniu, e onde a distribuição dos encargos e responsabilidades, dos direitos e das regalias, deve fazer-se mediante entendimento e acordo de vontades e de opiniões, livremente examinadas e dispostas, visando à harmonia do lar e ao engrandecimento da pessoa, nunca, porém, mediante imposição de qualquer dos cônjuges ao outro.

8. Os direitos políticos da mulher

A luta pela conquista dos direitos políticos da mulher constitui um dos capítulos mais expressivos da história da sociedade humana. Embora se conheçam nomes de mulheres que, desde a antiguidade, se notabilizaram na vida política, é certo que foi necessário à mulher comum desenvolver um esforço corajoso e pertinaz, em toda parte, no sentido de obter o gozo dos mesmos direitos políticos que se reservavam ao homem: os que se relacionam com o exercício do voto e o dos cargos eletivos da vida pública. Esse esforço teve início em 1830, nos Estados Unidos, com o movimento que ficou conhecido como “sufragista”. Mas, a preocupação vem de mais longe, do século XVIII, quando Olympe de Gouges elaborou uma “Declaração dos Direitos da Mulher”, que lhe custou a vida! E só após a I Guerra Mundial é que a mulher começou a obter os direitos políticos. É uma história que tem aspectos trágicos e ridículos, resultantes do preconceito, como a condenação de Olympe de Gouges e a proposta de concessão do voto apenas a divorciadas e celibatárias, em França, no princípio do século XX...

Coube à América a primeira iniciativa de natureza jurídico-internacional, quando a IX Conferência Internacional Americana aprovou, em maio de 1948, a Convenção Interamericana sobre Concessão de Direitos Políticos à Mulher. A Convenção invocou a Resolução XX da VIII Conferência, que proclamara — “a mulher tem direito a igual tratamento político que o homem” e dispôs no artigo 1: “o direito ao voto e a ser eleito para um cargo nacional não deverá negar-se ou restringir-se por razões de sexo.” Cinco anos depois, em março de 1953, aprovou-se em Nova York a Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher, que assentou: “as mulheres terão direito a votar em todas as eleições”, “serão elegíveis para todos os organismos públicos eletivos estabelecidos pela legislação nacional” e “terão direito a ocupar cargos públicos e a exercer todas as funções públicas estabelecidas pela legislação nacional”, em todos esses casos, “em igualdade de condições com os homens, sem discriminação alguma”.

As normas dessas convenções vieram a ser consagradas pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1966. Nele se mantém a mesma linguagem da Declaração Universal, quando alude a “toda pessoa”, ao afirmar os direitos, e a “ninguém”, ao negar a privação deles. E seu artigo 3.º é ainda mais explícito, quando estipula que seus signatários “se comprometem a garantir a homens e mulheres a igualdade no gozo de todos os direitos” nele enunciados. E, visando à reforma plena em todos os países, dispõe o artigo 5.º que “não poderá admitir-se restrição ou menoscabo de nenhum dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em um Estado-parte em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes”. E o Pacto objetiva, ainda, assegurar a cada pessoa os meios e recursos destinados a tornar efetivos os direitos nele estipulados, tanto na ordem legislativa, como na administrativa e na judiciária. E, com a criação de uma Comissão de Direitos Humanos, o Pacto abriu o caminho para a constituição de um tribunal internacional competente para dirimir as questões relativas a esses direitos, com o que se lhes robustecerá o caráter internacional e se possibilitará sua defesa no plano supra-estatal, o que já ocorre na Europa Ocidental com a Comissão e a Corte Européias de Direitos Humanos e para alguns Estados americanos com órgãos semelhantes, criados com o Pacto de São José da Costa Rica, ao qual o Brasil ainda não teve a coragem de aderir...

9. *Os direitos culturais da mulher*

O acesso da mulher à cultura foi impedido, depois foi concedido de modo extremamente acanhado e veio a ser uma tarefa a desempenhar mais decididamente no século XX. Confinada ao ambiente doméstico, a mulher não tinha acesso senão às escolas que lhe dessem formação indispensável a ser uma criatura “prendada”. A das camadas mais modestas da sociedade

era analfabeta e limitava-se ao aprendizado das “prendas domésticas”. A das classes mais abastadas, como ficou dito, concedia-se o aprendizado de alguma arte que a pudesse fazer “brilhar” nas reuniões familiares e na sociedade refinada, com vista a algum casamento vantajoso. Mas, era uma cultura superficial. Poucas romperam esse círculo rígido para tornar-se notáveis nas artes e nas ciências. Este século, que termina, é que viu a mulher povoar as escolas de todos os níveis e penetrar todas as atividades culturais e científicas. E a Convenção sobre a Discriminação na Esfera do Ensino, promovida pela UNESCO e aprovada em 1960, veio coroar os esforços internacionais no sentido de compromissar todos os estados em favor da plena abertura dos caminhos culturais à mulher. Em seu artigo 2, dispôs a Convenção: “A criação ou a manutenção de sistemas ou estabelecimentos de ensino separados para alunos de sexo masculino e para os de sexo feminino” não serão considerados discriminação “sempre que esses sistemas ou estabelecimentos ofereçam facilidades equivalentes de acesso ao ensino, disponham de pessoal docente igualmente qualificado, assim como de locais escolares e de equipamento de igual qualidade e permitam seguir os mesmos programas de estudo ou programas equivalentes.” Noutro passo, os signatários da Convenção se comprometem a “velar para que, na preparação para a profissão docente, não existam discriminações” (art. 4, *d*). E o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, já referido, dispõe, no seu artigo 15, que se reconhece a *toda pessoa* o direito de participar na vida cultural, gozar dos benefícios do progresso científico e de suas obrigações, beneficiar-se da proteção dos interesses morais e materiais que lhe correspondam pela produção científica, literária ou artística de que seja autora (1, *a a c*).

Eis, de um modo imperfeito, uma visão do que o Direito Internacional tem trazido à obra de eliminação de todas as discriminações contra a mulher e de sua elevação ao nível de igualdade com o homem, considerando que ambos são pessoas essencialmente iguais e que devem ter, nos planos sociais em que vivem, direitos e obrigações iguais.

Essas disposições convencionais penetram sistematicamente nos sistemas legais nacionais por força da adesão de cada Estado, o que redundava em compromisso perante os demais no sentido da aplicação das normas pactuadas. É certo que ainda ocorrem resistências à aceitação das disposições convencionais aqui referidas, tanto da parte de governos quanto da parte de populações ainda apegadas a velhas tradições e costumes, que vêem na mulher um ser inferior ao homem. Mas, o trabalho desenvolvido pelos organismos filiados à Organização das Nações Unidas é pertinaz e permanente no levar a todos os povos o conhecimento dos princípios que devem propiciar as sociedades humanas a organizar-se e a viver segundo uma compreensão elevada do ser humano, sem discriminá-lo por qualquer motivo. A plena consecução desse elevado ideal haverá de ser o resultado do trabalho conjunto de legisladores e de educadores.

10. Os direitos econômicos e sociais da mulher

Em 1919, criou-se a Organização Internacional do Trabalho como “instrumento destinado a estabelecer uma paz duradoura mediante a implantação da justiça social”. A nova entidade inseriu entre os seus objetivos eliminar toda e qualquer discriminação por motivo de raça, credo ou sexo, fiel ao princípio segundo o qual todos os seres humanos têm “direito de promover o seu progresso material e o seu desenvolvimento espiritual em liberdade e com dignidade, com segurança econômica e com possibilidades iguais”, “seja qual for a sua raça, sua religião ou o seu *sexo*”, como está no art. II, *a*, do Anexo à Constituição da OIT.

Já em 1919 estavam aprovadas duas convenções internacionais de interesse da mulher trabalhadora, ambas em Washington: a de n.º 3, relativa ao emprego das mulheres antes e depois do parto, e a de n.º 4, relativa ao trabalho noturno das mulheres. A primeira foi substituída em 1952 pela de n.º 103, de Genebra, mais abrangente, relativa à proteção à maternidade, que incluiu a licença pré-natal e pós-parto, a remuneração e a assistência médica nesse período, o direito de interromper o trabalho para o aleitamento e a ilegalidade da dispensa durante o período de licença antes e depois do parto. A segunda foi substituída em 1948, em S. Francisco, pela de n.º 89, que dispôs sobre a proibição do trabalho da mulher, durante a noite, em qualquer “empresa industrial, pública ou privada, ou em dependência de uma dessas empresas”, exceto nas que empreguem somente membros de uma mesma família. A Convenção definiu o que sejam empresas industriais e deixou a cargo do legislador nacional fixar o período considerado noite, mas indicou o que se situa entre as 22 horas de um dia e as 7 horas do seguinte como paradigma. E facultou interromper-se a interdição do trabalho noturno da mulher quando ocorrer a exigência do interesse nacional. A Convenção n.º 100, de 1951, firmada em Genebra, dispôs sobre a igualdade de remuneração da mão-de-obra entre homem e mulher para um trabalho de igual valor. Em 1958, ainda em Genebra, aprovou-se a Convenção de n.º 111, que dispôs sobre a eliminação de toda discriminação em matéria de emprego e profissão, considerando discriminação “toda distinção, exclusão ou preferência fundada em raça, cor, *sexo*, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão”. A Carta Social Européia, de 1961, incorporou as normas dessas convenções no que tange à mulher, e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, já referido, dedicou à mulher atenção especial ao dispor, no art. 7.º, *i*: “em particular, deve assegurar-se às mulheres condições de trabalho não inferiores às dos homens, com salário igual por trabalho igual”. Também a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1970, referida, às vezes, como Pacto de S. José da Costa Rica, consagra os mesmos preceitos de natureza econômica aqui mencionados.

A soberania natural sobre a Amazônia

A. MACHADO PAUPERIO

A soberania do Estado está longe de ser absoluta. Limitações de toda espécie dão-lhe contornos de relatividade. Os direitos da pessoa humana, o bem comum e os grupos sociais trazem-lhe constantemente um caráter de superlativo relativo. Mas não só. Dentro de uma concepção democrática da soberania, que sempre defendemos em nossos livros, a soberania nacional há de subordinar-se à soberania internacional, se em jogo os legítimos interesses da comunidade maior.

A soberania de outros Estados tem que ser igualmente um elemento de limitação da soberania. A existência do Direito Internacional, portanto, deve tornar, também, de certo modo, ainda mais relativa a soberania do Estado.

O erro da soberania clássica absoluta está em ver doutrinariamente na liberdade "um poder de autonomia incondicionada" (1).

A vida da comunidade internacional exige que o Estado moderno se acomode aos supremos interesses da humanidade.

Não podemos, portanto, como LASSON, conceituar a vontade do Estado como absolutamente livre.

Para conformar-se com as exigências da paz, da civilização e do bem comum internacional são obrigados, muitas vezes, os Estados a modificar até mesmo a sua própria legislação constitucional. Assim aconteceu, por exemplo, depois da Guerra de 1914, quando se decidiu a proteção das minorias (2).

Tese defendida e aprovada nas V Jornadas Argentinas de Filosofia Jurídica y Social, patrocinadas pela Asociación Argentina de Filosofía del Derecho e realizadas em Mar del Plata, de 4 a 6 de abril de 1989.

(1) V. J. T. DELOS, *La Société Internationale et les Principes du Droit Public*, Paris, 1929, p. 314.

(2) V. J. T. DELOS, *ob. cit.* p. 310.

Já hoje não se conceitua a democracia unicamente como governo da maioria. Como acentuou ATLEE, é "governo de maioria que respeita os direitos das minorias".

"Se a maioria é a ocupante atual do Poder, não se segue daí que ela esteja, por esse fato, autorizada a reduzir a minoria ao silêncio e, com mais forte razão, a interditar sua atividade" (V. BURDEAU, *Traité de Science Politique*, tomo I, Paris, 1949, p. 372).

O bem-estar do mundo é apenas um, apesar de suas grandes diferenças e profundas divisões. A comunidade internacional exclui, por isso, a separação estanque de soberanias particulares. "A lei da sociabilidade dos Estados, em substância, é idêntica à da sociabilidade dos indivíduos", diz DEL VECCHIO⁽³⁾. Aliás, "a História mostraria entre os Estados e os grupos nacionais o equivalente de um *instinto de sociabilidade*"⁽⁴⁾.

O Estado não pode, assim, renegar a sua qualidade de participe da atual comunidade de Estados. Fazendo-o, renega o princípio de sociabilidade, característica de sua própria natureza. Do mesmo modo, entretanto, que cabe ao Estado respeitar os direitos individuais, cabe à comunidade internacional respeitar os direitos dos Estados componentes.

Os próprios defensores da concepção clássica da soberania, adeptos do absolutismo do poder estatal, não deixaram de vislumbrar a dificuldade trazida pelas relações internacionais à concepção da soberania plena do Estado⁽⁵⁾.

A maioria deles, como BODIN, por exemplo, procurou resolver o problema, explicando a submissão dos Estados aos princípios do Direito Internacional, de maneira contratual, notando caber sempre a cada Estado a faculdade de, em casos excepcionais, deixar de cumprir o ajustado.

Tal pensamento é o responsável direto pelas violações constantes sofridas pelo Direito Internacional.

KELSEN objeta que, sendo dada a supremacia ao Direito Internacional, nenhum Estado será a rigor soberano.

Parece-nos, entretanto, não ter razão o grande professor austríaco.

O próprio CHIMIENTI, corifeu do fascismo, entende que o Estado não diminui sua soberania pelo fato de estabelecer acordos internacionais ou pelo fato de pertencer à Sociedade das Nações, chegando a declarar que o ponto de vista contrário é fruto de um equívoco consistente no princípio de que a soberania do Estado, para ser soberania, deve ser absolutamente ilimitada.

Dá-se com o Estado o que se dá com o indivíduo, o qual, acrescenta o jurista italiano, quando no seu próprio interesse ou no da coletividade, se impõe regras de comportamento, não limita por elas sua livre atividade, mas apenas lhe condiciona o exercício, tendo em vista as necessidades e as leis imanentes da vida social⁽⁶⁾.

(3) V. GIORGIO DEL VECCHIO, *Crisis del Derecho y Crisis del Estado*, trad. de Mariano Castaño, Madrid, 1935, p. 176.

(4) V. J. T. DELOS, ob. cit., p. 304.

(5) Por três modos diversos, diz GROPPALI, entende-se que a norma de Direito Internacional é obrigatória: a) porque deriva de uma ordem racional, de natureza superior e transcendente; b) porque imposta pelo predomínio das grandes potências; c) porque representa o produto da vontade coletiva dos Estados, que se objetiva em uma vontade superior (v. GROPPALI, *Dottrina dello Stato*, 7ª ed. rev., Milão, 1945, p. 113).

(6) V. CHIMIENTI, *Droit Constitutionnel Italien*, trad. de James E. Gráa, Paris, 1932, p. 31.

Para alguns juristas, o Estado já não constitui, entretanto, no panorama histórico-social do nosso século, um ordenamento jurídico soberano, gozando apenas de uma determinada autonomia constitucional, nos limites fixados pelo Direito e pela comunidade internacional.

Seguindo as pegadas de VERDROSS, KUNZ etc., adeptos da concepção pura do Direito de KELSEN, que vislumbraram novas características distintivas do Estado (a subordinação direta ao Direito das Gentes e à autonomia constitucional), pensa o nosso PINTO FERREIRA já não ser atualmente possível conservar a noção de soberania como elemento precípua do Estado.

Para o ilustrado professor do Recife, o caráter distintivo do Estado é a autonomia constitucional perante o Direito das Gentes, entendendo-se por tal autonomia a capacidade de o Estado auto-organizar-se sob a forma jurídica constitucional que mais se amolde às suas peculiares características.

Nas doutrinas de VERDROSS e KUNZ, porém, o ordenamento jurídico estatal, embora situado numa relação de imediatidade ao da comunidade internacional, continua soberano. A soberania estatal passa a ser um conceito relativo, limitado, quer pelas normas do Direito Internacional genérico como pelos tratados do Direito Internacional particular.

Rejeitando tal ponto de vista, taxa-o PINTO FERREIRA de desfigurador do conteúdo clássico da noção de soberania (7).

Não nos parece, porém, *data venia*, nociva para o Direito a evolução semântica do vocábulo no sentido em que se vai realizando.

A desfiguração do conceito clássico da soberania, absoluto, parece-nos até de grande e inestimável utilidade.

Não há dúvida de que nos dias que correm marcham os povos, cada vez mais, no sentido de uma associação bem mais ampla que a dos grupos nacionais: a sociedade internacional emerge como um fato da própria realidade mundial, fruto do intercâmbio cada vez maior dos povos de todas as latitudes e longitudes.

De simples fato, vai-se, porém, a comunidade internacional transformando em organização jurídica: pouco a pouco regras, antes de âmbito moral, vão sendo reconhecidas pela consciência coletiva da humanidade como necessárias à vida comum de todos os povos, tomando, assim, feição jurídica predominante (8).

(7) V. PINTO FERREIRA, *Da Soberania*, Recife, 1943, pp. 326 a 331.

(8) A Organização das Nações Unidas, sucessora da antiga Liga das Nações, surgiu, por sua Carta, "baseada sobre o princípio da igualdade de soberania de todos os seus membros". Ninguém ignora, porém, que ali se reconhecem também desiguais direitos, privilégios e responsabilidades. Importa não esquecer, contudo, que se, como dizia Woodrow Wilson, "todas as nações são igualmente interessadas na paz do mundo, nem todas podem fazer igual contribuição para sua manutenção" (v. PHILIP C. JESSUP, *A modern Law of Nations*, New York, 1948, p. 30).

Os círculos de convivência humana vêm-se, com os séculos, dilatando cada vez mais. Quando a tribo alcançou certo grau de centralização, passou o seu ordenamento jurídico a constituir Estado. No início dos tempos modernos, com a centralização monárquica, ruiu a soberania feudal. Com a sedimentação da consciência jurídica internacional, deslocar-se-á a soberania do Estado para o âmbito do Direito das Gentes.

Neste momento, para PINTO FERREIRA, já não é o Estado soberano: sua competência é relativa, dependendo da organização estrutural do Direito das Gentes. A competência do Estado passa a ser uma questão profundamente relativa, dependendo do desenvolvimento das relações internacionais ⁽⁹⁾.

Entendida a soberania como a "competência da competência", deixará de existir a do Estado no momento em que se "positivar" a organização jurídica da sociedade internacional.

A "competência da competência" não corresponderá, assim, ao Estado, mas à própria comunidade internacional. Se a princípio é difusa, como o foi a soberania estatal no início de sua formação, em breve se corporificará mais e mais, cristalizando-se em órgãos centralizados, através dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário ⁽¹⁰⁾.

A força, elemento necessário à sociedade internacional, também aparecerá ⁽¹¹⁾.

"Positivada" a soberania internacional, todavia, deverá sua esfera de competência circunscrever-se aos interesses comunitários dos Estados agrupados, para que se não invada a esfera dos interesses específicos das organizações estatais particulares.

Vemos, assim, que o Estado não pode ser senão *relativamente supremo*.

O Direito Internacional, só mediatamente, entretanto, pode considerar-se no âmbito da competência do Estado, e o Estado para nós é supremo apenas no âmbito de sua competência e na medida de sua finalidade específica. Desta maneira, as limitações do Direito Internacional não chegam a ferir o caráter supremo do Estado, como o compreendemos.

Não há dúvida de que, como diz DEL VECCHIO, na situação atual do mundo, o sistema do Estado, embora mais restrito que o da organização jurídica mundial, apresenta maior grau de *positividade*. Por isso, embora lógica a subordinação da soberania do Estado à unidade internacional, não deixa de ser aquela, ainda hoje, em grande parte, um mito ⁽¹²⁾.

(9) V. PINTO FERREIRA, ob. cit., p. 338.

(10) V. PINTO FERREIRA, ob. cit., p. 341.

(11) No Tratado do Rio de Janeiro, estipulou-se reprimir a agressão através de sanções apoiadas pela maioria de dois terços dos Estados americanos (v. RAUL FERNANDES, *O Conceito de Soberania*, Rio, s/d, pp. 36-38).

(12) V. GIORGIO DEL VECCHIO, ob. cit., pp. 215 a 217.

Desde, sobretudo, os tratados e conferências celebrados depois da 1.^a conflagração mundial, a limitação da soberania passou, porém, a ser um imperativo universal, impondo-se pouco a pouco normas internacionais aos próprios Estados que, por motivos óbvios, não queriam livremente associar-se aos demais.

Tal diretriz pressupõe, evidentemente, como entreviu PEDRO LESSA, uma nova concepção da soberania, concepção que agora se reveste de juridicidade, através da *Recomendação preliminar sobre problemas de pós-guerra*, feita pela Comissão Jurídica Interamericana em categóricos termos: "A soberania deverá entender-se em forma adequada à necessidade suprema da paz, da ordem e da justiça entre os Estados".

Ao exemplo incipiente de incorporação de preceitos internacionais à ordem constitucional costumeira inglesa, seguiu-se o da *Constituição americana*, que integrou a norma internacional ao direito supremo do país.

Depois da 1.^a conflagração mundial, porém, a Alemanha, pela Constituição de 1919, e a Espanha, pela de 1931, abriram caminho para a aceitação da soberania internacional, ao aceitar as normas internacionais, geralmente reconhecidas, como incorporadas ao seu direito nacional.

Hoje, finalmente, depois da 2.^a conflagração, a Constituição francesa de 1946, a italiana de 1947 e a da República Federal da Alemanha de 1949, além de outras mais recentes, estabeleceram, de modo taxativo, o respeito às normas de Direito Internacional, ou seja, o reconhecimento, pela soberania do Estado, da chamada soberania internacional.

O dogma do absolutismo da soberania do Estado vai, assim, sendo vencido nos próprios textos políticos.

Para nós, entretanto, se não tem razão o monismo de WENZEL, que prega o primado da soberania estatal, não tem também razão o monismo de KELSEN, que conclui pela supremacia da soberania internacional.

KELSEN, contudo, relativamente recente (*La Paz por Medio del Derecho*, Losada, Buenos Aires, 1946), envereda por doutrina aceitável quando postula que "o Estado é soberano desde que está sujeito somente ao Direito Internacional e não ao direito nacional de qualquer outro Estado". Em assuntos, porém, de sua específica competência, não está o Estado sujeito à soberania internacional.

O interesse da comunidade internacional pela Amazônia é profundamente legítimo. A Amazônia, como uma das florestas virgens da Terra de maior amplitude, mesmo que não seja o pulmão do mundo, só por si capaz de manter o equilíbrio ecológico da produção de oxigênio necessário à nossa vida, não só do Brasil como dos demais países do nosso planeta, é reserva que se não pode deixar de preservar, sob pena de se transformar ela em região de outras características climáticas.

Tal reserva, entretanto, vem sendo dizimada pelas constantes queimadas e pelo insidioso desmatamento processado à custa do irracional abate da madeira de lei, de lucro fácil para os aventureiros. Infelizmente, não tem podido o Governo brasileiro evitar praticamente essa devastação.

O problema não é, contudo, de mero interesse nacional. Se o fosse, naturalmente cairia no âmbito da exclusiva soberania do Estado brasileiro.

Dentro dos princípios superiores do Direito Natural, a soberania nacional e a internacional há de repartir-se conforme estejam em jogo os interesses exclusivos do país ou os interesses maiores da comunidade internacional.

Não se trata, no caso, de um direito de domínio, que no fundo é brasileiro, sem dúvida, mas de um direito de jurisdição, ou melhor, de fiscalização, à guisa de coadjuvar a conservação da maior floresta da Terra, em vista do bem comum internacional.

A soberania natural sobre a Amazônia é, assim, não só nacional como internacional, pelo menos enquanto não estiver o Brasil em condições de evitar-lhe a espoliação ecológica.

Entender o assunto à luz apenas de egoísticos pruridos nacionalistas é dar mostras de irrecusável jacobinismo, de todo incompatível com os foros de cultura de nosso povo.

Só estaremos à altura de nossa civilização se soubermos vencer os provincianismos de toda espécie que cercam o problema, crucial para a vida do próprio planeta.

A nova Constituição brasileira, de 1988, no capítulo VI do título VIII, que trata do meio ambiente, pelo art. 225, § 4.º, estabelece que “a Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional e sua utilização far-se-á na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais”.

Embora caiba ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações, como se diz no *caput* do artigo referido, a Constituição, pelo art. 4.º do título I, reconhece que o Brasil, nas suas relações internacionais, rege-se, dentre outros princípios, pela prevalência dos direitos humanos e pela cooperação entre os povos para o progresso da humanidade (incisos II e IX).

Assim sendo, nada obsta, mesmo constitucionalmente, que o Brasil aceite a cooperação dos povos mais desenvolvidos para o policiamento preservativo da Amazônia, que deve defender, a qualquer preço, a sua pureza ambiental.

A Revolução Francesa e a Declaração dos Direitos

A Revolução e a construção dos direitos

EDUARDO K. M. CARRION

Professor Titular de Teoria Geral do Estado e de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da UFRGS.

SUMÁRIO

1. *Introdução.* 2. *Empirismo e racionalismo constitucionais.* 3. *As diversas revoluções francesas.* 3.1. *A historiografia da Revolução Francesa.* 3.2. *O processo da Revolução Francesa.* 4. *As declarações dos direitos francesas.*

Introdução

A *idéia de Constituição* não era completamente estranha ao Estado absolutista e ao Antigo Regime. Sob a denominação de “leis fundamentais da monarquia”, normas costumeiras de caráter constitucional colocavam-se acima do legislador ordinário, o rei, que lhes devia obediência e respeito. Entretanto, seu conteúdo restringia-se a alguns poucos elementos, não significando na realidade uma verdadeira limitação ao poder monárquico. A grande novidade do constitucionalismo, a partir da segunda metade do século XVIII, foi a exigência de elaboração de textos constitucionais escritos, a Constituição inglesa, Constituição costumeira, representando a grande exceção a este respeito.

Com o constitucionalismo, a Constituição passa a ser considerada como a própria explicitação, renovação ou atualização do contrato social originário. Através da elaboração de textos constitucionais escritos, fixando em documento solene a organização política do Estado, pretendeu-se melhor conter o poder.

O célebre art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição”, indica o conteúdo básico das Constituições da época: a declaração dos direitos e a estrutura do poder. A Constituição surge, portanto, como um

estatuto da liberdade, de defesa do cidadão e da sociedade face as investidas do poder. Este, seu profundo significado histórico.

As declarações dos direitos passaram a ser geralmente incorporadas no preâmbulo das Constituições, traduzindo a inspiração libertária do constitucionalismo clássico, tão bem atestada no art. 7.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: "A necessidade de enunciar estes direitos supõe ou a presença ou a lembrança recente do despotismo". Embora encontremos precedentes na Inglaterra, a tradição de declarações dos direitos nasceu na América do Norte. A primeira delas foi a Declaração de Direitos de Virgínia de 1776. Não há declaração dos direitos abrindo a Constituição norte-americana de 1787. Entretanto, encontramos o equivalente dela sob a forma das primeiras emendas à Constituição aprovadas em 1791. Além disto, a Declaração da Independência de 1776 foi igualmente uma declaração dos direitos. A mais célebre de todas seria a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Após a primeira guerra mundial, as novas Constituições européias foram precedidas de declarações dos direitos. Da mesma forma, após a Segunda Guerra Mundial, para a maior parte das Constituições.

As primeiras declarações dos direitos foram sobretudo declarações dos direitos individuais e políticos. Após a primeira guerra mundial, seu conteúdo ampliou-se significativamente, abrangendo matéria econômica e social, caracterizando-se então as declarações dos direitos também como declarações dos direitos econômicos e sociais. Esta, uma das grandes diferenças existentes entre o constitucionalismo clássico, de base individualista, e o constitucionalismo social, impulsionado em grande parte pela luta da classe trabalhadora. A Constituição da República de Weimar de 1919 serviu de modelo para o constitucionalismo social, embora a Constituição mexicana de 1917 a precedesse de mais de dois anos neste caminho. Aliás, a Constituição jacobina de 1793 já previra alguns dos denominados "direitos sociais".

O fato de as declarações dos direitos corresponderem principalmente ao constitucionalismo não pode levar ao desconhecimento da existência de direitos fundamentais anteriormente ao constitucionalismo. Entretanto, na Idade Média e durante o Antigo Regime, estes direitos eram direitos "estamentais", correspondentes aos estamentos ou às ordens em que estava dividida e estratificada a sociedade. Na realidade, significavam antes privilégios do que verdadeiros direitos, embora se caracterizassem como importante instrumento de contenção do poder real.

TOCQUEVILLE, em o *Antigo Regime e a Revolução*, chama a atenção para esta liberdade singular, convindo a transcrição desta célebre passagem:

"No meio de muitas instituições já preparadas pelo poder absoluto, a liberdade vivia; mas era uma espécie de liberdade singular, sendo difícil fazer-se hoje uma idéia exata, sendo preciso examinar-se de muito perto para poder compreender o bem e o mal que ela nos pode fazer."

E continua:

“Seria um equívoco crer-se que o Antigo Regime foi um tempo de subserviência e de dependência. Havia muito mais liberdade do que em nossos dias; mas era uma espécie de liberdade irregular e intermitente, sempre reduzida aos limites das classes, sempre ligada à idéia de exceção e de privilégio, que permitia enfrentar tanto a lei como a arbitrariedade e que quase nunca chegava a fornecer a todos os cidadãos as garantias as mais naturais e as mais necessárias. Assim reduzida e deformada, a liberdade ainda era fecunda.”⁽¹⁾

Num certo sentido, a luta pela liberdade religiosa será a primeira manifestação por um direito de caráter geral. JELLINEK assinala, aliás, que a liberdade religiosa foi o primeiro germe a partir do qual se desenvolveu o sistema dos direitos do homem e do cidadão.

O surgimento das declarações dos direitos está relacionado com o processo das chamadas “revoluções burguesas”. Embora tratando-se de acontecimento histórico geral, este processo assume peculiaridades e particularidades conforme o país em questão, podendo-se com propriedade falar em distintas “vias” — “não modelos” — na transição para a sociedade capitalista moderna. As declarações dos direitos repercutiram em grande parte estas peculiaridades e particularidades, sendo comum referir-se assim, por exemplo, ao maior pragmatismo das declarações anglo-saxônicas e ao maior universalismo das declarações francesas.

Para melhor situar a especificidade das declarações francesas, convém primeiramente examinar algumas questões que dizem respeito à própria Revolução Francesa. Antes, porém, rápidas observações com relação ao empirismo e ao racionalismo constitucionais, procurando relativizar a oposição entre ambos na experiência constitucional, como forma de igualmente relativizar a alegada oposição entre o maior pragmatismo das declarações anglo-saxônicas e o maior universalismo das declarações francesas.

Empirismo e racionalismo constitucionais

Ao assinalar que as Constituições são sempre um compromisso entre as tradições políticas existentes e o direito constitucional geral, MIRKINE-

(1) In *L'Ancien Régime et la Révolution*, Editions Gallimard, Paris, 1967, pp. 191 e 204.

O autor acrescenta, ainda, *op. cit.*, p. 205:

“C'est elle (esta liberdade) qui, dans le temps même où la centralisation travaillait de plus en plus à égaliser, à assouplir et à ternir tous les caractères, conserva dans un grand nombre de particuliers leur originalité native, leur coloris et leur relief, nourrit dans leur coeur l'orgueil de soi, et y fit souvent prédominer sur tous les goûts le goût de la gloire. Par elle se formèrent ces âmes vigoureuses, ces génies fiers et audacieux que nous allons voir paraître, et qui feront de la révolution française l'objet tout à la fois de l'admiration et de la terreur des générations qui la suivent. Il serait bien étrange que des vertus si mâles eussent pu croître sur un sol où la liberté n'était plus.”

GUETZÉVITCH, jurista da primeira metade deste século, sugeria a presença de duas tendências básicas na história do constitucionalismo. Por um lado, o *racionalismo constitucional*, predominante na experiência francesa; por outro, o *empirismo constitucional*, preponderante na tradição anglo-saxônica, onde o costume, no caso inglês, e a jurisprudência, no caso norte-americano, assume papel decisivo nos delineamentos da ordem constitucional.

Não cabe aqui indagar das razões culturais, jurídicas, políticas, sociais do domínio de uma ou de outra das tendências, correspondendo em grande parte a distintos processos de transição para uma sociedade capitalista moderna. Importa sobretudo destacar que, embora diferentes, estas tendências não são necessariamente conflitantes, a melhor técnica de elaboração constitucional devendo saber incorporar elementos de ambas. Assim, as declarações dos direitos inglesas, ainda que mais concretas do que as declarações dos direitos francesas, inspiraram-se igualmente na concepção do "direito natural" e na teoria do "contrato social". De modo diverso, o parlamentarismo da III República francesa (1870/1940) procedeu antes do costume constitucional do que das três leis constitucionais de 1875.

Racionalismo constitucional e empirismo constitucional podem eventualmente apresentar-se, ao acentuarem seus traços determinantes e diferenciadores, sob duas formas extremas: o teorismo constitucional e o casuismo constitucional. Do primeiro, temos o exemplo em algumas Constituições européias elaboradas após 1919 com a colaboração de eminentes constitucionalistas (PREUSS com relação à Constituição alemã de 1919; KELSEN com relação à Constituição austríaca de 1920; POSADA com relação à Constituição espanhola de 1931), as denominadas "Constituições dos professores" que procuraram precisar, sistematizar, codificar práticas e costumes constitucionais existentes até então. Daí, a expressão "parlamentarismo racionalizado" para o sistema de governo resultante destas Constituições. Mas talvez o exemplo mais eloqüente de teorismo constitucional seja ainda o da Constituição francesa de 1793, verdadeiro marco na história das idéias políticas, tendo inclusive consagrado pela primeira vez a concepção dos "direitos sociais". Após seu solene depósito sobre a mesa da Convenção, em uma arca de cedro, sua aplicação foi finalmente adiada para tempos mais apropriados pelo decreto de 5 de outubro do mesmo ano ("o Governo será revolucionário até a paz"). No que se refere ao casuismo constitucional, são igualmente inúmeros os exemplos na história do constitucionalismo, a começar pelo pseudoconstitucionalismo do século passado, denunciado já na época por LASSALLE não como uma conquista do povo, mas, ao contrário, como um triunfo do absolutismo. Curiosamente, teorismo constitucional e casuismo constitucional costumam andar de mãos dadas na experiência constitucional latino-americana, provocando os mais perversos efeitos e colaborando em última análise para a relativização das liberdades públicas, seja por sua falta de efetividade, seja ainda por sua pura e simples negação.

As principais diferenças entre as declarações dos direitos anglo-saxônicas e as declarações dos direitos francesas não residem na alegada oposi-

ção entre o maior pragmatismo daquelas e o maior universalismo destas, mas se enraízam sobretudo no caráter mais social e democrático das declarações dos direitos francesas. Conseqüência inclusive da “via” francesa na transição para a sociedade capitalista moderna.

As Diversas Revoluções Francesas

Aplica-se perfeitamente à Revolução Francesa a assertiva de GROCE de que “toda história é contemporânea”. A história das revoluções, em especial a história da Revolução Francesa, constitui-se em um dos lugares privilegiados dos enfrentamentos políticos e ideológicos contemporâneos. Embora escrita com referência ao passado, exerce uma função política no presente, exprimindo-se muitas vezes através dela questões decisivas de nosso tempo.

Como sabemos, a palavra história não é um termo unívoco, mais equívoco, designando tanto a realidade, como a consciência que temos da realidade, com a particularidade de a consciência da realidade fazer parte da própria realidade. Neste sentido, podemos falar sobre a Revolução Francesa tanto com relação ao processo, ao desenrolar dos acontecimentos, como com relação a reflexão em torno do processo, com relação à historiografia da Revolução Francesa. Com a agravante de identificarmos, em ambos os significados, diversas revoluções francesas, isto é, diferentes interpretações e distintos processos em que pese a um mesmo fenômeno revolucionário.

1. *A historiografia da Revolução Francesa*

Embora sabendo que toda simplificação é caricatural, podemos perceber na atualidade quatro correntes principais: uma historiografia claramente contra-revolucionária, condenando globalmente o acontecimento; uma historiografia marxista ou socialista ortodoxa; uma historiografia marxista ou socialista libertária e o denominado “revisonismo histórico” liberal ou neoliberal.

As principais críticas, sobretudo do “revisonismo histórico”, articulam-se em torno de alguns eixos fundamentais: a concepção de uma revolução “ocidental” ou “atlântica”, negando ou relativizando a especificidade da Revolução Francesa com relação à Revolução Inglesa ou à Revolução Norteamericana; a idéia da Revolução Francesa como um mito, o papel histórico da burguesia sendo posto em questão: no limite, não existiria uma burguesia revolucionária e condutora do processo, não se podendo portanto propriamente falar em revolução burguesa ou então desaparecendo a revolução como acontecimento de caráter fundamentalmente burguês; a afirmação da existência de uma “derrapagem”, de um “desvio”, quando não de uma “deriva histórica” da Revolução Francesa por ocasião sobretudo da experiência jacobina; tese de uma “dispensabilidade” da Revolução Francesa, as transformações capitalistas da sociedade já sendo devidamente implementadas pelo *Ancien Régime*, tese esta que retoma em grande parte as análises do TOCQUEVILLE de *O Antigo Regime e a Revolução*.

Neste contexto, algumas polêmicas permeiam a reflexão historiográfica: “revolução da conjuntura” ou “revolução das estruturas”; “revolução necessária” ou “revolução contingente”; “revolução política” ou “revolução social”; revolução vista “de cima” ou revolução vista “por baixo”; o papel dos segmentos populares no processo revolucionário, entre outras, o que nos remete ao tópico seguinte.

2. O processo da Revolução Francesa

Em todos os grandes movimentos históricos observamos movimentos autônomos de classe, não escapando a esta realidade a Revolução Francesa. Neste sentido, GEORGES LEFEBVRE constata que “a Revolução (Francesa) é um fato complexo; não há apenas uma revolução, mas diversas” (2). Verificamos, assim, no interior de um mesmo fenômeno revolucionário que mantém sua unidade e coerência, uma revolução aristocrática sem a qual, segundo o mesmo autor, “a revolução burguesa seria inexplicável”, uma revolução camponesa, uma revolução do Terceiro-Estado, uma revolução liberal, uma revolução democrática, uma revolução popular e mesmo, para alguns, um embrião de revolução proletária.

Assinala-se a existência de quatro componentes no processo revolucionário: liberal-burguês, democrático-pequeno-burguês, agrário-camponês e urbano-plebeu. Algumas das principais controvérsias dizem exatamente respeito ao peso e ao papel deste elemento urbano-plebeu na Revolução Francesa. Os “descamisados”, a “sans-culotterie”, como se denominou, constituíam uma simples retaguarda econômica, em que pese serem uma vanguarda política da revolução e significarem uma mera força de apoio à burguesia revolucionária, levando às últimas conseqüências a ruptura com o Antigo Regime? Ou, ao contrário, expressaram também uma luta concorrente que, sem poder desviar o sentido geral do processo revolucionário, representou em grande parte a antecipação de um projeto político de superação da sociedade burguesa então emergente?

Para JEAN-JAURÈS, enquanto que a Revolução Inglesa manteve-se “estritamente burguesa e conservadora”, a Revolução Francesa caracterizou-se como “largamente burguesa e democrática”. Aliança plebéia entre a burguesia revolucionária e as camadas populares do campo e da cidade apresentou, no plano político, um caráter clássico, levando às últimas conseqüências a ruptura com o Antigo Regime. Suas declarações dos direitos superam as declarações anglo-saxônicas, com ênfase nos direitos sociais e na idéia de igualdade, não apenas formal mas também material. Razões tantas para a importância e a influência da Revolução Francesa.

As declarações dos direitos francesas

Como salientamos acima, os direitos na Idade Média e durante o Antigo Regime caracterizavam-se sobretudo como direitos “estamentais”,

(2) In *La Révolution Française et les Paysans, Etudes sur la Révolution Française*, PUF, Paris, 10ª edição revista, 1963, p. 341.

a luta pela liberdade religiosa representando uma primeira manifestação por um direito de caráter geral. A esta associam-se com o tempo outros direitos individuais e políticos, passando a ser liberdades gerais no plano já do Direito Público e não mais privilégios corporativos sob o regime do Direito Privado.

A positivação das liberdades, do “direito natural”, dá-se através de longo processo histórico, as declarações inglesas (*Petition of Rights de 1628, Act of Habeas Corpus de 1679 e Bill of Rights de 1689*) sendo as primeiras. Estas declarações pioneiras eram em grande parte o reconhecimento em documentos e leis de direitos praticados com anterioridade e resultantes de conquistas parciais e gradativas. Por isto mesmo, inúmeros autores salientam o maior pragmatismo das declarações inglesas, a fundamentação racionalista exprimindo-se mais enfaticamente nas declarações norte-americanas e principalmente nas declarações francesas. Enquanto que aquelas proclamavam “direitos dos cidadãos ingleses”, estas alcançariam uma maior universalidade.

Esta diferença foi relativizada, entre outros, por MAURICE DUVERGER, ao referir-se à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789:

“Com o recuo do tempo e o desaparecimento dos abusos que a motivaram, esta Declaração pareceu para alguns uma obra puramente teórica, com um caráter muito exclusivamente especulativo. Na verdade, a Declaração apresenta ao contrário um caráter eminentemente prático; atrás de cada uma de suas fórmulas solenes, é um abuso preciso do Antigo Regime que é denunciado e reprimido. Como acentuará, sutilmente, um pouco mais tarde, o art. 7.º da Declaração de 1793: “a necessidade de enunciar estes direitos (do homem) supõe ou a presença ou a lembrança recente do despotismo”. É porque o realismo da Declaração de 1789 aparece hoje como uma evidência nova.”⁽³⁾

HABERMAS, ao comparar as declarações dos direitos norte-americanas com as declarações dos direitos francesas, acentua, talvez com maior precisão, as peculiaridades destas últimas:

“De fato, existem diferenças evidentes. Sem lugar para dúvidas, americanos e franceses aludem na mesma medida a princípios do direito natural moderno; a comunidade da base de legitimação chega até à expressão textual, especialmente nas declarações de direitos fundamentais de ambos os países. Mas precisamente estas declarações têm um sentido especificamente distinto, apesar de sua coincidência material. Os colonos americanos queriam legitimar com o recurso aos direitos humanos sua independência do Império britânico; os franceses, uma subversão do *Ancien Régime*. Certamente nos dois casos constituiu-se uma Constituição estatal

(3) In *Les Constitutions de la France*, PUF, Paris, 9ª edição, 1971, p. 40.

que se mantém no marco dos direitos fundamentais declarados. Mas já o valor posicional externo das declarações, anteposto como preâmbulo da Constituição francesa, meramente acrescentada como *amendments* da americana, não é acidental. No essencial, as *Bill of Rights* inventariam os direitos existentes possuídos pelos cidadãos britânicos. A forma de sua fundamentação, universal e jusnaturalista, só se torna necessária na perspectiva da emancipação com respeito à mãe pátria. As declarações de direitos fundamentais, que no substancial são recapituladas nas primeiras frases da Declaração de Independência, têm como tal, antes de tudo, o sentido de fornecer à matéria jurídica herdada outro fundamento de legitimação; frente a isto, a Declaração Francesa deve fundamentalmente, em primeiro lugar, pôr em vigência positivamente um novo direito. Na França, o sentido revolucionário da Declaração radica na fundamentação de uma nova Constituição; na América, na independência, em consequência da qual se faz necessária, com efeito, uma nova Constituição." (4)

(4) In *Teoria y Praxis. Estudios de Filosofia Social*, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1987, pp. 91-92.

Algumas destas diferenças já tinham desde há muito sido apontadas por ÉMILE BOUTMY. Veja-se, por exemplo, in *Études de Droit Constitutionnel. France — Angleterre — États-Unis*, Librairie Armand Colin, Paris, 4ª edição, 1903, pp. 294-295: "J'admets le rapport de succession et même de filiation qu'on peut établir entre les déclarations des droits des États et les dix amendements. Mais j'en tire précisément l'inférence opposée. Pourquoi le second texte n'a-t-il pas reçu le titre de déclaration des droits? Cela eût été si naturel alors qu'on en prenait ouvertement la substance dans un instrument de cette dénomination. Jefferson l'avait demandé. On préféra les mots d'amendements et d'articles: mots ternes et, de plus, très peu pertinents; car ces amendements n'amendent rien et sont simplement une annexe. La modification du titre est ici d'amendement plus significative que les emprunts au texte original sont plus évidents; elle indique que l'esprit est autre. Et en effet, l'imitation n'a point porté sur les maximes philosophiques, sur les principes de droit naturel; on les a laissés de côté; les dix amendements n'en contiennent aucun. Tout y est disposition légale, impérative, précise, pratique. Enfin ces dispositions mêmes sont moins transcrites des constitutions des États que tirées de ce fonds commun de l'antique *Common law* anglaise, où les États les avaient prises. Ce sont des droits historiques et classiques. Plusieurs États les avaient fait précéder d'un maître des cérémonies philosophe, d'un licencié en métaphysique. La Convention de Philadelphie a supprimé le maître des cérémonies. Voilà toute la différence. Ces droits et ces garanties contiennent sans doute de la philosophie — la philosophie est au fond de toute chose, même de l'histoire — mais ils ne doivent rien à une élaboration philosophique récente."

Lembre-se que, durante a Assembléia Constituinte francesa, discutiu-se muito sobre a própria oportunidade de uma proclamação oficial dos direitos, sobretudo se ela deveria ser feita fora da Constituição e antes dela; sobre a necessidade ou não de uma declaração dos deveres acompanhar a declaração dos direitos, como ocorreria com a Constituição termidoriana de 1795 etc., o que acentua o caráter político da decisão final, em contraste com a solução norte-americana.

Num outro registro, GIORGIO DEL VECCHIO assinala in *La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen dans la Révolution Française*, Fondation

(Continua)

As liberdades inglesas foram justificadas antes pelo costume e pela tradição, pela história em suma, do que pela especulação filosófica. Embora marcadas também pelo empirismo, as declarações norte-americanas invocaram o universalismo do direito natural. Aristocracia e burguesia associando-se no poder, nem a liberdade nem a igualdade foram totalmente reconhecidas em ambos os casos. Ao contrário, aliança plebéia entre a burguesia revolucionária e as camadas populares do campo e da cidade, a Revolução Francesa caracterizou-se por ser tanto uma revolução da liberdade como uma revolução da igualdade, ultrapassando as experiências anteriores e revelando seu caráter mais social e democrático. (5)

Não só o maior universalismo das declarações francesas. Entre outras coisas, a abolição da "escravidão dos negros em todas as colônias" foi proclamada em 4 de fevereiro de 1794; o sufrágio universal, conquistado

(Continuação da nota 4)

Européenne Dragan, Roma, p. 52, que "La Déclaration des droits a donc vraiment une double signification: de négation du passé et de préparation de l'avenir. Il ne faut pas s'étonner qu'elle ait été considérée et présentée alors de préférence sous son premier aspect; d'ailleurs, il n'aurait pas été possible de rendre immédiatement effectif ce qu'elle impliquait de positif". E continua, pp. 91-92: "Mais ce qui donne à la Déclaration française une importance historique de premier ordre, plus grande encore que celle des "bills of rights" américains, c'est qu'elle offrit à tous les peuples d'Europe, encore assujettis à un régime absolu, un modèle théorique de liberté, duquel ils s'inspirèrent plus que d'aucun autre dans leurs revendications politiques, en associant dès lors l'idée d'un gouvernement libre à celle d'une détermination fondamentale des droits du citoyen. Et une partie au moins des principes de la Déclaration fut accueillie dans les constitutions des États modernes les plus avancés."

(5) Veja-se a este propósito, por exemplo, GEORGES LEFEBVRE, in *La Révolution Française dans l'Histoire du Monde, Etudes sur la Révolution Française*, op. cit., pp. 436 e 440:

"L'exemple de l'Angleterre et des États-Unis a exercé une influence profonde. Dans ces pays est née la liberté. En Amérique a pointé l'universalisme du droit naturel. Mais l'application demeura imparfaite, et surtout l'égalité des droits, admise en principe, n'avait pas constitué le ressort essentiel des Révolutions. On comprend qu'ainsi l'exemple de ces pays pût séduire les aristocrates du continent, jaloux du pouvoir royal, aussi bien que la bourgeoisie, et que, de la sorte, la liberté soit apparue comme le mot d'ordre essentiel. L'égalité n'ayant point pris place parmi les conséquences de ces Révolutions, il ne venait pas à l'esprit de l'aristocratie continentale que la liberté pût porter dommage à sa suprématie sociale."

"Mais ce n'est pas là son caractère principal. Avant tout, elle (a Révolution Française) fut la Révolution de l'égalité. Alors qu'en Angleterre et aux États-Unis l'accent ne portait pas sur l'égalité des droits, parce que l'aristocratie et la haute bourgeoisie s'y trouvaient associées, la bourgeoisie française fut contrainte, par l'attitude de la noblesse, de la pousser au premier plan. Plus les paisans lui conférèrent une consécration saisissante en abolissant le pouvoir seigneurial. Pour les révolutionnaires, la liberté est le fait de n'obéir à aucun homme s'il n'est autorisé à commander par la loi librement consentie; liberté et égalité sont inséparables, parce que, sans l'égalité, la liberté n'est que le privilège de quelques-uns."

Da mesma forma, ALBERT SOBOUL, in *La Révolution Française dans l'Histoire du Monde Contemporain (Etude Comparative)*. Recherches Internationales, Les Editions de la Nouvelle Critique, Paris, nº 62, 1970, pp. 3-40.

após o 10 de agosto de 1792; a liberdade de consciência, afirmada, inclusive reconhecendo-se, com a criação do estado civil, em 20 de setembro de 1792, o direito de o cidadão não aderir a nenhuma religião. Igualmente, um esboço de democracia social, na perspectiva de uma "igualdade de fato", que se expressa na declaração dos direitos de 1793. Assim, o direito à instrução, o direito ao trabalho e à proteção contra a indigência. Além disto, a taxação e a regulamentação, inaugurando o dirigismo econômico, reclamado pelo movimento popular.

Tanto na declaração de 1789 como na de 1793, a propriedade é considerada como um direito natural e imprescritível, ao lado da liberdade, da igualdade e da segurança, revelando o horizonte burguês destas declarações. Entretanto, na de 1793, reconhece-se a igualdade não apenas em direito, mas também pela natureza: "todos os homens são iguais pela natureza e face à lei"; a teoria da soberania nacional é substituída pela teoria da "soberania popular"; o direito de insurreição, "o mais sagrado dos direitos e o mais indispensável dos deveres", afirmado. (6)

A superação do horizonte burguês destas declarações seria proposta por BAEUF e a Conspiração dos Iguais, inaugurando uma terceira via na Revolução Francesa, a propriedade coletiva sendo o meio de assegurar a igualdade de fato reivindicada.

O teor das declarações dos direitos reflete em grande parte o caráter das distintas vias na transição para a sociedade capitalista moderna, ou, em um mesmo processo revolucionário, dos diferentes momentos e etapas. A radicalidade da experiência francesa, o conteúdo social e democrático da Revolução Francesa realçam o significado das declarações francesas quando em comparação com as declarações anglo-saxônicas.

(6) Salientamos, anteriormente, que a aplicação da Constituição de 1793 foi adiada em função do "governo revolucionário". Entretanto, não podemos ignorar sua importância sobretudo no plano da história das idéias políticas. A este propósito, veja-se GIORGIO DEL VECCHIO, *op. cit.*, p. 51:

"Ce ne fut certes pas durant les troubles de l'époque révolutionnaire que la Déclaration des droits (de 1793) put trouver sa pleine et positive actuation. Alors, elle était surtout un étendard de guerre contre les résidus de l'ancien régime qui s'agitaient encore à l'intérieur, et contre les efforts des Etats étrangers qui tentaient d'imposer par la violence la restauration de ce régime. En aucun temps les principes de la Déclaration ne furent en réalité aussi gravement violés que durant la lutte terrible qui fut combattue en leur nom: mais il n'en est pas moins vrai qu'ils inquirèrent le rôle "d'idées directrices" dans le grand bouleversement et que leur actuation fut regardée comme le véritable but de celui-ci. Les chefs des gouvernements révolutionnaires voulurent abattre l'ancien régime avec ses propres armes; ils instituèrent une dictature tyrannique, qui supprima momentanément toutes les garanties de la liberté, pour lesquelles on combattait; ils persécutèrent farouchement, avec des jugements sommaires et des condamnations impitoyables, ceux qui étaient ou que l'on supposait contraires au nouvel idéal juridique que l'on voulait réaliser dans la nation. Mais — il faut le souligner — ils le firent dans le but d'assurer le triomphe définitif de cet idéal: le régime de la terreur n'était, dans leur esprit, rien qu'une nécessité provisoire, pour empêcher le redressement du régime qui venait d'être abattu, et rendre possible celui qui devait lui succéder."

As diversas correntes do pensamento jurídico

JOSÉ LUIZ QUADROS DE MACALHÃES

Pesquisador do CNPq. Professor de Direitos Humanos da APM/MG. Mestrado em Direito Constitucional da UFMG

SUMÁRIO

1. *Introdução.* 2. *O Direito Natural.* 2.1. *O ressurgimento do Direito Natural.* 3. *O positivismo na ciência do direito.* 3.1. *Hans Kelsen.* 3.2. *Outras correntes do pensamento positivista na ciência do direito.* 4. *O marxismo no direito.* 5. *Conclusão.*

1 — *Introdução*

O objetivo do presente trabalho é de se fazer questionamento em relação às principais correntes do pensamento jurídico, para que finalmente possamos introduzir uma proposta de reflexão sobre um novo caminho a ser seguido pelos juristas da atualidade.

Para alcançarmos este objetivo, estudaremos as duas principais correntes de pensamento que se formaram e evoluíram através dos tempos, que são o positivismo e o jusnaturalismo nas suas principais formas através da história da filosofia do Direito.

Posteriormente, faremos uma breve análise da teoria marxista de direito. Sua contribuição é fundamental, e o seu estudo é necessário, seja para adaptá-lo, seja para se fazer uma crítica desta maneira de interpretação; ignorar o pensamento marxista significa passar à margem boa parte da história contemporânea da humanidade.

Finalmente, na quarta parte de nosso estudo, enfrentaremos então as novas propostas que surgem para uma nova escola de Direito. Não temos a pretensão, em momento algum, de esgotar tão rico e vasto tema. São

inúmeras as contribuições para um novo pensamento do Direito que surgem no mundo inteiro. O que faremos será analisar uma nova escola que surge no Brasil, introduzindo o tema, para que se desperte o interesse para novas indagações críticas, que venham contribuir para o enriquecimento do pensamento filosófico de Direito que sem dúvida caminha para uma nova era.

Portanto, após percorrermos todo o caminho traçado pelo pensamento jusnaturalista, positivista e marxista, podemos desvendar novos caminhos da filosofia de direito, alicerçados nesta sólida base, não esquecendo que é através do questionamento corajoso e científico de tudo que o pensamento humano evolui. DANTE escreveu que nas portas do inferno encontram-se as seguintes inscrições: "Convém deixar aqui todo preconceito, convém que se mate aqui qualquer medo." MARX colocará esta mesma inscrição na porta da ciência (1).

2 — O Direito Natural

Será desde tempos muito antigos que os filósofos e pensadores políticos "vão sustentar a crença de que deve haver um Direito baseado no mais íntimo da natureza do homem como ser individual ou coletivo. Estavam convencidos de que existia um Direito Natural permanente e eternamente válido, independente de legislação, de convenção ou qualquer outro expediente imaginado pelo homem (2).

Quanto ao conteúdo destes direitos, eles serão vários no decorrer da história, entretanto, a convicção da existência de normas fundadas na natureza humana de caráter obrigatório para todos os homens em todos os tempos mostrou ter muita vitalidade no decorrer dos séculos (3).

Os primeiros a discutirem o problema do Direito Natural foram os pensadores gregos. Eles se deram conta de que existia uma grande variedade de leis e costumes nas diversas nações e povos, e muitas vezes o que uma nação aprovava a outra condenava. Começam então os pensadores da época a se questionarem se não existiam determinados princípios gerais que eram válidos para os vários povos em todos os tempos, ou se a questão de justiça e de Direito era uma mera questão de conveniência (4).

Alguns filósofos gregos adotaram uma opinião contrária à existência de princípios eternos e imutáveis.

(1) GONZALEZ, Horácio. "Karl Marx". Editora Brasiliense S.A., São Paulo, 1984, *Encanto Radical* nº 63, p. 54.

(2) BODENHEIMER, Edgar. *Teoría del Derecho*, Fondo de Cultura Económica. México, 1942, p. 127.

(3) BODENHEIMER, Edgar. *Teoría del Derecho*, ob. cit., p. 127.

(4) BODENHEIMER, Edgar. *Teoría del Derecho*, ob. cit., p. 128.

“O sofista TRASÍMACO” — ao qual se pode considerar como uma espécie de precursor da interpretação marxista do Direito — “ensinava que as leis eram criadas pelos homens ou grupos que estavam no poder, com objetivo de fomentar seus próprios interesses”. Afirmava ele que a justiça não é senão o que convém ao mais forte (5).

“O sofista PROTÁGORAS” (481 (?) — 411 antes de Jesus Cristo) — antecipando as opiniões dos positivistas modernos — “sustentava que as leis feitas pelos homens eram obrigatórias e válidas sem considerar o seu conteúdo moral”. Entretanto, a maioria dos mais destacados filósofos gregos reconhecia a existência de certos elementos que são os mesmos em todos os tempos e para todos os povos, o que estes elementos encontravam sua expressão no Direito (6).

Para OLIVEIROS LITRENTO, Homero foi o primeiro tratadista (através dos seus grandes poemas *A Ilíada* e *A Odisséia*) de Direito e Política. O grande poeta Homero, nascido na Ásia Menor, no século VIII a.C., idealiza *A Ilíada* o mito da Deusa Themis. Conhecedora das leis da sociedade, que atribui de origem divina, Themis veio se tornar esposa de Zeus e também sua conselheira jurídica. “Os reis e juizes humanos, instruídos por Zeus, aplicaram para cada caso concreto o Direito pertinente. Assim, a conduta intrinsecamente justa era só, aparentemente, uma inspiração de Zeus. No fundo uma determinação de Themis. Já o reconhecimento pelo juiz, de que em Direito se chama *facultas agendi*, ou seja, a pretensão jurídico-subjetiva de uma pessoa, vem a ser encontrada em Homero como “é Dike”. Daí por que em grego o ato de julgar é chamado Dikazein! (7)

HESÍODO (poeta de período heróico grego — século VIII nos fins do século VII a.C.) dará melhor caracterização jurídica, simbolizando Dike como a filha de Themis (entenda-se: Themis — deusa da justiça com vistas à norma *agendi* e Dike, deusa da justiça com vistas à *facultas agendi*). No poema *A Teogonia*, Dike governa com suas duas irmãs: a Eumonia (boa ordem) e Eirene (a paz), todas filhas de Themis e Zeus. Dike, que tem a missão de realizar a concretização do intrincamento justo através dos juizes, combate três opositores: Eris (como a *pendência*, que subverte a ordem) Bia (como a *força* que desafia o Direito) e Hybris (como a *incontinência*, que transforma o *justo* em *injusto*, uma vez ultrapassando os limites do Direito). “Portanto, não apenas os homens cometem delitos. Os juizes também erram quando suas sentenças não refletem o pensamento de Dike. Logo, a ordem jurídica pode ser afetada pelos *ethos*, ou seja, pelo caráter de uma pessoa, que pode ser o juiz. Quando Dike é desprezada, a subversão pela injustiça destrói o Estado” (8).

(5) BODENHEIMER, Edgar. *Teoria del Derecho*, ob. cit., p. 128.

(6) BODENHEIMER, Edgar. *Teoria del Derecho*, ob. cit., p. 129.

(7) LITRENTO, Oliveiros Lessa. *Curso de Filosofia de Direito*, Rio de Janeiro. Ed. Rio, 1980, p. 30.

(8) LITRENTO, Oliveiros Lessa. *Curso de Filosofia do Direito*, ob. cit., p. 31.

Com TALES, a Cosmologia se separa da Teogonia, passando a primeiro plano da meditação filosófica o problema da substância, fazendo-se assim de fetichismo mítico-religioso, delineando a idéia de um existencialismo ligado à indestrutibilidade da matéria. ANAXIMANDRO (610-547 a.C.), discípulo de TALES, escreveu num poema intitulado *Sobre a Natureza*, também chamado *Da produção de Coisas*. "Considerando tanto o nascimento quanto a morte das coisas uma injustiça (adikia), somente Dike, que se realiza no tempo, pode restabelecer a harmonia no Cosmos através da justiça. E a justiça, para ANAXIMANDRO, é a reintegração na unidade no Cosmos, restabelecendo-se, como consequência, a lesão sofrida pela natureza. Outro não é o motivo da harmonia do Cosmos em face da indeterminação da natureza (9).

HERÁCLITO será o melhor expositor da doutrina panteísta da razão universal, considerando todas as leis humanas subordinadas à lei divina do Cosmos. "HERÁCLITO assinala que Dike (a justiça) assumia também a face do Eris (a discórdia ou litígio), (daí se compreendendo que Dike-Eris não apenas governam os homens, mas o mundo), a verdade é que o grande filósofo traduz a justiça como resultado de permanente tensão social, resultado jamais definitivo porque sempre renovado. HERÁCLITO transmitiu para Aristóteles às primeiras especulações em torno de uma *justiça-tensão, revolucionária* porque sempre renovada, mas sem opor, antes submetendo e integrando a lei positiva ao *Direito Natural*. Outro não é o motivo por que a lei dos homens (Nomos) é sempre injusta quando contraria a lei de um *Logos* natural e divino (Physis) (10).

"ARISTÓTELES considera que no direito há uma parte que é justa por natureza e outra por determinação da lei positiva." (11) Coloca ARISTÓTELES que "o justo por natureza é mutável na medida que mudam as realidades a que se refere este critério de justiça. Para ele o natural não é a expressão de uma realidade fenomênica regida por leis casuais imutáveis; antes, o natural significa um conceito teológico valorativo, aquele que se adequa a seu fim, aquele no qual a forma, como princípio finalista, triunfa sobre qualquer resistência da matéria. Cabe dizer que uma das consequências dessa concepção teleológica do natural como forma podia ser a que, enquanto vai se realizando progressivamente, os fins brotam novas e diversas exigências da justiça natural" (12).

Na opinião de RECASÉNS SICHES, esta interpretação pode ser correta se se levar em conta que Aristóteles afirmou a mudança não

(9) LITRENTO, Oliveiros Lessa. *Curso de Filosofia do Direito*, ob. cit., p. 33.

(10) LITRENTO, Oliveiros Lessa. *Curso de Filosofia de Direito*, ob. cit., p. 41.

(11) SICHES, Recaséns. *Tratado General de Filosofia del Derecho*, 6ª edição, Editorial Porrúa, S.A., México, 1978, p. 428.

(12) SICHES, Recaséns. *Tratado General de Filosofia del Derecho*, ob. cit., p. 428.

somente do justo por lei ou por Convenção, mas também o justo por natureza (13).

Assim como Aristóteles, PLATÃO está convencido de que o Direito e as leis (*nomos* e *nomoi*) são essenciais para a estruturação da *Polis*. Aliás, com relação à expressão *Polis*, CARL J. FRIEDRICH ressalta que muitas vezes ela é traduzida como *Estado*, o que é uma “expressão moderna que é bastante enganadora quando aplicada à ordem política grega” (14). De acordo com a convicção dos dois grandes filósofos da antiguidade, “qualquer espécie de positivismo legal segundo o qual a ordem arbitrária de um tirano pudesse ser considerada lei” — uma opinião que tem sido frequentemente sustentada sob modernas ditaduras — “é por eles completamente excluída” (15). Com esta afirmação surge uma questão fundamental: qual a origem, a fonte da lei, se esta não está na vontade daquele que possui o poder efetivo no Estado? A difícil resposta pode ser encontrada na doutrina platônica de idéias. A própria palavra “idéia” tem sido, muitas vezes, considerada imprópria para representar o que constitui a essência da doutrina socrático-platônica de *idéia* ou *eidós*. Palavras como “forma” têm sido sugeridas para satisfazer ao fato de que essas idéias não são, para Sócrates e Platão, algo criado pelo espírito subjetivo do homem, mas uma realidade objetiva e transcendente, estranha ao homem. O problema do bem estava no centro da meditação filosófica de Platão e Sócrates, e a idéia de justiça e de lei estava intimamente relacionada com a idéia de justiça e de lei. PLATÃO pensava que a tarefa do reformador é de tentar criar um Estado que participe, tanto quanto possível, da idéia, pois esta é eterna e imutável. “Quando PLATÃO escreveu seu famoso diálogo intitulado *Politeia* ou *Constituição* (não República!), pensou estar a braços com um problema muito difícil, mas não insolúvel. PLATÃO acreditava que a solução seria ou os filósofos se tornarem governantes ou os governantes se tornarem filósofos, isto é, homens buscando a sabedoria através de um entendimento real das idéias”.

Entre os estóicos, uma escola de filosofia fundada pelo pensador de origem semita Zenon (350-250 a.C) colocava o conceito de natureza no centro do sistema filosófico. Para eles o Direito Natural era idêntico à lei da razão, e os homens, enquanto parte da natureza cósmica, eram uma criação essencialmente racional. Portanto, enquanto este homem seguisse sua razão, libertando-se das emoções e das paixões, conduziria sua vida de acordo com as leis de sua própria natureza. “A razão como força universal que penetra todo o “Cosmos” era considerada pelos estóicos como a base

(13) SICHES, Recaséns. *Tratado General de Filosofía del Derecho*, ob. cit., p. 428.

(14) FRIEDRICH, Carl Joachim. *Perspectiva Histórica de Filosofia do Direito*, Zahar Editores, Rio de Janeiro, 1965, pp. 30-31.

(15) FRIEDRICH, Carl Joachim. *Perspectiva Histórica da Filosofia do Direito*, p. 31.

do Direito e da Justiça. A razão diversa — diziam — mora em todos os homens, de qualquer parte do mundo, sem distinção de raça e nacionalidade. Existe um Direito Natural comum, baseado na razão, que é universalmente válido em todo o Cosmos. Seus postulados são obrigatórios para todos os homens em todas as partes do mundo” (16). Esta doutrina foi confirmada por Panécio (cerca de 140 a.C), sendo a seguir levada para Roma, para ser finalmente reestruturada por Cícero, “de um modo que tornou o direito estóico utilizável, dentro do contexto do Direito Romano, e propício à sua evolução” (17).

Para o professor EDGAR GODOI DA MATA-MACHADO, há uma certa indiscriminação exagerada entre os estóicos, que confundem “lei geral do universo” com o direito natural que se aplicará a todas as criaturas: plantas, animais e homens. Entretanto, salienta o professor que, já entre eles e mais tarde entre os romanos, mas sobretudo entre os filósofos cristãos, se realçará o aspecto humano do Direito Natural (18).

Muitas das formulações encontradas entre os estóicos são semelhantes às estabelecidas por PLATÃO e ARISTÓTELES. Entretanto, a obscura doutrina dos estóicos fez explodir a estrutura da pólis, o que para os dois filósofos gregos era algo indiscutível. Os estóicos proclamaram a humanidade como uma comunidade universal (19).

Como já afirmamos, o estoicismo influenciou sobre a jurística romana, e Cícero será o maior representante na Antiguidade Clássica da noção de Direito Natural, real, objetiva. Esta concepção pode ser encontrada no plano do diálogo *De Legibus* (I, 17-19): “O que nos interessa, neste discurso, não é o modo de prevenir cautelas processuais ou a maneira de despachar uma consulta qualquer... , devemos abraçar, nesta dissertação, o fundamento universal do direito e das leis, de modo que o chamado direito civil fique reduzido, diríamos, a uma parte de proporções bem pequenas. Assim haveremos de explicar a natureza do direito, deduzindo-a do pensamento do homem...” (20).

O que interessa a CÍCERO é o direito e não a lei. Para ele os homens nasceram para a justiça e será na própria natureza, não no arbítrio, que se funda o direito (21).

(16) BODENHEIMER, Edgar. *Teoría del Derecho*, ob. cit., pp. 131-132.

(17) FRIEDRICH, Carl. J. *Perspectiva Histórica da Filosofia do Direito*, ob. cit., p. 44.

(18) MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. *Elementos de Teoria Geral do Direito*, 3ª edição, Editora UFMG/PROED, Belo Horizonte, 1988, pp. 62-63.

(19) FRIEDRICH, Carl Joachim. *Perspectiva Histórica da Filosofia do Direito*, ob. cit., p. 44.

(20) MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. *Elementos de Teoria Geral do Direito*, ob. cit., p. 63.

(21) MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. *Elementos de Teoria Geral do Direito*, ob. cit., p. 64.

O pensamento cristão primitivo, no tocante ao Direito Natural, é herdeiro imediato do estoicismo e da jurídica romana. A noção objetiva do Direito Natural pode ser encontrada muito bem figurada no famoso texto de São Paulo: "... quando os gentios, que não têm lei, cumprem naturalmente o que a lei manda, embora não tenham lei, servem de lei a si mesmos; mostram que a lei está escrita em seus corações" — Rom. 2, 14-15 ⁽²²⁾.

Os padres da Igreja vão pegar dos estoicos a distinção entre Direito Natural absoluto e relativo. Para eles o Direito Natural absoluto era o direito ideal que imperava antes de a natureza humana ter se viciado com o pecado original. Com este Direito Natural absoluto todos os homens eram iguais e possuíam todas as coisas em comum, não havia governo dos homens sobre homens nem domínio de amos sobre escravos. Todos os homens viviam em comunidades livres sobre o império do amor cristão.

O Direito Natural relativo era, ao contrário, um sistema de princípios jurídicos adaptados à natureza humana após o pecado original. Portanto, como nos explica BODENHEIMER: "Do pecado original derivou a obrigação do trabalho e com ele a instituição da propriedade. A aparição da paixão sexual depois do pecado exigiu as instituições do matrimônio e da família. Do crime de Caim surgiu a necessidade do Direito e da pena. A fundação do Estado por Nemo foi o começo do governo.

A confusão de línguas que se produziu quando os homens construíram a torre de Babel motivou a divisão da humanidade em nações distintas. O ultraje de Caim serviu como justificação da escravidão. Desta forma, a propriedade privada, o matrimônio, o Direito, o governo e a escravidão se converteram em instituições legítimas de Direito Natural relativo. Mas os padres da Igreja ensinavam que era preciso tentar sempre se aproximar o Direito Natural relativo ao ideal de Direito Natural absoluto" ⁽²³⁾. Esperava-se que a hierarquia da Igreja vivesse desta forma, entretanto os fiéis poderiam se limitar a cumprir o Direito Natural relativo. Com esta solução aristocrática a Igreja conseguiu manter os ideais cristãos longe da realidade ⁽²⁴⁾.

A doutrina de SANTO AGOSTINHO (354-430 d.C) tem um importante papel nos postulados do Direito Natural absoluto. Ele considerava o governo, o Direito, a propriedade, a civilização toda como produto do pecado, e a Igreja, como guardiã da lei eterna de Deus, poderia intervir nestas instituições quando julgasse oportuno. Para SANTO AGOSTINHO, se as leis terrenas (*lex temporalis*) contêm disposições claramente contrárias à lei de Deus, estas normas não têm vigência e não devem ser obedecidas ⁽²⁵⁾.

(22) MATA-MACHADO, Edgar de Godol da. *Elementos de Teoria Geral do Direito*, ob. cit.

(23) BODENHEIMER, Edgar. *Teoría del Derecho*, ob. cit., pp. 143-144.

(24) BODENHEIMER, Edgar. *Teoría del Derecho*, ob. cit., p. 144.

(25) BODENHEIMER, Edgar. *Teoría del Derecho*, ob. cit., pp. 144-145.

Novecentos anos mais tarde, a doutrina de SÃO TOMÁS DE AQUINO (1226-1274) mostra em maior grau a necessidade da realidade mostrada através do conceito de Direito Natural relativo expressar os ideais cristãos (26).

“As opiniões de SÃO TOMÁS DE AQUINO sobre questões jurídicas e políticas mostram especialmente a influência do pensamento aristotélico adaptado às doutrinas do Evangelho e dos Padres da Igreja integrado em um importante sistema de pensamento” (27).

O papel da Igreja, em sua relação com o governo, levará São Tomás de Aquino, assim como a grande parte dos pensadores medievais, a colocar o Direito Natural como de importância decisiva, pois só com uma norma de caráter mais geral, colocada acima do Direito Positivo, poderia haver alguma esperança de realização da justiça cristã (28).

A doutrina do representante máximo da filosofia cristã é um primeiro passo para a autonomização do Direito Natural como ciência, pois se a lei natural exprime o conteúdo de direito natural como algo devido ao homem e à sociedade dos homens, esta adquire, no tocante à criatura racional, características específicas (29).

São Tomás distingue quatro classes de lei:

a) a lei eterna, que é a razão do governo universal existente no Governante Supremo. Esta lei dirige todos os movimentos e ações do Universo;

b) a lei natural, que é a participação da criatura humana na lei eterna, uma vez que nenhum ser humano pode conhecer a lei eterna em toda sua verdade. A lei natural é a única concepção que tem o homem dos interesses de Deus. Dá ao homem a possibilidade de distinguir o bem e o mal, e por esta razão deve ser guia invariável e imutável da lei humana;

c) a lei divina: uma vez que a lei natural consiste em princípios gerais e abstratos, elas devem se completar com direções o mais particulares dadas por Deus, acerca de como devem os homens se conduzirem. Esta é a função da lei divina que é revelada por Deus nas Sagradas Escrituras;

d) a lei humana — finalmente, a lei humana é um ato de vontade do poder soberano do Estado, mas para ser lei deve estar de acordo com a

(26) BODENHEIMER, Edgar. *Teoria del Derecho*, ob. cit., p. 145.

(27) BODENHEIMER, Edgar. *Teoria del Derecho*, ob. cit., p. 145.

(28) FRIEDRICH, Carl Joachim. *Perspectiva Histórica da Filosofia do Direito*, ob. cit., p. 59.

(29) MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. *Elementos de Teoria Geral do Direito*, ob. cit., p. 65.

razão. Se esta lei contradiz um princípio fundamental de justiça, não será lei e sim uma perversão da lei. O governante temporal deve observar os princípios da lei eterna refletidos na lei natural⁽³⁰⁾.

Após esta fase do Direito Natural, passamos para o que BODENHEIMER chamará de Direito Natural Clássico, que para ele será dividido em três períodos: o *primeiro* após o Renascimento e a Reforma, que corresponde à teoria de HUGO GROTIUS (que preparou o terreno para a doutrina clássica), HOBBS, SPINOZA, PUFENDORF e WOLFF, onde o Direito Natural residia meramente na prudência e automoderação do governante; o *segundo* período começa com a Revolução Puritana de 1649, e é caracterizado por uma tendência para o capitalismo livre na economia e o liberalismo na política e na filosofia, onde encontraremos as idéias de LOCKE e MONTESQUIEU (nesta época a preocupação era garantir os indivíduos contra as violações por parte do Estado); e finalmente o *terceiro* período, que está marcado por uma forte crença na soberania popular, na democracia. O Direito Natural estava confiado à vontade geral do povo. O representante mais destacado desta época foi ROUSSEAU, que exerceu influência sobre KANT⁽³¹⁾.

LEO STRAUSS⁽³²⁾ vai se referir a esta fase do Direito Natural como sendo a fase moderna e colocará JOHN LOCKE como o mais célebre. Com relação à classificação, a de BODENHEIMER sem dúvida nos dá uma idéia melhor da evolução do Direito Natural; vamos recorrer aos ensinamentos de LEO STRAUSS, quando este analisa o pensamento de HOBBS, LOCKE e ROUSSEAU, aos quais faremos uma breve referência antes de estudarmos o ressurgimento do Direito Natural na atualidade.

Assim como todos pensadores que citamos aqui após os próprios gregos, também HOBBS aprendeu muito com os filósofos gregos. PLATÃO ensinará a HOBBS que a matemática será a mãe de toda a ciência da natureza. Entretanto HOBBS considera a filosofia antiga mais um sonho que uma ciência, o conjunto do pensamento hobbesiano nos mostra uma combinação tipicamente moderna feita de idealismo político e de uma concepção materialista e atéia do universo⁽³³⁾.

HOBBS será o continuador do pensamento de HUGO GROTIUS (1583-1645), a quem se atribui a origem do jusnaturalismo, que sustentava a imutabilidade do direito natural comparando-a às dos axiomas matemáticos ("nem Deus poderia modificar as normas oriundas da conformidade ou não conformidade dos atos humanos com a natureza, tal como não po-

(30) BODENHEIMER, Edgar. *Teoria del Derecho*, ob. cit., pp. 146-147.

(31) BODENHEIMER, Edgar. *Teoria del Derecho*, ob. cit., pp. 152-153.

(32) STRAUSS, Leo. *Droit Naturel et Histoire*. Livrarie Plon, Paris, Traduit de l'anglais por Monique Nathan et Eric Dampiere, 1954, p. 180.

(33) STRAUSS, Leo. *Droit Naturel et Histoire*, ob. cit., p. 185.

deria fazer com que dois e dois não fossem quatro” (34). Como bem observa o professor EDGAR DE GODOI DA MATA-MACHADO:

“Racionalizado, reduzido o conceito inventado pelo espírito, sem qualquer referência às circunstâncias e às situações concretas, históricas e fáticas, existenciais da condição humana, o Direito Natural dos jusnaturalistas estava fadado, em breve, apenas iniciado o século XIX, a ser completamente elidido pelos que não vêem outro objeto para o Direito senão o estudo de normas originárias da vontade estatal expressa sob as mais diferentes formas” (35).

É a época do jusnaturalismo abstrato, a explicação de tudo é encontrada no próprio homem, na própria razão humana, nada de objetivo é levado em consideração, a realidade social, a história, a razão humana se torna uma divindade absoluta.

Outro importante representante de racionalismo ou, como chamamos anteriormente, do jusnaturalismo abstrato será JOHN LOCKE. “Individualista como HOBBS, o filósofo inglês JOHN LOCKE (1632-1704) sustentou teoria jurídico-política sob muitos aspectos diferentes e oposta à de seu compatriota igualmente famoso” (36). Enquanto HOBBS era politicamente favorável a extensão do poder real e com isso contribuiu para reforçar teoricamente o absolutismo do Estado, LOCKE era um partidário da supremacia do Parlamento (37).

Para LOCKE a lei natural é uma regra eterna para todos, sendo evidente e inteligível para todas as criaturas racionais. A lei natural, portanto, é igual à lei da razão. Para ele o homem deveria ser capaz de elaborar “a partir dos princípios da razão um corpo de doutrina moral que seria seguramente a lei natural e ensinaria todos os deveres da vida, ou ainda formular o enunciado integral da lei da natureza, a moral completa, ou ainda um ‘código’ que nos dê a lei da natureza ‘integral’. Este código compreenderia, entre outras coisas, a lei natural penal” (38). Podemos notar que com este pensamento está aberto o caminho para o positivismo.

Outro grande pensador que não podemos deixar de fazer referência é ROUSSEAU.

Para LEO STRAUSS, a primeira crise deste espírito moderno se manifesta com o pensamento de ROUSSEAU. ROUSSEAU pensa que a aventura

(34) MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. *Elementos de Teoria Geral do Direito*, ob. cit., p. 77.

(35) MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. *Elementos de Teoria Geral do Direito*, ob. cit., p. 81.

(36) MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. *Elementos de Teoria Geral do Direito*, ob. cit., p. 81.

(37) MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. *Elementos de Teoria Geral do Direito*, ob. cit., p. 82.

(38) STRAUSS, Leo. *Droit Naturel et Histoire*, ob. cit., p. 215.

moderna era um erro radical e procura um remédio para isso no retorno ao pensamento antigo. Ele atacava esta modernidade em nome de duas idéias da antigüidade: em nome da cidade e da virtude, de um lado, e em nome da natureza, de outro. "Os antigos políticos falavam sempre dos modos e da virtude; os nossos só falam do comércio e do dinheiro" (39). "O comércio, o dinheiro, as luzes, a emancipação do desejo de adquirir o luxo e a crença na onipotência das leis, estas são as características do nosso Estado moderno, quer se trate de uma monarquia absoluta, ou de uma República Parlamentar" (40).

Existe um claro conflito no pensamento de ROUSSEAU, que defende duas posições diametralmente opostas: em um momento ele defende ardentemente os direitos do indivíduo contra toda a opressão e autoridade; no momento seguinte, não menos ardentemente, ele defende a submissão total do indivíduo à sociedade ou ao Estado, e defende a disciplina moral ou social, a mais rigorosa. Os estudiosos de ROUSSEAU dizem que no seu período de maior maturidade ele finalmente conseguiu superar esta hesitação temporária. ROUSSEAU acreditará até o fim que o bom tipo de Estado, ele mesmo é uma forma de escravidão. Logo ROUSSEAU não pode considerar sua solução do problema do conflito entre indivíduos e sociedade como além de uma aproximação passável que está exposta a dúvidas legítimas. Se libertar da sociedade, da autoridade, da opressão e da responsabilidade, em uma palavra, retornar ao Estado da Natureza, é para ele uma possibilidade legítima. Logo a questão que se coloca é como ROUSSEAU compreendeu este insolúvel conflito (41).

No "Discurso sobre a Ciência e as Artes", ROUSSEAU ataca as ciências e as artes que sustentam os poderosos, e por isso são incompatíveis com a virtude. Para o filósofo a virtude é a única coisa que importa. "ROUSSEAU mostra a significação da virtude bem claramente ao se referir aos exemplos do cidadão-filósofo Sócrates, de Fabricius e sobretudo de Caton: Caton era o maior dos homens. A virtude é principalmente a virtude política, a virtude do patriota ou a virtude do povo inteiro. Ela pressupõe uma sociedade livre, pressupõe a virtude: a virtude e a sociedade livre são ligadas entre si (42).

Antes de seguirmos adiante, para estudarmos o ressurgimento do Direito Natural na época atual, é oportuno transcrever dois trechos do "Discurso sobre as Ciências e as Artes", de JEAN-JACQUES ROUSSEAU:

"Enquanto o governo e as leis provêm a segurança e o bem-estar dos homens reunidos, as ciências, as letras e as artes, menos despóticas e quiçá mais poderosas, estendem guirlandas de flores às cadeias de ferro a que os homens estão presos, neles sufocam

(39) STRAUSS, Leo. *Droit Naturel et Histoire*, ob. cit., p. 263.

(40) STRAUSS, Leo. *Droit Naturel et Histoire*, ob. cit., p. 263.

(41) STRAUSS, Leo. *Droit Naturel et Histoire*, ob. cit., pp. 264-265.

(42) STRAUSS, Leo. *Droit Naturel et Histoire*, ob. cit., p. 265.

o sentimento dessa liberdade original para a qual pareciam ter nascido, fazem-nos amar a própria escravidão, e criam o que se costuma chamar de povos policiados. A necessidade ergueu os tronos; as ciências e as artes os consolidaram. Poderosos da Terra, amai os talentos, e protegei os que os cultivam! Povos policiados, cultivai-nos! Venturosos escravos, deveis a eles esse gosto delicado e fino com o qual vos picais, essa doçura de caráter e essa urbanidade de costumes que correspondem entre vós o comércio tão afável e tão fácil; numa palavra, as aparências de todas as virtudes sem que haja alguma” (43).

Neste trecho ROUSSEAU combate as artes que sustentam o Poder opressor do Estado. No trecho que se segue, ROUSSEAU coloca a virtude como a base de tudo:

“Como seria agradável viver entre nós, se a continência exterior fosse sempre a imagem das disposições do coração, se a decência constituísse a virtude, se nossas máximas nos servissem de regra, se a verdadeira filosofia estivesse separada do título de filósofo! Mas tantas qualidades raramente caminham juntas, e a virtude nunca marcha em meio a própria pompa. A riqueza do adorno pode anunciar um homem opulento, e sua elegância um homem de gosto. O Homem são e robusto se reconhece por outras marcas; é sob o hábito rústico de um trabalhador, e não sob os enfeites de um cortesão que encontraremos a força e o vigor do corpo. O adorno não é menos estranho à virtude, que é a força o vigor da alma. O homem de bem é um atleta que se compraz em combater nu; despreza todos esses vis ornamentos que prejudicariam o uso de suas forças, a maior parte dos quais foi inventada para ocultar alguma deformidade” (44).

2.1. *O Ressurgimento do Direito Natural*

Da metade do século XIX até começar o século XX a teoria do Direito Natural dá lugar ao historicismo e ao positivismo jurídico. Os historicistas negaram o Direito Natural e explicavam o direito a partir da sua origem e desenvolvimento histórico. Os positivistas limitaram o campo da teoria jurídica a uma análise técnica de direito positivo, estabelecido e aplicado pelo Estado. No século XX, no entanto, assistiremos o ressurgimento das velhas teorias do Direito Natural com nova roupagem. Os novos jusnaturalistas consideram o direito como um instrumento para a proteção e manutenção dos interesses individuais, como também meio para fomentar e promover o bem comum. Aparece um direito com maior conteúdo social, em-

(43) ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social e Outros Escritos*. Editora Coltrix, São Paulo, 1987, tradução de Rolando Roque da Silva, pp. 210-211.

(44) ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social e Outros Escritos*, ob. cit., p. 211.

bora se defendam valores tradicionais do ataque revolucionário do marxismo, buscando as raízes filosóficas no passado (45).

RUDOLF STAMMLER (1856-1938) foi o fundador da nova filosofia jusnaturalista alemã. Em suas diversas obras, STAMMLER assinalou ser necessário, além de estudar o direito positivo, refazer uma teoria do "direito justo" (46).

Para RECASÉNS SICHES, Stammler empreende a tarefa de restaurar a Filosofia do Direito proscrita pela tirania do positivismo e do naturalismo. Para o autor havia dois tipos de posições doutrinárias: "de um lado, as diversas expressões do racionalismo (que negavam beligerância à história), notoriamente o Direito Natural do iluminismo; e, de outra parte, historicismo romântico, o historicismo hegeliano e o naturalismo, os quais, embora diferentes entre si, coincidiam em rechaçar como impossível ou pelo menos como ocioso ou inútil toda estimativa ideal ou racional" (47). Agora estas duas correntes estavam desacreditadas. O jusnaturalismo clássico racionalista fracassou, uma vez que pretendeu elaborar uma construção puramente racional, colocando indevidamente elementos históricos que foram absolutizados como supostas construções *a priori*. As normas eram consideradas como criações puramente racionais e de validade universal e absoluta. Esqueceu-se que esta era na verdade uma criação histórica condicionada à realidade do momento.

Querida suplantarse o direito positivo recebido historicamente pelo direito absoluto e eterno. O que acontece será que estas construções elaboradas com este fim resultavam insuficientes, uma vez que ignoravam os novos problemas surgidos da evolução da vida social (48).

Do outro lado o positivismo também fracassava, como também as correntes naturalistas (materialismo, evolucionismo etc.). Entretanto, desta doutrina, para STAMMLER, pode-se retirar uma verdade: a de que, no historicismo, e mesmo no positivismo e no naturalismo, se acentuou a consciência da existência de uma realidade social, como magnitude efetiva, como dado histórico que não pode ser substituída por construções da razão. O problema, portanto, consiste em saber o que corresponde à razão e o que compete à história, para a elaboração dos programas jurídicos (49). STAMMLER, portanto, nos trará a concepção de que se pode formular o

(45) BODENHEIMER, Edgar. *Teoría del Derecho*, ob. cit., pp. 193-194.

(46) BODENHEIMER, Edgar. *Teoría del Derecho*, ob. cit., p. 194.

(47) SICHES, Recaséns. *Tratado General de Filosofía del Derecho*, ob. cit., p. 453.

(48) SICHES, Recaséns. *Tratado General de Filosofía del Derecho*, ob. cit., p. 453.

(49) SICHES, Recaséns. *Tratado General de Filosofía del Derecho*, ob. cit., p. 453.

ideal jurídico de um tempo e lugar concreto, sem por isso estabelecermos uma carta absolutamente válida para todos os povos em todas as épocas.

STAMMLER buscará o equilíbrio entre duas posições antagônicas, pois, como acabamos de ver, retirando características de cada corrente, ele elaborará uma nova doutrina. Para STAMMLER, se queremos encontrar algo absoluto, não podemos colocar dentro dele elementos relativos. Para exemplificar: se queremos ordenar papéis, não se tomará como critério um desses papéis, mas, sim, se deverá criar um método que sirva para ordenar qualquer classe de papéis⁽⁵⁰⁾. Esta é, na teoria de STAMMLER, a contribuição do positivismo. De outro lado, encontramos o conteúdo do Direito Natural, ou a contribuição jusnaturalista, quando STAMMLER diz que a justiça não pode consistir em nenhum conteúdo concreto e sim em uma forma universalmente válida para ordenar todos os conteúdos existentes e por existir. Deverá ser, portanto, um método que represente harmonia absoluta e incondicionada de todas as matérias sociais. Para STAMMLER, a harmonia absoluta é uma "idéia", entendida esta palavra no seu sentido kantiano, ou seja, STAMMLER, seguindo neste aspecto Kant, distingue "conceito" como determinação unitária e comum de uma série de objetos análogos, enquanto a "idéia" significa a representação da unidade harmônica de todos os objetos possíveis⁽⁵¹⁾.

BODENHEIMER ressalta no ressurgimento do Direito Natural o movimento do direito livre que surge na Europa no começo do século XX:

"Os partidários do direito livre negavam que as normas e disposições do direito positivo constituíssem uma base suficiente para a decisão dos casos reais. Sustentavam que há e haverá sempre, no direito, lacunas que o juiz tem que preencher. Sua tese geral era a de que, ao preencher essas lacunas, o juiz tem que levar em conta as convicções éticas e as opiniões sociais predominantes no lugar e na época em que viver"⁽⁵²⁾.

O movimento de direito livre foi encabeçado na Alemanha por HERMANN KANTOWITZ (1877-1940) e ERNST FUCHS (1859-1929), que defendiam uma liberdade de decisão judicial de largo alcance. O juiz deverá na sua atividade criadora livre levar em consideração as convicções sociais do povo e especialmente considerar as circunstâncias de cada caso. Este movimento do direito livre que pode inicialmente despertar simpatias deve ser estudado na sua repercussão na realidade alemã da época. Este movimento pode trazer perigos como este que nos cita BODENHEIMER:

(50) SICHES, Recaséns. *Tratado General de Filosofia del Derecho*, ob. cit., p. 455.

(51) SICHES, Recaséns. *Tratado General de Filosofia del Derecho*, ob. cit., p. 455.

(52) BODENHEIMER, Edgar. *Teoria del Derecho*, ob. cit., p. 201.

“A administração da justiça do Terceiro Reich de Adolf Hitler é “livre” no sentido de que as bases jurídicas formais não são consideradas como as fontes únicas do direito. O juiz nazista ao ditar a sentença tem que atuar de acordo com os princípios gerais da concepção nacional-socialista do mundo” (53).

Finalmente, antes de concluirmos este capítulo, devemos fazer referência ao neotomismo e à teoria da instituição.

O neotomismo ou neo-escolasticismo é uma filosofia do direito metafísico, de caráter devidamente católico, derivado do pensamento de São Tomás de Aquino. Homens como GENY, SALEILLES, CHARMONT, HAURIU, RENARD e LE FUR, embora não concordando entre si em aspectos importantes de suas concepções jurídicas, têm em comum a crença em um Direito Natural, anterior e superior ao direito positivo. Os neotomistas aceitam o conceito de Direito Natural de São Tomás de Aquino; já visto anteriormente, descartam a idéia da escola jusnaturalista clássica de que o Direito Natural é uma ordem imutável de regras jurídicas definidas e concretas, contidas em alguns princípios gerais e abstratos (54).

“RENARD diz que o Direito Natural é idêntico à idéia de bem comum e de justiça e que compreende aqueles princípios que derivam diretamente da natureza do homem enquanto ser de razão. LE FUR sustenta que existem três princípios do Direito Natural: observar os pactos brevemente concluídos, reparar os danos injustamente impostos a outra pessoa e respeitar a autoridade. GENY identifica o Direito Natural com aquelas regras racionais que emanam da natureza das coisas. Um neotomista holandês, CATHREIN, considera o princípio *suum cuique tribuere* (dar a cada um o que é seu) como o postulado fundamental do Direito Natural. Todas estas normas de Direito Natural se parecem muito com as do próprio São Tomás de Aquino (55).

Antes de estudarmos o positivismo na Ciência do Direito, vamos citar uma esclarecedora passagem da obra de RECASÉNS SICHES, *Introdução ao Estudo do Direito*. O tema objeto de estudo é muito vasto e o objetivo aqui é o de simplesmente traçar as linhas gerais de pensamento filosófico do Direito. A riqueza e profundidade do tema podem nos levar muito além, o que, entretanto, ultrapassaria os limites deste pequeno estudo. Para encerrar esta primeira parte relativa aos Direitos Naturais, ficamos com as palavras de SICHES sobre a importância das doutrinas de Direito Natural:

“As doutrinas de Direito Natural nos ensinaram que o Direito não é idêntico ao poder e a força. O que os governantes, os grupos dominantes ou os indivíduos privados fazem não é necessa-

(53) BODENHEIMER, Edgar. *Teoría del Derecho*, ob. cit., p. 205.

(54) BODENHEIMER, Edgar. *Teoría del Derecho*, ob. cit., p. 210.

(55) BODENHEIMER, Edgar. *Teoría del Derecho*, ob. cit., p. 210.

riamente Direito. O Direito surge somente quando os homens se submetem a restrições no exercício de sua vontade arbitrária.”

“Outro mérito do enfoque de Direito Natural consistiu na clara consciência da íntima relação que existe entre o Direito e a idéia de Justiça. Todo Direito aponta em direção à justiça. Mas nossos recursos limitados, nossa inteligência limitada e o uso incompleto de nossa razão determinam que seja extraordinariamente difícil a realização de uma ordem complementar justa. Esta dificuldade não é motivo de desesperança, e não nos dá nenhuma desculpa para abandonar nossos esforços dirigidos ao estabelecimento de uma “sociedade boa” (56).

3 — O positivismo na ciência do Direito

No capítulo anterior estudamos a evolução do pensamento jurídico sobre o Direito Natural. É muito importante, neste momento, chamar atenção para o fato de que será justamente a partir da corrente que chamamos jusnaturalismo abstrato que começará a se formar o pensamento positivista na ciência do Direito.

Como bem salienta o professor EDGAR DE GODOI DA MATA-MACHADO, “a chamada Escola do Direito Natural e das Gentes é muito pouco das Gentes e menos ainda do Direito Natural” (57).

De GROTIUS até KANT, procurava-se na verdade uma teoria do Direito positivo. GROTIUS procurava um Direito *voluntário*, constituído ou legítimo. HOBBS se desvencilha do direito da natureza, para dar lugar às leis civis que são únicas, permanentes e eficazes. PUFFENDORF esmera-se em balizar o campo do Direito Civil, que em linguagem atual significa Direito positivo, cuja fonte é a vontade estatal. O Direito Natural de THOMASIUS constitui-se apenas de conselhos que só obrigam moralmente. LOCKE dizia que, para a existência do Estado jurídico, deveria, apenas, existir um superior comum dotado de autoridade para julgar as ações e omissões dos homens. SPINOZA diria que o pacto que resultaria no Estado Civil transferia ao Poder Público e à sociedade a soberania antes pertencente à natureza. EMMANUEL KANT (1724-1804), que representa o auge da Escola, concentra sua atenção no *jus structum* que não se mescla com a moral, considerando o *jus naturae* simplesmente como um direito em sentido lato (*jus latum*) ou ainda direito equívoco (*jus aequivocum*).

Portanto, a teoria jurídica de KANT representará o ápice da Escola de Direito Natural e da Filosofia do Direito; marca o início das novas tendências e de novos métodos aplicados ao estudo do direito. A partir daí

(56) SICHES, Recaséns. *Introducción al Estudio del Derecho*, Editorial Porrúa, S.A., 4ª edição, México, 1977, pp. 295-296.

(57) MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. *Elementos de Teoria Geral do Direito*, ob. cit., p. 87.

as preocupações serão com o estudo do *direito escrito*. A idéia central do jusnaturalismo ou jusracionalismo que coloca a razão como fonte do Direito Natural leva à crença de que o jurista, através de um esforço de sua razão, poderia elaborar leis positivas perfeitas, contendo o Direito Natural. Poder-se-ia então forjar o código perfeito que deverá por esse motivo ser aplicado mecanicamente pelos juizes. É a época do surgimento dos grandes códigos modernos e entre eles o Código de Napoleão (Código Civil Francês) redigido em 1800 e promulgado em 1804 ⁽⁵⁸⁾. Assistimos portanto o início da redução do Direito a expressão da vontade estatal através dos documentos de origem legislativa. A partir daí é fácil entender a negação do Direito Natural.

BODENHEIMER considera como precursores do positivismo o filósofo e reformador do Direito, Jeremias Bentham (1748-1832), na Inglaterra, e o alemão Rudolf Von Ihering (1818-1892). IHERING assim como BENTHAM negavam o Direito Natural através de um pensamento realista do Direito como política da força, e o Estado é o portador da força organizada e disciplinada, sendo portanto a instituição que tem o monopólio absoluto do direito de obrigar ⁽⁵⁹⁾.

JOHN AUSTIN (1790-1859) foi na Inglaterra o fundador da escola analítica. Em contraste com BENTHAM, AUSTIN estabelece uma ligação entre a Ciência do Direito e a Ciência da Ética. Para ele "a ciência da jurisprudência se ocupa das leis positivas, ou simplesmente de leis em sentido estrito; sem considerar bondade ou maldade". ⁽⁶⁰⁾ De outro lado, a Ciência da legislação, como um ramo da ética, tinha como função estabelecer um padrão para se medir o Direito positivo assim como os princípios nos quais deveria embasar a lei para merecer aprovação. Esta separação da teoria do Direito da ética, defendida por AUSTIN, é uma das características da jurisprudência analítica. Seguindo esta atitude, o jurista só se ocupa do Direito, enquanto que o legislador ou o filósofo, mais interessados em problemas éticos, se ocupam do Direito que deve ser. Este pensamento de Austin terá repercussão mais tarde no pensamento dos tratadistas ingleses Thomas Erskine Holland, William Markby, Sheldon Amos e John Salmond, assim como no pensamento dos alemães Bergbohm e Berling, do Húngaro Felix Somló e dos russos Korkunov e Petrazhitski, defensores do positivismo jurídico ⁽⁶¹⁾.

(58) MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. *Elementos de Teoria Geral do Direito*, ob. cit., pp. 87-88.

(59) MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. *Elementos de Teoria Geral do Direito*, ob. cit., pp. 99-100.

(60) BODENHEIMER, Edgar. *Teoria del Derecho*, ob. cit., pp. 297-299.

(61) BODENHEIMER, Edgar. *Teoria del Derecho*, ob. cit.

3.1. Hans Kelsen

Sem dúvida, o mais importante e mais polêmico pensador do positivismo jurídico será KELSEN. KELSEN irá purificar a Ciência do Direito de toda e qualquer outra influência. Na *Teoria Pura do Direito*, ele estabelecerá com clareza e lógica o objeto do estudo do Direito:

“A *Teoria Pura do Direito* é uma teoria do Direito positivo — do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. É teoria geral do Direito, não interpretação de particulares normas jurídicas, nacionais ou internacionais. Contudo fornece uma teoria da interpretação” (62).

Mais adiante, KELSEN critica a ciência jurídica tradicional no decurso dos séculos XIX e XX, que para ele estão de um modo inteiramente acrítico se confundindo com a psicologia, a sociologia, a ética e a teoria política. Explica o jurista que esta confusão mistura metodologias diversas que obscurecem a essência da ciência jurídica. Entretanto o autor, ao purificar a ciência jurídica estabelecendo os limites impostos pela natureza do seu objeto, não ignora ou nega a conexão do direito com estas outras ciências. (63)

O conhecimento jurídico deve se dirigir às normas que possuem o caráter de normas jurídicas e que por este motivo conferem a determinados fatos o caráter de atos jurídicos ou antijurídicos. O Direito é, portanto, “uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano. Com o termo ‘norma’ quer-se significar que algo *deve ser* ou acontecer, especialmente que o homem se deve conduzir de determinada maneira”. (64)

A obra de KELSEN, com uma lógica extraordinária e uma linguagem extremamente clara, traz importante contribuição para o estudo do Direito positivo.

Na obra *Teoria Geral das Normas*, KELSEN explicará que a validade de uma norma fundamenta validade da outra. 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 a Constituição deve ter origem em outra norma. Qual seria esta norma? Para KELSEN, esta norma é uma ficção, puramente racional, que dá realidade à Constituição, sem entretanto

(62) KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, Armênio Amado. Editor Sucessor — Coimbra, 1979, 5ª edição, tradução do Dr. João Baptista Machado, p. 17.

(63) KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, ob. cit., pp. 17-19.

(64) KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, ob. cit., p. 21.

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 ou 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 uma inferior, se a validade desta é fundamentada pela validade daquela. A realidade 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, produzem 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 da Constituição é relativo. Visto a partir da Constituição, tanto uma ordem moral positiva quanto um *ordenamento jurídico são um concatenamento da 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 componente de norma é determinada, sem fixar o conteúdo das normas que devem ser estabelecidas.” (65)

Importante ressaltar que KELSEN, nesta obra *Teoria Geral das Normas*, retificará sua posição anterior com relação à Norma Fundamental. Após este trabalho, tudo o 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 afirmado, quando a tratava como uma hipótese. A Norma Fundamental, aquela que fundamenta o *ordenamento jurídico*, passa a ser vista neste trabalho como uma norma *fictícia meramente pensada, produto de um simples ato de vontade também fictício.* (66)

Contrário a este pensamento de KELSEN está a teoria sociológica que afirma ser “contrário à experiência um sistema de normas jurídicas, fundado numa Norma Fundamental, sem contrapartida de uma realidade social

(65) KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas (Allgemeine Theorie der Normen)*, Tradução e revisão de José Florentino Duarte, Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, RS, 1986, pp. 329-330.

(66) KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*, ob. cit., p. VIII.

subjacente. Sem a infra-estrutura social da conduta inexistem normas, valores, Direito positivo enfim". (67)

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 ir-se até o final; deve abandonar a doutrina da norma básica". (68)

Pensamos que a norma fundamental deve ser negada, pois acreditamos que não pode o Direito se fechar à realidade social como não pode se separar nunca do seu valor fundamental, ou seja, o conceito de justo.

Vamos recorrer às palavras da Professora ELZA MIRANDA AFONSO para encerrarmos esta pequena passagem pelo rico pensamento de Hans Kelsen:

"Embora reconhecendo as grandes contribuições de Kelsen para o pensamento jurídico, grandes nomes da doutrina do Direito têm apontado a insuficiência 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." (69)

3.2. Outras correntes de pensamento positivista na ciência do Direito

KELSEN terá vários seguidores, e sua obra, cerca de 604 títulos entre originais e traduções, será amplamente divulgada. A Escola Vienense da Teoria do Direito foi objeto de estudos em 1968 por parte de KLECATSKY, MARCK e SCHAMBECK, e após o Seminário de Viena inicia-se o prestígio da *Teoria Pura do Direito* com juristas como CHARLES ESEUMANN, na França, LUIS LEGAZ Y LACAMBRA, na Espanha, TOMOO ITAKA, no Japão, e WIKTOR SUCKIENICKI, na Polônia. (70)

(67) 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.

(68) 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 Munir Karam, Luis Regis Prado, conferencistas ..., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, p. 123.

(69) MIRANDA AFONSO, Elza Maria. *O Positivismo na Epistemologia Jurídica de Hans Kelsen*. UFMG, Belo Horizonte, Minas Gerais, 1984, p. 296.

(70) BARACHO, José Alfredo de Oliveira. "Aspectos da Teoria de Kelsen", *Revista da Faculdade de Direito*, maio de 1979, V. 27, n. 21, pp. 9-489, UFMG, p. 14.

Nos Estados Unidos, em Berkerley, foi formado por KELSEN um grupo de alunos que teria como objetivo aperfeiçoar uma ciência jurídica livre de ideologias, o que teve repercussão na América Latina e Ásia Ocidental. Hoje, as correntes da Filosofia do Direito, principalmente a jurisprudência analítica de H. L. A. HART e a Escola Realista Escandinava de ALF ROSS, este último já citado, puseram dúvidas ao pensamento kelseniano. (71)

Outras teorias surgiram, e faremos referência a algumas destas, como, por exemplo, Positivismo Sociológico na Ciência do Direito Européia. A doutrina do sociólogo austríaco LUDWIG GUMPLOVITZ (1838-1909) deu uma base sociológica à teoria positivista, afirmando que o Direito é essencialmente um exercício de poder do Estado. O Direito, para ele, aspira estabelecer e manter o domínio do grupo mais forte sobre os mais fracos, empregando para ele o poder do Estado. "A finalidade e a idéia diretriz do Direito são a manutenção e a perpetuação da desigualdade política, social e econômica." (72)

BODENHEIMER ressalta a inconseqüência da teoria de GUMPLOVITZ, pois, enquanto apresenta este como um meio de manter e perpetuar a desigualdade, de outro lado, caracteriza o Direito como uma arma importante empregada pelas classes oprimidas na sua luta de emancipação a caminho da liberdade e da igualdade. GUMPLOVITZ podia ter razão quando afirmava ser impossível atingir a total e absoluta igualdade e liberdade na vida social, o que mesmo assim é uma afirmação complexa que deve ser objeto de uma prolongada reflexão. Entretanto, ele foi incapaz de compreender a idéia inerente ao Direito de que não se pode realizar este sem um certo grau de liberdade e igualdade na vida social humana. (73)

JOSEF KOHLER (1849-1920) comete um erro semelhante. Para KOHLER, toda forma de civilização deve encontrar o Direito mais adequado. Não há, para ele, um Direito eterno, o Direito deve adaptar-se a uma cultura que avança constantemente, e a sociedade deve modelar o Direito de tempo em tempo de acordo com as novas condições. Para KOHLER não é certo que seu Direito seja totalmente inconcebível à vida humana em sociedade. "O instrumento de controle em uma determinada sociedade pode ser o poder, a administração, a moral ou o costume. Não tem que ser necessariamente o Direito. Além disto, mesmo que uma ordem social reconheça uma forma determinada de Direito, pode muito bem tratar-se de uma forma não desenvolvida ou francamente desenvolvida. Um realitivismo sociológico que vê tantas formas de Direito quantas formas de civilização humana existem está tão exposto a objeções como o positivismo analítico

(71) BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Aspectos da Teoria de Kelsen*, ob. cit. p. 14.

(72) BODENHEIMER, Edgar. *Teoria del Derecho*, ob. cit., p. 321.

(73) BODENHEIMER, Edgar. *Teoria del Derecho*, ob. cit., p. 323.

de KELSEN. Conduz a uma extensão indevida do termo 'Direito', que se emprega para indicar qualquer classe de regulamento social-humano." (74)

Podemos afirmar que o Direito sofre influências do meio, e com este meio deve evoluir, mas não podemos esquecer que determinados valores não podem nunca ser retirados do Direito, pois, isto acontecendo, estaríamos praticando o mesmo erro daqueles que reduzem o Direito e a sua validade à norma produzida pelo Estado, o que pode justificar regimes cruéis e desumanos, que tudo fazem em nome da lei.

Para encerrarmos este item do nosso estudo, e antes de conceituarmos de forma genérica o Positivismo, vamos estudar ainda a escola sociológica do Direito nos Estados Unidos da América do Norte.

A diferença, ou o contrato, entre racionalismo e empirismo foi o grande confronto da filosofia jurídica norte-americana no século XX. No século passado, o pensamento jurídico norte-americano era basicamente racionalista e idealista, sendo que a filosofia do Direito Natural dominava o pensamento dos advogados, juizes e tratadistas. Considerava-se o *Common law* como um sistema racional que encarnava a razão transcendental. A função do juiz era simplesmente a de encontrar e reconhecer a norma aplicável através de um processo de dedução. A decisão judicial não é Direito, mas sim a manifestação de um Direito Natural eterno (75).

A aparição dos antagonismos sociais e econômicos no início do nosso século levou a uma incredulidade crescente com relação à existência de uma lei natural eterna que permitisse aos homens o controle da vida social através de um processo meramente racional. Na Ciência do Direito e na Filosofia jurídica surge o ataque à doutrina tradicional pela escola sociológica que terá como principal representante ROSCOE POUND, que pretende substituir o racionalismo pelo empirismo e o pragmatismo. (76)

ROSCOE POUND realmente, em sua obra *Las Grandes Tendencias del Pensamiento Jurídico*, (77) resalta a importância do filósofo do Direito, KOHLER, que, como já vimos anteriormente, representa a escola positivista sociológica do Direito europeia, a qual já fizemos uma breve análise crítica onde pudemos destacar suas falhas principais.

ROSCOE POUND assinala a importante contribuição de KOHLER quando este afirma que a formulação metódica dos postulados jurídicos corresponde à civilização de cada tempo e lugar. Para o autor é de fundamental importância o reconhecimento do elemento na história do Direito, evitando o menosprezo do passado e a excessiva fé em esquemas de razão abstrata, como ocorreu no Direito Natural do século XVIII, o que

(74) BODENHEIMER, Edgar. *Teoria del Derecho*, ob. cit., pp. 324-325.

(75) BODENHEIMER, Edgar. *Teoria del Derecho*, ob. cit., p. 329.

(76) BODENHEIMER, Edgar. *Teoria del Derecho*, ob. cit., p. 330.

(77) POUND, Roscoe. *Las Grandes Tendencias del Pensamiento Jurídico*. Ediciones Avrii, Barcelona, 1950, Tradução de José Prig Brutan, p. 187.

representou o seu fracasso. Para ROSCOE POUND, pode-se considerar a jurisprudência como uma ciência de engenharia social. “A engenharia é uma atividade que deve ser considerada como um processo, uma atividade, e não simplesmente como um conjunto de conhecimento ou como uma estrutura já fixada antecipadamente.” (...) “A tarefa que nos incumbe é a de estudar a ordem jurídica e não a de discutir sobre a natureza do Direito. Pensamos em interesses, pretensões e demandas, não em Direito subjetivo”. (78)

Para o jurista e professor de Harvard, pode-se enumerar seis tendências deste pensamento jurídico: “estudo dos efeitos sociais que realmente se derivam das instituições e doutrinas jurídicas; estudo das maneiras de conseguir que as regras de Direito tenham efetividade; estudo sociológico como preparatório da legislação; estudo do método jurídico; uma história do Direito de base sociológica e a importância que se reconhece a que os casos individuais possam resolver-se de uma maneira razoável e justa, enquanto que a última geração se contentava com a justiça abstrata que emanava de regras abstratas”. (79)

MACHADO PAUPERIO, analisando a obra de POUND, afirma que, como adepto da jurisprudência dos interesses, ROSCOE POUND “deu-lhe a feição de um humanismo social. Tal humanismo transforma o Direito numa verdadeira *engenharia social*, dando ao jurista, por missão, o papel de engenheiro ou do construtor social do Direito, com a tarefa de atuar em nome e em benefício da sociedade”. (80)

Nos parece que este pensamento, embora levando em consideração a influência da sociedade e sua evolução histórica no Direito, comete o erro de ignorar determinados “Direitos” que devem sempre permanecer. É um pensamento extremamente prático que pode ter bons efeitos práticos, mas que reduz o Direito a um instrumento, retirando dele todo o conteúdo ético que o Direito deve ter. Corremos o risco de, segundo este pensamento, nos tornarmos essencialmente práticos, rápidos e até mesmo eficientes, mas sem nenhuma consistência, o que pode com o tempo colocar tudo a perder, quando a máquina de resolver problemas, que se tornará o Direito, cair em mãos erradas.

Deixando o professor de Harvard, podemos ainda encontrar uma rica bibliografia de autores positivistas. O professor JOSÉ ALFREDO BARACHO nos mostra outros modelos alternativos ao positivismo kelseniano como as teorias de ALF ROSS (On Law and Justice) ou de H. L. A. HART

(78) POUND, Roscoe. *Las Grandes Tendencias del Pensamiento Jurídico*, ob. cit., pp. 200-201.

(79) POUND, Roscoe. *Las Grandes Tendencias del Pensamiento Jurídico*, ob. cit., pp. 201-202.

(80) PAUPERIO, A. Machado. *A Filosofia do Direito e do Estado e suas Maiores Correntes*. Livraria Freitas Bastos S.A., Rio de Janeiro, 1980, p. 124.

(The Concept of Law) que se orientam filosoficamente na direção do positivismo ou empirismo lógico e da filosofia analítica. ⁽⁸¹⁾

Entretanto, não pretendemos aqui fazer referência, o que seria difícil, a todos os principais pensadores do positivismo. Vamos apenas citar uma pequena passagem do livro de H. L. A. HART, quando este afirma que “parece plausível a ocorrência de ações imorais pela aceitação de padrões, sem que, no entanto, sejam tais ações prejudiciais a outros”. (...) É naturalmente possível admitir-se a coerção legal, pela sociedade, da moral aceita, independente de argumentos de justificação, uma vez que se trata de moral coativa.”

Moral pela moral, lei pela lei, em nome da preservação da sociedade tal qual ela está estabelecida. O Direito reflete a moral existente na sociedade.

Finalmente, para encerrar este capítulo sobre o positivismo jurídico, vamos citar o grande jurista italiano NORBERTO BOBBIO no livro *Giusnaturalismo e Positivismo Giuridico*, onde este explica que, no “plano de conhecimento, o positivismo jurídico apresenta-se como aquela teoria que separa o estudo do Direito que é do estudo do Direito que deve ser, convidando o jurista a considerar Direito aquele que é efetivamente praticado como tal em uma sociedade, independente do fato que seja moralmente apreciável. No plano da aplicação, o positivismo jurídico apresenta-se como aquela teoria que afirma a existência de um dever de fidelidade e de obediência ao Direito positivo, independentemente do ou ainda a prejuízo do dever de obediência à norma moral, convida o cidadão e o juiz a obedecer, incondicionalmente, à lei enquanto tal.” ⁽⁸²⁾

Em terceiro lugar, sob o plano da produção jurídica, o positivismo jurídico apresenta-se como aquela teoria que nega modelos obsoletos de conduta na qual possa inspirar-se o legislador, em outras palavras, à possibilidade de conhecer e determinar racionalmente o valor. ⁽⁸³⁾

BOBBIO explica que se pode dizer ainda sobre o positivismo o seguinte:

“1) no primeiro sentido, por positivismo jurídico se entende a proposta de um método para estudar o Direito, ou melhor, um certo tipo de *approach* (caminho) para o estudo do Direito; 2) no segundo sentido, o positivismo jurídico é uma verdadeira e própria ideologia, ou a proposta de um critério por distinguir o bem do mal, isto que deve fazer daquilo que não se deve fazer, ou se não agrada a palavra ideologia, o positivismo jurídico é um tipo de moral; 3) no terceiro sentido, o positivismo jurídico é, ou melhor, se acompanha com, ou é fundido sobre uma

(81) BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Aspectos da Teoria de Kelsen*, ob. cit., p. 47.

(82) BOBBIO, Norberto. *Giusnaturalismo e Positivismo Giuridico*.

(83) BOBBIO, Norberto. *Giusnaturalismo e Positivismo Giuridico*, ob. cit., pp. 149-150.

teoria filosófica, em particular sobre aquela teoria filosófica que é conhecida com o nome de relativismo ético...

4. *O marxismo no Direito*

MARX, na sua obra *Crítica à Filosofia do Direito de Hegel*, acentuou bastante o contraste entre idealismo e materialismo. O conceito de lei como expressão do poder é de central importância. "O Direito é visto por MARX e ENGELS, como por todo o movimento marxista, essencialmente como parte componente da superestrutura ideológica que se segue acima da realidade material do controle dos meios de produção." (84)

KARL KORSCH, no preâmbulo do livro de PASHUKANIS, *A Teoria Geral do Direito e o Marxismo*, salienta que mesmo os melhores teóricos materialistas marxistas sempre interpretaram as teses de MARX em um único sentido: "que o 'conteúdo' de todas as relações jurídicas com existência histórica é, ele próprio, fixado pelas relações econômicas que as fundamentam, sendo assim o direito economicamente determinado no seu conteúdo. Esta tese representava para todos marxistas a diferença essencial entre a sua concepção ideológica dos filósofos idealistas do direito e dos juristas positivistas". (85)

Entretanto, é importante ressaltar que no estudo posterior a MARX não há, salvo duas exceções, (86) nenhuma obra que se refira ao ponto de partida que MARX fixou para a crítica dialético-materialista do Direito. Não encontramos neste período uma crítica da forma jurídica e sem uma análise da modificação de função da norma jurídica e a alteração das normas. Isto significa que, de forma não-crítica, este pensamento se situa no mesmo terreno "positivo" da concepção universalmente dominante entre os juristas burgueses, que o autor chama de "ideologia da propriedade privada". (87)

KARL KORSCH nos mostra, pois, que será o marxista e jurista soviético Pashukanis que enfrentará a questão a este nível, afirmando este que não será somente os conteúdos variáveis de todas as relações e normas jurídicas em vigor um fetiche, mas a própria forma do direito que tem um caráter tão fetichista quanto a forma de mercadoria em matéria de economia política. Portanto, com este tipo de pensamento, pode-se concluir que o Direito só pertence à época histórica da produção mercantil capitalista, refletindo o conjunto de relações sociais existentes no interior da sociedade capitalista e do seu Estado. Nesta mesma linha de raciocínio, pode-se então concluir que, na futura sociedade comunista, com a destruição do capi-

(84) FRIEDRICH, Carl J. *Perspectiva Histórica da Filosofia do Direito*, ob. cit., p. 161.

(85) PASHUKANIS. *Teoria Geral do Direito e o Marxismo*, Centelha, Coimbra, 1977, 2ª edição, p. 9.

(86) PASHUKANIS. *A Teoria Geral do Direito e do Marxismo*, ob. cit., p. 13.

(87) PASHUKANIS. *A Teoria Geral de Direito e o Marxismo*, ob. cit., p. 15.

talismo do “Estado” burguês, das suas classes e dos seus antagonismos de classes, o Direito não só será transformado no seu conteúdo como também “desaparecerá” como forma.

KORSCH, no seu importante texto que foi colocado a título de apresentação na segunda edição do livro de PASHUKANIS já citado, coloca que este, em determinados aspectos, representa um retrocesso em face das idéias de MARX e ENGELS. Pashukanis, por exemplo, se nega a falar em desaparecimento da moral na sociedade comunista. Ele afirma que as formas específicas da consciência e da conduta moral própria à atual realidade histórica, após desempenharem o seu papel, cederão o seu lugar a outras formas superiores. Da mesma maneira, PASHUKANIS, ao examinar o problema do Direito e da violação deste, se refere a um novo sistema de política criminal após a abolição de classes, não entrando no mérito se nestas circunstâncias seria ainda necessário um sistema penal, contentando-se apenas em suprimir o caráter jurídico e a denominação “Direito Penal”.

Neste momento, convém abrir um espaço nesta crítica ao pensamento de PASHUKANIS feita por KORSCH para esclarecer o seguinte: a crítica é voltada para o Direito positivo existente nas sociedades capitalistas que o autor chama de Direito positivo burguês. Portanto, o Direito por ele considerado é o Direito produzido pelo Estado, que seria pois produto das relações econômicas e sociais existentes na sociedade neste momento histórico. Até este momento tudo está claro, e mais óbvio ainda é a compreensão de que, acabando o Estado burguês, acaba também este Direito. Nos parece porém que esta idéia de extinção de Direito do Estado não deve significar a extinção do Direito propriamente dita se entendermos este como algo mais amplo do que o simples Direito positivo. Obviamente, como teoria materialista, esta não aceita a concepção idealista ou transcendental do Direito presente nos defensores do Direito Natural. Entretanto este pensamento marxista vem sendo utilizado para se descobrir e explicar novas formas de Direito, que não aquele produzido pelo Estado, mas isto não cabe ser debatido agora.

PASHUKANIS afirma, na sua obra, que o “direito radica nas condições materiais da vida, o direito não tem história independente, o direito positivo pode e se deve às suas divisões de acordo com as necessidades do desenvolvimento social, isto é, econômico”.⁽⁸⁸⁾

Quando estudamos o marxismo no Direito, devemos estudar a expressão deste em uma sociedade estruturada a partir dos moldes do pensamento marxista. JACQUES BELLON em estudo sobre o Direito soviético nos explica que:

“O que é necessário compreender bem, no momento de abordar o estudo de Direito soviético, é que ele não tem outro valor aos olhos dos juristas soviéticos senão o de um instrumento (. . .) A originalidade da concepção soviética do Direito reside, pois, em

(88) PASHUKANIS. *A Teoria Geral do Direito e o Marxismo*, ob. cit., pp. 256-257.

negar-lhe todo o valor em 'si mesmo'. Em oposição à maioria dos sistemas jurídicos clássicos ocidentais que colocam o direito acima das instituições que desejavam vê-lo aproximar-se cada vez mais de um direito ideal — que outros qualificam de 'natural' —, válido para a humanidade inteira, o sistema soviético do direito reduzindo-se a um conjunto de normas às quais nada mais se pede além de serem as mais aptas para facilitar o advento progressivo mais completo do comunismo, esclarecendo e ordenando as relações econômicas e sociais e educando os cidadãos." (89)

5 — Conclusão

Mais uma vez afirmamos que o nosso objetivo não é, e nem poderia ser, o de encerrar o tema. O que fazemos aqui é uma mera introdução a um riquíssimo campo de pesquisa.

O Direito está em constante evolução. Já estudamos o Direito Natural e suas diversas correntes e deles tiramos a importante lição de que o Direito é um conceito muito mais amplo do que aquilo a que os positivistas querem reduzi-lo: as normas produzidas pelo Estado. Os positivistas, principalmente com Kelsen, nos dão subsídios para estudarmos as normas jurídicas, o Direito positivo, o que não significa que concordemos com a redução do Direito a estas normas.

Com as correntes sociológicas entendemos que o Direito não pode ser somente o Direito ideal, universalmente válido e imutável. O Direito muda com a realidade social, é produto desta. Entretanto, o Direito não é também somente o reflexo das sociedades em lugares e tempos diferentes. Apesar de necessariamente dever representar a evolução desta sociedade, existem certos princípios inseparáveis do conceito do Direito que devem instruir estas novas normas. O Direito é o justo, e se esquecermos isto estaremos prontos para aceitar o poder legal de tiranos que em determinados momentos possam ser aceitos por uma sociedade como seu valor supremo.

O marxismo nos oferece meios científicos para a crítica do Direito positivo das sociedades capitalistas, abrindo uma perspectiva para a descoberta de um novo tipo de direito, apesar de os marxistas, na sua maioria, anunciarem o fim do Direito, o que entretanto só pode ocorrer para eles na sociedade comunista.

A aceitação da contribuição marxista na crítica do Direito positivo existente não significa que concordemos com tudo, o que seria incoerente com a posição anteriormente adotada. Há um valor superior no Direito, o que não significa que, através de métodos materialistas, o histórico do Direito independe do Direito positivo. Este método não se confunde com aquele método sociológico positivista, pois este não propõe modificações nas estruturas sociais, ele é apenas reflexo desta, o que transforma em Direito quase tudo. O Direito que propomos é aquele social e economicamente justo.

(89) BELLON, Jacques. *O Direito Soviético*. Livraria Almedina, Coimbra, 1975, p.

BIBLIOGRAFIA

- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. "Aspectos da Teoria de Kelsen". *Revista da Faculdade de Direito*, maio, 1979, v. 27, n. 21, p. 9.489, UFMG.
- BELLON, Jacques. *O Direito Soviético*, Livraria Almedina, Coimbra, 1975.
- BOBBIO, Norberto. *Giusnaturalismo e Positivismo Giuridico*, Edizioni di Comonista Milano, 1977. 3ª edição, 1ª edição, 1965.
- BODENHEIMER, Edgar. *Teoria del Derecho*. Fondo de Cultura Económica. México, 1942.
- BURITY, Tarcísio Miranda. "Kelsen e o Direito Internacional Consuetudinário" in *Estudos de Filosofia do Direito: uma visão integral da obra de Hans Kelsen / coordenação geral Munir Karan, Luis Régis Prado, conferencistas ...*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- FRIEDRICH, Carl Joachim. *Perspectiva Histórica da Filosofia do Direito*, Zahar Editores, Rio de Janeiro, 1965.
- GONZALEZ, Horacio. *Karl Marx*. Editora Brasiliense S.A., São Paulo, 1984, Encanto Radical nº 63.
- KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas (Allgemeine Theorie des Normen)*, Tradução e Revisão de José Florentino Duarte, Sérgio Antônio Fabris, Editor, Porto Alegre, RS, 1986.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, Armênio Amado. Editor Sucessor — Coimbra, 1979, 5ª edição, tradução de Dr. João Baptista Machado.
- LITRENTO, Oliveiras Lessa. *Curso de Filosofia de Direito*. Rio de Janeiro. Ed. Rio, 1980.
- MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. *Elementos de Teoria Geral do Direito*, 3ª edição, Editora UFMG/PROED, Belo Horizonte, 1986.
- MIRANDA AFONSO, Elza Maria. *O Positivismo na Epistemologia Jurídica de Hans Kelsen*. UFMG, Belo Horizonte, MG, 1984.
- PASHUKANIS. *A Teoria Geral do Direito e o Marxismo*. Centelha, Coimbra, 1977, 2ª edição.
- PAUPERIO, A. Machado. *A Filosofia do Direito e do Estado e suas Maiores Correntes*. Livraria Freitas Bastos S.A., Rio de Janeiro, 1980.
- POUND, Roscoe. *Las Grandes Tendencias del Pensamiento Jurídico*. Ediciones Ariel, Barcelona, 1950, Tradução de José Luiz Brutan.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social e outros Escritos*, Editora Cultrix, São Paulo, 1987, tradução de Rolando Roque da Silva.
- SICHES, Recaséns. *Tratado General de Filosofia del Derecho*, 6ª edição, Editorial Porrúa S.A., México, 1978.
- SICHES, Recaséns. *Introducción al Estudio del Derecho*. Editorial Porrúa S.A., 4ª edição, México, 1977.
- STRAUSS, Leo. *Droit Naturel e Histoire*. Librairie Plon, Paris, 1954, Traduit de l'anglais par Monique Nathan et Eric Dampiere.
- VILANOVA, Lourival. "Teoria da Norma Fundamental" (Comentários à margem de Kelsen), in *Anuário do Mestrado em Direito*, Recife 1977, Universidade Federal de Pernambuco.

A crise brasileira e o momento político

(Visão de um advogado)

ARNOLDO WALD

Se há uma palavra que possa resumir o consenso que se estabelece na sociedade brasileira, neste momento, é o vocábulo crise. Nos jornais, nas revistas, nos seminários, nos livros, na TV, a crise é o *leit-motiv*, a preocupação básica de todos os brasileiros, nos mais variados níveis econômicos, sociais e culturais.

Que significa a crise? É um desequilíbrio, uma ruptura de uma época com o seu passado, a criação de novas tecnologias e instituições, a modificação de uma visão da vida, uma concepção filosófica, religiosa e cultural, o abandono de uma escala de valores, a súbita ausência de normalidade nas operações cotidianas.

As crises são as mais variadas no seu conteúdo, na sua densidade, na sua natureza. Há crises globais e setoriais e, algumas vezes, uma crise global que enseja ou repercute em numerosas crises setoriais. Assim, a atual crise brasileira abrange a crise política, financeira, cultural, universitária, institucional. Reconhece-se a crise do endividamento, da energia, do empobrecimento progressivo, do Estado, da previdência social, do sistema de saúde, da insegurança, das moedas etc.

Na realidade, há uma crise global, que decorre das transformações sofridas pela nossa civilização, que fez com que os serviços coletivos não mais atendessem adequadamente às suas funções, o Estado-Providência se

Palestra proferida por ocasião da "2ª Etapa do Ciclo ABBC de Opiniões e Idéias Brasil 89 — Momento Econômico Brasileiro e Eleição Presidencial", realizada em 22-6-89, no Maksoud Plaza, SP.

considerasse falido e as novas tecnologias não fossem seguidas das modificações sociais e humanas que se faziam necessárias.

Assim sendo, a crise do Ocidente é uma crise de modernização e de reformulação de uma política humana adequada ao ritmo fulminante que o desenvolvimento técnico adquiriu nas últimas décadas. É preciso lembrar que, nos últimos cinquenta anos, o mundo mudou mais do que nos cinco séculos anteriores e que, de 1898-1988, o universo evoluiu mais do que desde o início da era cristã até 1900. Se levamos dez mil anos para chegar dos primeiros sinais escritos até a Revolução Industrial, em menos de um século e meio, passamos da máquina a vapor à idade da revolução do átomo, da informática e da ida do homem à Lua.

No Brasil, o ritmo dessa evolução foi ainda mais rápido, pois o nosso País, na década de 1940, ainda correspondia aos níveis de civilização da Europa e dos Estados Unidos do início do século. E de 1930 a 1989, em sessenta anos, o Brasil certamente evoluiu muito mais do que desde a descoberta até o início da Segunda Guerra Mundial. Em cerca de trinta anos transformamos um país predominantemente rural e agrário em industrial e urbano, o que os Estados Unidos levaram mais de um século para fazer. Essas transformações provocaram evidentes dificuldades, ensejando mudanças políticas e estruturais e criando gargalos de estrangulamento decorrentes do atraso do homem em relação à máquina.

Podemos dizer que o Brasil de hoje tem uma economia do século XXI, sendo a sétima ou oitava do Ocidente, mas a sua política e, em grande parte, a sua sociedade ainda são as existentes no século XIX. Daí a grande revolução de modernização, que deve ser feita pela sociedade, e o descontentamento decorrente da ausência de soluções políticas e administrativas, todas elas sendo obsoletas, com mensagens não adaptadas ao nosso tempo, fazendo com que se tenha afirmado com certa frequência, nos últimos anos, que no plano político-administrativo estamos na contra-mão da história.

A grande revolução moderna é, em primeiro lugar, a do Estado, devendo significar simultaneamente a redução da sua área de atuação e um melhor funcionamento no campo que lhe é reservado. Modernizar significa em primeiro lugar privatizar.

Efetivamente, o mundo está, desde o início do século e, em particular, após a Constituição de Weimar, na busca da conciliação do liberalismo político com o dirigismo econômico. Procurou-se fazer do Estado uma grande entidade de previdência e bem-estar social, sem medir os custos do empreendimento. Organizou-se, assim, o *Welfare State* nos países democráticos, enquanto, na área comunista, sacrificava-se a sociedade civil ao Estado, destruindo-se aquela para fortalecer este.

Com o decorrer do tempo, os países do Leste tiveram que reconhecer a completa falência de sua economia, abrindo as portas para a *Perestroika*, sob todas as suas formas, e ensejando, progressivamente, a reorganização da pequena propriedade privada, a crescente importância da empresa e do conceito de lucro, e abrindo as portas ao capital estrangeiro, sob a forma de *joint venture*. A recente evolução da Rússia, as eleições da Polônia, as manifestações na China, a abertura crescente da Hungria comprovam o abandono dos dogmas do marxismo e a morte do comunismo.

Por outro lado, nas democracias ocidentais, o Estado teve que enfrentar as dificuldades do seu hiperdimensionamento, de sua onipresença, da hipertrofia de suas atividades e do excesso de regulamentação, que ensejaram, ao mesmo tempo, a inflação monetária e a inflação legislativa, criando simultaneamente a insegurança econômica e a insegurança política.

A falência da previdência social não é problema peculiar ao Brasil, pois já ameaçou a França e os Estados Unidos, e o conseqüente excesso de tributação também põe em risco o desenvolvimento do país. Foi essa a razão pela qual os recentes movimentos que encontramos, tanto nos Estados Unidos, como na Europa e em certos países asiáticos, têm como finalidade diminuir o papel do Estado na sociedade, desregular, privatizar ou reprivatizar a economia. Trata-se de acabar com o que se denominou adequadamente "a megalomania do Estado",⁽¹⁾ a fim de reduzi-lo as suas justas e adequadas dimensões, estruturando o que GUY SORMAN denominou o "Estado Mínimo",⁽²⁾ pois, na concepção atual o Estado moderno se caracteriza como devendo ser o "Estado Modesto",⁽³⁾ mas eficiente. Modesto na sua área de atuação e eficiente pela utilização dos métodos privados de gestão. Há, pois, duas privatizações: uma de área de atuação e a outra de metodologia de gestão. Na medida em que se desenvolve, o Estado deve deixar, nas suas relações com a sociedade, de sofrer as grandezas e misérias do autoritarismo e do direito administrativo e ser o catalizador consensual e dialogador do progresso da sociedade. Simultaneamente nos seus serviços públicos, deve adotar sempre que possível as técnicas privadas.

A privatização da gestão estatal, seja na administração direta, seja nas autarquias e nas empresas estatais e mistas, é uma das grandes lições que devemos apreender na reformulação da nossa sociedade. A história brási-

(1) JEAN FRANÇOIS REVEL, *El Estado Megalómano*, tradução espanhola da obra intitulada em francês *L'État de grâce*, Barcelona, Editora Planeta, 1983. Do mesmo autor, *Le rejet de l'État*, Paris, Grasset, 1984.

(2) GUY SORMAN, *L'État Minimum*, Paris, Albin Michel, 1985.

(3) MICHEL CROZIER, *État Modeste, État Moderne*, Paris, Fayard, 1987.

leira revela um movimento contrário, no qual sempre que demos liberdade à administração, muito rapidamente voltamos a estabelecer uma camisa de força para evitar que adquirisse agilidade, rapidez e flexibilidade. Assim, no passado, criamos as autarquias e em seguida aplicamos-lhes os princípios da administração direta; posteriormente, organizamos as sociedades mistas e logo após elas foram autarquizadas. Está na hora de privatizar a gestão, transformando as repartições públicas em agências com a estrutura privada, como está sendo feito na Inglaterra, substituindo chefes e subchefes por gerentes eficientes. Ainda na semana passada, um jornal paulista publicava interessante reportagem comparando as dificuldades administrativas do Presidente de uma sociedade mista com as de uma empresa privada, o que explica o alto custo da administração pública quando não aceita, como aliás determina a Constituição, as normas comerciais não apenas do ponto de vista legal, mas também no tocante aos bons princípios de organização administrativa.

Há alguns anos atrás o antigo secretário da Fazenda dos Estados Unidos, que recentemente nos visitou, WILLIAM SIMON, escrevia, num livro intitulado *Tempo de Verdade*,⁽⁴⁾ que a excessiva presença do governo na sociedade americana estava levando os Estados Unidos ao suicídio político, do qual a história da cidade de Nova Iorque tornou-se a prova incontestável. Em tempo hábil, os americanos reagiram contra a excessiva tributação, invocando o princípio que justificara a própria independência do seu país — *no taxation without representation*. E a representação política americana, tanto nas Assembléias estaduais como mediante plebiscitos e manifestações populares, exigiu do Executivo uma modificação estrutural da política econômica do país, com menos intervenção, menos inflação e menos tributos.

A modernização significa, assim, uma verdadeira revolução cultural na qual as classes empresariais e as demais camadas da população devem ocupar os espaços vazios decorrentes da obsolescência dos políticos. A sociedade civil, pelos seus órgãos próprios e especialmente mediante um sistema descentralizado, tem que substituir o Estado nas áreas em que ele se revelou inoperante ou perturbador do bom desenvolvimento das instituições.

Cabe assim ao empresariado exercer uma nova função que ele desconhecia, mas da qual não pode fugir e que consiste em substituir o poder público nos campos em que este faliu, falhou ou não tem mais condições de estar sempre atuando.

(4) WILLIAM SIMON, *A time for truth*, edição de Reader's Digest Press e McGraw-Hill Book Company, New York, 1978, especialmente pp. 126 e seguintes. Do mesmo autor, em sentido idêntico, *A time for action*, publicação de Berkley Books, New York, 1980.

Na realidade, o papel do empresário também mudou nos últimos trinta anos, na medida em que a informática criou uma nova civilização. Efetivamente, por longo tempo, os empresários puderam viver num mundo de relativa previsibilidade e racionalidade, no qual a sua atuação no passado permitia prever o futuro. Era o tempo em que as circunstâncias externas, as modificações políticas nacionais ou a conjuntura internacional pouco influenciavam a vida cotidiana do homem de negócios. Já agora os fatores exógenos adquirem para ele importância de primeiro plano, podendo afetar seriamente a sua produção e comercialização.

A transformação da economia corresponde um novo tipo de empresário, que deverá trazer à sociedade a colaboração do seu espírito empresarial, sendo simultaneamente um organizador de equipe e um planejador de novas formas de produção e comercialização no plano interno e externo. O novo *manager* precisa ter, além dos conhecimentos específicos, a adequada intuição, a coragem intelectual, a ponderação e a energia, sendo simultaneamente um *homem de comunicação*.

O discurso político de caráter literário ou demagógico já está ultrapassado. O que se exige hoje é uma nova geração de homens públicos que saiba equilibrar e conciliar os projetos econômicos e os projetos humanos, restabelecendo a liberdade de mercado, complementada por um sistema de normas morais, que não permitam a sobrevivência de um capitalismo selvagem.

Não basta criticar o papel desempenhado pelo Estado, é preciso criar mecanismos adequados de substituição das suas funções, para conciliar o uso adequado das novas tecnologias com os interesses e a participação de todos os membros da comunidade.

A revolução da informática não se limita aos seus aspectos técnicos e quantitativos. Exige uma reformulação qualitativa da relação entre os vários segmentos da sociedade para que se unam para produzir mais e melhor e, ao mesmo tempo, assegurar a todos uma melhor qualidade de vida. (5)

Falou-se muito, no passado, da diferença entre o crescimento que é simplesmente quantitativo e acético e o desenvolvimento que é qualitativo e profundamente ligado ao homem, abrangendo a racionalização da administração, da legislação, do exercício dos poderes, a difusão do ensino e o aperfeiçoamento do sistema de saúde, a formação e o recrutamento dos

(5) ANTOINE RIBAUD, *Modernisation, mode d'emploi*, Paris, Union Général d'Éditions, 1987, pp. 24 e seguintes.

homens e a orientação da poupança e dos recursos necessários para o investimento que o país exige para manter a sua condição no mundo hodierno.

O líder moderno tem compromissos não só com o crescimento, mas com o desenvolvimento, pois sabe que, como diziam os filósofos gregos, ainda hoje, o homem é e continua sendo a medida de todas as coisas.

As novas tecnologias correspondem às necessidades da produção e da exportação, mas exigem a melhor utilização da criatividade humana, obrigando os países e as empresas a mudanças não apenas quantitativas mas qualitativas. Podemos dizer que, até 1960, o crescimento foi obtido pela intensificação e multiplicação das capacidades existentes e das cadências de produtividade dos equipamentos.

Com a informática, o investimento no homem passou a ser o mais importante, pois o aumento da mão-de-obra não qualificada não mais garante o desenvolvimento da produção. Passa assim a existir uma solidariedade necessária entre as mudanças tecnológicas, o conteúdo do trabalho e a mudança das relações sociais.

Diante de produtos novos e de novos serviços, que se multiplicam a cada momento, é preciso que ocorra também a inovação institucional, estrutural, social e política, sob pena de criar um *gap* no qual as máquinas estejam adiantadas em relação à sociedade e esta delas não possa usufruir adequadamente, por estar em crise constante.

A educação, a formação permanente, a participação dos empregados nos lucros, a informação de todos aqueles que colaboram num mesmo programa de trabalho estão a exigir a reformulação de uma sociedade cujas estruturas, na maioria dos casos, se liberaram do coronelismo político, mas se mantêm presas ao coronelismo econômico.

O Brasil, se abrir a sua economia, se modificar as suas estruturas, tem todas as condições de se transformar na quinta potência mundial do século XXI. Se não o fizer, mantendo-se numa economia fechada, com sistemas políticos e sociais baseados em programas do século passado, assistiremos à africanização do Brasil.

Esta opção foi a que enfrentou o Japão a partir do início deste século, aumentando 10 vezes a renda *per capita* dos seus habitantes entre 1950 e 1985, enquanto o Brasil a triplicava. Em recente livro intitulado *a Revanche do Terceiro Mundo*, um geógrafo francês, Jean Claude Chesnais, imagina o cenário mundial de 2025 no qual atribui ao Brasil um PIB de quase três trilhões de dólares, enquanto o dos Estados Unidos teria alcançado 5 trilhões

e o do Japão se manteria em cerca de 2. No mencionado cenário, a China e a Rússia se apresentam com resultados distintos, conforme tenham ou não conseguido realizar uma profunda liberalização. Com uma economia liberal, a China teria um PIB de quase 8 trilhões de dólares, tornando-se a primeira economia do mundo e a Rússia ultrapassaria os Estados Unidos, com 5,2 trilhões. No caso contrário, mantido o fechamento da economia dos dois países, a China teria um PIB de 2,6 bilhões, inferior ao do Brasil, e a Rússia ficaria na mesma situação, com cerca de 2,5 bilhões de dólares. (6)

Essas previsões nos mostram o Brasil podendo ocupar conforme o caso ou a terceira ou a quinta posição na economia mundial. Essa possibilidade pressupõe, evidentemente, que superemos a inflação, a desordem política e econômica e que o País utilize racionalmente os seus recursos, passando a ser gerido de modo moderno.

Trata-se de matéria em que existe consenso no discurso político, mas absoluta falta de capacidade de transformar o discurso em atos, com a necessária coragem cívica e intelectual da coerência entre o que se apregoa e se faz.

Podemos evocar no Brasil não a lição da Argentina e da Alemanha de Weimar, mas a situação da Inglaterra de 1940, à qual Winston Churchill só prometia sangue, suor e lágrimas, mas que conseguiu voltar a ser uma das grandes potências do mundo moderno após os dez anos da política agressiva e privatizante de Margareth Thatcher. É Keynes quem escrevia, naquela época, que não faltavam à Inglaterra recursos materiais, mas sim lucidez e coragem.

Numa fase de crise que permite todas as inovações, o que se necessita é que o Brasil possa escolher, em 15-11-1989, um líder com lucidez e coragem. Lucidez para fazer o diagnóstico correto da situação, que todos conhecemos e que consiste em combater a inflação, cortar o déficit público, privatizar o Estado, criar uma revolução cultural do empresariado para levá-lo a ética da participação e dos empregados para entusiasamá-los com a modernização do país. Coragem para que as idéias não fiquem no discurso.

(6) JEAN CLAUDE CHESNAIS, *La revanche du tiers monde*, Paris, Robert Laffont, 1987, p. 308.

A coragem, definia HEMINGWAY, é a dignidade sob pressão. É preciso termos um líder que saiba manter a sua dignidade sob todas as pressões, a sua coerência, em todos os momentos, por maiores que sejam os interesses em jogo.

É necessário que em torno dele possamos ter uma equipe de união nacional, com o apoio dos congressistas, das mídias e da opinião pública.

É ainda indispensável que haja uma verdadeira mobilização das várias camadas da população para, dentro da competência de cada um, suprir, pela criação de órgãos e instrumentos próprios, as falhas decorrentes da ausência do Estado. Acordos entre empresas e comunidades, negociação externa por industriais e exportadores brasileiros interessados em evitar as retaliações, criação de um clima para uma renegociação da dívida que possa ser global, simultaneamente política e econômica, abrangendo não só os débitos mas o regime dos investimentos, a conversão, as *joint ventures*, tudo isso pode significar uma nova fase de maior presença da sociedade civil e dos meios empresariais ao lado e em complemento à atividade estatal.

Não há dúvida que estamos pressupondo um esforço extraordinário da sociedade como um todo, numa economia de guerra, para evitar que possa acontecer no Brasil o que acaba de ocorrer na Argentina, tomando as providências antes, em vez de fazê-lo depois dos acontecimentos nefastos. Mas o julgamento heróico consiste justamente em distinguir o extraordinário do impossível, e nós sabemos que não são os cétricos que fazem a história e que os princípios e as teses de pouco valem, sem homens que possam colocá-los em prática e aplicá-los de modo adequado.

A revolução democrática vitoriosa no plano político deve ser complementada pela revolução econômica e tecnológica, mas somente será consagrada quando for simultaneamente uma revolução moral. É pois preciso deixar de procurar justificações e bodes expiatórios pelas dificuldades que enfrentamos, e assumir as nossas responsabilidades, conciliando os imperativos econômicos e éticos e restabelecendo o primado do direito, pois é ele que submete a economia à moralidade. Somente assim evitaremos os perigos da ditadura, de um lado, e da anarquia, de outro.

Se assistirmos ao fim das ideologias, não se pode continuar fugindo da realidade e não aceitar as responsabilidades do poder. Dizia o poeta alemão GOETHE que é fácil pensar, difícil agir, mas o mais difícil é agir de acordo com o nosso pensamento.

Dimensões jurídicas da autonomia desportiva na Constituição de 1988

ÁLVARO MELO FILHO
Advogado. Professor de Direito.
Conselheiro do CND.

Com o advento da nova Constituição instaurou-se em segmentos da comunidade desportiva brasileira uma “febre” ou “crise” de autonomismo, ou seja, pleitos, posturas e decisões que, retoricamente, fundam-se na *autonomia*, mas, na sua essência, buscam a *independência* das entidades desportivas dirigentes e associações. Alerta-se, de início, que a *autonomia* recém-outorgada, se exercitada sem limites e sem fronteiras, terminará por derruir e desestruturar a organização e o funcionamento de todo o sistema desportivo nacional. Em face desses aspectos repontados impende fixar-se, com a precisão possível, o verdadeiro sentido e alcance da autonomia desportiva inserida na Carta Magna de 1988, especialmente no art. 217, I, que prevê a *autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações, quanto à sua organização e funcionamento*.

O conceito de *autonomia* tem provocado infindáveis discussões suscitadas pela ausência de método científico e pela diversidade de pontos de vista, de ordem política ou jurídica, para a determinação desse preciso conteúdo. Aliás, *autonomia* é vocábulo de origem filosófica, transitado da ciência política e depois introduzido na doutrina jurídica, assumido, nesta última, inúmeras significações, muitas das quais contraditórias. Ademais, no plano sociológico, a *autonomia* não é dada naturalmente, nem é adquirida por normas legais, mas é objeto de conquista permanente e cotidiana.

Como preleciona T. RAMÓN FERNANDES, “la historia prueba asimismo que el concepto de autonomía alude a un cierto poder de autonormación — y, por extensión, de autogobierno —, que existe y se reconoce por y para la mejor satisfacción de un círculo específico y concreto de necesidades peculiares que la justifican en razón de su misma sigularidad

y que, al propio tiempo, contribuyen a precisar sus concretos límites. Es, pues, por hipótesis, un poder limitado y funcional, que ha de comprender todas la facultades necesarias y suficientes — y sólo éstas — para el despliegue de la vida propia de la organización u ordenamiento particular de los que se predica y que reconoce, en consecuencia, un límite en la existencia misma del ordenamiento general y superior en el que se inscribe, sin el cual o fuera del cual no puede siquiera se concebido.” (in *La Autonomía Universitaria: ámbito y límites*, Ed. Civitas, Madrid, 1982, p. 35.)

No plano do direito, a autonomia é concebida por ZANOBINI como “a faculdade que têm algumas associações de organizar-se juridicamente, de criar um direito próprio, direito não só reconhecido como tal pelo Estado, mas que este incorpora a seu próprio ordenamento jurídico e declara obrigatório como as demais leis e regulamentos”. Contudo, esta *autonomia* de “criar um direito próprio” ou de dar-se leis está atrelada às especificidades técnicas do objeto de atuação das entidades desportivas incondicionadas ao ordenamento jurídico estatal, que não pode, por exemplo, determinar que o “penalty” do futebol seja cobrado com a mão ou a “cesta” do basquete convertida com o pé.

Ainda no plano estritamente jurídico, a *autonomia* assemelha-se e pode comparar-se ao *poder discricionário* onde há uma margem de escolha de atuação ou uma certa liberdade de ação dentro dos limites estabelecidos pela lei, afastada qualquer semelhança ou paralelismo com o *poder arbitrário*. Convém esclarecer que na *discricionariedade* (ou autonomia) a prática dos atos está subordinada, pelo legislador, a um *mínimo legal*, enquanto que na *arbitrariedade* (ou “autonomia ilimitada”) há uma atuação desbordando os genéricos contornos legais fixados e descumprindo frontalmente normas e diretrizes gerais, donde exsurge a injuridicidade. E não é outra a lição de HELY LOPES MEIRELLES, para quem o “poder discricionário” não se confunde com poder arbitrário. Discricionariedade e arbítrio são atitudes inteiramente diversas. Discricionariedade é liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei; arbítrio é ação contrária ou excedente da lei. Ato discricionário, quando autorizado pelo direito, é legal e válido; ato arbitrário é sempre ilegítimo e inválido. De há muito já advertia JEZE: “Il ne faut pas confondre pouvoir discrétionnaire e pouvoir arbitraire”. “Mais uma vez insistimos nesta distinção, para que o administrador público, nem sempre familiarizado com os conceitos jurídicos, não converta a discricionariedade em arbítrio, como também não se arreceie

de usar plenamente de seu poder discricionário, quando estiver autorizado e o interesse público o exigir.” (in *Direito Administrativo Brasileiro*, Ed. RT, 13.^a ed., 1987, p. 81.)

Demais disso, juridicamente, a autonomia não pode traduzir-se em liberdade absoluta e incondicionada, daí por que o Tribunal Constitucional Espanhol, em sentença de 2-2-81, decidiu que “*resulta claro que la autonomía hace referencia a un poder limitado. En efecto, autonomía no es soberanía — y aún este poder tiene sus límites — y dado que cada organización (Territorial) dotada de autonomía puede oponerse al de unidad, sino que es, precisamente dentro de éste, donde alcanza su verdadero sentido*” (in *Boletín Oficial del Estado*, suplemento n.º 47, de 24-2-81).

No plano do desporto, CAZORLA PRIETO (in *Deporte y Estado*, Politéia, Madrid, p. 245), sintonizado com esta colocação jurídica, preleciona que “*la autonomía del deporte moderno no puede de ninguna manera ser absoluta. En primer término, porque su peso económico reclama un apoyo público, una cuota de financiación importante por parte del Estado. . . Por otro lado, el creciente impacto social del hecho deportivo aconseja al Estado tomar en sus manos la ordenación, aunque sob sea externa, de muchas de sus manifestaciones. En tal sentido, hoy en día aún los países que gozan de un asociacionismo de tradición y raigambre que asume un protagonismo destacado en la gestación deportiva, otorgan al deporte una autonomía relativa y en ningún caso absoluta*”.

A dimensão jurídica da *autonomia* pode ser mensurada com vários exemplos extraídos da própria Carta Magna de 1988:

a) o Município, na organização político-administrativa da República Federativa Brasileira, é *autônomo* (art. 18), mas isso não significa que tenha *independência* para instituir e cobrar os tributos que lhe aprover, nem realizar eleições municipais anualmente, nem conceder aposentadoria voluntária aos seus servidores com 10 anos de serviço efetivo;

b) os partidos políticos têm assegurada “autonomia para definir sua estrutura, organização e funcionamento” (art. 17, § 1.º). No entanto, tal *autonomia* não enseja aos partidos políticos deixar de submeter e registrar seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral, nem possibilita lançar seu candidato à Presidência da República sem a exigível Convenção Nacional, nem habilita à propaganda partidária no interior dos hospitais e quartéis;

c) o Poder Judiciário detém “autonomia administrativa e financeira” (art. 99), mas isto não significa que possa conceder, por exemplo, 10 (dez)

dias de férias, por mês, aos magistrados, nem esta *autonomia* permite reverter, em favor dos juízes, as penalidades pecuniárias por eles aplicadas e pagas pela parte condenada;

d) o art. 127, referente ao Ministério Público, propicia uma nítida separação entre “independência funcional” (§ 1.º) e “autonomia funcional” (§ 2.º), cada uma com acepção própria, pois é lição cediça dos hermenutas clássicos que a lei não contém redundâncias e palavras inúteis. A propósito, ALIOMAR BALEEIRO preleciona que “é princípio de técnica legislativa o de que as palavras de um texto não devem ser empregadas em acepções diversas, do mesmo modo que um conceito não se deve designar por diferentes vocábulos técnicos, ainda que, para isso, o legislador deva enfrentar dificuldades a fim de evitar as repetições” (in *Direito Tributário Brasileiro*, Forense, Rio, 1986, p. 403).

Fossem insuficientes tais exemplificações para demonstrar, à sociedade, que a *autonomia* não se confunde com *independência* nem torna os entes desportivos livres de quaisquer condicionamentos jurídicos, impõe-se verificar a *autonomia* da universidade (art. 207); o que não lhe dá o direito de realizar três (3) vestibulares por ano, não lhe faculta alterar os currículos mínimos dos cursos e nem dispensar os discentes da frequência obrigatória mínima às aulas, pois, se assim o fizesse, estaria transformando sua *autonomia* em *independência*, sem o mais mínimo suporte constitucional.

Admitir-se a possibilidade de outorga de liberdade total é aceitar que dada universidade possa criar um curso de medicina, por exemplo, com um (1) ano de duração, onde a disciplina de cirurgia seja ministrada em apenas três (3) semanas.

Como a *autonomia* universitária (art. 207) em muito se assemelha à *autonomia* desportiva (art. 217, I), até porque ambas estão radicadas, topograficamente, no mesmo Capítulo III — Da Educação, da Cultura e do Desporto — da Lei Maior, não é despiciendo transcrever-se parte do Parecer SR-078, da Consultoria Geral da República, publicado no *DOU* de 16-12-88, onde estão assentados os fundamentos jurídico-constitucionais aplicáveis, *mutatis mutandis*, à *autonomia* desportiva:

“16. A *autonomia* universitária, qualquer que seja a dimensão em que se projete, objetiva assegurar às universidades um grau razoável de *autogoverno*, de *auto-administração*, de *auto-regência* dos seus próprios assuntos e interesses, sempre sob controle estatal, em função de sua tríplice destinação: o ensino (trans-

missão 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 MELLO (in *Revista de Direito Público*, vols. 73/57), "o reconhecimento de conveniência da adoção de medidas que autonomizam 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 desta liberdade para auto-administração universitária...".

22. O princípio da autonomia universitária, embora de extração constitucional, não configura um valor absoluto em si

mesmo e nem inibe 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 de 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 desvinculamento 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 continua sujeita (v. Lei n.º 5.540/68, arts. 47 e 49, v.g.).”

Inferese, então, de modo claro e inequívoco, que *autonomia* não corresponde à *independência*, impondo afastar-se, de logo, qualquer confusão do conceito de *autonomia* (face interna da entidade) com o de *independência* (face externa da entidade) ou, como assinala DURING, “es claro que *autonomia* no significa *independencia ni separación*” (in *Derechos Fundamentales y Relaciones entre Particulares*, Ed. Civitas, Madrid, 1985, p. 35). Outrossim, qualquer exegese que procure transformar esta *autonomia* em *independência* é abrir caminho para o “caos desportivo” e fazer das entidades e associações desportivas uma *res nullius* sujeitas às inclinações e caprichos do presidente ou do grupo dirigente.

Aliás, ao longo dos trabalhos da Constituinte tal dispositivo dispunha sobre a “autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações quanto à sua organização e funcionamento internos”, expressão esta “arrancada”, já na segunda votação da Comissão de Sistematização, sem debate, certamente para distorcer o sentido da norma, alterar seu alcance e atender a interesses imediatistas de grupos e de pessoas. Contudo, tal supressão da palavra “internos” não resultou em qualquer mutação normativa ou interpretativa em face da manutenção da expressão *sua*, que, por si só, é bastante e suficiente para circunscrever e delimitar a *autonomia* às matérias *interna corporis* dos entes desportivos.

Não se pode olvidar, igualmente, que o art. 24, IX, da própria Constituição ficaria inteiramente esvaziado no seu conteúdo se a *autonomia* das entidades desportivas dirigentes e associações fosse levada às raias do absolutismo. Vale dizer, a *autonomia* outorgada não tem o condão de derruir a competência constitucional da União, no âmbito da legislação concorrente, para estabelecer *normas gerais* (§ 1.º do art. 24) sobre desporto, pois, sem limites ou parâmetros legais, esta *autonomia* tanto pode afetar os interesses desportivos nacionais como embaraçar a aplicação de normas desportivas internacionais.

Neste contexto, tanto o dispositivo que assegura autonomia desportiva (art. 217, I, da CF) como o que atribui à União competência para legislar sobre desporto (art. 24, IX, da CF) devem funcionar harmonicamente, conquanto um não sobreleve ao outro, nem o anula.

Por força do art. 24, § 1.º, da Constituição Federal, a competência da União limitar-se-á a estabelecer *normas gerais*, ou seja, ficará adstrita à edição de uma legislação pricipiológica (normas gerais, diretrizes, bases). A expressão “norma geral”, na Constituição, foi usada para designar normas que delimitam o campo de abrangência e aplicabilidade de um instituto, traçam o contorno e, sem descer a pormenores, conformam uma moldura dentro da qual legislam as entidades desportivas.

A respeito das *normas gerais* que, no plano do Direito Tributário, visam a “regular limitações, traçar preceitos para evitar conflitos e preencher as lacunas do texto constitucional” (GERALDO ATALIBA, in *Rev. Dir. Público*, vol. 31, p. 271), na esfera do Direito Desportivo, podem ser definidas como aquelas que estabelecem as diretrizes aplicáveis indistintamente ao desporto nacional dentro dos princípios insculpidos na Constituição Federal. Por sinal, quando a Constituição atribuiu ao legislador competência para estabelecer *normas gerais*, teve por objetivo o desenvolvimento, por estas, de preceitos assecuratórios da *unidade do sistema desportivo*, qua não constavam de seu texto por uma questão de técnica legislativa, porquanto não devem as Constituições descer a detalhes ou mesmo conceitos gerais que possam ser passíveis de alterações eventuais por imposição de certas contingências.

Por isso mesmo, como repona J. C. VIEIRA DE ANDRADE, “as normas e princípios constitucionais têm necessariamente um certo grau de imprecisão ou fluidez e estão, por isso, com alguma freqüência, demasiado longe da realidade para poderem garantir, na prática, a clareza e a segurança desejáveis nas relações da vida social. Invocando esse fato, o legisla-

dor emite continuamente normas ordinárias destinadas a regular a aplicação dos preceitos constitucionais, fixando melhor os contornos dos direitos (e deveres) dos cidadãos ou, em certos casos, restringindo mesmo alguns deles, a fim de permitir a realização ou de defender valores comunitários." (in *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Almedina, Coimbra, 1987, p. 224.)

E este trabalho do legislador na edição *das normas gerais sobre desporto*, a par de explicitar, condicionar, adaptar e introduzir os preceitos constitucionais desportivos na "ordem jurídica real" e na práxis desportiva, afigura-se de grande relevância para "eviter l'atomization du mouvement sportif agirait de manière independant et autonome", além de "concilier la necessaire adaptation de ses structures avec saut indispensable unité", no dizer de PATRICK JACK (in *Sport et Descentralization*, Economica, Nice, 1988, p. 190).

Dentro desta perspectiva cabe lembrar que as *normas gerais sobre desporto* estão consubstanciadas, principalmente, na Lei n.º 6.251, de 8-10-75, sendo que essa ordem normativa — anterior e inferior ao Estatuto Fundamental — é recebida pela nova Constituição naquilo que não conflita nem contraria os novos preceitos constitucionais. Vale dizer, o fenômeno da recepção assegura a preservação do ordenamento jurídico infraconstitucional existente antes da nova Constituição, deixando de vigorar apenas as normas incompatíveis e inconciliáveis com a forma ou a substância dos novos preceitos maiores. Aliás, a permanência da legislação anterior tem respaldo na doutrina e jurisprudência:

a) no magistério de NORBERTO BOBBIO (in *Teoria dell'Ordinamento Giuridico*, p. 206) "no novo ordenamento tem lugar uma verdadeira e autêntica recepção de boa parte do velho: e consideram-se constitucionalmente acolhidas todas aquelas normas não ab-rogadas explícita ou implicitamente";

b) a recepção garante a prevalência do princípio da continuidade do direito, esclarecendo-se, conforme decisão do Supremo Tribunal Federal, que "a Constituição, por si só, não prejudica a vigência das leis anteriores (...), desde que não conflitantes com o texto constitucional... (v. RTJ, vol. 71/289-293).

Por outro lado, a regra da autonomia desportiva (inciso I) está submetida ao *caput* do art. 217 da Constituição, que, ao colocar as práticas desportivas como "dever do Estado", reconhece a possibilidade deste Estado demarcar legal e normativamente o exercício da autonomia desportiva,

delimitando-lhe as fronteiras. Demais disso, como “direito de cada um”, também insculpido no referido *caput*, a autonomia deve ceder lugar ao direito de todos ou ao interesse da coletividade.

Realce-se, ainda, que a *autonomia* é recíproca, sendo injurídica a invasão dos respectivos campos de economia doméstica pelos entes desportivos, com interferências indébitas ferindo os recíprocos direitos de autodeterminação e auto-regulação, sem perder-se de vista a imperiosidade de coexistência das entidades desportivas dirigentes e associações.

Na dicção do preceito constitucional (inciso I do art. 217), esta autonomia das entidades dirigentes e associações desportivas expressa-se no resguardo de administração própria, ou seja, do que lhe é inerente e exclusivo quanto “à sua organização e funcionamento”, sem discrepar das diretrizes legais federais, pela própria e fundamental necessidade de não permitir, no país, sistemas desportivos estanques, fechados, separados, gerando dificuldades e incompatibilidades que colocariam em risco a essencial e vital unidade desportiva nacional.

J. M. RINAUD, com proficiência, respalda e ratifica este entendimento ao asseverar que “l'autonomie du mouvement sportif est respectée par la reconnaissance de sa compétence exclusive pour edictor les reglements. Cette compétence n'est pas discrétionnaire: les principes consacrés par le droit national ne peuvent être meconnus” (in *Sport et Descentralizacion*, Economica, Nice, 1988, p. 30).

Autonomia não quer dizer anárquica inexistência de normas, nem significa *independência* e *insubordinação* às normas gerais fixadas na legislação desportiva e indispensáveis àquele mínimo de coerência reclamado pelo próprio sistema desportivo nacional, sob pena de trazer nefastas conseqüências para o desporto brasileiro como, por exemplo:

- a) inviabilizar a execução do Plano Nacional de Desporto;
- b) inibir a elaboração do calendário desportivo nacional;
- c) ensejar o uso imoderado de propaganda nos uniformes desportivos de competição, inclusive de fumo e bebidas alcoólicas;
- d) tornar incontrolada e comprometedora a participação de delegações brasileiras em competições internacionais;
- e) obstacular a organização das várias instâncias da Justiça Desportiva reconhecida, constitucionalmente, nos §§ 1.º e 2.º do art. 217 da Lei Maior;
- f) permitir que os estatutos das entidades desportivas dirigentes e associações descartem a eleição como forma democrática de escolha de seus

mandatários, ou possibilitem a fixação de mandatos com duração de 50, 80 ou 100 anos, eternizando as cúpulas diretivas.

Realçando-se que a distinção entre autonomia e independência não é meramente teórica ou semântica, mas sobretudo prática, atente-se para um outro expressivo exemplo centrado no futebol brasileiro. Se à CBF fosse reconhecida autonomia plena, incondicionada, total e absoluta, sem qualquer vinculação às normas e diretrizes federais, igualmente a essa “independência” fariam jus os clubes que desejassem desfiliar-se, e, reunidos, constituir uma nova entidade diretiva denominada Federação Brasileira de Futebol Profissional, com lastro no art. 5.º, incisos XVII e XVIII, da Constituição Federal. A partir daí, à luz do art. 50, letra c, do Estatuto da FIFA, a CBF, tendo “desejado de constituir uma autêntica Asociación Nacional de fútbol en su país”, correria o sério risco de ser “expulsada” ou desfilhada da FIFA, pois a pluralidade de entidades diretivas nacionais de futebol compromete e torna duvidosa a autenticidade (qualidade o que é genuíno, legítimo) da CBF como associação nacional representativa de todo o futebol brasileiro.

Não é demais destacar que MICHOUUD, ao tratar do direito de autonomia das pessoas jurídicas, enfatiza que:

“Este direito é o que lhe pertence de reger por si mesmo os seus próprios negócios, de desenvolver sua personalidade *no círculo de ação traçado pela lei*. Este direito, como os outros, é regulamentado pelo Estado-legislador e, nos limites fixados por ele, pode ser defendido perante os tribunais em nome do ser moral. Seu limite se acha, exatamente, no direito subjetivo de controle que pertence ao Estado. Na ausência de textos é o direito de autonomia que prepondera, porque, para a pessoa moral, como a pessoa física, o princípio é a liberdade. O Estado não pode intervir para restringir esta liberdade senão na medida em que for autorizado por sua própria lei” (cf. LEÓN MICHOUUD, *La Théorie de la Personnalité Morale*, 1960, III/297).

A atual legislação desportiva federal, instituída pelo Estado, em nada atenta contra a letra ou o espírito deste preceito constitucional, porquanto, no magistério de LYRA FILHO, “só por instinto de subversão poder-se-á recusar ao Estado, ainda o mais democraticamente organizado em regime de liberalismo *ronflant*, o direito de disciplinar as atividades públicas do desporto e o direito de policiar suas manifestações”. (*Introdução ao Direito Desportivo*, Pongetti, Rio, 1952, p. 286).

Ressalte-se que muitos estão a invocar a liberdade de associação (art. 5.º, XVII), constitucionalmente assegurada entre os direitos e garantias individuais, para justificar a “autonomia externa” das associações e entidades desportivas dirigentes, tornando-as imunes e insusceptíveis a quaisquer limites e contornos fixados pelo legislador ordinário, quando é a própria Constituição que, no art. 24, IX, lhe confere poderes de determinação e concretização de normas gerais sobre desporto, seja desenvolvendo os princípios e normas insculpidos no art. 217 da Carta Magna, seja disciplinando os interesses gerais e superiores do desporto.

A propósito, J. GILARDIN, no trabalho “Le sport et la liberté d’association” (in *Les Droits des Sportifs*, ASBL Ed., Liège, 1988), preleciona que, inobstante a liberdade de associação esteja constitucionalmente assegurada, em face das especificidades da atividade desportiva, “l’autonomie ainsi réclamée ne pourrait certainement pas être synonyme d’indépendance par rapport à la légalité dans laquelle s’inscrit le contrat d’association” (p. 27), até porque, em direito, é impossível “imaginer exercer une liberté sans qu’an préalable les bornes de celle-ci soient bien connues” (p. 44). Por sinal, não se pode deslembrar que o direito de associação nas entidades desportivas exercita-se diferentemente de outras espécies associativas, conquanto a maioria das entidades desportivas recebe recursos públicos e assume determinadas funções públicas de caráter administrativo, como o poder sancionador de seus órgãos integrantes da Justiça Desportiva, reconhecida pelos §§ 1.º e 2.º do art. 217 da Constituição Federal.

Por outra parte, não se pode cogitar de colisão ou choque entre o direito de associação (art. 5.º, incisos XVI e XVII) e a autonomia interna (art. 217, inciso I) dos entes desportivos, sobretudo em face dos limites imanentes e das circunstâncias especiais que envolvem o tratamento jurídico da matéria desportiva. Fazer preponderar o direito de associação para transmutar a autonomia desportiva em independência é tão equivocado e injurídico quanto seria permitir que a liberdade de expressão da atividade intelectual resultasse em quebra do dever de sigilo profissional ou bancário, ou invocar o direito de propriedade para não pagar impostos, ou usar a liberdade artística para furtar o material necessário à execução de obras de arte, ou arrimar-se na liberdade de locomoção para atravessar a via pública sem vestuário, ou, ainda, amparar-se no direito de reunião para ensejar a saída diária dos presos dos presídios.

A autonomia *sub examem* não é um fim em si mesmo, mas um meio de dotar as entidades desportivas de instrumentos legais capazes de possibilitar uma plástica organização e um flexível mecanismo funcional que

permitam o eficiente alcance de seus objetivos, e isto envolve, necessariamente, uma profunda revisão do excesso de leis e de amarras burocráticas que cerceiam e tolhem o gerenciamento desportivo das entidades desportivas.

In casu, o que se pretende com este inciso I do art. 217 é a *autonomia* para que as entidades desportivas dirigentes e associações tenham *sua* (própria) forma de organização e funcionamento, sem nada de padronização ou feitiço esteriotipado nos assuntos *interna corporis*. Vale dizer, afasta-se a autoritária e despropositada intromissão estatal nas questões internas da administração do desporto, prática essa incompatível com o regime democrático. Por sinal, a democracia vive as diferenças que geram a sociabilidade, e o mundo desportivo necessita de *autonomia* para organizar-se e funcionar de acordo com a realidade e a dinâmica própria de cada entidade desportiva, devendo atender às solicitações e exigências do meio em que atuam, donde exurgirão soluções mais realistas e duradouras. Ou seja, somente com autonomia propiciar-se-á às entidades desportivas dirigentes e associações buscar fórmulas capazes de resolver seus problemas, enriquecendo a convivência e acrescentando à sociedade desportiva idéias criativas e soluções inovativas mais adequadas às peculiaridades de *sua* estrutura (organização) e de *sua* atuação (funcionamento), desde que respeitados os limites da legislação desportiva nacional e resguardados os parâmetros das entidades desportivas internacionais.

A autonomia das entidades e associações desportivas está sujeita à observância de limites definidos pelas normas gerais sobre desporto oriundas do Congresso Nacional, mesmo porque inexistente no mundo jurídico direito irrestrito, não sendo crível, ademais, admitir-se que interesses de um grupo de pessoas possa sobrepor-se aos interesses da coletividade. Exsurge daí a necessidade de fixar-se, legalmente, as normas gerais ou parâmetros para balizar o exercício da autonomia no plano desportivo, até porque autonomia desportiva é um conceito autolimitado pelas leis do país, pelos interesses superiores do desporto e pelos pressupostos constitucionais.

Em suma, evidencia-se de modo incontroverso e cristalino a possibilidade de plena convivência entre o instituto da autonomia desportiva, de um lado, e os poderes de ordenação e de controle do Estado, de outro. Não se negam, não se repelem e nem constituem *deux choses qui hurlent de se trouver ensemble*.

Configuram, pelo contrário, situações só aparentemente antagônicas, posto que, na realidade, complementam-se, no interior do nosso sistema a de direito positivo, em harmoniosa interação e inarredável integração.

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, 47 a 53, 55 a 105.

“ÍNDICE DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA (NÚMEROS 1 a 100)” (Distribuição gratuita aos assinantes da Revista).

“CONSTITUIÇÕES DO BRASIL” (edição 1986) — 2 volumes

Volume 1 — Textos das Constituições de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967 e suas alterações.

Texto consolidado das Emendas n.ºs 1/69 a 27/85.

Volume 2 — Índice temático geral (comparativo) de todas as Constituições brasileiras.

(No prelo: edição com a Constituição de 1988.)

Não estão relacionadas as obras esgotadas.

**“CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL —
QUADRO COMPARATIVO” (5.ª edição — 1986)**

Texto consolidado das Emendas n.ºs 1/69 a 27/85, comparado à Constituição promulgada em 1967 e à Constituição de 1946.

Notas explicativas, contendo os textos dos atos institucionais e das emendas à Constituição de 1946.

Índice temático.

(No prelo: edição comparativa da Constituição de 1988.)

“CONSTITUIÇÃO FEDERAL E CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS”

(edição 1984) — 4 volumes — com suplemento de atualização de 1986

Constituição da República Federativa do Brasil — texto consolidado das Emendas n.ºs 1/69 a 27/85 (anotado e indexado).

Constituições de todos os Estados da Federação (textos atualizados, consolidados e anotados com as redações anteriores e as declarações de inconstitucionalidade). Remissões à Constituição Federal.

Leis complementares de criação dos Estados do Rio de Janeiro, de Mato Grosso do Sul e de Rondônia.

Índice geral temático das Constituições estaduais.

“CONSTITUIÇÃO DO BRASIL E CONSTITUIÇÕES ESTRANGEIRAS”

(edição 1987) — 3 volumes

Volume 1 — Constituições: Brasil, Alemanha (República Federal), Argentina, Chile, China (República Popular), Cuba, Espanha, Estados Unidos da América, França, Grã-Bretanha (alguns textos constitucionais) e Guiné-Bissau.

Volume 2 — Constituições: Itália, Japão, México, Paraguai, Peru, Portugal, Suíça, URSS, Uruguaí e Venezuela.

Volume 3 — Índice temático comparativo de todas as Constituições.

“CONSTITUIÇÕES ESTRANGEIRAS” (edições 1988) — 6 volumes

Volume 1 — Alemanha (República Democrática), Bulgária, Hungria, Polônia, Romênia e Tchecoslováquia.

Volume 2 — Costa Rica e Nicarágua.

Volume 3 — Angola, Cabo Verde, Moçambique e São Tomé e Príncipe.

Volume 4 — Dinamarca, Finlândia, Noruega e Suécia.

Volume 5 — Áustria e Iugoslávia.

Volume 6 — Coréia (República da), Filipinas e Suriname.

Índice temático comparativo em cada volume.

“ANTEPROJETO CONSTITUCIONAL” (edição 1986)

Quadro comparativo: Anteprojeto da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais (instituída pelo Decreto n.º 91.450, de 18-7-85) comparado ao texto de 1969.

Notas.

Índice temático.

**“REGIMENTOS DAS ASSEMBLÉIAS CONSTITUENTES DO BRASIL”
— obra de autoria da Subsecretaria de Arquivo do Senado Federal
(edição 1986)**

Antecedentes históricos.

Textos dos Regimentos comentados pelos Constituintes.

Índices temáticos e onomásticos.

**“LEIS 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).

“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.

“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.

ASSINATURA 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 do ano: n.ºs 105 (janeiro/março de 1990) a 108 (outubro/dezembro de 1990).

Dirija seu pedido à

**Subsecretaria de Edições Técnicas
Senado Federal
70160 Brasília, DF**

Tels.: (061) 311-3578 e 311-3577

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
Superior Tribunal de Justiça
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